





WALTHER BURCKHARDT

---

EINFÜHRUNG IN DIE  
**RECHTS-**  
WISSENSCHAFT



POLYGRAPHISCHER VERLAG A.-G. ZÜRICH



# Einführung in die Rechtswissenschaft

Von Prof. Dr. Walther Burckhardt

Zu diesem Buch:

Von einem Verwaltungs- und Staats-  
rechtler geschrieben, der auf seinem  
Gebiete hervorragende geleistet  
hat, in der Domäne des Privat-  
rechts aber nicht heimisch ist.  
Viele Begriffspaare aus dem OR  
und ZGB sind verwechselt oder  
unglücklich kombiniert. Dies dem  
Leser zu warnen.

ca. 5. Sept.



Meinen Schülern  
und  
meinem Sohne Hans

# Einführung in die Rechtswissenschaft

Von

**Dr. Walther Burckhardt**

Professor der Rechte in Bern

Dr. jur. h.c. der Universitäten Genf  
und Neuenburg



Polygraphischer Verlag A.-G. Zürich

49 1239  
Verh.  
HPV  
1914





Alle Rechte vorbehalten

Zürich 1939

## Vorwort.

Angehende Juristen in die Rechtswissenschaft einzuführen, ist eine pädagogische, mehr als eine wissenschaftliche Aufgabe. Und zwar eine Aufgabe, die ein Buch allein, ohne den lebendigen Unterricht, nicht bewältigen kann. Ein Buch kann aber, wenn es selbst auf den Erfahrungen des Unterrichts beruht, ein nützliches Lehrmittel sein.

Das ist der Zweck des vorliegenden Werkleins: es will weder eine enzyklopädische Uebersicht über alle Disziplinen des Rechts geben, noch die Grundlehren der Rechtswissenschaft methodisch darlegen, wie es in „Prinzipienlehren“ oder „Allgemeinen Rechtslehren“ geschehen ist. Es will den Anfänger in die Eigenart des Rechts und des juristischen Denkens einführen, indem es, vom Einfachsten und Anschaulichsten ausgehend, zum Schwierigeren und Abstrakteren fortschreitet, also nicht nach logischer, sondern pädagogischer Methode verfährt. Dieser Absicht ist sowohl die Auswahl, wie die Anordnung des Stoffes, der Gedankengang wie der Ausdruck untergeordnet.

Ausgewählt sind aber doch die Kapitel, welche den Grundriß des Rechtssystems erkennen lassen und zeigen, wie sich die verschiedenen Teile voneinander abheben. Die grundlegenden Gegensätze des formellen und materiellen Rechts, des öffentlichen und privaten Rechts; von Rechtssetzung, Rechtsanwendung und -vollstreckung, welche das System beherrschen, sollen dem Leser immer wieder vor Augen treten und schließlich geläufig werden. Und die praktische Einheit der Rechtsordnung soll im funktionellen Zusammenhang ihrer Teile hervortreten.

Das durchzuführen ist nicht leicht, weil das Lehrgebäude, auf das dem Jünger des Rechts der Ausblick eröffnet werden soll, keineswegs fertig dasteht: um es deutlich zeichnen zu können, müßte man es erst vollenden. Manche grundlegende Lehre ist nicht nur bestritten, sondern auch unfertig geblieben, und zwar, wie mir scheint, vor allem, weil man das Einzelne nicht in seinem systematischen Zusammenhang betrachtete. Der Verfasser war, im bescheidenen Rahmen einer Rechtsfibel, bestrebt, auch das zu tun. Ob es ihm gelungen ist?

Er hat von jedem literarischen Apparat abgesehen und nur hie und da auf eigene Werke verwiesen, in denen das hier Vorgetragene



in gleichem Geiste ausführlicher begründet worden und weiteres Schrifttum angeführt ist. Auf andere Werke, die auch andere Ansichten vertreten, hier schon zu verweisen, ohne das Abweichende hervorzuheben, hätte den unkritischen Leser irreführen können, und auf die abweichenden Ansichten kritisch einzugehen, hätte dem Zweck einer Einführung widersprochen. Der junge Jurist soll einmal eine Ansicht kennen lernen und durchdenken; nachher mag er auch andere studieren und sich sein eigenes Urteil bilden. Jeder Verfasser wird ihn aber doch zuerst mit seinen Ansichten vertraut machen wollen; nicht weil es die seinigen sind, sondern weil er sie für richtig hält.

Mögen die folgenden Seiten der Jugend den Sinn öffnen nicht nur für die verstandesmäßigen, sondern auch für die ethischen Aufgaben des Juristen.

Bern, im Dezember 1938.

## Inhalt.

### A. Das positive Recht.

#### I. Das Privatrecht.

	Seite
§ 1. Das Rechtsverhältnis . . . . .	9
§ 2. Die Entstehung der Rechtsverhältnisse . . . . .	27
§ 3. Der Vertrag im besonderen . . . . .	59
§ 4. Das Erlöschen der Rechtsverhältnisse . . . . .	80
§ 5. Das Sachenrecht . . . . .	82
§ 6. Das Eigentum . . . . .	92
§ 7. Dienstbarkeiten und Grundlasten . . . . .	103
§ 8. Das Pfandrecht . . . . .	106
§ 9. Die Rechtssubjekte . . . . .	113
§ 10. Die Einteilung des Privatrechts . . . . .	124
§ 11. Zivilprozeß und Vollstreckung . . . . .	127

#### II. Das öffentliche Recht.

§ 12. Öffentliches und privates Recht; Einteilung des Rechts . . . . .	136
--	-----

##### 1. Das formelle Recht.

§ 13. Die Verfassung . . . . .	145
§ 14. Die Rechtssetzung . . . . .	152
§ 15. Die Rechtsanwendung . . . . .	156
§ 16. Die Vollstreckung . . . . .	163

##### 2. Das materielle Recht.

§ 17. Das Verwaltungsrecht . . . . .	166
--------------------------------------	-----

##### 3. Die Verletzung des öffentlichen Rechts und ihre Folgen.

§ 18. Das Strafrecht . . . . .	174
§ 19. Strafprozeß und Strafvollzug . . . . .	178

#### III. Das internationale Recht.

§ 20. Das Völkerrecht . . . . .	184
§ 21. Das internationale Privatrecht . . . . .	190

### B. Die allgemeinen Lehren.

#### I. Das Recht.

§ 22. Das Wesen des Rechts . . . . .	197
§ 23. Die Entstehung des Rechts (die Rechtsquellen) . . . . .	203

#### II. Die Wissenschaft vom Recht.

§ 24. Die Wissenschaft vom positiven Recht . . . . .	210
§ 25. Rechtspolitik und Rechtsgeschichte . . . . .	219
§ 26. Die Rechtsphilosophie . . . . .	224
§ 27. Der Beruf des Juristen . . . . .	231
Sachregister . . . . .	238



## Abkürzungen.

Organisation	= W. Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft. Basel. 1927. Helbing & Lichtenhahn.
Methode	= W. Burckhardt, Methode und System des Rechts. Zürich 1936. Polygraphischer Verlag AG.
ZGB	= Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.
BGB	= Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch.
c. c.	= code civil français.
OR	= Schweizerisches Obligationenrecht, in der Fassung vom 18. Dezember 1936.
StGB	= Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937.
SchKG	= Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889.
BV	= Schweizerische Bundesverfassung vom 29. April 1874.
BG	= Bundesgesetz.
V	= Verordnung.
A. S.	= Eidgenössische Gesetzessammlung. Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen.
B.Ger. 45, II, 399	= Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, II. Teil, Seite 399.
ZBJV	= Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins.

## A. Das positive Recht.

### I. Das Privatrecht.

#### § 1. Das Rechtsverhältnis.

1. Rechtsverhältnis nennt man ein **Verhältnis von Recht und Pflicht** zwischen zwei oder mehreren Personen.

Wenn ich eine Schreibmaschine gekauft, aber nicht bezahlt habe, bin ich dem Verkäufer den Preis schuldig. Wenn ich mein Rad einem Freunde leihe, ist er verpflichtet, es mir zurückzugeben. Und der Verkäufer der Maschine, der Leihher des Rades sind berechtigt, den Kaufpreis oder die Rückgabe des Rades zu fordern. Zwischen dem Käufer und dem Verkäufer, zwischen dem Verleiher und dem Entlehner besteht ein Rechtsverhältnis.

In einem Rechtsverhältnis stehen auch der Vermieter und Mieter einer Wohnung, die Mitglieder einer Handelsgesellschaft unter sich, der Eigentümer einer Liegenschaft oder eines Autos zu allen, die nicht Eigentümer sind; die Kinder zu den Eltern, und derjenige, der eine Sache beschädigt und den Schaden zu ersetzen hat, zum Eigentümer der Sache.

Hier überall besteht ein Verhältnis von Recht und Pflicht zwischen den genannten Personen: der Eigentümer z. B. hat Anspruch darauf, daß alle anderen seine Liegenschaft nicht betreten, seinen Wagen stehen lassen; und wenn sie diese Pflicht nicht beobachten, können sie dazu verhalten werden, oder doch dazu, dem Berechtigten den Schaden zu ersetzen, der ihm durch die Verletzung der Pflicht entsteht.

Dagegen besteht kein Rechtsverhältnis zwischen den Mietern der verschiedenen Wohnungen eines Hauses trotz der im Hausgang hängenden Hausordnung; oder zwischen einem Mieter und einem Nachbarn, der zugunsten des vermieteten Hauses ein Wegrecht eingeräumt hat und nun den Weg versperrt. Der Mieter muß sich hier überall an den ihm verpflichteten Vermieter, den Eigentümer des Hauses, halten, wenn er die Waschküche oder den Weg nicht benützen kann. Wenn die Ehefrau angestellt ist, kann der Ehe-



mann nicht auf Bezahlung des Lohnes klagen. Wenn der Angestellte eine Ware für seinen Prinzipal nicht wie ihm befohlen, bei A, sondern bei B bestellt, hat A nicht Anspruch auf die Lieferung und kann weder dem Angestellten noch dem Prinzipal gegenüber Anspruch auf Schadenersatz erheben; oder besser: weil das Gesetz ihm diesen Anspruch versagt, besteht kein Rechtsverhältnis zwischen ihm und diesen Personen; wollte man aber, wie einige meinen, dem übergangenen Lieferanten einen Schadenersatzanspruch gegen den Angestellten geben, so bestünde zwischen ihnen ein Rechtsverhältnis.

2. Wenn unsere Umschreibung richtig ist, so besteht das Rechtsverhältnis immer aus einer **aktiven** und einer **passiven** Seite. Auf der aktiven Seite steht der Berechtigte, auf der passiven der Verpflichtete. Im obligatorischen Verhältnis nennt man den Berechtigten **Gläubiger**, den Verpflichteten **Schuldner**.

In jedem Rechtsverhältnis ist immer wenigstens eine Person verpflichtet und die andere berechtigt. Es können aber auch beide sowohl berechtigt wie verpflichtet sein, jede der anderen gegenüber. Wir wollen hier der Einfachheit halber annehmen, das Rechtsverhältnis bestehe nur zwischen zwei, nicht zwischen drei oder mehreren Personen. Wenn nun von diesen zwei Personen die eine berechtigt, die andere verpflichtet ist, nennt man das Rechtsverhältnis **einseitig**; ist dagegen jede der anderen gegenüber sowohl berechtigt wie verpflichtet, so nennt man das Rechtsverhältnis **zweiseitig**.

Der Freund, der mir meine Schreibmaschine entlehnt hat, steht zu mir in einem einseitigen Rechtsverhältnis: er allein ist verpflichtet, nämlich mir meine Schreibmaschine zurückzugeben, und ich bin nur berechtigt, nämlich sie zurückzuverlangen. Die Bürgschaft ist ein einseitiges Rechtsverhältnis, weil der Bürge nur verpflichtet, der Gläubiger nur berechtigt ist. Ebenso ist das Rechtsverhältnis zwischen demjenigen, der einen fremden Wagen beschädigt oder gestohlen hat, und dem Eigentümer ein einseitiges. Dagegen stehen Mieter und Vermieter oder die Teilhaber der Kollektivgesellschaft Lehmann & Co., nämlich Lehmann und sein Schwager Müller, in einem zweiseitigen Rechtsverhältnis: der Mieter schuldet dem Vermieter den Mietzins und dieser hat ihm die verabredete Benutzung der Wohnung zu verschaffen; jeder Gesellschafter hat von seinem Sozios die verabredete Einlage zu beanspruchen und schuldet ihm umgekehrt seine eigene Einlage.

Ein ursprünglich zweiseitiges Rechtsverhältnis kann nachträglich zu einem einseitigen werden: wenn ich ein Zimmer auf einen Monat gemietet habe, ist das, wie bemerkt ein zweiseitiges Rechtsverhältnis; habe ich aber den Mietzins zum voraus bezahlt, so ist das Rechtsverhältnis einseitig geworden, weil ich nichts mehr schuldig bin. Ebenso ist das Darlehensverhältnis zweiseitig, solange der Darleiher die verabredete Summe Geldes dem Borger nicht gegeben hat; hat er sie ihm aber gegeben, so ist nur noch der Borger verpflichtet, nämlich sie zurückzuerstatten; es besteht nur noch ein einseitiges Rechtsverhältnis.

3. Das zweiseitige Rechtsverhältnis kann, wie oben geschehen, begrifflich in zwei Teile zerlegt werden: in die zwei Verpflichtungen, denen je ein Recht entspricht. Aber die zwei begrifflichen Teile bilden, praktisch, eine **Einheit**, ein Rechtsverhältnis. Der Mieter kann nämlich die Ueberlassung der Wohnung nur fordern, wenn er seinen Mietzins bezahlt, und umgekehrt. Auch wenn die beiden Leistungen nicht zugleich entrichtet werden müssen, sondern einer vorleisten muß, der Mieter oder der Vermieter, oder beim Kauf auf Kredit der Verkäufer, ist doch jede Leistungspflicht, wie jede Forderung als die Bedingung der anderen gedacht und besteht nur, weil und sofern die andere besteht. Sollte die eine ungültig sein, so wäre auch die andere ungültig. Jede bedingt die andere, d. h. jede besteht nur sofern die andere besteht und keine ohne die andere. Sie bilden bestimmungsgemäß und praktisch gesprochen ein Ganzes. Bestreitet der eine Teil eines zweiseitigen Rechtsverhältnisses, z. B. eines Mietverhältnisses, die Rechtsbeständigkeit seiner Pflicht, so gibt er zu, daß auch der andere Teil nicht verpflichtet ist.

4. Ein Verhältnis von Recht und Pflicht kann nur **unter vernunftbegabten Wesen** bestehen; nur sie können eines gegenüber dem anderen verpflichtet oder berechtigt sein. Unvernünftige Lebewesen oder leblose Dinge können weder Rechte noch Pflichten haben. Und auch Menschen können zu Sachen nicht eigentlich in einem Rechtsverhältnis, d. h. in einer Beziehung der Berechtigung oder Verpflichtung eines zum anderen stehen. Wenn man sich so ausdrückt, als stünde eine Person in einem Rechtsverhältnis zu einer Sache, oder zwei Sachen in einem Rechtsverhältnis zu einander, so ist das nur eine uneigentliche, abgekürzte Ausdrucksweise. Was eigentlich gemeint ist, ist, daß die Sache Gegenstand



eines Verhaltens ist, zu dem Personen unter sich verpflichtet oder berechtigt sind.

Man sagt etwa, der Eigentümer habe ein Recht an seiner Sache, stehe in einem Rechtsverhältnis zu ihr; oder von zwei aneinander stoßenden Grundstücken sei eines dem anderen gegenüber berechtigt oder belastet, also gewissermaßen verpflichtet, weil eine Grunddienstbarkeit, z. B. ein Wegrecht, zugunsten des einen und zu Lasten des anderen errichtet worden ist. Allein im ersten Fall will man damit nur sagen, der Eigentümer der Sache sei gegenüber allen Nichteigentümern berechtigt, seine Sache ungestört zu besitzen und zu benutzen, und diese Nichteigentümer seien verpflichtet, jede Störung zu unterlassen. Im zweiten Fall will man sagen, der jeweilige Eigentümer des „berechtigten“ Grundstückes sei befugt, vom jeweiligen Eigentümer des „verpflichteten“ Grundstückes den Durchgang zu verlangen.

Diese Rechte an Sachen sind allerdings Rechtsverhältnisse besonderer Art, nämlich dingliche, im Gegensatz zu den vorher erwähnten obligatorischen, was später noch zu erläutern ist. Aber es sind, genau betrachtet, stets rechtliche Beziehungen unter Personen; Rechtsverhältnisse, die mittelbar eine Sache zum Gegenstand haben: das Verhalten, wozu diese Personen verpflichtet oder worauf sie berechtigt sind, bezieht sich auf eine Sache.

5. Daß zu einem Rechtsverhältnis mindestens zwei Personen gehören, scheint selbstverständlich und mit dem Begriff eines Verhältnisses gegeben: ein Verhältnis ist eine Beziehung und eine Beziehung kann es nur zwischen zwei aufeinander bezogenen Dingen geben. Auch das Rechtsverhältnis setzt zwei in Beziehung gesetzte Personen voraus; das einseitige wie das zweiseitige.

Deshalb hört das Rechtsverhältnis auf, wenn eine dieser Personen wegfällt. Z. B. wenn der Angestellte stirbt, erlischt das Dienstverhältnis. Es sei denn, eine andere Person, z. B. der Erbe des Verstorbenen, trete an dessen Stelle. Wenn der Dienstherr stirbt, kann, je nach dem Dienstvertrag, das Dienstverhältnis mit seinem Erben fortbestehen. *Rechtsnachfolge*

(Ob es das selbe Rechtsverhältnis sei, das fortbesteht, oder ein neues, welches unter neuen Personen die alten Pflichten und Rechte forterhält, ist eine müßige Frage: wenn der Jurist weiß, daß die neuen Personen unter sich verpflichtet und berechtigt sind, wie die alten es waren, weiß er alles, was praktisch bedeutsam ist, und nach weiterem zu fragen hat für ihn keinen Sinn.)

Wenn aber der Angestellte selbst das Geschäft seines bisherigen Dienstherrn als Käufer oder als Erbe erwirbt, kann er nicht als Rechtsnachfolger des Verkäufers oder des Erblassers sein eigener Dienstherr werden; so wenig wie der Mieter, der das gemietete Haus vor Ablauf der Mietzeit kauft oder erbt, sein eigener Vermieter wird; oder der Neffe, der den Onkel beerbt, von dem er ein Darlehen hat, sein eigener Darlehensgläubiger wird, weil er nun beide Eigenschaften, die des Gläubigers und des Schuldners, in seiner Person vereinigen würde. In solchem Falle heben sich die beiden vereinigten Eigenschaften auf und das Rechtsverhältnis geht durch Vereinigung (confusio) unter. Als Anwendung dieses Grundsatzes ergibt sich z. B., daß wenn ich dem Neffen Bürge war, ich von der Bürgschaft befreit werde.

Dem scheint aber das lebendige Recht zu widersprechen. Man stößt mitunter auf Rechtsverhältnisse, an denen nur eine Person beteiligt ist.

Von zwei Grundstücken, die demselben Eigentümer gehören, kann eines zugunsten des anderen belastet sein (Eigentümersdienstbarkeit, ZGB 733). Aber wirksam wird dieses Rechtsverhältnis erst, wenn der Eigentümer der beiden Grundstücke das „berechtigte“ Grundstück verkauft oder verpfändet. Im ersten Fall erwirbt der Käufer das Grundstück mit der aktiven Dienstbarkeit; im zweiten ist es dem Pfandgläubiger mitsamt der Dienstbarkeit verpfändet und der Pfandgläubiger kann es mitsamt dieser Dienstbarkeit versteigern lassen, ohne die Einrede gewärtigen zu müssen, die Dienstbarkeit sei infolge Vereinigung untergegangen. Untergegangen ist sie nicht. Aber ein eigentliches Rechtsverhältnis ist es erst jetzt oder erst jetzt wieder; das Eigentümliche aber ist, daß es jetzt all der Formalitäten, die zur Neuerrichtung notwendig wären, nicht mehr bedarf, weil sie schon erfüllt worden sind und das Rechtsverhältnis „formell“ schon bestand oder noch bestand. Das ist der Nutzen dieses Scheinverhältnisses.

Ähnlich verhält es sich mit Obligationen, die vom Schuldner, der sie ausgegeben hat, gelegentlich erworben werden; oder mit Aktiengesellschaften, deren Aktien alle in einer Hand (Einmanngesellschaft) vereinigt worden sind: die Obligation oder die Gesellschaft besteht weiter, insofern Dritte daran Interesse haben. Wenn z. B. eine Industriegesellschaft oder eine Gemeinde eine von ihr selbst ausgegebene Obligation erwirbt, kann sie nicht ihre eigene Gläubigerin werden; aber wenn sie diese ihre Obligation einer Bank zur Sicherheit für erhaltenen Kredit verpfändet, erwirbt die



Bank doch ein Pfandrecht daran, wie wenn ihr das Papier von einem Dritten verpfändet worden wäre. Und wenn die vorübergehend in einer Hand vereinigten Aktien wieder in verschiedene Hände gelangen, besteht unter diesen Aktionären wieder ein Gesellschaftsverhältnis, wie wenn die Gesellschaft immer fortbestanden hätte. Ja, noch während jener Vereinigung aller Aktien in einer Hand besteht die Gesellschaft in gewisser Beziehung mit praktischer Wirkung weiter, nämlich im Verhältnis zu Dritten, die daran Interesse haben: der Gläubiger einer formell noch bestehenden Einmanngesellschaft kann verlangen, im Falle der Zahlungsunfähigkeit des einen Gesellschafters vorweg aus dem Gesellschaftsvermögen befriedigt zu werden. Das einköpfige Rechtsverhältnis, das scheinbar dem Satze trotzt, daß zu einem Rechtsverhältnis mindestens zwei Personen gehören, besteht also in Wirklichkeit, d. h. mit praktischer Wirkung, nur, sofern noch eine andere Person dazu in Beziehung tritt und dieser Person wegen; was jenen Satz nicht widerlegt, sondern bestätigt. Daß auch in dieser Begrenzung die Einmanngesellschaft noch Schwierigkeiten genug bietet, ist nicht zu bestreiten.

6. Zu einem Rechtsverhältnis gehört eine Verpflichtung, und zwar eine **rechtliche Verpflichtung**.

Es gibt auch andere Verpflichtungen: sittliche, gesellschaftliche, konventionelle. Der Schwimmkundige mag sittlich verpflichtet sein, sein Leben zu wagen, um den Ertrinkenden zu retten; wer Zeuge einer Betrügerei ist, sollte den Betrogenen warnen. Aber das sind nicht Rechtspflichten: sie können nicht erzwungen werden und haben, wenn verletzt, weder Strafe noch Schadenersatz zur Folge.

Wenn die gute Tante etwas fragt, gibt man ihr Auskunft, und wenn sie 70 Jahre alt wird, gratuliert man ihr. Das sind Anstandspflichten, d. h. Pflichten, deren Form konventionell, daher ethisch indifferent, deren Sinn aber sittlich begründet ist. Die Formen der Höflichkeit und der Teilnahme sind konventionell; Höflichkeit und Teilnahme selbst aber sind billigenswert; die überlieferten Pflichten dieser Art in der überlieferten Form bilden die guten Sitten im nichtjuristischen Sinn des Wortes.

**Konventionell** sind aber vor allem die Verbindlichkeiten (man kann sie kaum mehr Pflichten nennen), die lediglich auf Konvention, auf zufälliger Uebereinkunft und nicht auf ethischem Gebote beruhen. Sei es auf der stillschweigenden Uebereinkunft der Ueberlieferung, wie die Art der Kleidung, des gesellschaftlichen Verkehrs

und auch der Sprache; sei es auf gelegentlichen und kurzlebigen Verabredungen, wie die eines gemeinsamen Spieles oder Spazierganges. Eine Pflicht kann man das nennen, sofern man verpflichtet ist, die einmal getroffene Abrede zu halten; ethisch gleichgültig aber ist es, insofern keine Pflicht besteht, solche Abreden zu treffen und jeder nach Belieben darüber entscheiden mag.

Dieser Art sind auch die **Verträge** des Rechts: sie können unter Privatpersonen beliebig geschlossen oder nicht geschlossen werden; wenn sie aber im Rahmen des gesetzlich Zulässigen geschlossen worden sind, sind sie **verbindlich und zwar rechtsverbindlich**. Es gibt also Pflichten, die konventionell und doch rechtsverbindlich sind. Wie das zu erklären ist, soll später gezeigt werden. Hier ist für einmal zu betonen, daß, wenn daraus Rechtspflichten entstehen, die Abrede nicht mehr bloß konventionell im vorigen Sinn ist, und daß die Rechtspflicht sich von den konventionellen dadurch unterscheidet, daß sie nach Maßgabe der geltenden Rechtsordnung erzwingbar ist, wie es die Pflicht aus Vertrag ja auch ist. Vertragliche Pflichten sind, ~~trotzdem~~ sie konventionell sind, d. h. nach Belieben vereinbart werden, rechtsverbindlich.

**Sittliche Pflichten** sind nicht erzwingbar; sonst wären sie per definitionem Rechtspflichten. Meinem Lebensretter oder dem Retter meiner Ehre bin ich rechtlich keine Belohnung schuldig, auch wo dies meine sittliche Pflicht sein mag. Eine Rechtspflicht ist es nicht, weil sie nicht erzwungen, d. h. eingeklagt und eingetrieben werden kann. Eine gewisse rechtliche Bedeutung kann ihr immerhin zukommen, sofern sie nämlich erheblich ist für das Bestehen oder Nichtbestehen einer (anderweitigen) rechtlichen (und erzwingbaren) Pflicht. Die Dankbarkeitspflicht ist z. B. rechtserheblich, sofern die aus Dankbarkeit ausgerichtete Belohnung nicht zurückgefordert werden kann; die Pflicht der Ehegatten, sich Treue zu halten, ist, obschon nicht erzwingbar, von rechtlicher Bedeutung, sofern die Verletzung einen Scheidungsgrund ausmacht.

Wenn das Gesetz sittliche Pflichten erwähnt, geschieht es meist, weil es ihnen eine solche rechtliche Erheblichkeit beimißt. Daß sie selbst nicht erzwungen werden sollen, sagt es in der Regel ausdrücklich. Wenn aber zwei Privatpersonen eine Abrede treffen, kann sie gemeint sein, sowohl als rechtsverbindlicher Vertrag, wie als bloß gesellschaftlich verbindliche Abrede, worüber beim Vertrag noch zu sprechen ist.



7. Sind nun aber die **Rechtspflichten** notwendig **erzwingbar**? m. a. W.: gehört die Erzwingbarkeit zum Begriff des Rechts, so daß unerzwingbare Pflichten eben nicht **Rechtspflichten** sind?

Das wird von den meisten verneint mit der Begründung, es gebe in unserer und in jeder Rechtsordnung zahlreiche Rechtspflichten, die nicht erzwingbar seien. Die Frage kann jedoch nicht so einfach mit Ja oder Nein beantwortet werden. Distinguendum est:

a) Viele Rechtspflichten, oder genauer: Pflichten, die als Rechtspflichten gelten, sind **nicht in natura erzwingbar**; d. h. der Schuldner wird nicht gezwungen, das Geschuldete zu leisten; nicht sowohl weil er dazu tatsächlich nicht gezwungen werden könnte, wie etwa zur Abfassung eines übernommenen Zeitungsartikels, was allerdings oft zutrifft, sondern weil das Recht selbst die Zwangsvollstreckung auf diese Leistung, die Realexekution, versagt. Wenn solche Pflichten nicht erfüllt werden, macht sich der Schuldner bloß schadenersatzpflichtig, und diese sekundäre Pflicht, die ihm dann infolge der Versäumung der primären auffällt, die Schadenersatzpflicht, ist allein erzwingbar.

Die meisten Vertragspflichten z. B. sind nicht in ihrer ursprünglichen Gestalt, in natura, erzwingbar; erzwingbar ist erst die Pflicht, den durch Nichterfüllung entstehenden Schaden (in Geld) zu ersetzen. Der Angestellte, der seinen Dienst nicht versieht, der Unternehmer, der das bestellte Werk nicht ausführt, der Beauftragte, der seinen Auftrag vernachlässigt, der Vermieter, der die Wohnung nicht in bewohnbarem Zustand hält, ja sogar der Verkäufer, der die verkaufte Ware nicht liefert, sie alle können zu diesen Leistungen nicht gezwungen werden. Die Pflichten, die darauf gehen, etwas zu tun (facere), können fast alle nicht erzwungen werden, im Gegensatz zur Pflicht, etwas nicht zu tun (non facere, OR 98, Abs. 3). Die vertragliche Pflicht z. B. kein Konkurrenzgeschäft zu eröffnen, kann erzwungen werden durch polizeiliche Schließung des eröffneten Geschäftes; aber schon die Pflicht, sich in keinem Konkurrenzgeschäft zu beteiligen, ist als solche nicht mehr erzwingbar, wie das Bundesgericht erkannt hat (Bd. 32, I, S. 656). Die Herausgabe einer fremden Sache (oder eines Kindes) kann erzwungen werden, aber nicht die Lieferung einer dem Käufer zu übereignenden Sache.

Trotzdem sind jene unerzwingbaren Pflichten Rechtspflichten, in dem Sinne nämlich, daß sie für die Entstehung erzwingbarer, eigentlicher Rechtspflichten erheblich sind: der Gläubiger kann auf Erfüllung der ersten klagen, wenngleich er nur die zweite, die

Schadenersatzpflicht, vollstrecken lassen kann. Der Schuldner sollte jene primäre Pflicht erfüllen; aber wenn er sich durch die Nichterfüllung nicht pflichtig machen würde, Schadenersatz zu leisten, hätte jene primäre Pflicht für den Gläubiger wenig Wert; wertvoll ist sie für ihn dadurch, daß die sekundäre, erzwingbare Pflicht der Verletzung jener auf dem Fuße folgt, und dadurch wird die primäre auch erst zur Rechtspflicht.

b) Es gibt aber auch Verpflichtungen, die nicht einmal eingeklagt werden können und deren Nichterfüllung auch nicht (einklagbare) Schadenersatzansprüche begründet. Man nennt sie nach dem römischrechtlichen Ausdruck **Naturalobligationen**, im Gegensatz zu den „zivilen“, einklagbaren Obligationen. Dahin gehören Schulden aus Spiel und Wette, verjährte Schulden und Dankbarkeitsschulden. Die einen dieser Schulden können, übrigens aus verschiedenen Gründen, gegen den Willen des Schuldners überhaupt nicht geltend gemacht werden: die Schulden aus Spiel und Wette, aus Dankbarkeit, der Ehemäklerlohn (OR 416); die anderen, insbesondere die verjährten Forderungen, können zwar gegen den Willen des Schuldners, aber nur einrede-, nicht klageweise geltend gemacht werden. Ueberall wird aber die Schuld insoweit vom Recht anerkannt, als der Schuldner, der freiwillig geleistet hat, das Geleistete nicht zurückfordern kann, der Empfänger also in seinem Erwerb geschützt wird. Uebrigens auch hier aus verschiedenen Gründen: sei es weil das Gesetz anerkennt, daß eine sittliche Pflicht bestand, sei es daß es sich mit der ganzen Angelegenheit nicht abgeben will, wie bei Spiel und Wette (OR 20, 66). 513 - 515 OR

Auch hier also verschafft der Zusammenhang mit dem erzwingbaren Recht der unerzwingbaren Verbindlichkeit ihre rechtliche Erheblichkeit; und eben weil sie dem unmittelbaren Zwang nicht zugänglich sind, sind es keine Rechtspflichten im vollen Sinne des Wortes.

c) Pflichten, die weder selbst erzwingbar noch für erzwingbare Pflichten erheblich sind, sind keine Rechtspflichten, auch wenn das Gesetz sie ausdrücklich statuiert. Solche Vorschriften, die allerdings nicht zahlreich sind (vgl. OR 458, Abs. 3), nennt man **leges imperfectae**; es fehlt ihnen ein wesentliches Merkmal des Rechts.

Auf die Erzwingbarkeit, die Vollstreckung, das sei noch bemerkt, weist der Ausdruck „**Haftung**“ hin, im Gegensatz zur schlichten Schuld. Der Beauftragte, sagt man, haftet für die getreue Ausführung des Auftrages (OR 398); der Hauseigentümer für die



richtige Unterhaltung des Hauses (OR 58); der Geschäftsherr für das untadelige Verhalten seiner Angestellten (OR 55); der Kommanditär haftet mit seiner Kommandite (OR 608); die Ehefrau mit ihrem Sondergut für gewisse Schulden (ZGB 208). Ueberall weist das Wort hin auf die Möglichkeit der Vollstreckung: der Beauftragte, der den Auftrag nicht ausführt, wird dazu nicht gezwungen, wohl aber zum Ersatz des infolgedessen entstandenen Schadens; wenn der Angestellte das Eigentum des Kunden des Geschäftsherrn verletzt, muß dieser mit seinem Vermögen für den Schaden eintreten; der Hauseigentümer kann nicht verhalten werden, sein Haus kunstgerecht zu unterhalten, aber, wenn infolge mangelhafter Unterhaltung einem anderen Schaden erwächst, muß er mit seinem Vermögen dafür herhalten und ebenso der Kommanditär mit seiner Kommandite und die Ehefrau mit ihrem Sondergut. Man hat unnötig viel über diesen Unterschied von Schuld und Haftung gestritten.

8. Auch die anerkannten Rechte werden nur unter der Bedingung geschützt, daß der Gläubiger ein **Interesse** daran habe, sie geltend zu machen. Daß er andere dadurch benachteiligt, steht zwar der Ausübung seines Rechtes nicht entgegen. Aber er soll sein Recht nicht geltend machen, ohne selbst ein Interesse daran zu haben; das wäre **Schikane**.

Wer vom Schuldner eine Leistung z. B. eine Arbeit verlangt, an der er selbst kein Interesse mehr hat, mißbraucht sein Recht und genießt dafür den Schutz des Rechtes nicht. Das ZGB sagt allgemein in Art. 2: „Der offenbare Mißbrauch des Rechts findet keinen Rechtsschutz“, und wendet diesen Grundsatz verschiedentlich an (z. B. 667, 736, 811; OR 88).

Der Eigentümer soll seine Sache nicht bloß dazu benutzen, einem anderen zu schaden: er braucht seinen Vorgarten nicht zu pflegen, damit die Nachbarn einen anmutigeren Ausblick haben und ihre Zimmer besser vermieten können; aber er darf nicht einen Bau aufführen, lediglich um dem Nachbar die Aussicht zu verderben (Neidbau); er soll nicht während seiner Abwesenheit das Radio laufen lassen, um dem anstoßenden Mieter die Wohnung zu verleiden; das im Dienst- oder Gesellschaftsvertrag abgemachte Konkurrenzverbot darf nicht mehr angerufen werden, wenn der Berechtigte kein geschäftliches Interesse mehr daran hat.

Das Interesse des Berechtigten braucht übrigens nicht ein Vermögensinteresse zu sein, d. h. ein in Geld abschätzbares Interesse.

Der Eigentümer bleibt in seinem Recht geschützt, auch wenn er bloß noch ein Affektionsinteresse an der Sache hat; der Urheber kann auf Erfüllung des Verlagsvertrages klagen, auch wenn er keinen Anteil am Erlös hat. Private Rechtsverhältnisse können ja auch im Dienste solcher Interessen begründet werden, z. B. eben der Verlagsvertrag im ideellen Interesse der Verbreitung einer Ansicht oder eines Kunstwerkes. Solche Interessen sind durchaus legitim. Daß sie nicht geldwert sind, steht dem Schutze nicht entgegen; es macht allerdings Schwierigkeiten, wenn sie trotz Schutz verletzt und dafür Ersatz geleistet werden soll (OR 71).

Man sagt gewöhnlich: der Gläubiger, der kein Interesse (mehr) an der Leistung des Schuldners habe, könne sie nicht (mehr) fordern. Das ist wohl richtig: er soll den Schuldner nicht mit der Leistung belasten, ohne selbst ein Interesse daran zu haben. Aber ein Gläubiger, der gar kein Interesse daran hat, auf der Leistung zu bestehen, wird es auch nicht tun; subjektiv hat er stets einen Beweggrund, wenn es auch nur der der Schadenfreude ist. Das ist es aber nicht, was man meint: wenn jedes subjektive Interesse, d. h. jeder Beweggrund genügt, fände das Verbot der Schikane nie Anwendung. Nicht jeder Zweck, der mir genügt, genügt auch dem Gesetz; es muß ein legitimer Zweck, ein „berechtigtes“ Interesse sein, ein Interesse, in dessen Dienst man auch einen gültigen Vertrag schließen könnte (OR 19, 20). Denn beides hängt offenbar zusammen: ist der Vertrag gültig, so kann die Ausübung der vertraglichen Rechte nicht unzulässig sein, und umgekehrt.

9. **Verbindlichkeit** ist der Kernbegriff des Rechts. Wer irgend etwas Rechtliches denkt, denkt immer etwas Verbindliches. Und doch ist dieser Begriff kaum definierbar; eben wegen seiner Ursprünglichkeit. Er bedarf aber auch keiner näheren Bestimmung, weil er ohne weiteres verständlich ist und auch allgemein verstanden wird. Unter Juristen herrscht darüber kein Streit.

Wohl aber darüber, was ein **Recht** sei oder das Recht. Hier, im Zusammenhang mit dem Rechtsverhältnis, sei nur das erste erörtert: nicht das Recht im Sinne der verbindlichen Rechtsvorschriften, sondern das Recht im Sinne einer einzelnen Berechtigung, wie sie dem Berechtigten gegenüber dem Verpflichteten, z. B. dem Gläubiger gegenüber dem Schuldner in einem gegebenen Rechtsverhältnis zusteht. Was dieses „subjektive Recht“, wie man es nennt, sei, fragen wir uns hier.

Eine in der Rechtslehre keineswegs abgeklärte Frage, wie die



verschiedenen Definitionen des subjektiven Rechtes zeigen. Die Frage abzuklären ist nützlich, sowohl zur besseren Einsicht in das Wesen des Rechtsverhältnisses, als auch zur Vermeidung unfruchtbaren Streites. Bevor wir es aber versuchen, sei noch auf zwei Unterscheidungen hingewiesen:

a) Auf die Unterscheidung zwischen **Recht, Befugnis und Anspruch**. Sie ist in der deutschen Rechtssprache geläufig, obschon der Sprachgebrauch nicht ganz fest ist.

**Befugnis** bedeutet im Gegensatz zu **Recht** als der allgemeinen Berechtigung eine **Sonderberechtigung**. Der Eigentümer hat vermöge seiner allgemeinen Berechtigung des Eigentums die Befugnis, seine Sache so oder anders zu benutzen oder sie unbenutzt zu lassen; die Befugnis, anderen die Benutzung und den Besitz zu verwehren („Unbefugten“ ist das Betreten dieses Weges untersagt, heißt es etwa an einem Privatweg). Der Aktionär, vermöge seines Mitgliedschaftsrechtes, hat die Befugnis, an der Generalversammlung teilzunehmen oder sich vertreten zu lassen, Dividenden zu beziehen, seine Aktie zu veräußern. Alle diese Befugnisse sind Sonderberechtigungen im Verhältnis zum Recht des Eigentums und der Mitgliedschaft, das sie alle enthält. Die Befugnisse verhalten sich zum Recht wie die Teile zum Ganzen. Ganz einfache Rechte, wie das auf Bezahlung, Entschädigung, lassen sich kaum in Befugnisse zerlegen.

In einer anderen Bedeutung des Wortes heißt befugt auch, was nicht verboten ist, ohne Gegenstand eines förmlichen Rechts zu sein. Jeder ist befugt, sagt man, auf der Straße zu gehen und andere zu photographieren; der Zubringer ist befugt, den Privatweg zu benutzen, an dem der Kunde ein Wegrecht hat. Was diese Befugten tun, ist nicht rechtswidrig, aber ein Recht darauf haben sie eigentlich nicht.

**Anspruch** nennt man dagegen vorwiegend die aktuelle, gewissermaßen akut gewordene Berechtigung im Gegensatz zur virtuellen, ruhenden. Der Anspruch richtet sich auf ein bestimmtes gegenwärtiges Verhalten einer anderen Person; auf Veränderung des gegenwärtigen Zustandes. Es ist gewissermaßen die aktuell gewordene Befugnis.

Der Eigentümer z. B. ist berechtigt, jedem anderen die Benutzung seiner Sache zu verwehren; einen Anspruch hat er aber gegen niemand, solange niemand seine Sache benutzen will; maßt sich aber ein Unbefugter die Benutzung an, so kann der Eigentümer „beanspruchen“, daß der Unbefugte es unterlasse oder er hat „An-

spruch“ auf Ersatz des schon entstandenen Schadens. Der Aktionär hat Anspruch auf Zulassung zur einberufenen Generalversammlung und auf Ausrichtung der beschlossenen Dividende. Das Dienstverhältnis ist infolge Kündigung des Dienstherrn zu Ende gegangen, aber der Angestellte hat noch Anspruch auf den rückständigen Lohn.

Was man privatim oder vor Gericht geltend macht, sind **Ansprüche**; sie klagt man ein und den eingeklagten Anspruch begründet man mit dem Recht, aus dem der Anspruch entfließt: weil ich Eigentümer bin, kann ich vom Nachbarn die Entfernung der überragenden Aeste verlangen. Ansprüche sind es eigentlich, die verjähren, nämlich infolge Unterlassung der Klage oder sonstiger Geltendmachung. Wer klagt ohne einen Anspruch zu haben, klagt bloß auf vorsorgliche Feststellung seines Rechtes, nicht auf eine ihm zukommende Leistung (Feststellungs-, im Gegensatz zu Leistungsklage). Die Feststellungsklage ist eine Klage ohne Anspruch; aus der Naturalobligation (S. 17) entspringen Ansprüche ohne Klage.

Anspruch nennt man auch eine bloß behauptete Befugnis (prétention, pretesa), im Gegensatz zu einer wirklich begründeten.

b) Rechte kann man **haben** und **ausüben**. Ein Recht haben und es ausüben, sind zweierlei. Ein und dasselbe Recht kann zu verschiedenen Zeiten, mehrmals, in verschiedener Weise, u. U. auch gegenüber verschiedenen Personen ausgeübt werden. Auf dieser Unterscheidung zwischen Innehabung und Ausübung eines Rechtes beruhen z. B. die Einteilungen der Rechte in:

**höchstpersönliche** und **persönliche**, bzw. **übertragbare**. Ein übertragbares Recht kann der Berechtigte einem anderen übertragen, ein persönliches nicht; ein höchstpersönliches kann er auch nicht durch einen anderen ausüben lassen, z. B. durch einen (bevollmächtigten) Vertreter. Die Mitgliedschaft einer Kollektivgesellschaft ist nicht übertragbar und das Mitglied kann seine Befugnis auf Teilnahme an der Geschäftsführung auch nur persönlich ausüben. Nutznießung und Unterstützung durch Verwandte sind persönliche, unabtretbare Rechte; aber sie können durch Vertreter geltend gemacht und die Nutznießung kann durch andere, z. B. durch den, dem der Nutznießer die Sache vermietet hat, ausgeübt werden; im Gegensatz zum „Wohnrecht“, d. h. dem dinglichen Recht auf Wohnung in einem fremden Haus, welches höchstpersönlich ist;

**ruhend** nennt man Rechte, die vom Berechtigten zeitweise nicht ausgeübt werden können; z. B. die Rechte des Eigentümers, dessen Vermögen beschlagnahmt worden ist; die Rechte der Erben, deren



Erbschaft unter Sicherungsmaßregeln steht; das Recht aus verlorenen Wertpapieren während des Amortisationsverfahrens; das Klagerecht unter gewissen sich nahestehenden Personen, z. B. Eheleuten.

10. Wenden wir uns nun dem umstrittenen Begriff des **subjektiven Rechtes** zu, und versuchen wir, uns darüber Klarheit zu verschaffen.

Wenn der Streit über einen Begriff nicht in unfruchtbaren Wortstreit ausarten soll, muß man sich Rechenschaft geben, wozu der umstrittene Begriff verwendet werden soll, ähnlich wie man sich über die Eignung eines Werkzeuges nur streiten kann, wenn man darüber einig ist, wozu es dienen soll. Wenn ich z. B. frage, was eine „Sache“ im Rechtssinne sei, so muß ich mir klar machen, ob ich das definieren will, was selbst keine Rechte haben kann, oder das, welches Gegenstand eines dinglichen Rechtes ist. Im ersten Sinn ist der Rhein eine Sache, im zweiten aber nicht. Man muß sich also Rechenschaft geben, welches die Frage, die praktische Frage ist, in welcher der Begriff verwendet werden soll.

Auf welche praktische Frage zielt man nun hin, wenn man nach dem Begriff des subjektiven Rechts fragt? Auf zwei verschiedene Fragen, wie mir scheint. Deshalb bedeutet dieser Ausdruck zweierlei und man kann ihn nicht mit einer Definition bestimmen; m. a. W. es gibt zwei verschiedene Begriffe des subjektiven Rechts, weil man den Begriff (und das Wort) in zwei verschiedenen Fragen verwendet.

a) Die **erste Frage** ist die, was in einer geltenden Rechtsordnung als Grundsatz, als Rechtssatz und was als Anwendung eines Rechtssatzes gelte. Die Grundsätze nennt man „objektives“ Recht (the law); die in Anwendung dieser Grundsätze anzuerkennenden Berechtigungen nennt man „subjektive“ Rechte (rights). Der Rechtssatz ist die abstrakte Norm, vermöge der zu entscheiden ist, welche konkreten Berechtigungen rechtliche Geltung haben. Der Gegensatz ist also hier der des Abstrakten und des Konkreten. Auf diese praktische Unterscheidung zielt die eine Bedeutung des Ausdruckes „subjektives Recht“ hin: subjektiv in diesem Sinn ist dann jede Berechtigung, sofern sie sich als die konkrete Anwendung eines abstrakten Rechtssatzes zu erkennen gibt.

Der Bedürftige hat in diesem Sinn ein subjektives Recht auf Unterstützung durch die Gemeinde oder die Verwandten, sofern die

Voraussetzungen gegeben sind, unter denen ein Rechtssatz die Gemeinde oder die Verwandten verpflichtet, ihn zu unterstützen. Der Staat hat gegenüber dem Max Müller ein subjektives Recht auf Fr. 50.— Vermögenssteuer, wenn Müller Fr. 10 000.— Vermögen hat und ein Rechtssatz den Eigentümer verpflichtet 0,5 % seines Vermögens jährlich als Steuer zu entrichten. Und gegenüber dem säumigen Schuldner, der mir Fr. 1000.— schuldet, habe ich ein subjektives Recht auf Fr. 50.— Zinsen per Jahr, wenn das Gesetz den Schuldner, der sich in Verzug befindet, verhält, die Schuld mit 5 % zu verzinsen (OR 104). Das subjektive, d. h. hier das konkrete Recht, gilt nur, wenn ein entsprechender abstrakter Rechtssatz gilt. Wer ein subjektives Recht nachweisen will, muß auch nachweisen, daß ein entsprechender Rechtssatz gilt. Wenn ein Bauer sich auf ein altes Weiderecht am Gemeindewald beruft, muß er nachweisen, daß das Gesetz solche Weidrechte noch kennt. Ich kann nur Anschluß an das Netz der Gemeinde gemäß Gemeinde-reglement verlangen, wenn das Reglement den allgemeinen Satz aufstellt, daß unter bestimmten Voraussetzungen jedermann Anspruch auf Anschluß hat, und nicht etwa bloß dem Gemeinderat eine Anleitung gibt, wie er die erst noch abzuschließenden Abonnementsverträge abfassen soll; denn auf Abschluß eines Vertrages habe ich kein Recht.

Das Gesagte ist richtig im öffentlichen wie im privaten Recht; es trifft auf jedem Rechtsgebiet zu, das durch abstrakte Rechtssätze geordnet ist.

b) Die **zweite Frage** ist die, ob der Berechtigte über sein Recht verfügen kann.

Verfügen nennt man sowohl das Recht übertragen oder behalten, wie auch darauf verzichten oder nicht verzichten können. Hier ist nur die Verfügung im zweiten Sinn gemeint; die Verzichtbarkeit.

Wer auf sein Recht verzichtet, hebt es auf und kann es nicht mehr ausüben; wer sein Recht nicht ausübt, ohne darauf zu verzichten, behält es unversehrt. Wer auf eine Berechtigung verzichten kann, ist daher auch nicht gehalten, sie auszuüben; z. B. braucht der Eigentümer die Befugnis, Dritten das Betreten seines Grundstückes zu verbieten, nicht auszuüben: er kann sie auch über seine Wiese gehen lassen. (Womit nicht gesagt sein soll, daß, wer eine Berechtigung nicht auszuüben braucht, immer darauf verzichten könne: die Unterstützung von Verwandten braucht der Bedürftige nicht in Anspruch zu nehmen, wenn er nicht will; aber er kann



nicht darauf zum voraus verzichten; und ebensowenig auf den Schutz seiner Persönlichkeit [ZGB 27 ff.], obschon er nicht auf jede Verletzung zu reagieren braucht.)

Nun gibt es aber zweierlei (konkrete) Berechtigungen: solche, auf die der Berechtigte verzichten kann und die er infolgedessen auch nicht ausüben braucht, und solche, auf die er nicht verzichten kann und die er sogar ausüben muß. Der Darlehensgläubiger kann auf seine Forderung, der Wegeberechtigte auf seine Dienstbarkeit, der Eigentümer auf sein Eigentum verzichten, und alle drei brauchen ihr Recht, solange sie es haben, nicht auszuüben. Der Staat dagegen kann auf seine Berechtigung, eine Steuer einzuziehen, eine Verkehrsstörung zu verhindern, einen Uebertreter des Gesetzes zu bestrafen, nicht verzichten und er ist auch verpflichtet, dieses sein Recht, wo es besteht, auszuüben. Eben weil diese Berechtigungen ausgeübt werden sollen, kann der Berechtigte (der Staat) nicht darauf verzichten. Und ein Recht, das man ausüben soll, ist nicht nur ein Recht, sondern eine Pflicht; es ist eine **Kompetenz**, eine Zuständigkeit, und der Zuständigkeit entspricht immer eine Obliegenheit, eine Aufgabe. Kompetenzen werden nicht nach Belieben ausgeübt oder nicht ausgeübt; sie werden vielmehr nach Grundsätzen ausgeübt, d. h. überall da, wo der Rechtssatz, welcher dem „Berechtigten“ seine Aufgabe umschreibt, es verlangt, und nur da. Die Steuer soll überall eingezogen werden, wo sie geschuldet ist, die Strafe überall verhängt, wo sie verdient ist, und, wenn das Gesetz Ausnahmen gestattet, sollen auch diese Ausnahmen wieder nach Grundsätzen, nicht nach Belieben, gewährt oder verweigert werden; jedem unter denselben Voraussetzungen.

Der **Private** dagegen ist niemand verantwortlich dafür, ob und wie er seine Rechte ausübt; das ist seine Privatsache, sofern er nur im Rahmen des Gesetzes bleibt. Der Eigentümer kann seinen Wagen unterhalten oder verrostet lassen; er kann in seinem Bach das Baden verbieten oder baden lassen; er kann von seinen Mietern den Hauszins einziehen, wie er ihn ganz oder teilweise erlassen kann; er kann ihn dem einen Mieter erlassen und vom andern unnachsichtlich einfordern. Er braucht nicht nach Grundsätzen zu handeln und kann deshalb auch nicht verantwortlich dafür gemacht werden, wie er handelt.

Diese Art von Berechtigungen nun, die des Privatrechts, auf die der Berechtigte verzichten kann, sind es, die man in dieser zweiten Bedeutung des Wortes „subjektive Rechte“ nennt. Eben weil der

Berechtigte nach Belieben darauf verzichten kann oder auch nicht verzichten kann, sind es seine Rechte: einesteils kann niemand anders darauf verzichten als er und anderesteils kann er darauf verzichten, wenn es ihm beliebt; also nur wenn es ihm beliebt, erlischt das Recht. Ihm steht das Recht zu. Aber nicht nur wie eine Kompetenz einer öffentlichen Behörde zusteht; denn die öffentliche Behörde kann, wie bemerkt, über ihre Berechtigung zu besteuern, zu bestrafen, zu verbieten oder zu gestatten, nicht verfügen, weder durch Verzicht, noch durch Nichtausübung. Die Behörde, die Amtsperson, ist das Werkzeug des Gesetzes; oder besser: ein Organ, dessen einzige Funktion ist, die Normen des Gesetzes zu verwirklichen (§ 12, II). Es ist daher irreführend, vom „subjektiven Recht“ des Staates auf Steuer, auf Strafe, auf Gehorsam u. dgl. zu sprechen. Gewiß hat auch der Staat konkrete Berechtigungen, auf soundsoviel Steuer gegen diesen und soundsoviel gegen jenen Bürger, in Anwendung der abstrakten Steuernorm. Wenn man aber diese konkrete Berechtigung gleich nennt wie jene des Privaten, erweckt man leicht den Irrtum, der Staat könne über „seine“ Berechtigung verfügen, wie der Private über sein subjektives Recht verfügen kann, was ebenso gefährlich wie falsch ist. Die Irrlehre verführt die Amtspersonen zum gern geglaubten Glauben, sie könnten nach Belieben, nach Gunst und Laune, über solche Berechtigungen, d. h. über die vom Bürger zu tragenden Lasten und zu beanspruchenden Vorteile verfügen; was Willkür ist und das Gegenteil des Rechtsstaates.

Die begriffliche Unterscheidung des subjektiven Rechts der einen und der andern Art ist also nicht ohne praktische Bedeutung. Daß sie am geltenden Recht nicht immer leicht durchzuführen ist, beweist nicht, daß sie nicht richtig wäre. In geistigen Dingen ist wahr, was klar eingesehen werden kann, Daß die Wirklichkeit der Wahrheit nicht durchwegs gerecht wird, widerlegt die Wahrheit nicht.

Der stimmberechtigte Bürger, wird man etwa einwenden, sei keine Amtsperson und doch könne er auf sein Stimmrecht verzichten. Ich bestreite beides: verzichten zunächst kann er auf sein Recht nicht; nur es nicht ausüben kann er; und sogar das sollte er nicht tun. Auch wenn er nicht durch Strafen dazu angehalten wird, ist ihm das Stimmrecht nicht in der Meinung gegeben, daß er es nicht ausübe, sondern daß er es ausübe, wie eine Obliegenheit, wie ein Amt, zum allgemeinen Besten; und wenn das der Fall ist, ist es auch nicht richtig zu sagen, er sei eine Privatperson: als



Stimmberechtigter ist er Amtsperson, wenngleich nicht Berufsbeamter.

Aber der Familienvater, wird man sagen, ist doch eine Privatperson, trotzdem er auf seine väterliche Gewalt nicht verzichten kann; er kann sie ja doch ausüben, wann und wie er will. Auch das könnte ich nicht zugeben: vieles wird allerdings der Gewissenhaftigkeit des Vaters anheimgegeben; aber im Grundsatz soll er diese Gewalt doch als eine (rechtliche oder ethische) Pflicht auffassen, für deren Verletzung er der Vormundschaftsbehörde schließlich doch verantwortlich ist (ZGB 28 ff.); und insofern kann man auch die elterliche Gewalt ein Amt nennen.

Endlich sei hingewiesen auf das Amt des Vormundes (ZGB 398). Kraft seines Amtes verfügt der Vormund über die Rechte des Mündels und er kann auch gültig auf die Rechte seines Mündels (z. B. im Falle eines Vergleiches) verzichten. Das sind doch wohl subjektive Rechte! — In der Tat, die Rechte des Gläubigers bleiben subjektive Rechte, auch wenn der Gläubiger bevormundet wird. Der Vormund kann darauf dem Schuldner gegenüber verzichten. Aber der Vormundschaftsbehörde gegenüber ist er verpflichtet, über die Rechte des Mündels zum Besten des Mündels zu verfügen. Die vormundschaftliche Verwaltung des Vermögens des Mündels ist die Verwaltung subjektiver Rechte, aber sie ist trotzdem ein Amt.

Uebrigens: wie die Grenze zwischen diesen und jenen Berechtigungen im positiven Recht zu ziehen sei und ob sie immer ganz scharf gezogen werden könne, ist nicht die Hauptsache; die Hauptsache ist die Erkenntnis, daß die beiden Arten von Berechtigungen und die beiden Bedeutungen des Wortes „subjektives Recht“ unterschieden werden müssen und daß dies von großer praktischer Wichtigkeit ist.

Der Gegenüberstellung von subjektiven Rechten und kompetenzartigen Berechtigungen entspricht der Gegensatz von relativen und absoluten, von bedingten und unbedingten Pflichten. Dem subjektiven Recht entspricht die Pflicht des Schuldners, etwas zu tun oder zu lassen, wenn der Berechtigte es verlangt; weshalb auch die Pflicht ihm gegenüber besteht, im Verhältnis zu ihm. Der öffentlichrechtlichen Kompetenz entspricht eine unbedingte Pflicht, nämlich zu dem im Gesetz vorgeschriebenen Verhalten; eine Pflicht, die das staatliche Organ nicht entgegen dem Gesetz erlassen kann, und deshalb auch nicht eine Pflicht dieser Behörde oder dem Staat gegenüber, sondern, wenn man durchaus ein „gegenüber“ haben will, dem stummen Gesetz gegenüber; oder einfacher: eine absolute,

nicht auf eine Person und ihr subjektives Belieben bezogene Pflicht. Den subjektiven Rechten (im hier gemeinten Sinn des Wortes) entsprechen relative Pflichten; es sind die Pflichten eines Rechtsverhältnisses. Dem Berechtigten gegenüber ist der Schuldner des Rechtsverhältnisses verpflichtet; der Berechtigte kann ihm seine Pflicht erlassen.

Darin besteht die Beziehung von Recht und Pflicht, die das Rechtsverhältnis ausmacht.

## § 2. Die Entstehung der Rechtsverhältnisse.

1. Man darf sich die „Entstehung“ von Rechtsverhältnissen nicht vorstellen wie die Entstehung körperlicher Dinge im Werdegang der Natur; nämlich als die kausale Wirkung einer Ursache nach Naturgesetzen, also als etwas Naturnotwendiges, aber (für die Vernunft) Zufälliges; als etwas Gegebenes, nicht von der Vernunft Gefordertes. Das Wasser verdunstet, wenn es unter bestimmtem Druck zu bestimmter Temperatur erhitzt wird, und im entgegengesetzten Fall verwandelt es sich in Eis. Naturgesetzlich notwendig, aber zufällig für die nach Gründen suchende Vernunft. So entstehen Rechtsverhältnisse nicht. Daß ein Rechtsverhältnis „entsteht“, bedeutet vielmehr, daß unter gewissen Voraussetzungen zwischen zwei oder mehreren Personen ein Verhältnis von Recht und Pflicht, also ein ethisches Verhältnis anzunehmen ist. Wenn z. B. der Käufer und der Verkäufer des Rindes handelseinig geworden sind, hat der Verkäufer das Rind zu liefern, der Käufer den Preis zu bezahlen. Wenn die Geißen des A mangels Hut in den Garten des B einbrechen, hat A dem B den Schaden zu ersetzen. Unter solchen Voraussetzungen besteht ein Rechtsverhältnis, das vorher nicht bestanden hatte; es ist entstanden; aber nicht als Wirkung einer Ursache, sondern als die (vernünftige) Folge eines Grundes. Daß nach Abschluß des Kaufes der Verkäufer die Kuh zu liefern und der Käufer sie zu bezahlen hat, ist nicht die ursächliche Wirkung der Tatsache ihrer Willensübereinstimmung, wie die Entstehung von Dampf die Wirkung der Erhitzung von Wasser ist, sondern es ist die vernünftige Folge des ethischen, hier rechtlichen Grundsatzes, daß solche Abreden zu halten sind. Oder wenn der eine dem anderen Nachbarn durch Einfrierenlassen des Heizkörpers Schaden zugefügt hat, so ist zwar das Platzen der eingefrorenen Leitung und die Ueberschwemmung der Wohnung des Nachbarn eine naturnotwendige Wirkung der gegebenen Bedingungen, aber die Verpflichtung



tung des Sorglosen, den Schaden zu ersetzen, ist die Folge des vernünftigen Grundsatzes, daß, wer einem anderen widerrechtlich Schaden zufügt, ihn wiedergutmachen soll (OR 41). Erklärt ist diese konkrete Verpflichtung, wenn sie auf den abstrakten Grundsatz zurückgeführt werden kann, und dieser Rechtsgrundsatz selbst begründet ist.

Gilt einmal ein verbindlicher Grundsatz und ist er in klare Begriffe gefaßt, so ist im gegebenen Fall die konkrete Folge aus dem Abstrakten abzuleiten, ganz ähnlich, wie ein konkreter Naturvorgang aus einem abstrakten Naturgesetz abgeleitet (erklärt) wird: wenn die „gesetzlichen“ Voraussetzungen gegeben sind, tritt auch die Folge (Wirkung) ein und aus jedem Gesetz erklärt sie sich. Der eine Schluß folgt so notwendig aus seinen Prämissen, wie der andere. Aber die eine der Prämissen ist hier ein Gesetz der Vernunft und dort ein Gesetz der Natur. Man sollte daher nicht, wie es so oft geschieht, die Entstehung der Verpflichtung als eine gewissermaßen mechanische Wirkung gegebener Tatsachen hinstellen. Die Voraussetzungen müssen doch so sein, daß sie die Verpflichtung vernünftigerweise erklären.

2. Die Rechtsverhältnisse, von denen hier die Rede sein soll, sind die des Obligationenrechts, nicht des Sachenrechts; die Entstehung „obligatorischer“, nicht dinglicher Rechtsverhältnisse soll hier dargestellt werden. Diese Einschränkung ist vorab zu beachten.

Auch der Eigentümer steht, wie oben (S. 11) bemerkt, in einem Rechtsverhältnis zu den Nichteigentümern: er kann die Sache besitzen und benutzen, und sie sollen ihn darin gewähren lassen; das ist auch ein Verhältnis von Recht und Pflicht. Aber die Entstehung eines neuen dinglichen Rechts, z. B. des Eigentums an einer neuen Sache, belastet die anderen, die den Eigentümer im ungestörten Genuß dieser Sache lassen sollen, nicht; sowenig wie die Uebertragung dieses Rechts, z. B. vom bisherigen Eigentümer der Sache auf einen anderen. Im Gegensatz zur Begründung eines obligatorischen Rechts, einer Forderung, die stets die Begründung einer neuen Pflicht und Last in sich trägt (S. 35).

3. Wenn man die Gründe überblickt, aus denen nach heutigem Privatrecht „obligatorische“ Verpflichtungen unter Privaten entstehen sollen, so sind es nach herkömmlicher Einteilung: Tatsachen, Rechtsgeschäfte und unerlaubte Handlungen.

Das principium divisionis, d. h. der gemeinsame Gesichtspunkt

dieser Gegenüberstellung (denn jeder Gegensatz setzt eine Verwandtschaft voraus), liegt in der Rolle des **Willens** des Verpflichteten: je nach der Bedeutung dieses Willens nennt man den Entstehungsgrund Tatsache, Rechtsgeschäft oder unerlaubte Handlung. Tatsachen, gewollte oder nicht gewollte, sind Vorgänge, die eine Verbindlichkeit ohne Rücksicht auf den Willen der Verpflichteten begründen; Rechtsgeschäfte sind gewollte Vorgänge, also **Handlungen**, die auf die Begründung einer Verpflichtung gerichtet sind; und unerlaubte Handlungen sind Handlungen, die auf ein unerlaubtes Verhalten gerichtet sind und eine Verpflichtung begründen, ob der Handelnde diese Folge gewollt habe oder nicht.

Daß das Privatrecht auf den Willen abstellt, ist nicht zufällig. Das Rechtsgeschäft, die selbstgewollte Verpflichtung, ist die zentrale Einrichtung des Privatrechts. Die Obligationen aus Tatsachen und aus unerlaubten Handlungen bilden die Ergänzung der rechtsgeschäftlichen; eine Ergänzung, die ohne das zu Ergänzende nicht denkbar ist. Eine Rechtsordnung ohne Rechtsgeschäfte hätte auch nicht Obligationen aus Tatsachen und Delikten, weil diese Leistungen kein Interesse hätten für einen Gläubiger, der über das Geleistete (Geld) nicht rechtsgeschäftlich verfügen könnte (ZBJV 73, 49).

## I. Die Tatsachen.

(Obligationes ex facto oder ex lege.)

1. Wie eingangs bemerkt, **entstehen** auch diese Verpflichtungen nicht gewissermaßen mechanisch aus Tatsachen als deren natürliches Produkt, sondern als die rechtlichen Folgen, die das Gesetz an gewisse Tatsachen knüpft. Man kann sie daher ebensogut obligationes ex facto oder ex lege, aus Tatsachen oder aus Gesetz, nennen, da stets die tatsächlichen Voraussetzungen gegeben sein müssen, die das Gesetz vorsieht. Was man mit dieser doppelten Bezeichnung betonen will, ist nicht der Gegensatz von Tatsache und Gesetz, sondern den von gesetzlich auferlegter und von selbstgewollter Verpflichtung: den Umstand also, daß diese Rechtsverhältnisse nicht durch den Willen des Verpflichteten, durch Rechtsgeschäft, entstehen, sondern unabhängig davon, ob der Schuldner sich verpflichten wollte; und nebenbei auch, daß sie nicht die Folge eines unerlaubten Verhaltens des Verpflichteten sind.

Mit der Geburt erhält das Kind seinen Stand in der Familie: die Eltern sind ohne weiteres verpflichtet, es zu pflegen, zu ernähren



und zu erziehen. Mit dem Tod des Vaters wird das Kind Erbe; infolge der Arbeitslosigkeit des Vaters wird der Sohn unterstützungspflichtig (ZGB 328). Nicht nur im Familienrecht entstehen Pflichten von Gesetzes wegen; auch die Fälle der Haftung für unverschuldeten Schaden (S. 58) wären hier zu nennen, und manche andere.

Die Tatsache kann übrigens von demjenigen, den sie verpflichtet, gewollt sein; sie bleibt in unserm Sinne eine Tatsache, im Gegensatz zum Rechtsgeschäft, wenn der Verpflichtete diese Wirkung nicht wollte oder wenn es gleichgültig ist, ob er sie wollte.

Die Ehe z. B. ist eine gewollte Handlung; wenn sie nicht frei eingegangen wird, ist sie ja nicht gültig (ZGB 120—126); insofern ist sie ein Rechtsgeschäft. Aber die Wirkungen der Ehe, z. B. der ordentliche Güterstand (ZGB 178) oder die Ehelichkeit eines vorhelichen Kindes (ZGB 258) treten ein infolge der Tatsache der Eheschließung, auch wenn die Ehegatten sie nicht wollten. Ebenso die Haftpflicht der Eisenbahngesellschaft für die Unfälle der Reisenden; die Beförderungspflicht beruht zwar auf Vertrag, aber der Wille der Vertragschließenden braucht nicht auf die Begründung dieser Haftpflicht zu gehen; sie besteht von Gesetzes wegen, ja sogar ohne Transportvertrag und auch wenn die Vertragsparteien das Gegenteil vereinbart hätten (sie ist unabdingbar). Dieselbe Handlung kann also bezüglich gewisser rechtlicher Folgen Rechtsgeschäft, bezüglich anderer Tatsache sein.

2. Wie für die Entstehung neuer sind Tatsachen auch bedeutsam für die **Aenderung** und den **Untergang** schon bestehender Rechtsverhältnisse. Die Unterstützungspflicht des Verwandten vermindert sich, wenn der Unterstützte wieder etwas verdient; sie fällt weg, wenn er sich wieder ganz durchbringen kann. Infolge des Konkurses des Schuldners wird die befristete Forderung fällig (SchKG 208); infolge Zeitablaufs verjährt sie.

3. Während im Privatrecht der wichtigste Entstehungsgrund das Rechtsgeschäft ist, entstehen die Verpflichtungen des **öffentlichen Rechts**, abgesehen von den Delikten, aus Tatsachen, ex lege; das Rechtsgeschäft ist hier, obschon vom positiven Recht da und dort verwendet, nicht zu Hause. Die Pflichten des öffentlichen Rechts sind grundsätzlich gesetzliche Pflichten, nicht selbstübernommene Pflichten: mit 20 Jahren wird der Schweizerbürger dienstpflichtig und stimmberechtigt; wer eine Fabrik betreibt, unterliegt der Fa-

brikpolizei; macht er Gewinn, so ist er steuerpflichtig. Man kann in gewissem Sinne sagen: die Pflichten des Privatrechts sind wesentlich rechtsgeschäftliche (denn die rechtsgeschäftlichen gehören wesentlich zum Privatrecht); die des öffentlichen Rechts sind gesetzliche. Doch soll das hier nicht weiter verfolgt werden.

★

Im Privatrecht sind zwei Fälle gesetzlicher Verpflichtung besonders zu erwähnen: die Geschäftsführung ohne Auftrag und die ungerechtfertigte Bereicherung.

a) **Geschäftsführung ohne Auftrag** (negotiorum gestio) ist es, wenn jemand für einen anderen ein Geschäft besorgt, ohne von diesem beauftragt zu sein (OR 419). Er soll dieses Geschäft so führen, „wie es dem Vorteil und der mutmaßlichen Absicht des anderen entspricht“. Er haftet für jede Fahrlässigkeit zum Schaden des Geschäftsherrn. Dieser aber hat dem Geschäftsführer alle Verwendungen zu ersetzen, die notwendig oder nützlich und den Verhältnissen angemessen waren samt Zinsen; er hat ihm die übernommenen Verbindlichkeiten abzunehmen und erlittenen Schaden zu ersetzen, sofern die Besorgung des Geschäftes im Interesse des Geschäftsherrn war.

Wer z. B. einen verirrtten Bergsteiger aufsucht oder aufsuchen läßt, handelt im Interesse des Verirrten und besorgt dessen Geschäft. Er kann nicht im Namen des Verirrten und auf dessen Rechnung Führer und Träger anwerben oder Proviant kaufen, da er nicht sein Vertreter ist; er muß es im eigenen Namen und auf eigene Rechnung tun; aber er kann verlangen, daß der Gefundene diese Verbindlichkeiten übernehme oder ihm die Auslagen zurückerstatte, und ihm sonstigen Schaden vergüte.

Das alles scheint fast selbstverständlich. Schwierig ist aber, und der Gesetzgeber scheint geschwankt zu haben, zu entscheiden, wann die Besorgung unzulässige Einmischung, Geschäftsanmaßung, und wann sie verdienstliche Hilfe sei; und ebenso, wie die Ersatzansprüche des Geschäftsführers zu bemessen seien. Die Antwort wird verschieden ausfallen, je nachdem man abstellt auf den mutmaßlichen Willen oder auf das wirkliche Interesse des Geschäftsherrn: im ersten Fall wird man den Geschäftsführer nach Analogie eines Beauftragten, als quasi-Mandatar, behandeln und ihm keine Ansprüche auf Ersatz geben, wenn er annehmen mußte, der Geschäftsherr sei nicht einverstanden, z. B. wenn er sich die Hilfe ausdrücklich verboten hatte; im zweiten Fall wird man den Ge-



schäftsherrn zum Ersatz verpflichten, sobald und sofern in seinem wohlverstandenen Interesse ein guter Mensch Hilfe leisten mußte. Wie diese Normen aber auch lauten mögen, sie sollen nachträglich eine Situation ordnen, die gewissermaßen außer dem Rahmen des Gesetzes entstanden ist, nämlich ohne daß der Geschäftsführer zur Geschäftsführung gesetzlich oder rechtsgeschäftlich verpflichtet gewesen wäre. Daher kommt die Schwierigkeit.

b) **Ungerechtfertigte Bereicherung.** Auch hier berichtet das Recht nachträglich ein Ergebnis, das ohne Rechtswidrigkeit der Beteiligten eingetreten ist, aber oft von keinem gewollt war. Die mangelhafte Einsicht und Voraussicht der Menschen oder die Unvollkommenheit des Rechtsapparates selbst haben eine Verteilung des Vermögens herbeigeführt, die das Recht nicht wollte. Derjenige, der, ohne sich rechtswidrig bereichert zu haben, doch ohne Grund, ungerechtfertigterweise bereichert ist, soll die Bereicherung, id quo locupletior factus est, demjenigen zurückgeben, auf dessen Kosten sie stattgefunden hat. Diese Rückforderungsklage nennt man etwa *condictio*, nach dem Namen der römischen Klage (*condictio indebiti*, ob *causam datorum*, etc.).

Ungerechtfertigte Bereicherung liegt z. B. vor, wenn ein Bauherr seinem Bau fremdes Material einverleibt (ZGB 726), oder wenn jemand Arbeit aufwendet, um eine fremde Sache zu verbessern oder wenn ein Abonnent infolge fehlerhaften Zählers mehr Strom erhalten hat, als er annehmen mußte und bezahlt hat; oder wenn jemand ohne Grund betrieben worden ist, aber zahlen mußte, weil er vergessen hat, Rechtsvorschlag zu erheben (SchKG 86).

Am häufigsten ist wohl die ungerechtfertigte Bereicherung die Folge davon, daß der „Entreicherte“ selbst dem Bereicherten etwas zugewendet hat; z. B. mehr Waren geliefert hat als bestellt waren oder namentlich eine vermeintliche oder schon getilgte Schuld bezahlt hat. Für diesen letzteren Fall verlangt das Gesetz (OR 63), daß der Kläger, um zurückfordern zu können, außer der objektiven Grundlosigkeit der Leistung, seinen subjektiven Irrtum nachweise; also nachweise, daß er nicht im Bewußtsein, nichts schuldig zu sein, bezahlt habe.

So einleuchtend der gesetzgeberische Gedanke auch dieses Institutes ist, so heikel ist es in seiner begrifflichen Ausbildung: was Bereicherung ist, wann sie aus dem Vermögen eines anderen stamme, wann sie „ungerechtfertigt“ sei, und was „irrtümliche“ oder nichtirrtümliche Zahlung (also Schenkung?) sei, das alles sind recht schwierige Fragen. Und was soll eigentlich der Maßstab des

Anspruches auf Rückerstattung sein: das, worum der Beklagte reicher, oder das worum der Kläger ärmer geworden ist? oder das, was innert dieser beiden Grenzen bleibt? Man denke etwa, daß ein Kunstliebhaber irrtümlich ein fremdes altes, aber wertloses Bild mit großen Kosten habe auffrischen lassen, oder daß er, umgekehrt, mit geringen Kosten unter wertloser Uebermalung einen Holbein entdeckt habe.

## II. Die Rechtsgeschäfte.

(*Obligationes ex contractu.*)

1. Rechtsgeschäfte sind Handlungen, nicht bloße Tatsachen. Handlungen nennt man das gewollte Verhalten eines vernünftigen Wesens. Tiere handeln nicht. Handeln ist ein irgendwie sinnvolles Verhalten, und sinnvoll heißt hier ein Handeln, das auf einen Zweck gerichtet ist und daraus seinen Sinn erhält. Der Zweck des Rechtsgeschäftes ist nun, ein Rechtsverhältnis zu begründen. Man kann somit das Rechtsgeschäft als **die Handlung bezeichnen, die darauf gerichtet ist, ein Rechtsverhältnis zu begründen.**

Ein Vertrag, ein Preisausschreiben, ein Testament sind Rechtsgeschäfte. Daß Handlungen mit solchen Rechtsfolgen nur möglich sind, weil das Gesetz es vorsieht und zuläßt, braucht nicht gesagt zu werden; wir sprechen hier überall von den in unserer <sup>Rechtsh.</sup> begründeten Einrichtungen. Aber daß dazu ein bloßes Schweigen des Gesetzes, ein Nichtverbieten nicht genügt, sondern eine positive Ermächtigung der Privatpersonen durch das Gesetz erforderlich ist, und daß unsere <sup>Rechtsh.</sup> solche Ermächtigungen erteilt hat, verdient schon eher erwähnt zu werden (vgl. § 15).

2. Das Rechtsgeschäft begründet Pflichten; ein Rechtsgeschäft zu begründen ist aber **niemand verpflichtet**. Der Vertrag kann geschlossen oder auch nicht geschlossen werden; der Erblasser kann testieren oder nicht testieren. Der Private ist frei, ein Rechtsgeschäft einzugehen, ohne darüber Rechenschaft ablegen zu müssen; frei nach der Freiheit des Beliebens, der Willkür. Zwischen zwei Bewerbern wählt der Geschäftsmann den Angestellten, der ihm angenehmer ist, nach Ansehen der Person; dem Sohne seines Freundes gibt er Fr. 1000.—, dem Unbekannten Fr. 500.— Lohn, trotz gleichwertiger Leistungen. Der Private ist dafür, welche Verträge er schließt, niemand verantwortlich. Wäre er von Gesetzes wegen verpflichtet, unter gewissen Voraussetzungen einen Vertrag zu



schließen, z. B. bei Wohnungsmangel einen Mietvertrag, so wäre das kein eigentlicher Vertrag mehr, weil er nicht das Mietverhältnis begründen, sondern bloß eine bestehende gesetzliche Pflicht anerkennen würde. Eine Pflicht, die erst begründet werden soll, kann noch nicht bestehen.

Und endlich: da der Private sich selbst verpflichten kann, kann er ohne seinen Willen nicht durch andere verpflichtet werden.

Das sind platte Selbstverständlichkeiten; aber sie bündig zu formulieren, ist nicht überflüssig, weil sie wesentlich sind und in ihren praktischen Folgen oft übersehen werden.

Damit hängt zweierlei zusammen:

a) wie alle Willenserklärungen, z. B. auch Gesetze und Urteile, bedürfen die Rechtsgeschäfte, wenn unklar abgefaßt, der Auslegung. Aber nicht alle Willenserklärungen sind in gleicher Weise auszulegen:

Da das Rechtsgeschäft verpflichtet, weil der Handelnde sich hat verpflichten wollen, verpflichtet es auch so, wie er sich hat verpflichten wollen. Wenn daher die von ihm gebrauchten Worte verschiedener Deutung fähig sind, sind sie so zu deuten, wie er sie tatsächlich verstanden hat, im Gegensatz zum Gesetz, das so auszulegen ist, wie es ein gerechter Gesetzgeber verstanden hätte. Das kann bei zweiseitigen Rechtsgeschäften, wie beim Vertrag, allerdings zu einer zweifachen Auslegung führen, je nach dem Willen der Parteien (S. 68). Daß dieser Wille maßgebend ist, zeigt sich am einfachsten beim einseitigen Rechtsgeschäft, z. B. beim Testament. Das Testament ist gerade so zu verstehen, wie es der Verfügende verstanden hat, nicht etwa wie die gerechte Verteilung der Verlassenschaft es verlangen würde. Das Gesetz ist der Ausdruck der objektiven Gerechtigkeit; das Rechtsgeschäft der Ausdruck eines subjektiven Wollens;

b) daß Rechtsgeschäfte unter Bedingung eingegangen werden können (OR 151).

Ich bestelle z. B. bei einem Architekten den Bau eines Hauses unter der Bedingung, daß der städtische Bauplan angenommen werde.

Abstrakte Regeln, wie die des Gesetzes, sind immer bedingt verbindlich; unter der Bedingung nämlich, daß die tatsächlichen „Voraussetzungen“ der Verbindlichkeit eintreten. Die gesetzliche Unterstützungspflicht des Sohnes z. B. ist bedingt durch die Not des Vaters; die Pflicht des Anstößers, auf dem Wege Sand zu

streuen, ist bedingt durch Glatteis. Auch abstrakte, d. h. generelle Vertragspflichten sind in diesem Sinne bedingt; z. B. die Nachschußpflicht eines Gesellschafters durch die Geschäftslage des gemeinsamen Unternehmens; die vereinbarte Unterhaltungspflicht eines Nachbarn durch den Zustand der zu unterhaltenden Mauer.

Konkrete Pflichten aber werden in der Regel erst eingegangen, wenn die Bedingungen, unter welchen man sich verpflichten will, gegeben sind; in der Regel bestelle ich einen Bau erst, wenn ich ihn sicher brauche und ausführen lassen kann. Man kann sich aber auch dazu nur unter dem Vorbehalt verpflichten, daß ein noch unsicherer, vom Willen der Parteien unabhängiger Umstand (das nennt man Bedingung) eintrete; dann nämlich, wenn ich ein Interesse daran habe, zum voraus zu wissen, daß ich in diesem Fall die Leistung fordern kann. Deshalb, meine ich, wird diese Möglichkeit nur erwähnt für Rechtsgeschäfte.

Für Rechtsgeschäfte ist sie aber noch deshalb erwähnenswert, weil die Parteien sich unter beliebigen Bedingungen, sofern nur sie ein Interesse daran haben, verpflichten können, wie sie sich ja überhaupt beliebig verpflichten können, während die Voraussetzungen gesetzlicher Verpflichtungen immer ihren Sinn, ihren sachlichen Zusammenhang mit der Norm haben müssen.

Die vorhin genannte Bedingung nennt man aufschiebende, weil die Verpflichtung nicht aktuell wird, solange die Bedingung nicht eingetreten ist. Auflösend ist die Bedingung, deren Eintritt eine schon aktuell gewordene Pflicht, mit oder ohne Rückwirkung, wieder aufhebt; z. B. die Abrede, daß der Mietvertrag erlöschen soll, wenn der Mieter dienstlich versetzt wird.

3. Das **Rechtsgeschäft** ist die einmalige **Handlung**, welche das **Rechtsverhältnis begründet**; das Rechtsverhältnis ist das, was durch jene Handlung begründet wird. Das Rechtsgeschäft ist der Entstehungsgrund, das Rechtsverhältnis das Entstandene; das eine ist das „Geschäft“, das andere das Geschaffene.

Durch den Abschluß des Mietvertrages entsteht das Mietverhältnis. Wenn der Vertrag gültig geschlossen worden ist, besteht das Rechtsverhältnis, und es besteht weiter, auch wenn eine Partei, z. B. infolge Geisteskrankheit, die Fähigkeit verlieren sollte, es zu begründen (Geschäftsfähigkeit).

Das Rechtsgeschäft kann zweiseitig sein und das dadurch begründete Rechtsverhältnis einseitig; oder umgekehrt. Der Vertrag ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, weil es stets unter Mitwirkung



zweier (oder mehrerer) Personen abgeschlossen wird; aber er kann, je nach Inhalt, ein zwei- oder ein einseitiges Rechtsverhältnis begründen (S. 10); ein zweiseitiges z. B. der Kaufvertrag; ein einseitiges die Bürgschaft. Ein Testament ist dagegen ein einseitiges Rechtsgeschäft; aber es begründet unter den mehreren eingesetzten Erben ein Verhältnis gegenseitiger Berechtigung und Verpflichtung.

Rechtsgeschäft und Rechtsverhältnis sind also wohl zu unterscheiden.

4. Dadurch, daß es ein Rechtsverhältnis **begründet**, unterscheidet sich das Rechtsgeschäft von der **Rechtshandlung** (oder **Rechtsakt**), durch welche ein schon begründetes Rechtsverhältnis einseitig durch einen der Beteiligten betätigt, verändert oder beendet wird. Die Rechtshandlung ist eine für die bestehenden Rechte und Pflichten erhebliche Handlung, und will es sein, d. h. wird mit diesem Ziel vorgenommen.

Gewisse solcher Handlungen sind mit dem (privatrechtlichen) Rechtsverhältnis ohne weiteres, **begriffsnotwendig** gegeben. Wenn ich berechtigt bin aus einem Rechtsverhältnis, z. B. als Darlehensgeber, muß ich dieses Recht auch geltend machen können, sonst wäre es kein Recht; d. h. ich muß den Schuldner mahnen, beklagen und betreiben können. Das ist mit der Natur des subjektiven Rechts gegeben; ebenso wie die Möglichkeit, auf ein Recht zu verzichten (S. 23). Das sind rechtserhebliche Handlungen; aber sie gehören zum notwendigen Inhalt jedes privaten Rechts und man braucht nicht viel Aufhebens davon zu machen.

Anders dagegen die Rechtshandlungen, die nur **vermöge des besonderen Inhalts** eines Rechtsverhältnisses gegeben sind; sie sind dem subjektiven Recht als solchem nicht wesentlich, sind aber auch nicht besondere subjektive Rechte, sondern gehören zum Inhalt eines solchen: nach Inhalt unseres Mietrechtes habe ich das Recht, meinem Mieter zu kündigen oder wegen wichtiger Gründe zurückzutreten. Wenn ich dies erkläre, verändere ich ein Rechtsverhältnis und man mag diese Befugnis einseitiger Einwirkung „**Gestaltungsrecht**“ nennen. Aber es ist nichts anderes als eine durch dieses Rechtsverhältnis begründete und in ihr enthaltene Befugnis; nicht die selbständige Berechtigung zur Umgestaltung eines anderweitig gegebenen, fertigen Rechtsverhältnisses, gewissermaßen von außen; wie etwa das vom einen geschaffene technische Werk vom anderen umgestaltet wird. — Wovon allerdings wiederum unterschieden werden muß die Kompetenz der **Behörde**, ein (privates) Rechtsver-

hältnis umzugestalten, an dem das öffentliche Interesse beteiligt ist, und das daher nicht rein dem Privatrecht angehört, wie die Scheidung einer Ehe oder die Ehelicherklärung eines Kindes. So Verschiedenes unter einen „Begriff“ zu vereinigen, bedeutet keinen methodischen Fortschritt (S. 22).

5. Wenn unsere Definition des Rechtsgeschäftes richtig ist, gehört dazu:

a) eine Handlung, d. h. ein **gewolltes** Verhalten. Was ich unbewußt oder gezwungenermaßen tue, ist kein Rechtsgeschäft. Es gibt Leute, die im Schlaf auf Fragen antworten; wenn aber ein solcher Mensch die Frage, ob er seine Uhr um 5 Fr. verkaufe, bejaht, hat er keinen Vertrag geschlossen. Und wenn dem Widerstrebenden die Hand zur Unterschrift geführt oder die freie Ueberlegung und Entschließung durch Bedrohung mit dem Revolver genommen wird, handelt er nicht eigentlich und begründet kein Rechtsverhältnis. Unser Gesetz (OR 29, 30) verlangt allerdings für die Unverbindlichkeit eines im übrigen gültig abgeschlossenen Vertrages, daß der Bedrohte „widerrechtlich“ und durch Erregung „begründeter“ Furcht zur Eingehung des Vertrages bestimmt worden sei. Allein „widerrechtlich“ ist doch wohl jede Unterdrückung der freien Entschließung; der Furchtsame, der sich, wenn auch ohne Grund, so sehr hat einschüchtern lassen, daß er seines Entschlusses nicht mehr mächtig war, hat sich ja nicht eigentlich verpflichten wollen. Das Gesetz hat also mit jenen Erfordernissen der „Widerrechtlichkeit“ und der „begründeten Furcht“ den Fall im Auge, daß der Bedrohte der Entschließung mächtig war, aber Grund hatte, sich zur Eingehung des Vertrages zu entschließen, um einem größeren Uebel zu entgehen und zwar einem Uebel, das an sich widerrechtlich ist, wie die Erschießung, oder zu jenem Zwecke nicht angedroht werden durfte, wie eine Strafanzeige;

b) der Wille, sich zu verpflichten und zwar rechtlich zu verpflichten; der **Geschäftswille**, der animus obligandi.

Der Wille, von dem soeben die Rede war, muß darauf gehen, sich zu verpflichten. Das allein ist der rechtsgeschäftliche Wille. Wer ein Verhalten zusagt, eine Leistung verspricht, ohne diesen Sinn damit zu verbinden, verpflichtet sich nicht rechtsgeschäftlich, d. h. rechtlich, mag er auch dieselben Worte aussprechen, wie ein Vertragsschließender. Der Zweck, der dem Wollen seinen Sinn gibt, gehört immer zur Handlung; die Handlung ist ein sinnvolles Verhalten.



Wenn ich jemand bloß scherzweise oder belehrungs- oder höflichkeitshalber sage: „mein Haus gehört Ihnen“, „ich erlasse Ihnen den Mietzins“, so fehlt dieser Erklärung die Verpflichtungsabsicht, die sie zur rechtsgeschäftlichen machen würde. Wenn ich einem Freund verspreche, für sein Kind zu sorgen, will ich keine rechtliche Verpflichtung eingehen, und, wenn ich einen müden Fußgänger in meinen Wagen nehme, schließe ich mit ihm keinen Transportvertrag.

Ob der Geschäftswille, d. h. der Wille, eine rechtliche Verpflichtung einzugehen, gegeben sei, ist eine Tatfrage, die oft recht zweifelhaft ist. Z. B. wenn ich einen befreundeten Anwalt konsultiere, wenn ein Sohn beim Vater arbeitet, wenn ein Zeitungsredaktor einen Artikel annimmt, aber nicht veröffentlicht, oder ein Hauseigentümer einen Mieter weiter wohnen läßt, <sup>obwohl</sup> ~~trotzdem~~ er im Rückstand ist mit dem Mietzins. <sup>Willing nicht</sup>

Das positive Recht mag den Unvorsichtigen gelegentlich beim Wort nehmen; z. B. denjenigen, der einen Check in blanco unterschrieben und verloren hat. Der Rechtssicherheit wegen. Aber das sind Ausnahmen von der Regel. Und Ausnahmen, die sich nur daraus erklären, daß der Empfänger annehmen muß, der Unterzeichner habe sich verpflichten wollen. Das Gesetz verleiht dem scheinbar, aber nicht wirklich gewollten schriftlichen Angebot oder Papier diese Wirkung, nicht weil es vom Verpflichtungswillen grundsätzlich absehen will; sondern weil es dem Streit über die tatsächliche Frage vorbeugen will, ob dieser Wille bestanden habe. Der Erklärende wird bei seiner irrtümlichen Erklärung behaftet, <sup>obwohl</sup> ~~trotzdem~~ er sie nicht gewollt hat; aber behaftet wird er doch nur, weil und soweit der Empfänger sie als die Äußerung seines Verpflichtungswillens betrachten mußte. Der Sinn des Rechtsinstitutes, des Rechtsgeschäftes, bleibt trotz solcher Ausnahmen der, daß sich durch Erklärungen soll verpflichten können, wer sich verpflichten will.

c) Und endlich muß der Verpflichtungswille dem oder den anderen Beteiligten **erkennbar** sein; er muß einen irgendwie erkennbaren Ausdruck finden. Sei es in gesprochenen Worten oder in anderen Zeichen des konventionellen Verständigungskodex oder endlich in einem schlüssigen Verhalten.

Ich kann meine Zustimmung zum angebotenen Vertrag in Worten oder in Zeichen, z. B. durch Nicken des Kopfes oder Handschlag kundgeben. Das nennt man den Willen „ausdrücklich“ erklären. Ich kann ihn anderen auch stillschweigend „erklären“, d. h.

zu erkennen geben durch mein sonstiges Verhalten, durch mein „konkludentes Verhalten“, d. h. ein Verhalten, das unter den gegebenen Umständen nur den Sinn (denn jedem Verhalten darf ein Sinn beigelegt werden) haben kann, daß ich den Verpflichtungswillen habe. Wenn ich einen Mietwagen besteige und das Ziel der Fahrt angebe, will ich ihn mieten; wenn ich die Wohnung nach Ablauf des Mietvertrages nicht räume, will ich die Miete fortsetzen. Diese letztere Form der Willenskundgebung ist weniger sicher und genügt nicht in allen Fällen, z. B. im Falle des Art. 294 ZGB; aber sie läßt sich begrifflich scharf von der anderen unterscheiden. Klage: Taxi

Hat man erkannt, daß zum Rechtsgeschäft nach Gesetz auch die Kundgebung, die Erklärung des Willens gehört, so kann derjenige, der seinen Willen nicht kundgeben, nicht erklären will, nicht wohl den Willen haben, das Rechtsgeschäft zu begründen. Wer die Laute spielen will, muß die Saiten zupfen. Wer sich rechtsgeschäftlich verpflichten will, muß alles wollen, was nach Gesetz zu einem Rechtsgeschäft notwendig ist. Man kann daher nicht wohl zwischen dem Willen, sich zu verpflichten (Verpflichtungswille), und dem Willen, jenen zu erklären (Erklärungswille) unterscheiden; denn wer diesen nicht hat, kann jenen nicht haben, und wer diesen hat, hat (folgerichtigerweise) auch jenen. X bindungswillig

6. Auf der Eigenart des Rechtsgeschäftes, als eines erklärten Verpflichtungswillens, beruhen gewisse Besonderheiten dieses Rechtsinstitutes, die den anderen Entstehungsgründen, den Tatsachen und den unerlaubten Handlungen, fremd sind.

a) Zunächst die Besonderheit, daß **Erklärung und Wille auseinandergehen** können.

Normalerweise stimmt die Erklärung mit dem Willen, das Erklärte mit dem Gewollten, überein: ich erkläre das, wozu ich mich verpflichten will, und will mich zu dem verpflichten, was ich erkläre. Das ist nicht nur der häufigste Fall; es ist auch der Fall, mit dem das Gesetz rechnet. Aber es kann vorkommen, daß, bewußt oder unbewußt, absichtlich oder versehentlich, etwas anderes erklärt wird, als gewollt war.

aa) Zunächst kann man sich denken, daß ein Beteiligter zwar einen rechtsgeschäftlichen Willen bewußtmaßen erklärt, aber sich im Stillen vornimmt, das Versprochene nicht zu halten. Das nennt man **Mentalreservation** (reservatio mentalis). Sie ist rechtlich unerheblich, unwirksam; die abgegebene Erklärung verpflichtet, ohne Rücksicht auf den stillen Vorbehalt.



Wenn ich vorbehaltlos dem A zusage, ihm Fr. 1000.— zu leihen, habe ich einen Darlehensvertrag abgeschlossen, auch wenn ich mir von vornherein vorgenommen hatte, ihm die Fr. 1000.— nicht zu geben. Da das Gesetz meinen stillen Vorbehalt unerheblich erklärt, kann ich (sofern ich das Gesetz kenne, und ich muß es kennen), die Erklärung nicht abgeben, ohne mich verpflichten zu wollen. Ich kann nicht an den Saiten zupfen, ohne die Laute erklingen zu machen, *es sei denn, ich dämpfe die Saiten.*

Daß ich bewußt erkläre, mich verpflichten zu wollen, ohne es zu wollen, ist also eine widerspruchsvolle Annahme, die man nicht zu berücksichtigen braucht und die das Gesetz übrigens nicht ausdrücklich erwähnt.

Aehnliches gilt im umgekehrten Fall, wo bei der Begründung des Rechtsverhältnisses nicht der Schuldner, sondern der Gläubiger einen inneren Vorbehalt macht. Wenn z. B. der Gläubiger des gegebenen Darlehens sich vorgenommen hat, es nicht zurückzufordern, also den Darlehensnehmer nicht als Schuldner zu behandeln, so fehlt ihm nicht notwendig der Geschäftswille: er kann sich sehr wohl und ohne Widerspruch vornehmen, die Forderung zu begründen, aber nicht auszuüben (S. 21); das Vorhaben, ein Recht nicht auszuüben, setzt das Recht voraus.

bb) Das führt uns zur zweiten Möglichkeit: daß eine rechtsgeschäftliche Erklärung abgegeben wird, beide Beteiligten aber sich darüber verständigt haben, daß das Erklärte nicht verpflichten soll oder nicht so verpflichten soll, wie es erklärt worden ist. Das nennt man **Simulation**. A verspricht z. B. dem B notariell, dessen Gut für Fr. 50 000.— zu kaufen, um den Pächter zu veranlassen, sein Vorkaufsrecht auszuüben; aber beide, A und B, sind einig darüber, daß ihr Versprechen sie nicht verpflichten oder nur für Fr. 40 000.— verpflichten soll.

Dem offenen schriftlichen Kaufs-, bzw. Verkaufsversprechen steht eine andere, verdeckte Verabredung gegenüber, die die erste aufhebt. Das Bemerkenswerte ist aber, daß die erste Abrede unverbindlich ist, trotzdem sie und vielleicht sie allein, formgerecht ist (OR 216). Es zeigt sich auch hierin, daß dem Gesetz nicht die Erklärung, sondern der Verpflichtungswille die Hauptsache ist, und daß es nur deshalb die Erklärung gelegentlich dem Willen vorgehen läßt, um den Empfänger vor Täuschung zu schützen. Da durch das simulierte Geschäft keiner der Beteiligten getäuscht wird, kann wieder der Grundsatz gelten, daß eine Erklärung ohne Verpflichtungswillen unwirksam ist (S. 37).

Das simulierte Rechtsgeschäft ist also unter den Parteien ungültig. Versteckten sie aber unter diesem Schein ein anderes Rechtsgeschäft, das sie wirklich eingehen wollten, z. B. unter dem Kauf eine Schenkung, unter dem offen angegebenen Kaufpreis einen höheren oder niedrigeren, so ist dieses dissimulierte Rechtsgeschäft gültig, sofern die übrigen Gültigkeitsbedingungen, z. B. die der Form, erfüllt sind. Ob die Ungültigkeit des dissimulierten Rechtsgeschäftes Dritten gegenüber geltend gemacht werden kann, insbesondere dem Erwerber der Scheinforderung im Falle der Abtretung, ist nicht für alle Fälle gleich zu beantworten. Das Gesetz ist bestrebt, den Gutgläubigen zu schützen, der die Forderung im Vertrauen auf den Schein (entgeltlich) erworben hat (OR 18, Abs. 2).

Simulierte Rechtsgeschäfte werden nicht selten abgeschlossen, um dem Zugriff der Gläubiger oder öffentlichrechtlichen Verböten oder Abgaben, wie Schenkungs- und Handänderungssteuern, zu entgehen; eine (unzulässige) Form, unter anderen, der Umgehung der Gesetze.

cc) Wenn der Handelnde unbewußt etwas anderes erklärt, als er erklären will, spricht man von einem **Irrtum**.

Der Erblasser wollte z. B. im Testament seiner alten Köchin Bäbeli eine Lebensrente vermachen, nannte sie aber Krämer, statt Kaufmann, wie sie wirklich heißt. Oder die Vertragsparteien haben die Nummer der verkauften Grundparzelle verwechselt, meinten aber dieselbe Parzelle. In diesem Fall gilt, was die rechtsgeschäftlich Handelnden gemeint, nicht was sie irrtümlich erklärt haben (OR 18, Ab. 1). Dieser Grundsatz ist einfach. Schwierig kann aber sein zu beweisen, daß etwas anderes als das Erklärte gemeint gewesen sei und was, wenn die Beteiligten darüber nicht einig sind.

Jene einfache Regel genügt auch nicht, wenn beim zweiseitigen Rechtsgeschäft (Vertrag) nur eine Partei sich geirrt hat. Hier steht dem Interesse des Irrenden, nicht gegen seinen Willen verpflichtet zu werden, das Interesse der Gegenpartei gegenüber, sich auf das ihr gegebene Wort verlassen zu können. Diese grundsätzliche Schwierigkeit soll später beim Vertrag (S. 68) besprochen werden.

b) Die zweite Besonderheit besteht darin, daß der rechtsgeschäftliche Wille erklärt werden muß und ein und dasselbe in verschiedenen **Formen** erklärt werden kann.

aa) Wie oben (S. 38) bemerkt, muß jeder rechtsgeschäftliche Wille erkennbar gemacht, geäußert, „erklärt“ werden. **Form** nennt man nun zunächst die Art und Weise, wie ein rechtsgeschäftlicher (oder überhaupt ein rechtserheblicher) Wille kundgegeben, erklärt



werden muß, um gültig zu sein. In irgend einer Weise muß jeder Wille, um rechtswirksam zu sein, erkennbaren Ausdruck erhalten; in welcher Weise das geschehen kann und muß, ist die **Frage**, die das Gesetz beantworten will und auf die der Begriff „Form“ geht. Die Frage stellt sich nicht für rechtswirksame Tatsachen oder unerlaubte Handlungen, sondern nur für rechtswirksame Willensäußerungen. Für diese stellt sie sich aber notwendig und sie stellt sich für alle, rechtsgeschäftliche (also private), wie staatsrechtliche; für Verträge, Testamente, wie für Gesetze, Urteile oder sonstige obrigkeitliche Anordnungen.

Die Form ist der begriffliche Gegensatz des **Inhaltes**; das Formelle des Materiellen. Die Form ist die Art und Weise, das Mittel der Mitteilung eines gewollten fertigen Inhaltes. Dem Inhalt setzt es nichts bei. Daß der Wechsel dieses Wort, ferner die Geldsumme, den Namen des Ausstellers u. a. m. enthalten soll (OR 991), ist nicht eine bloße Formvorschrift in unserm Sinn, sondern auch das Erfordernis eines bestimmten Geschäftswillens, eines bestimmten Inhaltes; das Gesetz verlangt vom Aussteller des Wechsels bestimmte inhaltliche Angaben (daß er einen „Wechsel“ ausstellen wolle usw.), ohne die das Papier kein Wechsel ist. Aber daß diese Angaben schriftlich, auf einer Urkunde, auf der Vorder- oder Rückseite der Urkunde stehen müssen, das sind Formvorschriften. Daß die Abtretung einer Forderung dem Schuldner mitgeteilt werden muß, um ihm gegenüber wirksam zu sein, ist ein materielles Erfordernis; aber daß sie schriftlich mitgeteilt werden muß, ein formelles.

Ob eine Angabe wahr oder falsch sei, kann sich nur auf den Inhalt beziehen; die Form kann nur rechtmäßig oder nichtrechtmäßig, korrekt oder inkorrekt sein. Wenn man vom Datum des eigenhändigen Testaments (ZGB 505) verlangt, daß es richtig sei, macht man die Datierung zu einem inhaltlichen Erfordernis des Testaments (ZBJV 72, 381).

bb) Die Frage, auf welche der Begriff der Form hinweist, kann in der verschiedensten Weise **beantwortet** werden. Für jedes Rechtsgeschäft, jeden Vertrag stellt sich dem Gesetzgeber die Frage, wie der rechtsgeschäftliche Wille, der den Inhalt ausmacht, gültig erklärt werden kann: ausdrücklich oder auch stillschweigend, mündlich oder schriftlich, schlicht oder feierlich. Der Gesetzgeber kann jede Art der Äußerung gestatten oder nur eine oder einige Arten zulassen. Im ersten Fall gilt die Formfreiheit (zu unrecht auch Formlosigkeit genannt [z. B. OR 115]; denn auch der formloseste

Vertrag hat im logischen Sinn seine Form); im zweiten Falle die Formgebundenheit, d. h. eine mehr oder weniger enge und strenge Form. Den Fahrniskauf können die Parteien in beliebiger Weise abschließen; der Grundstückkauf bedarf der öffentlichen Beurkundung; der Ehekonsens muß mündlich vor dem Zivilstandsbeamten abgegeben werden; das Testament kann öffentlich beurkundet oder vom Verfügenden eigenhändig niedergeschrieben werden; die Bürgschaft bedarf bloß der einfachen Schriftlichkeit, d. h. der eigenhändigen Unterschrift unter die schriftlich abgefaßte Abrede.

cc) Die **Bedeutung** der Form ist, daß sie die **Gültigkeit** des Rechtsgeschäftes bedingt. Ist die vorgeschriebene Form nicht beobachtet worden, so ist das Rechtsgeschäft ungültig. Ist es dagegen formgerecht abgeschlossen worden, z. B. die Bürgschaft schriftlich, so ist es gültig, d. h. das Bürgschaftsverhältnis ist begründet worden. Nur die Begründung des Rechtsverhältnisses bedarf der Form. Geht die Urkunde verloren, so bleibt das Rechtsverhältnis doch bestehen (vgl. S. 35). Es fehlt dann dem Gläubiger nur ein bequemes Beweismittel. Nach altem Hetitischen Recht, 1300 Jahre v. Chr., erlosch das Rechtsverhältnis, wenn die Urkunde verloren ging (vgl. auch S. 60, 68).

Das Gesetz kann eine Form auch bloß **ordnungshalber**, nicht gültigkeitshalber, vorschreiben; in dem Sinne nämlich, daß ein an sich gültiges Rechtsgeschäft einer weiteren „Form“ bedarf, z. B. der Eintragung in ein Register (OR 458 für die Prokura) oder des Aufklebens einer Stempelmarke, nicht um gültig zu sein, sondern nur zur Erfüllung einer dem Abschluß des gültigen Rechtsgeschäftes folgenden öffentlichrechtlichen Pflicht. Aber das ist eine ganz andere Rechtswirkung; solche „Formen“ haben eine ganz andere Bedeutung; oder besser: sie sind nicht Formen in unserm Sinn, weil sie die Antwort sind auf eine ganz andere Frage, als die hier gestellte. Die Form in unserm Sinn ist die Antwort auf die Frage, wie der rechtsgeschäftliche Wille erklärt werden müsse, um rechtsverbindlich zu sein. Jene anderen, uneigentlichen Formvorschriften beantworten die Frage, ob sich an den Abschluß eines privaten Rechtsgeschäftes weitere öffentlichrechtliche Pflichten und (zur Kontrolle ihrer Befolgung gewisse) Förmlichkeiten knüpfen. Die Form im eigentlichen Sinn ist eine Bedingung der Gültigkeit, aber keine Pflicht; die Form im uneigentlichen Sinn ist eine Pflicht, welche ein gültiges Rechtsgeschäft voraussetzt. Ich bin nicht verpflichtet, die Bürgschaft schriftlich einzugehen, weil ich nicht verpflichtet bin, eine Bürgschaft einzugehen (S. 33). Hat dagegen ein



Meister einen Lehrlingsvertrag abgeschlossen oder hat ein Effekthändler ein Wertpapier umgesetzt, so sollen sie es anmelden oder im Umsatzregister eintragen.

In einem uneigentlichen Sinn spricht man auch von **Beweisformen**. Allerdings kann auch der Beweis in verschiedener Weise, mit verschiedenen Mitteln, also in einer „Form“ geleistet werden, die das Prozeßgesetz bestimmen mag; z. B. durch Urkunden und nicht durch Zeugen, oder durch zwei Zeugen und nicht bloß durch einen. Aber wenn man diese Mittel, die Ueberzeugung des Richters von der Wahrheit einer Tatsache zu gewinnen, Form nennt, muß man sich vergegenwärtigen, daß Form hier die Art ist, in der eine Tatsache bewiesen, nicht die Art, in welcher ein Wille erklärt werden muß. Wenn das Prozeßgesetz zum Beweis einer Tatsache (z. B. des Abschlusses eines Vertrages) eine Form (z. B. die schriftliche) verlangt, erklärt es die mündlich abgeschlossenen Verträge nicht für ungültig. Begrifflich entscheidet es eine andere Frage als das Zivilrecht. Aber, und das hat man mitunter übersehen, die beiden Fragen sind nicht unabhängig voneinander, sondern teleologisch Glieder eines sinnvollen Ganzen: wenn das Prozeßgesetz den Beweis eines mündlichen Vertrages, z. B. eines Darlehens, nur mit Urkunden zuläßt, versagt es allen mündlichen Verträgen den gerichtlichen Schutz, und das ist nicht nur nachteilig für den Berechtigten, sondern auch widerspruchsvoll: ein Recht, das nicht durchgesetzt werden kann, ist kein Recht (S. 15); das zivile Recht ohne prozessualischen Schutz ist kein Zivilrecht. Beides gehört notwendig zusammen. Zivilrecht und Prozeßrecht müssen sich darüber einigen, was sie als gültig anerkennen und auch schützen oder nicht schützen und dann auch nicht als gültig anerkennen wollen. Das gilt auch, wenn das eine eidgenössisch, das andere kantonal ist (ZGB 10).

Von den gesetzlichen Beweisformen abgesehen, kann es aber ein Gebot der Klugheit sein, sich den Beweis eines rechtsgeschäftlichen Anspruchs durch besondere „Formen“, z. B. schriftliche Aufzeichnung, öffentliche Beurkundung, Film oder Schallplatten, zu sichern. Das sind nützliche Beweismittel (S. 129). Die Parteien eines Vertrages können sich selbst über solche Beweismittel einigen, um späteren Meinungsverschiedenheiten vorzubeugen. Das sind „Kautelen“, Vorsichtsmaßregeln gegen Unsicherheit und Streit. — Und endlich kann eine Form, z. B. die der Schriftlichkeit, zugleich die Bedeutung einer Gültigkeitsbedingung und die einer Beweiserleichterung haben; und diese Beweiserleichterung zu schaffen war viel-

leicht für den Gesetzgeber der Grund zur Einführung der Schriftlichkeit als Gültigkeitsbedingung. Dennoch sind dies ganz verschiedene Dinge. Man darf daher nicht sagen: die Form, z. B. die Schriftlichkeit, könne die Wirkung einer Gültigkeitsbedingung oder eines Beweismittels haben. Die Schriftlichkeit hat gewiß diese doppelte Bedeutung, aber Form ist sie nur in der ersten Bedeutung, wenn anders dieses Wort einen bestimmten Sinn haben soll; und wenn man beides „Form“ nennen will, so muß man sich vergegenwärtigen, daß man mit demselben Wort zwei verschiedene Sachen bezeichnet.

dd) Das führt uns auf die Frage, wer die Formvorschriften aufstellen kann: ob nur der Gesetzgeber oder auch die Parteien des gerade zu begründenden Rechtsgeschäftes.

Wenn die Form, wie wir hier immer annehmen, die Bedingung der Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes ist, muß, so scheint es, das Gesetz die Form bestimmen; denn die Parteien können nicht wohl selbst bestimmen, ob und unter welchen Bedingungen ein Geschäft unter ihnen rechtsverbindlich sein soll; und wenn das Gesetz das in bezug auf die Form (nämlich die Art und Weise der Willenserklärung) bestimmt hat, können die Parteien unter sich nicht etwas anderes verabreden. Der zu Beschenkende kann z. B. nicht mit seinem Wohltäter verabreden, daß sie trotz OR 243 ein mündliches Schenkungsversprechen begründen wollen. Was nach Gesetz nicht gültig ist, kann durch die Parteien nicht gültig gemacht werden. Aber vielleicht können die Parteien umgekehrt verabreden, daß ein Vertrag nur in bestimmter Form gültig sein soll, der nach Gesetz auch in anderer gültig wäre?

Das Gesetz verlangt nicht, daß der Mietvertrag schriftlich abgeschlossen werde, aber es verbietet es auch nicht. Man nimmt nun in der Tat an, die Parteien eines (zweiseitigen) Rechtsgeschäftes könnten sich selbst eine vom Gesetz nicht verlangte Form, z. B. die Schriftlichkeit für den Mietvertrag, zur Vorschrift machen mit der Wirkung, daß nur gültig wäre, was sie in dieser Form vereinbaren. Allein wie soll man entscheiden, wenn sie neben dem Geschriebenen mündlich noch etwas weiteres oder etwas anderes verabreden? oder wenn sie den schriftlichen Vertrag später mündlich auslegen, abändern oder aufheben? Die mündlich getroffene Abrede über die schriftliche Form wird doch jederzeit mündlich wieder abgeändert werden können im Sinne der Aufhebung des Form-erfordernisses; und eine solche Aenderung wird in jeder mündlich mit dem animus obligandi eingegangenen Aenderung der Abrede



zu erblicken sein. So daß die Formabrede der Parteien im einzigen Fall, wo sie praktisch wäre, unwirksam wird, nämlich wenn die Parteien in anderer Form etwas verabreden wollen. Die Formabrede hat wohl nur die praktische Bedeutung, daß die Partei, die sich auf eine in anderer Form getroffene Abrede beruft, dies beweisen muß.

c) Die dritte Besonderheit rechtsgeschäftlicher Verpflichtung ist die **Stellvertretung**. Vertretungsweise kann man rechtsgeschäftlich, aber nicht unerlaubt handeln und selbstverständlich nur handeln.

aa) Die Stellvertretung ist die Einrichtung, wonach eine Person rechtsgeschäftlich handeln kann mit Wirkung für eine andere.

Daß die Privatperson durch ihre rechtsgeschäftliche Erklärung sich verpflichten kann, beruht auf einer Ermächtigung des Gesetzes, der Handlungsfähigkeit (§ 9). Jeder Handlungsfähige ist nun zunächst fähig, sich selbst zu verpflichten. Er kann aber diese seine Fähigkeit gewissermaßen einem anderen zur Ausübung übertragen, ähnlich wie das Parlament seine Gesetzgebungsbefugnis der Regierung übertragen kann; mit der Folge, daß das Handeln des Ermächtigten dieselbe Wirkung hat, wie die des Ermächtigenden gehabt hätte. Die so übertragene Verpflichtungsfähigkeit heißt Vollmacht; die Uebertragung selbst Bevollmächtigung (mitunter auch Vollmacht).

Durch die Bevollmächtigung befähigt der Vollmachtgeber den Bevollmächtigten, ihn im Verhältnis zu (allen oder bestimmten) Dritten rechtsgeschäftlich zu vertreten; d. h. selbst zu handeln, aber im Namen und mit Wirkung für den Vollmachtgeber. Der Vertreter nimmt das Rechtsgeschäft vor, aber er begründet damit ein Rechtsverhältnis für den Vertretenen; Partei des Rechtsverhältnisses ist der Vertretene.

Nicht alle Vertretung beruht allerdings auf Vollmacht, also auf dem Willen des Vertretenen. Abgesehen vom Willensvollstrecker (ZGB 517), der mit der Eigenart der letztwilligen Verfügung überhaupt zusammenhängt, ermächtigt das Gesetz selbst gewisse Personen, andere zu vertreten, als deren gesetzliche Vertreter: Vater und Mutter vertreten ihre Kinder, der Vormund vertritt das Mündel, und Mann und Frau, je in ihrem Bereiche, die eheliche Gemeinschaft (ZGB 162—166). Uns interessiert aber hier nur die gewillkürte, auf Vollmacht beruhende Stellvertretung, als eine mittelbare Betätigung der Geschäftsfähigkeit des Vertretenen; als eine Modalität der Fähigkeit, sich selbst zu verpflichten, von der hier die Rede ist. Die gewillkürte Vertretung ist eine (geschichtlich spä-

tere) Ausweitung der Handlungsfähigkeit des Vertretenen, die gesetzliche Vertretung eine Einschränkung seiner Handlungsfähigkeit oder ein Ersatz für seine Handlungsunfähigkeit. — Gewillkürt, rechtsgeschäftlich begründet ist auch die Vertretungsbefugnis der Organe juristischer Personen, z. B. einer AG oder eines Vereins: sie beruht auf dem bei der Gründung vereinbarten Statut und dessen Anwendung. Aber diese Vertretung ist besonderer Art und hängt mit der Eigenart der juristischen Personen zusammen (§ 9c).

bb) Daß der **Bevollmächtigte handelt**, nicht der Vollmachtgeber, macht ihn zum Vertreter. „Handelt“, d. h. den entscheidenden Entschluß faßt und erklärt, den Geschäftswillen betätigt.

Der Notar, den ich ohne weitere Einschränkung bevollmächtigt habe, mein Haus zu verkaufen, kann bestimmen, wem ich es verkaufe, für welchen Preis, auf welchen Zeitpunkt, zu welchen Bedingungen; und er faßt den Entschluß, diesen Kaufvertrag einzugehen. Wer dazu nicht ermächtigt ist, ist kein Stellvertreter. Wer nur meinen Entschluß nach meinem Willen dem Vertragsgegner mitzuteilen hat, der Bote, ist nur ein Werkzeug meines Geschäftswillens, ähnlich demjenigen, der meine schriftliche Äußerung nach Diktat schreibt oder vervielfältigt oder meinem Partner übersetzt; ähnlich auch der Postverwaltung, die ein Telegramm spedierte. Das sind bloße Geschäftsgehilfen, Vermittler meines Willens. Auf meinen Geschäftswillen kommt es hier überall an: fehlte mir der animus obligandi oder war ich in einem Irrtum befangen, so ist das Rechtsgeschäft ungültig oder anfechtbar; und übermittle ich meine Erklärung unrichtig, so verhält es sich, wie wenn ich mich selbst verschrieben oder versprochen hätte (§ 3). Schließt aber der Bevollmächtigte das Geschäft, so fragt es sich zunächst, ob er den Verpflichtungswillen gehabt habe oder in einem Irrtum befangen gewesen sei; war das eine oder das andere der Fall, so ist das Geschäft ungültig oder anfechtbar. Ist das nicht der Fall, so kann es sich allerdings auch noch fragen, ob das Verhalten des Vertretenen nicht auch zu berücksichtigen sei, etwa sein böser Glaube; wenn ich z. B. einen Arglosen beauftrage, mein fehlerhaftes Automobil als fehlerfrei zu verkaufen oder beim Antiquar ein Bild kaufen lasse, von dem ich weiß, daß es gestohlen ist, so ist der Kauf wegen dolus ungültig, trotzdem ich ihn nicht selbst abgeschlossen habe.

cc) Die Vollmacht begründet **kein materielles Rechtsverhältnis**; die Bevollmächtigung ist kein eigentlicher Vertrag.

Wer einen andern bevollmächtigt, statt seiner rechtsgeschäftlich



zu handeln, ermächtigt ihn, in seinem Namen ein oder mehrere Rechtsgeschäfte abzuschließen. Aber insofern die Vollmacht ermächtigt, verpflichtet sie nicht; als solche verleiht sie vielmehr eine Art Kompetenz. Eine Verpflichtung verbindet sich allerdings tatsächlich regelmäßig damit: ich stelle kaum eine Vollmacht aus, ohne meinen Vertrauensmann zu instruieren und ihn zu einem bestimmten Verhalten zu verpflichten; aber das ist ein anderer Vorgang, den man begrifflich von der Bevollmächtigung unterscheiden muß. Die Bevollmächtigung soll gegenüber Dritten wirksam werden; die Verpflichtung des Bevollmächtigten durch den Vollmachtgeber unter diesen beiden. Das eine begründet eine Art Kompetenz; das andere eine Verpflichtung. Auch wenn beides gleichzeitig, uno actu, zustande kommt, muß man es doch unterscheiden, nicht nur weil Ermächtigung und Verpflichtung verschiedene praktische Wirkungen haben, sondern auch weil sie unabhängig voneinander bestehen können.

Wenn ich meinen Notar beauftrage, mein Gut zu verpachten, schließe ich mit ihm einen Vertrag, den Auftrag, durch den er sich mir gegenüber verpflichtet; wenn ich ihm eine Vollmacht dazu ausstelle, ermächtige ich ihn, mich dem Pachtlustigen gegenüber zu verpflichten. Der Pachtvertrag ist gültig, wenn der Notar sich im Rahmen der Ermächtigung hält; der Auftrag ist verletzt, wenn er sich an meine Anweisungen nicht hält. Der Angestellte, der für mich reist, kann mich durch Annahme von Bestellungen oder Zahlungen verpflichten, da er den Kunden als bevollmächtigt entgentritt, trotzdem das Anstellungsverhältnis, z. B. wegen Täuschung, ungültig oder wegen Kündigung nicht mehr gültig ist. Zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten können verschiedene Vertragsverhältnisse bestehen: Auftrag, Dienstvertrag, Gesellschaftsvertrag; die Vollmacht ist stets dieselbe.

dd) Daß ein Handlungsfähiger diese seine Fähigkeit, sich zu verpflichten, gewissermaßen auf einen anderen übertragen kann, ist keine Selbstverständlichkeit; sie ist weder begrifflich so leicht faßbar noch praktisch so unbedenklich, und deshalb den primitiven Rechten nicht bekannt; im römischen Recht wurde sie zuerst (als procuratio) für die Prozeßführung zugelassen. Sie ist auch heute nicht für alle Rechtsgeschäfte zulässig, z. B. nicht für Eheschluß, Kindesannahme, letztwillige Verfügung.

In unserm Recht kann die **Vollmacht** sehr leicht **begründet** werden; sie erlischt auch wieder unschwer. Jeder Geschäftsfähige kann einen anderen zu allen Rechtsgeschäften, die nicht persönlich be-

tätigt werden müssen, bevollmächtigen, und zwar ohne an eine besondere Form gebunden zu sein: z. B. auch stillschweigend; und selbst zu Rechtsgeschäften, die einer bestimmten Form bedürfen. Die Vollmacht zur Eingehung einer Bürgschaft, oder zum Kauf eines Hauses bedarf nicht der Schriftlichkeit oder der öffentlichen Beurkundung. Auch die Prokura, d. h. die Vollmacht, das Gewerbe des Vollmachtgebers zu betreiben, bedarf nur ausnahmsweise, nämlich für nicht kaufmännische Gewerbe, der Eintragung ins Handelsregister (OR 458). — Dagegen kann die Vollmacht jederzeit ganz oder teilweise widerrufen werden (OR 34) ohne daß der Vollmachtgeber darauf verzichten könnte, und sie **erlischt** in der Regel ohne weiteres mit dem Tod, dem Verlust der Handlungsfähigkeit oder dem Konkurs des Vollmachtgebers wie auch des Bevollmächtigten (OR 35). Zum Schutz gutgläubiger Dritter, die sich auf das Fortbestehen der Vollmacht verlassen haben, hat das Gesetz besondere Bestimmungen getroffen (OR 36, 37, 461).

ee) Die normale **Betätigung** der Vollmacht besteht darin, daß der Bevollmächtigte im Rahmen der Vollmacht im Namen des Vollmachtgebers rechtsgeschäftlich handelt, wodurch der letztere verpflichtet und berechtigt wird, wie wenn er selbst so gehandelt hätte. Das ist die „direkte“ Stellvertretung.

Er kann aber auch für Rechnung des Vollmachtgebers handeln, ohne Gebrauch von der Vollmacht zu machen; also das Geschäft, z. B. den Kauf, im eigenen Namen abschließen und mit dem Vollmacht(Auftrag-)geber darüber abrechnen. Dann verpflichtet und berechtigt er nur sich selbst dem Dritten gegenüber. Und dazu braucht er auch keine Vollmacht. Wohl aber bedarf es einer Verständigung über die Abrechnung. Man nennt das „indirekte“ Stellvertretung. Wenn z. B. ein Spekulant nicht hervortreten will, beauftragt er einen Liegenschafts- oder Börsenagenten, unter eigenem Namen die gewünschten Grundstücke oder Wertpapiere zu kaufen und ihm darauf das Eigentum daran zu übertragen.

**Treuhänder** nennt man den indirekten Stellvertreter, dem der Vertretene, in dessen Interesse er handelt, Vermögenswerte (Geld, Forderungen, Eigentum) anvertraut zu selbständiger Verfügung nach außen; dem er z. B. eine Sache übereignet, damit der Treuhänder sie für Rechnung des Auftraggebers verkaufe; oder eine Forderung abtritt, damit der Treuhänder sie eintreibe, oder einen ganzen Vermögenskomplex, eine Erbschaft oder ein Geschäft, überträgt, damit er ihn verwalte oder liquidiere.



Es kommt auch vor, daß jemand für einen anderen handelt, der ihn weder bevollmächtigt noch beauftragt hat. Gibt er bekannt, daß er keine Vollmacht hat oder weiß es der Geschäftspartner, so wird derjenige, für den er handelt, nicht verpflichtet, da er den Handelnden nicht bevollmächtigt hat; und der Handelnde wird auch nicht verpflichtet, da er sich selbst nicht verpflichten wollte; aber der Geschäftspartner kann sich sehr wohl dem ersten gegenüber verpflichten, nämlich für den Fall, daß dieser das Geschäft nachträglich genehmigen sollte. Wenn ich z. B. eine Radierung Rembrandts entdecke, die das Kunstmuseum schon lange sucht, und mir vom Besitzer versprechen lasse, daß er sie dem Museum für Fr. 500.— überlassen wolle, ist der Besitzer verpflichtet, das zu tun, wenn das Museum den Kaufvertrag (in angemessener Frist) genehmigt. Gebe ich aber in diesem Fall fälschlich vor, dazu bevollmächtigt zu sein (*falsus procurator*), so wird zwar der angeblich Vertretene (das Museum) dadurch nicht verpflichtet, wohl aber der Verkäufer, wenn nämlich der angeblich Vertretene den Handel genehmigt. Genehmigt er nicht, so wird der angebliche Vertreter dem Verkäufer den Schaden, den er infolge dieser Täuschung erleidet, z. B. weil ihm ein anderer Käufer entgeht, zu ersetzen haben. Wie sich die Beziehungen zwischen dem wirklichen oder angeblichen Vertreter und dem Vertretenen abwickeln, hängt davon ab, ob unter ihnen ein Vertragsverhältnis, z. B. ein Auftrag, besteht oder eine Geschäftsführung ohne Auftrag, oder nichts dergleichen, und ist hier nicht zu untersuchen.

### III. Die unerlaubten Handlungen.

(*Obligationes ex delicto.*)

„Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht oder aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet“, sagt OR 41, und nichts scheint so selbstverständlich als das.

1. a) Wer einem anderen **widerrechtlich** Schaden zufügt, oder, m. a. W., wer mit einer schädigenden Handlung ein fremdes Recht verletzt, soll dem Verletzten den Schaden ersetzen. Die Folge der Verletzung dieser Rechte ist natürlicherweise die Wiedergutmachung des Schadens, die Wiederherstellung des früheren Zustandes in gleicher oder gleichwertiger Form. Das Recht wird erst dadurch zum Recht, daß es gegen Verletzung geschützt oder daß die Ver-

letzung geahndet wird: die Verletzung des öffentlichen Rechts durch Strafe, die des Privatrechts durch Ersatzleistung.

Daher die Verletzung vertraglicher Rechte stets zu Schadenersatz verpflichtet (S. 16, 78). Hier soll nur von außervertraglichem, sog. „aquilischem“ Schaden die Rede sein.

Wenn der Nachbar mir die Aussicht verbaut, bin ich geschädigt; wenn ich ihn daran hindern oder ihn auf Ersatz des Schadens belangen kann, habe ich ein Recht auf freie Aussicht. Die Wiedergutmachung, und speziell die Schadenersatzpflicht des Verletzers ist also das notwendige Korrelat der Anerkennung eines Rechtes. Das eine besteht nicht ohne das andere: das Recht nicht ohne Schadenersatzpflicht, die Schadenersatzpflicht (*ex delicto*) nicht ohne Recht. Wenn es also zweifelhaft ist, ob eine Schadenersatzpflicht grundsätzlich bestehe, ist es auch zweifelhaft, ob ein Recht bestehe. Man kann das eine nicht ohne das andere beantworten. Aber wenn das beides grundsätzlich bejaht wird, ist allerdings in concreto die Schadenersatzpflicht stets die Folge davon, daß das Recht verletzt worden ist.

b) Das Gesetz sagt nun aber bloß, Schadenersatz sei geschuldet für widerrechtlich zugefügten Schaden. Es beantwortet also im Grunde die Frage (was die Schadenersatzpflicht begründe) mit der Frage. Die angeführte Gesetzesbestimmung ist nur so selbstverständlich, weil sie tautologisch ist. In der Tat ist auch dem Gesetz selbst nicht zu entnehmen, was alles rechtswidrig ist und deshalb zu Schadenersatz verpflichtet. Das Gesetz erwähnt nur einige Fälle, und überläßt im übrigen dem Richter die Entscheidung. Z. B. ob die ruinöse Unterbietung eines schwächeren Konkurrenten, ob Boykott (BGer 30, II 281), ob die Kritik eines Gasthofes in einem Reisebuch erlaubt seien. Nicht alles, was irgendwie schadet, ist widerrechtlich.

Aber auch nicht alles, was irgendwie widerrechtlich ist, begründet eine privatrechtliche Schadenersatzpflicht: Polizeilich ist das Stehenlassen von Wagen in gewissen Straßen verboten; wer es tut, macht sich strafbar; aber ob der Laden, dessen Zugang dadurch versperrt wird, Anspruch auf Schadenersatz habe, ist eine andere Frage. Auch eine allgemeine Formel, wie die des § 823 BGB, wonach zum Ersatz des Schadens verpflichtet ist, wer „gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt“, erledigt die Frage noch nicht, da die Polizeigesetze überhaupt nicht bezwecken, Privatinteressen zu schützen.

Für viele Fälle ist das allerdings tatsächlich nicht mehr zweifel-

Polizeigesetz → Verwaltungsrecht → Begehung des  
in der öffentlichen Sphäre

Handelsinteresse → Recht der Widerlegung!  
→ somit Privatinteresse → Schaden Individuen



50  
Es kommt auch vor, daß jemand für einen anderen handelt, der ihn weder bevollmächtigt noch beauftragt hat. Gibt er bekannt, daß er keine Vollmacht hat oder weiß es der Geschäftspartner, so wird derjenige, für den er handelt, nicht verpflichtet, da er den Handelnden nicht bevollmächtigt hat; und der Handelnde wird auch nicht verpflichtet, da er sich selbst nicht verpflichten wollte; aber der Geschäftspartner kann sich sehr wohl dem ersten gegenüber verpflichten, nämlich für den Fall, daß dieser das Geschäft nachträglich genehmigen sollte. Wenn ich z. B. eine Radierung Rembrandts entdecke, die das Kunstmuseum schon lange sucht, und mir vom Besitzer versprechen lasse, daß er sie dem Museum für Fr. 500.— überlassen wolle, ist der Besitzer verpflichtet, das zu tun, wenn das Museum den Kaufvertrag (in angemessener Frist) genehmigt. Gebe ich aber in diesem Fall fälschlich vor, dazu bevollmächtigt zu sein (falsus procurator), so wird zwar der angeblich Vertretene (das Museum) dadurch nicht verpflichtet, wohl aber der Verkäufer, wenn nämlich der angeblich Vertretene den Handel genehmigt. Genehmigt er nicht, so wird der angebliche Vertreter dem Verkäufer den Schaden, den er infolge dieser Täuschung erleidet, z. B. weil ihm ein anderer Käufer entgeht, zu ersetzen haben. Wie sich die Beziehungen zwischen dem wirklichen oder angeblichen Vertreter und dem Vertretenen abwickeln, hängt davon ab, ob unter ihnen ein Vertragsverhältnis, z. B. ein Auftrag, besteht oder eine Geschäftsführung ohne Auftrag, oder nichts dergleichen, und ist hier nicht zu untersuchen.

### III. Die unerlaubten Handlungen.

(Obligationes ex delicto.)

„Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht oder aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet“, sagt OR 41, und nichts scheint so selbstverständlich als das.

1. a) Wer einem anderen **widerrechtlich** Schaden zufügt, oder, m. a. W., wer mit einer schädigenden Handlung ein fremdes Recht verletzt, soll dem Verletzten den Schaden ersetzen. Die Folge der Verletzung dieser Rechte ist natürlicherweise die Wiedergutmachung des Schadens, die Wiederherstellung des früheren Zustandes in gleicher oder gleichwertiger Form. Das Recht wird erst dadurch zum Recht, daß es gegen Verletzung geschützt oder daß die Ver-

51  
letzung geahndet wird: die Verletzung des öffentlichen Rechts durch Strafe, die des Privatrechts durch Ersatzleistung.

Daher die Verletzung vertraglicher Rechte stets zu Schadenersatz verpflichtet (S. 16, 78). Hier soll nur von außervertraglichem, sog. „aquilischem“ Schaden die Rede sein.

Wenn der Nachbar mir die Aussicht verbaut, bin ich geschädigt; wenn ich ihn daran hindern oder ihn auf Ersatz des Schadens belangen kann, habe ich ein Recht auf freie Aussicht. Die Wiedergutmachung, und speziell die Schadenersatzpflicht des Verletzers ist also das notwendige Korrelat der Anerkennung eines Rechtes. Das eine besteht nicht ohne das andere: das Recht nicht ohne Schadenersatzpflicht, die Schadenersatzpflicht (ex delicto) nicht ohne Recht. Wenn es also zweifelhaft ist, ob eine Schadenersatzpflicht grundsätzlich bestehe, ist es auch zweifelhaft, ob ein Recht bestehe. Man kann das eine nicht ohne das andere beantworten. Aber wenn das beides grundsätzlich bejaht wird, ist allerdings in concreto die Schadenersatzpflicht stets die Folge davon, daß das Recht verletzt worden ist.

b) Das Gesetz sagt nun aber bloß, Schadenersatz sei geschuldet für widerrechtlich zugefügten Schaden. Es beantwortet also im Grunde die Frage (was die Schadenersatzpflicht begründe) mit der Frage. Die angeführte Gesetzesbestimmung ist nur so selbstverständlich, weil sie tautologisch ist. In der Tat ist auch dem Gesetz selbst nicht zu entnehmen, was alles rechtswidrig ist und deshalb zu Schadenersatz verpflichtet. Das Gesetz erwähnt nur einige Fälle, und überläßt im übrigen dem Richter die Entscheidung. Z. B. ob die ruinöse Unterbietung eines schwächeren Konkurrenten, ob Boykott (BGer 30, II 281), ob die Kritik eines Gasthofes in einem Reisebuch erlaubt seien. Nicht alles, was irgendwie schadet, ist widerrechtlich.

Aber auch nicht alles, was irgendwie widerrechtlich ist, begründet eine privatrechtliche Schadenersatzpflicht: Polizeilich ist das Stehenlassen von Wagen in gewissen Straßen verboten; wer es tut, macht sich strafbar; aber ob der Laden, dessen Zugang dadurch versperrt wird, Anspruch auf Schadenersatz habe, ist eine andere Frage. Auch eine allgemeine Formel, wie die des § 823 BGB, wonach zum Ersatz des Schadens verpflichtet ist, wer „gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt“, erledigt die Frage noch nicht, da die Polizeigesetze überhaupt nicht bezwecken, Privatinteressen zu schützen.

Für viele Fälle ist das allerdings tatsächlich nicht mehr zweifel-

→ Polizeigesetz → Verwaltungsrecht → Regelung der individuellen Freiheiten → Schutz vor dem



haft, weil es, abgesehen von gesetzlichen Vorschriften, durch Ueberlieferung und Praxis abgeklärt worden ist. Insbesondere das Eigentum und die dinglichen Rechte, aber auch die Unversehrtheit der leiblichen und geistigen Person genießen diesen Schutz, in einem Umfang, der allerdings nicht immer genau bestimmt ist. Aber immer sind es gesetzliche, gegenüber jedermann bestehende Rechte, also dingliche oder absolute (S. 88), so daß sich das aquilische Schadenersatzrecht als die Rechtsfolge der Verletzung absoluter Privatrechte darstellt, und was gegen jedermann durch Schadenersatzpflicht gegen Verletzung geschützt ist, ein absolutes Recht ist.

2. Nur der widerrechtlich zugefügte Schaden ist zu ersetzen; aber nicht jeder Schaden, der von rechtswegen nicht hätte zugefügt werden dürfen, sondern nur der mit Absicht oder aus Fahrlässigkeit, d. h. **schuldhaft** zugefügte Schaden.

a) Ich darf niemand körperlich verletzen, aber schadenersatzpflichtig werde ich nur, wenn ich die Körperverletzung verschuldet habe. Wenn ich, selbst schon angesteckt, einen Nachbarn besuche und anstecke, habe ich diese Erkrankung verursacht, aber wenn ich die Gefahr nicht kannte, habe ich sie nicht schuldhafterweise verursacht. Im **objektiven** Sinn ist eine Rechtswidrigkeit gegeben: ich habe einen Schaden zugefügt, den ich nicht berechtigt war zuzufügen. Aber im **subjektiven** Sinne nicht: ich war mir der Verletzung des fremden Rechts nicht bewußt und habe es auch nicht an der schuldigen Aufmerksamkeit fehlen lassen, sie mir bewußt zu machen. Der Berechtigte kann verlangen, daß alles, was objektiv seinem Recht widerspricht, unterlassen werde; ist aber sein Recht verletzt worden, so hat er Anspruch auf Ersatz des Schadens nur, wenn die Verletzung auf Verschulden beruht. Der nur objektiv rechtswidrige Schaden hat nur in bestimmten Fällen Ersatzpflicht zur Folge (S. 88). Der ohne Verschulden verursachte Schaden ist rechtlich gesprochen Zufall, und für Zufall haftet niemand; den zufälligen Schaden trägt der Geschädigte. *Casus sentit dominus*.

Die Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Rechtswidrigkeit ist aber nicht nur wichtig, weil die erste allein nicht genügt zur Begründung der Ersatzpflicht, sondern auch weil die zweite die erste begrifflich voraussetzt, und nicht umgekehrt. Wenn der Verkauf unter dem Selbstkostenpreis nicht unlauterer Wettbewerb, also an sich erlaubt ist, wird er nicht dadurch rechtswidrig, daß der Verkäufer den Konkurrenten schädigen will; wenn ich dem Fabrikationsgeheimnis eines Konkurrenten auf die

Spur gekommen bin und es verwerte, fragt es sich vor allem, ob das objektiv rechtswidrig sei, und nur, wenn das zutrifft, fragt es sich weiter, ob ich ihm den Schaden schuldhafterweise, absichtlich oder fahrlässig, verursacht habe. Was erlaubt ist, kann man nicht schuldhaft begehen; man kann es auch im Bewußtsein seiner nachteiligen Wirkungen tun.

b) Die beiden **Formen des Verschuldens** sind die Absicht (Vorsatz, *dolus*) und die Fahrlässigkeit (*culpa*). **Absichtlich** handelt, wer den Schaden mit dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zufügt; **fahrlässig**, wer ihn ohne dieses Bewußtsein zufügt, aber sich dessen bewußt geworden wäre, wenn er die gebührende Aufmerksamkeit (Diligenz) aufgewendet hätte. Der Unterschied ist begrifflich klar; aber die Begriffe verwirklichen sich nicht immer rein. Was schwarz und was weiß ist, ist klar; aber es gibt auch graue Gegenstände. Ebenso gibt es Menschen, die im dunkeln Bewußtsein handeln, daß sie etwas Unrechtes tun; die mit der Möglichkeit rechnen, daß sie fremdes Recht verletzen (*dolus eventualis*); was praktische Schwierigkeiten bereitet, wenn das Gesetz die Schadenersatzpflicht nur für absichtliche Schädigung vorsieht (z. B. OR 41, Abs. 2).

c) Stets aber wird auch der **Grad** des Verschuldens berücksichtigt: so daß, wer aus leichter Unachtsamkeit einen großen Schaden verursacht, ihn nicht ganz zu ersetzen hat (OR 43, 44). Was vielleicht privatrechtlich gedacht nicht ganz folgerichtig, aber trotzdem billig ist; gleich wie der Satz (OR 54), daß auch urteilsunfähige Personen, die nicht schuldhaft handeln können, u. U. den Schaden, den sie verursacht haben, ersetzen müssen. Der Schaden soll nach Billigkeit auf die beiden verteilt werden.

Nebst Art und Grad des Verschuldens des Täters ist auch das **Mitverschulden** des Verletzten zu berücksichtigen: nicht als ob er verpflichtet wäre, seine Rechtsgüter zu wahren, aber weil er sich über Verletzung durch andere nicht beklagen kann, wenn er sie selbst gefährdet oder geradezu den Verlust mitverursacht hat; wenn z. B. zwei Automobile zusammenstoßen, die beide falsch gefahren sind.

3. Der **Schaden** soll ersetzt werden.

Was darunter zu verstehen ist, bedarf näherer Bestimmung nach Art und Maß.

a) Was die **Art** des Schadens betrifft, so muß der Schaden, der ersetzt werden soll, ersetzbar sein. Das ist selbstverständlich und



deshalb auch richtig. Aber ersetzen will nicht sagen: ein anderes Gut an die Stelle des untergegangenen setzen, sondern: wiedergutmachen; das zerstörte Gut in gleicher oder anderer Form wiederherstellen, in Geld oder auch in natura, sofern das möglich und erzwingbar ist. Die Veröffentlichung einer gerichtlichen Erklärung zugunsten des Klägers kann ihm z. B. seinen geschädigten Kredit wieder herstellen. Der weitaus häufigste Fall ist aber der, daß für ein verletztes Gut ein anderes, nämlich Geld, geleistet wird. Den in Geld ersetzbaren Schaden kann man im weiteren Sinn Vermögensschaden nennen.

Vermögensschaden, sagt man etwa, ist der eingebüßte Geldwert, und Geldwert hat, was in Geld ersetzt werden kann. Aber damit kommt man nicht weiter, wenn es zweifelhaft ist, was in Geld ersetzt werden kann. Sicher kann in Geld ersetzt werden, was selbst ein Mittel zum Gelderwerb ist; z. B. Waren, die Arbeitskraft, die Gesundheit (unter diesem Gesichtspunkt), vielleicht, je nach Beruf auch gutes Aussehen und Schönheit. Aber auch das erworbene Geld ist ja nur ein Mittel zu anderen Zwecken, nicht Selbstzweck; ein Mittel, sich den Unterhalt und Genuß des Lebens zu verschaffen. Wenn mir nun ein Lebensgut, das ich mit oder ohne Aufwand von Geld genoß, widerrechtlich entzogen wird, z. B. das Augenlicht oder die Fähigkeit zu gehen, sollte der Täter es mir nicht ersetzen, auch wenn ich nicht dem Erwerb oblag? Sollte er nicht dem Blinden die Mittel zur Erlernung der Blindenschrift oder auch zur Zerstreuung durch musikalische Genüsse, und dem Lahmen ein Automobil oder ein Eisenbahnabonnement oder doch die Krücken verschaffen? Oder: wenn ein Fuhrhalter die vereinbarte Rundfahrt nicht ausführt, können die enttäuschten Gäste, die jetzt wieder verreisen müssen, nicht Schadenersatz verlangen?

Die Einbuße, die mit Hilfe von Geld mehr oder weniger ersetzt werden kann, kann man Vermögensschaden im weiteren Sinne nennen, im Gegensatz zur Einbuße von Gütern, die geradezu dem Gelderwerb dienen. Der Ersatz aller dieser Verluste ist Schadenersatz.

In der Regel gewährt das Gesetz einen Anspruch nur auf Ersatz des Vermögensschadens. Ausnahmsweise kann auch geklagt werden auf „Leistung einer Geldsumme als Genugtuung“ (OR 47, 49), d. h. für die Zufügung eines Nachteils, der durch Geld nicht wieder gutgemacht wird, aber durch die dem Verletzer auferlegte Geldleistung eine Art privater Sühne erhält. Diese Genugtuung wird namentlich zuerkannt als Schmerzensgeld für körperliche und see-

lische Leiden und als Ausgleich für erlittene Unbill (tort moral), gelegentlich auch wegen Verletzung von Persönlichkeitsrechten (ZGB 28, 29, 93, 151, 318). Auch dieser Gedanke einer privaten Sühne mag in das System des Privatrechts nicht ganz passen; aber das Recht ist nicht der Folgerichtigkeit wegen da, sondern der Billigkeit wegen. Die Abgrenzung dieses Falles der Genugtuung von dem des Schadensersatzes ist nicht immer einfach; die Kreditschädigung kann z. B. eine Beeinträchtigung des Vermögens und auch der Persönlichkeit sein. — Das Schmerzensgeld steht in der Mitte zwischen Schadenersatz und Genugtuung.

b) Auch abgesehen von diesen Fällen kann die Bemessung des Schadens Schwierigkeiten bereiten. Einmal weil der Schaden mitunter erst später, im Laufe der Zeit, eintritt; die pekuniären Folgen einer Körperverletzung für den Arbeiter hängen ab von den Erwerbsaussichten eines beschränkt Arbeitsfähigen, und die Arbeitsfähigkeit hängt ab vom Erfolg der Heilung; die Folgen einer Betriebsstörung hängen ab von der Beeinträchtigung des Absatzes, vom Verlust von Kunden u. a. m. Der Schwierigkeit, eine erst bevorstehende Vermögenseinbuße zu bestimmen, trägt das Gesetz Rechnung durch die Vorschrift, daß der Richter den nicht ziffermäßig nachweisbaren Schaden nach Ermessen, mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Verlauf der Dinge zu schätzen hat (OR 42, Abs. 2), und daß er sich im Falle der Körperverletzung die Abänderung des Urteils während zwei Jahren vorbehalten kann (OR 46, Abs. 2). Hier ist die Ermittlung des (zukünftigen) Schadens besonders schwierig.

Sodann aber ist der Schaden schwer zu bemessen, wenn er abhängt von Entschlüssen des Geschädigten selbst: durch die Wahl eines Berufes, durch die Einwilligung in eine Operation kann der Verletzte den Schaden verringern; aber darf ihm das der Schadenersatzpflichtige zumuten? Ferner: je nachdem der Verletzte über die zerstörte Sache verfügt hätte, hätte sie ihm mehr oder weniger gegolten. Hier ist die Ermittlung des Maßstabes des Schadens, die Schätzungsnorm, schwierig. Der Fall der Sachbeschädigung, der scheinbar einfachste, zeigt das am deutlichsten: Wenn dem Bauer eine Kuh getötet wird, kann er beanspruchen, was er dafür auf dem Markte erhalten hätte oder was er an ihr verdient hätte, wenn er sie behalten hätte? Das erste wäre der Verkehrswert, das zweite der Gebrauchswert. Er kann den höheren wählen, denn beide standen ihm zur Verfügung; nur nicht beide zugleich. Was auch bei anderen Schätzungen, z. B. bei der Verletzung ver-



traglicher Pflichten, bei der Enteignung, der Erbteilung, der Steuereinschätzung zu berücksichtigen ist.

4. Wer auf Schadenersatz klagt, muß beweisen, daß er Schaden erlitten (Ziff. 3), daß der Beklagte widerrechtlich (Ziff. 1) und schuldhaft (Ziff. 2) gehandelt hat; er muß auch noch beweisen, daß der Schaden mit diesem Verhalten in **ursächlichem Zusammenhang** steht. Der Beklagte hat nur den Schaden zu ersetzen, den er verursacht hat und soweit er ihn verursacht hat.

a) Welche Wirkungen ein tatsächlicher Vorgang habe oder umgekehrt: auf welche Ursachen eine Wirkung zurückzuführen sei, ist zunächst nicht eine juristische, sondern eine natur-, d. h. eine kausalwissenschaftliche Frage. Ob z. B. der Besucher, von dem oben (S. 52) die Rede war, vor dem Ausbruch der Krankheit den Besuchten schon anstecken konnte und wie lange vorher, ob eine Vergiftung tödlich wirkte, weil der Vergiftete vitaminarm war, oder ob das Versagen der Bremse in einem Konstruktionsfehler oder in unrichtiger Handhabung zu suchen sei, hat der Mediziner oder der Techniker zu beantworten, nicht der Jurist. Der Rechtswissenschaft liegt nicht sowohl ob, zu entscheiden, wann der Kausalzusammenhang gegeben sei, als wann die verursachte Wirkung dem Täter anzurechnen, zur Last zu legen sei. Ohne jeden Zusammenhang haftet er nicht für den Schaden, aber der Kausalzusammenhang allein genügt nicht. Nicht als ob es für den Juristen einen besonderen Begriff der Verursachung, eine Kausalität im rechtlichen Sinne gäbe; das wäre unklar gedacht. Auch das Recht verwendet hier den allgemeinen Begriff der Verursachung; es verlangt nur noch etwas mehr: einen ethischen Grund, um den Verursacher haftbar zu machen. Das Recht macht nur denjenigen haftbar, der die von ihm gesetzte Ursache des eingetretenen Schadens nicht hätte setzen sollen. Beides zusammen mag man „Verursachung im Rechtssinne“ nennen; aber das ist wie im Strafrecht die allgemeine naturwissenschaftliche Kausalität mit einem weiteren Erfordernis.

b) Man muß nur den allgemeinen Begriff der Ursache weit genug fassen und ihn nur als *conditio sine qua non* der Haftung, nicht als *conditio per quam* auffassen; m. a. W.: als einen Umstand, ohne welchen die Schadenersatzpflicht nicht besteht, der aber nicht immer diese Pflicht zur Folge hat. Zu eng faßt man den Begriff der Verursachung, wenn man meint, ein (schädigender) Vorgang sei die Wirkung einer Ursache und einer positiven Ursache. Jede Bedingung, ohne welche die betrachtete Wirkung

nicht eingetreten wäre, ist im Sinne kausalgesetzlicher Betrachtung eine Ursache; nämlich eine nicht wegzudenkende Vorbedingung.

Wenn das überladene Fährschiff umkippt, weil ein Fahrgast es schaukeln macht, stehen alle die Umstände in ursächlichem Zusammenhang mit dem Unglück, ohne welches es nicht eingetreten wäre: die Strömung und die Tiefe des Wassers, die Bewegung des Fahrgastes u. a. m. Aber nicht alles ist rechtlich, d. h. ethisch bedeutsam; nicht jeder, der eine der notwendigen Bedingungen gesetzt hat, verdient den Schaden zu tragen, sondern nur derjenige, der diese Bedingung nicht hätte setzen sollen. Hier wird man vor allem den unvorsichtigen Mitfahrenden verantwortlich machen; aber wohl auch den Fährmann, der das Schiff überladen hatte; also u. U. zwei für denselben Schaden (OR 51). Den Schiffsbauer dagegen nicht, auch wenn er das Schiff nicht kunstgerecht gebaut hatte, und auch nicht den Freund, der den Ertrunkenen überredet hatte, mitzufahren. Auch sie haben theoretisch den Unfall mitverursacht, aber nicht ethisch: sie waren nicht verpflichtet, anders zu handeln mit Rücksicht auf solche Folgen; der Schiffsbauer nicht, weil ja der Fährmann den ihm bekannten Konstruktionsfehler berücksichtigen konnte, und der Freund nicht, weil er mit solcher Gefahr nicht zu rechnen brauchte. Nur dem ist der Schaden anzurechnen, der ihn voraussehen konnte und demgemäß sein Verhalten hätte ändern sollen. Weshalb auch außergewöhnliche, entfernte Wirkungen, die nicht dem sog. adäquaten Kausalzusammenhang entsprechen, nicht anzurechnen sind (OR 42). Z. B. die anormale Herzschwäche des Ertrunkenen oder die Lungenentzündung, die sich ein anderer beim Retten geholt hat.

c) Wohl aber ist anzurechnen das **passive** Verhalten, wenn aktives Pflicht war, z. B. die Weigerung eines Nachbarn, dem Arzt zu telefonieren, oder das Liegenlassen eines Verunfallten durch den angerufenen Autofahrer. Wer den Schaden nicht verhindert hat, hat ihn auch verursacht, und wenn er ihn hätte verhindern sollen, hat er ihn schuldhafterweise verursacht. Nicht die Feststellung des Kausalzusammenhanges macht hier Schwierigkeiten, wie man vielfach geglaubt hat, sondern die der Pflicht, tätig zu sein.

d) Unter diesem Gesichtspunkt ist auch die Frage zu betrachten, ob vom verursachten Schaden ein zugleich verursachter **Vorteil** abzuziehen sei. Wer für den Schaden haftet, weil er ihn schuldhafterweise verursacht hat, kann sich den zugleich verursachten Vorteil nur anrechnen, wenn er ihn voraussehen und in dieser Voraussicht die an sich schädigende Handlung vornehmen durfte.



Wer bei drohendem Gewitter den Deich des Nachbars durchstoßen und damit größeren Schaden verhütet hat, kann sich diesen Vorteil anrechnen, nicht aber wer ihn böswillig durchstoßen hat, wenn in der Nacht darauf ein Gewitter ausbricht, das ohne den Durchstich großen Schaden angerichtet hätte. Wer fahrlässigerweise die Geiß des Armen erschießt, kann es sich nicht nachträglich zum Verdienst anrechnen, wenn man im Magen der Geiß eine Banknote findet, oder wenn gutherzige Mitmenschen dem Eigentümer den Wert des Tieres ersetzen.

5. Es gibt nicht wenige Fälle, in denen ein objektiv widerrechtlicher Schaden ohne subjektives Verschulden entsteht. Eine Wasserleitung platzt unerwartetermaßen und das Wasser beschädigt die Waren des Nachbars; durch Funkenwurf entzündet die Eisenbahn ein Haus; in einem industriellen Betrieb entwickeln sich giftige Gase. Soll dann der Geschädigte den Schaden tragen, oder derjenige, von dem er ausgegangen ist? In einigen bestimmt umschriebenen Fällen legt das Gesetz den Schaden diesem Letzteren auf, auch wenn ihn kein Verschulden trifft. Man nennt das **Kausalhaftung**.

Nach einem alten Grundsatz haftet der Eigentümer eines Werkes für den Schaden, der infolge fehlerhafter Anlage, Herstellung oder mangelhafter Unterhaltung des Werkes entsteht, auch wenn ihn kein Verschulden trifft (OR 58). Der Tierhalter haftet für den vom Tier, der Geschäftsherr für den von den Angestellten in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen angerichteten Schaden; wenn sie nicht nachweisen, daß sie alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt zur Vermeidung des Schadens angewendet haben (OR 55, 56); da dieser Entlastungsbeweis schwierig ist, muß tatsächlich oft der Schuldlose haften. — Insbesondere hat die moderne Gewerbegesetzgebung dem Unternehmer gefährlicher oder auch anderer Gewerbe die Haftung für den Schaden auferlegt, der seinen Angestellten oder Dritten entsteht, und zwar ebenfalls ohne Rücksicht darauf, ob den Unternehmer ein Verschulden treffe oder nicht. Schließlich ist auch dem Automobilhalter die Kausalhaftung auferlegt worden.

Ist das Haftung für unerlaubte Handlung oder Haftung aus bloßer Tatsache (S. 29)? Die Schädigung ist zwar objektiv rechtswidrig: wenn der Haftende sie vorausgesehen hätte, hätte er sie abwenden müssen. Aber er konnte sie nicht voraussehen und verdient daher nicht, den Schaden zu tragen. Ob man das nun Haf-

tung aus unerlaubter Handlung oder aus Tatsachen nenne, ist unerheblich. Und daß der eine (der Werkeigentümer, die Eisenbahn usw.) den Schaden allein verursacht hätte, ist unrichtig; denn beide, der Geschädigte wie der andere, haben naturgesetzlich unerläßliche Bedingungen zum Ergebnis gesetzt. Die Haftung trifft aber ethisch betrachtet den Haftpflichtigen wie ein Zufall, d. h. ohne genügenden Grund. Weshalb auch der Staat dafür gesorgt hat, daß er ihn nicht zu hart treffe, indem er die Haftpflicht der gewerblichen Unternehmer zuerst auf einen Höchstbetrag beschränkte und schließlich in eine Versicherungspflicht umgewandelt hat, so daß nun die Versicherungsanstalt das Risiko trägt. Die privatrechtliche Kausalhaftung mündet hier also ein in eine öffentliche Fürsorge, durch welche die Härten und Zufälligkeiten der Privatwirtschaft in sozialem Sinne ausgeglichen werden.

### § 3. Der Vertrag im besonderen.

Wie das Rechtsgeschäft der wichtigste Entstehungsgrund der privatrechtlichen Rechtsverhältnisse ist, so ist der Vertrag das wichtigste Rechtsgeschäft. Der ganze Verkehr der Privatwirtschaft wickelt sich in der Form des Vertrages ab.

#### I. Begriff und Arten des Vertrages.

1. **Begriff.** Man kann den Vertrag definieren als das Rechtsgeschäft, welches in der gegenseitigen Verständigung unter zwei oder mehreren Personen besteht und darauf geht, ein Rechtsverhältnis unter ihnen zu begründen. Oder kürzer: als die rechtsgeschäftliche Verabredung eines Rechtsverhältnisses unter zwei oder mehreren Personen.

Es sollen damit folgende Merkmale zusammengefaßt sein:

a) Daß der Vertrag ein **Rechtsgeschäft** ist, d. h. eine (gewollte!) Handlung, die auf Begründung eines Rechtsverhältnisses geht; und zwar ein **zweiseitiges** Rechtsgeschäft, d. h. eine „Handlung“, die durch zwei oder mehrere Personen gespielt werden muß. Eine Person allein kann keinen Vertrag schließen; sie kann sich vielleicht allein verpflichten, durch einseitiges Versprechen an unbestimmte Personen (Auslobung); aber solche einseitigen Erklärungen sind keine Verträge; was aus diesen und anderen Gründen mitunter auch vom Wechsel und anderen Wertpapieren angenommen wird. Wenn der A, der plötzlich verreisen muß, den B brieflich beauf-



tragt, den Umbau seines Hauses zu beaufsichtigen, ist der Auftrag als Vertrag erst zustande gekommen, wenn B ihm zustimmt. Das Schenkungsversprechen setzt nicht nur das Versprechen des Schenkers voraus, sondern auch die Annahme des Beschenkten; während die Auslobung, als einseitiges Rechtsgeschäft, keiner Annahme bedarf. Das Wesentliche ist allerdings, daß derjenige zustimmt, der verpflichtet werden soll, da im Privatrecht jeder nur sich selbst verpflichten kann (S. 34); aber auch wenn die Gegenpartei ein Recht erwerben soll, muß sie die Erklärung des Schuldners annehmen.

Vertrag ist nicht etwa die **Urkunde**, wenn er schriftlich geschlossen wird. Man spricht häufig vom „Vertrag“, z. B. vom Mietvertrag als von der Urkunde („ich will im Vertrag nachsehen“). Das ist aber ungenau gesprochen; der Vertrag ist ein ideeller Vorgang, auch wenn er schriftlich abgeschlossen worden ist. Was nicht ausschließt, daß die einmal geschaffene Urkunde das Rechtsverhältnis gewissermaßen verkörpern kann, so daß der Gläubiger seinen Anspruch ohne die Urkunde nicht geltend machen kann. Das **Wertpapier** ist eine Urkunde, ohne welche die Forderung weder begründet noch geltend gemacht werden kann.

Vertrag ist daher eigentlich auch nicht das **Rechtsverhältnis**, das mit dem Vertragsschluß begründet wird, obschon man häufig auch dieses Verhältnis Vertrag nennt. Der Mietsvertrag, sagt man etwa, läuft am 30. April ab; d. h. das Mietsverhältnis, das durch den abgeschlossenen Vertrag, den einmaligen Vorgang, begründet worden ist.

Die Ehe wird durch eine Verabredung, die man Vertrag nennen kann, begründet, ist aber kein Vertragsverhältnis, nämlich ein privatrechtliches Verhältnis (gegenseitiger) Forderung und Schuld, wie es durch gewöhnliche Verträge begründet wird. Jedenfalls muß man den Vorgang, aus dem das Rechtsverhältnis folgt, unterscheiden von dem folgenden Rechtsverhältnis.

Das Rechtsverhältnis kann nämlich ein- oder zweiseitig sein, je nachdem nur eine Partei verpflichtet und die andere bloß berechtigt ist, oder aber beide Parteien je berechtigt und verpflichtet sind. Man nennt diese letzteren zweiseitige oder synallagmatische Verträge (S. 11). Aber jeder Vertrag ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft.

b) Der Vertrag geht, wie jedes Rechtsgeschäft (S. 35), auf **Begründung** eines Rechtsverhältnisses unter den Parteien; d. h. auf Begründung eines Verhältnisses von Recht und Pflicht, das noch

nicht bestand. Bestand die Pflicht schon, so ist die Vereinbarung kein eigentlicher Vertrag.

Wenn z. B. zwei Gesellschafter sich über die Verteilung des Gewinnes verständigen, oder wenn der Lieferant mit dem Käufer übereinkommt, daß er ihm die verkauften Möbel in zwei Tagen schicken wird, sind das Verabredungen über die Erfüllung bestehender Vertragspflichten, nicht über die Begründung neuer. Richtig ist aber allerdings, daß, wenn die Parteien darüber einig sind, das Verabredete auch verbindlich ist, wenn es dem Vertrag widerspricht. Aber dann haben sie zugleich auch einen Vertrag geschlossen, nämlich über die Aenderung des früher abgeschlossenen; z. B. über eine andere Verteilung des Gewinnes oder eine andere Lieferfrist.

Kein Vertrag ist es z. B., was das bernische Forstgesetz vom 20. August 1905 so nennt, wenn es in § 39 sagt: „Der Eigentümer (des Waldes) wird durch die Ankündigung (der Absicht des Dienstbarkeitsberechtigten, sein Recht abzulösen) zur Entrichtung der vertragsgemäß oder gerichtlich zu bestimmenden Entschädigung verpflichtet“; die Pflicht des Eigentümers, den Inhaber der Dienstbarkeit, der darauf verzichtet, zu entschädigen, ist eine gesetzliche Pflicht, die nicht noch einmal durch Vertrag begründet werden kann. Ebenso die Pflicht der Inhaber elektrischer Anlagen, sich über die Vermeidung von Störungen zu verständigen (V vom 7. Juli 1933). Die Post, die gesetzlich verpflichtet ist, gewisse Gegenstände zu vorgeschriebenem Tarif zu befördern, schließt nicht mit dem Aufgeber, wie früher angenommen wurde (S. 65f.), einen Transportvertrag ab, sowenig wie die Bundesbahn, die ein Billet „verkauft“, oder die Gemeinde, die einen „Abonnenten“ an die Wasserversorgung anschließt (S. 23).

Darin liegt auch die Schwierigkeit der sogenannten **Vorverträge** (OR 22), d. h. der Abreden, die zum Abschluß eines künftigen Vertrages verpflichten sollen: ist man durch den Vorvertrag schon zur Uebnahme bestimmter Verbindlichkeiten verpflichtet, so ist der Hauptvertrag kein Vertrag mehr, und ist man noch nicht dazu verpflichtet, so ist der Vorvertrag noch kein Vertrag. Der Vorvertrag hat nur unter besonderen Bedingungen eine beschränkte Bedeutung.

c) Mit dem Begriff des Vertrages hängen auch zusammen die Erörterungen über die Frage: **warum sind die Verträge verbindlich?** So viel darüber von Juristen, Soziologen und Philosophen auch geschrieben worden ist, so wenig ist für die Lösung geleistet worden. Die einen führen die Verbindlichkeit der Verträge gewisser-



maßen auf die Verpflichtungskraft des gegebenen Wortes, des Versprechens, zurück, die andern auf die soziale Notwendigkeit des gegenseitigen Vertrauens, die dritten auf eine nicht weiter zu begründende Art Axiom (ein a priori), und viele haben es als selbstverständlich angenommen, daß Verträge zu halten sind (*pacta sunt servanda*), z. B. das ältere Naturrecht und das heutige Völkerrecht. Allein so ist die Frage nicht richtig gestellt; richtigerweise muß man zwei Fragen unterscheiden: 1. **im positiven Recht** ist der Vertrag verbindlich, weil dieses Recht ihm Verbindlichkeit beilegt, aber auch nur soweit es das tut: nicht jede Abrede ist rechtsverbindlich, sondern nur die, welche dem Gesetz (nach Inhalt, Form und Parteien) entspricht. Das Gesetz erkennt sie nicht an, weil sie verbindlich ist, sondern sie ist verbindlich, weil das Gesetz sie anerkennt. Der Kaufvertrag ist gültig, aber nicht das Versprechen, niemand anders irgend etwas zu verkaufen; die Versicherung kann verabredet werden, aber nicht die Ueberversicherung usw. Zum positivrechtlichen Institut des Vertrages gehört die Verbindlichkeit per definitionem; unverbindliche Verträge sind keine Verträge. Deshalb sind mit logischer Notwendigkeit alle Abreden, die nach geltendem Gesetz Verträge sind, verbindlich. Hier liegt keine Schwierigkeit. Schwierig ist allein die 2. Frage, die **gesetzgebungspolitische**: wie weit private Verabredungen als rechtsverbindlich, d. h. als Verträge, anzuerkennen seien. Problematisch ist also nicht die rechtstheoretische Frage, weshalb die Verträge des positiven Rechts verbindlich seien, sondern die rechtspolitische Frage, welche Privatabreden der Gesetzgeber richtigerweise als rechtsverbindlich gelten lassen solle, bzw. ob das geltende Recht diese Frage richtig beantwortet habe. Nicht warum die Verträge verbindlich sind, muß man also fragen, sondern welchen Abreden der Gesetzgeber richtigerweise die Rechtsverbindlichkeit beilegen soll. Was allerdings nicht leicht zu beantworten ist, aber auch nicht, wie die rechtstheoretischen Fragen, in allgemeingültiger Weise beantwortet werden kann: es kann nur jeweils für eine gegebene Zeit und eine gegebene Gesellschaft beantwortet werden.

## 2. Arten von Verträgen.

Man kann die vielen Verträge, die mit rechtlicher Wirkung abgeschlossen werden können, einteilen nach ihren tatsächlichen, vorab wirtschaftlichen Wirkungen oder nach ihren spezifisch rechtlichen Wirkungen. Beider solcher Einteilungen gibt es viele und unsere Aufzählung soll nicht erschöpfend sein.

a) **Nach den wirtschaftlichen Wirkungen** unterscheidet man etwa:

aa) **Tausch- und Gesellschaftsverträge**; die ersten sind diejenigen, durch welche die Parteien je eine Leistung gegeneinander austauschen, jeder zu seinem Zweck; z. B. im Kauf-, Miet-, Dienst- oder Werkvertrag; die zweiten sind diejenigen, durch welche die Parteien zu gemeinsamem Zwecke und auf gemeinsame Gefahr verschiedene oder gleichartige Leistungen übernehmen, wie beim Gesellschaftsvertrag und verschiedenen Kreditgeschäften. Die Teilpacht ist wirtschaftlich Gesellschaftsvertrag, weil beide Vertragsparteien am Ertrag beteiligt sind; rechtlich Pachtvertrag. Die Unterscheidung ist für die Auslegung unklarer Verträge bedeutsam;

bb) **entgeltliche und unentgeltliche Verträge**, je nachdem der einen Leistung eine gleichwertige andere entspricht oder nicht. Ein Vertrag kann demnach wirtschaftlich unentgeltlich sein, ohne eine Schenkung zu sein, und er kann ganz oder teilweise unentgeltlich sein. Der Verkauf eines Hauses, das 100 000 wert ist, zu 50 000 ist wirtschaftlich die „Schenkungs“ von 50 000; die unentgeltliche Behandlung durch einen Arzt oder ein Darlehen ohne Zins sind ebenfalls eine Art Schenkung;

cc) **Kredit- und Barverträge**; Kredit nennt man das Vertrauen, das eine vorleistende Partei in die andere setzt, daß diese später ihre Gegenleistung erfüllt. Barverträge sind zweiseitige Verträge, die Zug um Zug zu erfüllen sind (OR 82, 184). Die Partei, die vorleistet, kreditiert der anderen, d. h. vertraut ihr (wirtschaftlich) etwas an;

dd) **Leistungs- und Sicherungsverträge**; die Bürgschaft, die Verpfändung und der Garantievertrag sollen eine anderweitige Leistung sicherstellen, eine geschuldete oder, wie beim Garantievertrag, eine bloß erwartete (z. B. eine Dividende von 5 %). Die beiden ersten sind zudem rechtlich akzessorische Verträge, d. h. setzen, um wirksam zu sein, eine Hauptschuld voraus; der Garantievertrag dagegen nicht;

ee) **aleatorische und nicht aleatorische Verträge**; je nachdem die eine Leistung von einem ungewissen Umstande abhängt oder nicht. Wirtschaftlich sind alle Verträge mehr oder weniger aleatorisch; nicht nur die Kreditverträge, sondern auch die befristeten und sogar die unbefristeten, da sich das Wertverhältnis der vereinbarten Leistungen, wenn nicht vor, so doch nach der Erfüllung immer verschieben kann. Im eigentlichen Sinn aleatorisch sind aber nur



die Verträge, die die Leistungspflicht von einem ungewissen, für die Partei zufälligen Umstände abhängig machen (was bereits eine rechtliche Einteilung ist). — Unbedenklich sind nun die Verträge, welche Leistung und Gegenleistung unter eine solche Bedingung (S. 34) stellen; z. B. ein Mietvertrag, der unter der Bedingung abgeschlossen wird, daß der Mieter eine Stelle erhalte. Dann ist keine Partei der anderen gegenüber im Vorzug. Bedenklicher aber sind die Verträge, wonach eine Partei bedingt zu leisten hat (wenn ein zufälliger Umstand eintritt), die andere gar nicht oder unbedingt, wie bei der Bürgschaft oder der Versicherung. Solche Verträge werden zugelassen, wenn der Empfänger der bedingten Leistung, also in den erwähnten Beispielen der Gläubiger oder der Versicherungsnehmer, vor dem Vertrag ein Interesse daran haben, daß das ungewisse Ereignis (die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners oder das versicherte Risiko) nicht eintrete und er ein legitimes Interesse hat, dieses Risiko zu decken. Anders aber, wenn keine der Parteien ein solches Interesse hat und sie sich das Risiko erst durch den aleatorischen Vertrag schaffen; wenn sie also mit dem Zufall spielen. Solche Abreden werden grundsätzlich nicht als gültige Verträge anerkannt. Das Termingeschäft an der Börse, d. h. der befristete Kauf zu festem Preise einer Ware mit veränderlichem Kurs, ist ein legitimer Kauf, wenn der Käufer ihn abschließt, um sich die Lieferung der Ware (z. B. des Getreides oder der Wertpapiere) zu sichern und das Risiko des Sinkens des Kurses mit in Kauf nimmt; eine bloße Spielabrede ist es aber, wenn beide nur der Differenz wegen kontrahieren und sich in Wirklichkeit (S. 40) nur zur Bezahlung der Differenz verpflichten wollen (OR 513).

#### b) Nach den rechtlichen Wirkungen.

Kein rechtlicher Unterschied ist ohne tatsächliche Wirkung; sonst hätte er auch als rechtlicher keinen genügenden Grund. Die verschiedenen wirtschaftlichen Wirkungen, die soeben erwähnt wurden, sind daher nicht unabhängig von der rechtlichen Beschaffenheit der Verträge; nicht jede rechtliche Abrede kann jede Wirkung haben. Aber die rechtliche Beschaffenheit ist nicht die einzige Bedingung einer bestimmten Wirkung, z. B. der Sicherungsfunktion, und eine solche Wirkung können u. U. auch verschiedene Rechtsformen haben; die Sicherungsfunktion z. B. ein Pfand-, ein Bürgschafts- oder ein Garantievertrag, ja sogar die solidarische Mitschuldnerschaft oder die Ausstellung eines Wechsels. Auch hier

aber muß der Beteiligte wissen, mit welchen Rechtsformen er seinen Zweck erreicht und mit welchen am besten. Er muß also die verschiedenen rechtlichen Formen kennen, um die Folgen seines geschäftlichen Handelns richtig vorausszusehen. Man kann in verschiedenen Formen Kredit geben; aber es ist praktisch nicht gleichgültig, in welcher. **Recht und Wirtschaft** sind nicht zwei voneinander unabhängige Gebiete; das Recht bedingt die Wirtschaft im eigentlichen Sinne des (viel mißbrauchten) Wortes „bedingen“: ohne Recht gibt es nämlich keine Wirtschaft. Deshalb mußte schon vorhin auf rechtliche Unterschiede Bezug genommen werden.

Die rechtlichen Unterschiede sind nun im Gesetz aufgezählt. Das OR unterscheidet nach ihrem rechtlichen Inhalt eine ganze Anzahl verschiedener Verträge: Kauf, Miete, Pacht, Dienstvertrag, Werkvertrag, Gesellschaftsvertrag u. a. m. Hier sollen diese Unterscheidungen selbst nicht besprochen werden; nur die Bedeutung der Aufzählung und Einteilung überhaupt soll uns aufhalten.

Grundsätzlich ist nun zu dieser gesetzlichen Einteilung zu bemerken:

aa) daß sie **nicht abschließend** sein will. Es können auch andere Verträge abgeschlossen werden als die dort genannten, z. B. der Trödlervertrag, der Kartellvertrag, der Garantievertrag; andere, wie der Versicherungsvertrag, der Eisenbahnfrachtvertrag sind (heute) in Spezialgesetzen geordnet. Anders ist die Aufzählung der dinglichen Rechte und der Formen körperschaftlicher Organisation gemeint: es können keine anderen dinglichen Rechte, keine anderen Körperschaften gegründet werden als die im Gesetz (OR 552 bis 926; ZGB 642 ff., 52—79) vorgesehenen. Die im Gesetz vorgesehenen Vertragsarten dagegen sind nur die aus einer größeren Masse hervorgehobenen Typen, nicht die notwendigen Glieder eines geschlossenen Systems;

bb) daß die für jede Vertragsform vorgesehenen Normen in der Regel nur **ergänzendes Recht** sein wollen: sie gelten nur, wenn die Parteien nichts anderes abgemacht haben. Die Parteien können z. B. entgegen Art. 264 verabreden, daß der Mieter nicht untermieten darf, oder entgegen Art. 289, daß der Pächter unterpachten darf. Verabreden sie aber nichts anderes, so gilt die gesetzliche Norm; und darin gerade besteht die praktische Bedeutung der Einteilung, daß für jeden Typus die unvollständige Abrede in anderer Weise ergänzt wird. Für eine vollständige Abrede ist es gleichgültig, ob man sie Pacht oder Miete nenne; weshalb es müßig war, darüber zu streiten, welchem gesetzlichen Typus die genau geordneten „Ver-



träge“ der Post zuzurechnen seien; doppelt müßig, weil sie gar keine Verträge sind (S. 60f.). Wenn aber eine Gastwirtschaft ausgeliehen wird, ohne daß über die Weiterverleihung etwas gesagt wird, ist es wichtig, ob dieser Vertrag ein Miet- oder ein Pachtvertrag sei;

c) daß ein Vertrag zugleich verschiedenen gesetzlichen Typen angehören kann, eben weil es bloße Typen, nicht einander ausschließende Möglichkeiten sind; es gibt **gemischte Verträge**. Wer z. B. in der Wirtschaft speist, kauft sich nicht nur Speisen, sondern er mietet sich auch gewissermaßen den Platz und bedingt sich Bedienung aus; ein Dienstvertrag kann mit einem Gesellschaftsvertrag, ein Hinterlegungsvertrag mit einem Auftrag verbunden werden. Und welchem gesetzlichen Typus solche Verträge zuzuzählen seien, ist wichtig, wenn die Parteien eine praktische Frage unbeantwortet gelassen haben.

## II. Die Schließung des Vertrages.

### 1. Die Willenserklärungen.

Der Vertrag wird dadurch geschlossen, daß die Parteien einander einen übereinstimmenden Verpflichtungswillen erklären. Diese **Willenseinigung** (Konsens), die zu jedem Vertrag gehört, kommt dadurch zustande, daß die eine Partei einen Antrag stellt und die andere ihn annimmt. Begrifflich entsteht jeder Vertrag durch Antrag und Annahme, mögen auch tatsächlich diese beiden Erklärungen kaum zu unterscheiden sein oder zugleich abgegeben werden. — Die entscheidenden Antrags- und Annahmeerklärungen zu erkennen, ist oft auch deshalb schwierig, weil ihnen lange **Verhandlungen** vorausgehen, d. h. eine Aussprache über den Inhalt des Vertrages, den man geneigt wäre abzuschließen, und die Parteien sich nicht immer Rechenschaft geben, wann sie von diesen vorbereitenden Mitteilungen zu den entscheidenden Erklärungen des Vertragsschlusses übergehen.

Der **Antrag** (Angebot, Offerte) ist die verbindliche Erklärung einer Person gegenüber einer anderen, dem Adressaten, eine Verpflichtung eingehen zu wollen.

Verbindlich ist die Erklärung, wenn sie den Verpflichtungswillen zum Ausdruck bringt und mindestens die nach Gesetz wesentlichen Punkte des Geschäftes umfaßt. Die Ausschreibung von Arbeiten, im Gegensatz zur Auslobung, ist kein verbindlicher Antrag, weil sie die vom Ausschreibenden zu bezahlende Vergütung, die wesentlich

ist, nicht enthält; erst die Bewerber machen ein vollständiges Angebot. Die von Kaufleuten versandten Preislisten enthalten zwar den Preis und die Gattung der Ware, vielleicht auch die Menge; aber sie werden nicht als feste Angebote betrachtet, weil man nicht annimmt, daß der Versender damit schon ein verbindliches Angebot an jeden Empfänger machen wollte; es sind also wie die Ausschreibungen bloß Aufforderungen, ein Angebot zu machen. Ein Angebot ist aber der Vorschlag an eine bestimmte Person, ihr ein bestimmtes Quantum Ware zu bestimmtem Preis zu verkaufen, oder auch die Auslage einer Ware mit Angabe des Preises: wer das ausgestellte Stück kaufen will, braucht nur dieses Angebot anzunehmen (OR 7).

Das Angebot muß so **beschaffen sein**, so bestimmt und so ausführlich, daß es durch bloße Zustimmung des Adressaten zum Vertrag werden kann. Deshalb muß es die wesentlichen Punkte des Vertrages (*essentialia negotii*) umfassen (OR 2); beim Kauf z. B.: Gegenstand und Preis; beim Werkvertrag Werk und Vergütung. Und wesentlich sind eben die Punkte, auf die die Einigung der Parteien sich nach Gesetz erstrecken muß, damit der Vertrag gültig sei, während man „unwesentlich“ die Nebenpunkte nennt, die späterer Bestimmung vorbehalten bleiben können. Von diesen offengelassenen Fragen beantwortet das Gesetz die häufigsten, aber nicht alle. Interessant ist nun aber, daß der Vertrag gültig ist, <sup>wenigstens</sup> trotzdem er unvollständig ist, und daß das Fehlende, so gut es geht ermittelt wird, nach Gesetz oder nach dem mutmaßlichen Willen der Parteien (S. 33).

**Verbindlich** ist das Angebot nicht nur in dem Sinne, daß es durch die Annahme zum verbindlichen Vertrage wird, sondern, in unserm Gesetz wenigstens, auch in dem Sinne, daß es, wenn einmal gemacht, nicht mehr beliebig zurückgezogen werden kann, wenn der Anbietende sich diese Freiheit nicht von vornherein vorbehält. Er ist nur auf bestimmte Zeit gebunden, wenn er selbst für die Annahme eine Frist gesetzt hat. Und auch ohne das, von Gesetzeswegen, ist er nur beschränkte Zeit gebunden: sehr kurze Zeit gegenüber einem Anwesenden oder am Telefon Sprechenden; der andere muß „sogleich“ annehmen. Unter Abwesenden ist er gebunden bis zum Zeitpunkt, wo er den Eingang der Antwort bei ihrer ordnungsmäßigen und rechtzeitigen Absendung erwarten darf (OR 3—5). Im französischen Recht ist die Offerte nicht verbindlich von Gesetzeswegen; sie kann jederzeit zurückgenommen werden, solange sie nicht angenommen ist.



Die **Annahme** des Antrags muß mit diesem vollständig übereinstimmen; der Antrag muß m. a. W. unverändert angenommen werden. Wird er nicht genau so angenommen, wie er gestellt worden ist, so ist der Vertrag nicht geschlossen; u. U. ist eine solche Antwort aber das Angebot eines veränderten Vertrags, der nun vom Erstanbietenden angenommen werden kann. Wird der Antrag dagegen unverändert angenommen, so ist der Vertrag geschlossen, auch wenn er sich über die unwesentlichen Punkte nicht verbreitet, wie schon bemerkt.

## 2. Die Mängel des Vertragswillens.

a) **Irrtum.** Das Rechtsgeschäft soll (S. 33) der Privatperson gestatten, sich nach ihrem Willen zu verpflichten; ihr Wille soll entscheiden. Es kommt nun aber vor, daß eine Partei etwas erklärt, was sie eigentlich nicht will. Dieser Irrtum kann in zweierlei bestehen: 1. darin, daß der Irrende etwas anderes erklärt hat, als er erklären wollte, weil er sich im Ausdruck vergriffen (versprochen, verschrieben) hat, oder weil er den Sinn eines (technischen, fremdsprachigen) Wortes nicht kannte (Irrtum in der Erklärung); oder 2. darin, daß er zwar erklären wollte, was er erklärt hat, aber nur, weil er von einer unrichtigen tatsächlichen Annahme ausgegangen war, z. B. über die Person des Vertragsgegners, den Wert der gekauften Sache, die Schwierigkeiten der übernommenen Arbeit usw. (Grundlagenirrtum).

Soll sich in solchem Falle die erklärende Partei darauf berufen können, daß sie sich geirrt habe? daß sie sich in Wirklichkeit nicht habe verpflichten wollen oder doch nicht so, wie erklärt? Das würde die Rechtssicherheit schwer gefährden; die andere Partei, die sich auf die abgegebene Erklärung verlassen hat, müßte gewärtigen, daß das Geschäft aus einem ihr unerkennbaren Grunde ungültig ist; und dieser Irrtum könnte zudem leicht vorgeschützt werden. Das Gesetz hat daher jenen Grundsatz, daß jeder nur gemäß seinem Willen verpflichtet sein soll, für den Vertrag eingeschränkt durch den Satz, daß jede Partei zunächst an ihre Erklärung gebunden sei, auch wenn sie das Erklärte nicht wollte, und sich davon nur befreien kann, wenn sie glaubhaft macht, daß sie sich beim Abschluß in einem „wesentlichen“ Irrtum befunden habe. Was einen wesentlichen Irrtum ausmacht, soll hier nicht untersucht werden.

Auch wo der Irrtum erheblich ist, hat er nur beschränkte Wir-

**kung:** der Vertrag ist nicht ohne weiteres ungültig, wie wenn gar keine übereinstimmenden Willenserklärungen abgegeben worden wären; er ist nur anfechtbar, d. h. die irrende Partei muß diesen Mangel geltend machen, privatim oder gerichtlich, und zwar innert Jahresfrist seit der Entdeckung des Irrtums. Wenn die Anfechtung gutgeheißen wird, ist der Vertrag von vornherein ungültig. Immerhin, wenn der Anfechtende den Irrtum fahrlässig verschuldet hat durch seine eigene Unachtsamkeit, muß er dem anderen Teil den Schaden ersetzen, der ihm aus dem Dahinfallen des Vertrages entsteht; z. B. daraus, daß er den vermeintlich verkauften Gegenstand nicht anderweitig verwerten konnte. Und der Irrende kann sich gar nicht auf seinen Irrtum berufen, wenn das Treu und Glauben widersprechen würde.

Wieweit der Irrtum den Vertrag unverbindlich machen soll, ist in den Gesetzgebungen verschieden beantwortet worden. Keine berücksichtigt jeden Irrtum; aber auch keine läßt jeden Irrtum unberücksichtigt. Je nachdem sie mehr auf den wirklichen oder auf den erklärten Willen abstellen, huldigen sie mehr der „Willens-theorie“ oder der „Erklärungstheorie“. Wie dem aber auch sei, der Jurist muß sich der beschränkten Bedeutung dieses Unterschiedes bewußt bleiben; auch wenn ein positives Recht das Erklärte und nur das Erklärte ohne jede Rücksicht auf das Gewollte als verbindlich betrachtete, bliebe doch der Vertrag ein Rechtsgeschäft, ein Instrument des privaten rechtsbegründenden Willens, seiner Funktion und seinem rechtspolitischen Grunde nach: keine Partei braucht ja etwas zu erklären, das sie nicht will, oder etwas anderes als sie will; und damit sie sich zu dem verpflichten könne, wozu sie sich verpflichten will, ist ihr die Vertragsfreiheit gegeben, auch dann, wenn jede Partei streng und unnachsichtlich bei der von ihr einmal abgegebenen Erklärung behaftet wird. In jedem abgeschlossenen Vertrag mag dann die Erklärung entscheiden; daß aber Verträge überhaupt als verbindlich anerkannt werden, erklärt sich nur daraus und hat nur darin seinen Sinn, daß jeder erklären kann, was er will und selbst über seine rechtliche Bindung soll entscheiden können (S. 33). Auch in der positivrechtlichen Form der Erklärungstheorie wird die Privatautonomie anerkannt. Der Erklärung als solcher eine selbständige Verpflichtungskraft zuzuschreiben, ist eine bei Formaljuristen nicht seltene Mystik.

b) Daß eine Partei den Vertrag ebenfalls anfechten kann, wenn sie durch die andere (oder mit deren Mitverschulden durch einen Dritten) **getäuscht**, d. h. über einen wesentlichen oder unwesent-



lichen Punkt irregeführt und dadurch gegen ihren eigentlichen Willen zum Vertragsschluß verleitet worden ist (OR 28), sei noch erwähnt. Vom dritten Willensmangel, den der **begründeten Furcht** (Drohung), war schon früher (S. 37) die Rede.

### III. Der Inhalt des Vertrages.

#### 1. Der zulässige Inhalt. (Die Vertragsfreiheit.)

Nicht alles, was Privatpersonen unter sich verabreden, ist rechtsverbindlich, ist ein Vertrag im Rechtssinne (S. 61). Das Gesetz kann nicht unbeschrieben alles schützen und alles erzwingen lassen, was irgend Privatpersonen unter sich beliebt machen; z. B. einen vielleicht aus Dankbarkeit eingegangenen lebenslänglichen Dienstvertrag, die Abtretung aller noch zu machenden Erfindungen, das Versprechen, eine politische oder religiöse Ueberzeugung nicht zu betätigen, jemand zu heiraten oder nicht zu heiraten oder gar zu scheiden. So ist es im **Völkerrecht**: *pacta sunt servanda*, d. h. alles wozu sich Staaten in Vertragsform verpflichten, ist verbindlich, was es auch sei. Im Landesrecht hat die **Vertragsfreiheit** ihre gesetzlichen Schranken.

##### a) Diese **Schranken** sind zweierlei Art:

Die **einen** sind die Grundsätze, welche die Grenzen der Verbindlichkeit ziehen und bestimmen, daß Abreden, welche diese Grenze überschreiten, unverbindlich sind: die Bindung ist unzulässig, nicht das Verhalten. Wenn z. B. ein Novize bei der Aufnahme dem Orden sein gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen verschreibt, ist das rechtlich unverbindlich, oder wenn ein unmündiger Lehrling dem Meister verspricht, später keine ähnlichen Geschäfte zu betreiben (OR 356), oder wenn ein Angestellter auf die Ausübung seiner politischen Rechte verzichtet, oder wenn zwei eine Wette eingehen. Solche Abreden sind von Gesetzeswegen ungültig. Sie sind nicht eigentlich verboten. Wer solches verspricht oder sich versprechen läßt, verletzt das Gesetz nicht, aber er begründet keine gültige Rechtspflicht; mehr will das Gesetz nicht, als daß sich niemand in diesen Beziehungen binden könne; und es kann sich niemand binden, weil das Gesetz ihm die Fähigkeit dazu versagt.

Die **anderen** sind Grundsätze, welche etwas eigentlich verbieten, ein tatsächliches Verhalten oder auch den Abschluß eines Vertrages. Ein **tatsächliches Verhalten** ist z. B. verboten im gesetzlichen Verbote, Gifte, Rauschmittel, Spirit u. a. m. herzustellen, Tiere zu

quälen, Vieh außerhalb des Schlachthauses zu schlachten, Sprengstoffe aufzubewahren u. a. m. Wer sich vertraglich zu einer solchen Handlung verpflichtet, z. B. eine Gesellschaft eingeht zur Fabrikation von Kokain, oder ein privates Schlachtlökal vermietet, oder Hahnenkämpfe gegen Eintritt aufführt, schließt keinen gültigen Vertrag. Aber er verletzt außerdem das Gesetz und wird bestraft, wenn er diese Abrede betätigt. Die Abrede ist ungültig, wenn beide Parteien durch die Erfüllung des Vertrages ein gesetzliches Verbot verletzen würden. Das Gesetz kann nicht die Klage des A gegen den B auf Aufbewahrung von Sprengstoffen gutheißen, wenn es selbst diese Aufbewahrung verbietet. Aber nicht jedes gesetzliche Verbot macht die Verabredung der verbotenen Leistung ungültig. Wenn ein Fabrikant einen Arbeiter auf monatliche, statt auf vierzehntägige Kündigung oder gegen Naturallohn oder zur Verrichtung ungesunder Arbeit anstellt, ist der Vertrag nicht ungültig, aber der Fabrikant macht sich dadurch strafbar. Nicht ungültig ist er, weil das Verbot des Fabrikgesetzes sich nur an den Fabrikanten richtet, nicht an den Arbeiter. Wäre der Vertrag ungültig, so könnte auch der Abschluß solcher Verträge nicht verboten und bestraft werden; denn diese Verträge könnten gar nicht (gültig) abgeschlossen werden.

Diese letzteren Normen sind zunächst (polizeiliche) Verbote und sekundär können sie auch die Ungültigkeit eines Vertrages zur Folge haben, in dem das Verbotene verabredet wird, im Gegensatz zu den ersterwähnten, die lediglich Schranken der Vertragsfreiheit sind und primär die Ungültigkeit gewisser Verträge statuieren, ohne etwas zu verbieten. Beide aber enthalten, primär oder sekundär, eine negative Bedingung der Gültigkeit, und in diesem Sinne rechtlicher Unmöglichkeit, nicht Verbotenseins, sprechen wir von „unzulässigem“ Inhalt.

b) Art. 20 OR erklärt nichtig die Verträge, die einen **widerrechtlichen** Inhalt haben, gegen die **guten Sitten** oder auch gegen die **öffentliche Ordnung** oder das **Recht der Persönlichkeit** verstoßen. Die „guten Sitten“ und das „Recht der Persönlichkeit“ sind hauptsächlich Schranken der ersten Art, deren Wirkung bloß in der Unverbindlichkeit der Abrede besteht, z. B. ein Boykott, die Heiratsvermittlung (OR 416), das Scheidungsversprechen. Die „Widerrechtlichkeit“ und die „öffentliche Ordnung“ haben hauptsächlich polizeiliche Verbote im Auge, deren Wirkung nicht bloß in der Unverbindlichkeit der Abrede besteht; z. B. einer Abrede über gemeinsamen Betrieb eines Schmuggelgeschäftes, die Bestechung



eines Beamten (durch Schenkung), der Auftrag zur Beschaffung falscher Papiere. Die Uebertretung des Verbotes hat hier neben der Ungültigkeit der Abrede auch die Wirkung der Strafbarkeit der Beteiligten.

Die Ungültigkeit braucht übrigens nicht den ganzen Vertrag (oder das ganze Rechtsgeschäft, z. B. das Testament) zu ergreifen; ist nur ein Teil des Vertrages, z. B. ein Konkurrenzverbot im Dienstvertrag oder eine Klausel im Testament anstößig, so ist nur dieser Teil nichtig; im übrigen bleibt der Vertrag bestehen, sofern anzunehmen ist, daß er ohne den nichtigen Teil auch geschlossen worden wäre. Die ungültige Bestimmung kann auch eingeschränkt werden, wenn sie das zulässige Maß überschreitet; wenn z. B. die Konkurrenz auf zu lange Zeit verboten ist.

c) Nicht alles, was den Privatpersonen beliebt, kann also mit der Wirkung der Rechtsverbindlichkeit verabredet werden; die Vertragsfreiheit, die Privatautonomie hat, wie schon bemerkt, ihre Grenzen. Aber innerhalb dieser Grenzen können die Privatpersonen rechtsverbindlich verabreden, **was ihnen, den Parteien, beliebt** und das ist nicht wenig. Alles ist gleich gültig, was nicht ungültig ist, und alles gleich zulässig. Die Parteien sind darüber niemand Rechenschaft schuldig; von ihrer Vertragsfähigkeit können sie beliebigen Gebrauch machen, ohne an verbindliche Normen gebunden zu sein. Alles im Gegensatz zu den öffentlichen Behörden, die von ihren Befugnissen nur rechtmäßigen Gebrauch machen sollen und dafür verantwortlich sind (S. 24, 141).

d) In dieser Ungebundenheit, Grundsatzfreiheit, Willkür im Sinne des Beliebens, besteht die Eigenart des Vertrages, im Gegensatz zum Gesetz, und auf dem Vertrag (nebst dem Privateigentum) beruht die ganze **Privatwirtschaft**, im Gegensatz zur Gemein(Staats- oder Gemeinde-)wirtschaft, die auf Gesetz beruht. Während die Gemeinwirtschaft sich nach festen, gesetzlichen Grundsätzen abwickelt (oder besser: richtigerweise abwickeln soll), z. B. der Postbetrieb nach der Postordnung, das Militär nach der Militärorganisation, die Unfallversicherung nach dem Bundesgesetz vom 13. Juni 1911, wickelt sich die Privatwirtschaft nach den Verträgen ab, die jeweilen unter den tausenden von Unternehmern unter sich, von Unternehmern und Angestellten, von Unternehmern und Abnehmern geschlossen werden. Diese Verträge können rechtlich geschlossen oder nicht geschlossen, und in der Regel auch so oder anders geschlossen werden.

Tatsächlich, wirtschaftlich ist der Vertragsschließende in der

Regel nicht ganz, oft gar nicht frei: er muß Verträge schließen, um bestehen zu können und kann vielleicht auch den Inhalt nicht beliebig bestimmen. Aber rechtlich, durch Rechtsgesetz, ist ihm nichts vorgeschrieben. Und daraus ergeben sich bestimmte rechtliche Folgen:

e) Da unter den Parteien nur gilt, was sie gewollt haben und weil sie es gewollt haben, ohne Rücksicht darauf, ob es sachlich begründet, d. h. gerecht und billig ist, muß das einmal Vereinbarte auch unabänderlich gelten, so wie es vereinbart worden ist; es kann ohne Widerspruch nicht mit Rücksicht auf seine sachliche Unrichtigkeit aufgehoben oder abgeändert werden. — Das Gebiet der Rechtsgeschäfte ist das Gebiet der **wohlerworbenen Rechte**. Auf dem Gebiet der gesetzlichen Normen, z. B. der gesetzlichen Unterhaltungspflicht unter Verwandten oder der gesetzlichen Steuern, gibt es keine wohlerworbenen Rechte. Willkür des Vereinbarens und Unabänderlichkeit des Vereinbarten gehören zusammen. — Ferner: da im Bereich der Privatwirtschaft das Belieben der Privatautonomie herrscht, ist das Ergebnis der Privatwirtschaft unberechenbar und zufällig, im rechtlich-ethischen Sinne. Man mag es nach sozialen und wirtschaftlichen „Gesetzen“ voraussehend bestimmen, verbindliche Normen kann man ihr nicht vorschreiben. Es mag „Gesetze“ der Preisbildung geben; es gibt keine Norm des gerechten Preises. Wert ist eine Sache, was man tatsächlich und durchschnittlich dafür bezahlt. Im einzelnen Fall ist alles gerecht, was in einer Vereinbarung abgemacht worden ist; das Gesamtergebnis, die Verteilung von Lust und Last in der Gesellschaft kann allerdings ungerecht sein. Aber wenn diese Ungerechtigkeit behoben werden soll, muß die Rechtsordnung selbst, nicht der einzelne Vertrag, geändert werden. Es muß vielleicht die Vertragsfreiheit eingeschränkt oder das private Gesetz des Vertrages durch das öffentliche Gesetz (des Staates) ersetzt werden.

## 2. Der mögliche Inhalt.

a) Soeben haben wir untersucht, welches Verhalten zwei Privatpersonen sich rechtsverbindlich versprechen können und welches nicht. Diese „Unzulässigkeit“ setzt voraus, daß das Versprochene, wenn anders es verbindlich wäre, erfüllt werden könnte. Es gibt aber auch Versprechen, die nicht erfüllt werden können. Auch sie sind ungültig. Was nicht gehalten werden kann, kann auch nicht gültig versprochen werden. *Impossibilium nulla obligatio*. Die Un-



gültigkeit des Versprechens ist die Folge der Unmöglichkeit der Erfüllung, während in den Fällen „unzulässigen“ Inhaltes die Erfüllung wohl möglich wäre, das Recht aber die Erfüllung oder doch die vorgängige Verpflichtung darauf verpönt. In beiden Fällen ist der Vertrag nicht nur verboten, sondern nichtig.

b) Die Unmöglichkeit des versprochenen Verhaltens kann tatsächlicher oder rechtlicher Art sein.

**Tatsächlich unmöglich** ist, was nach den (Kausal-)Gesetzen der Natur nicht bewirkt werden kann; z. B. ein Getriebe zu bauen, das ohne Antrieb von außen unbegrenzte Zeit läuft (perpetuum mobile). Die tatsächliche Unmöglichkeit kann in der Sache liegen oder in der Person des Versprechenden. Was in der Sache **objektiv** unmöglich ist, kann von niemand geleistet und deshalb von niemand gültig versprochen werden, wie der Bau eines selbsttätigen Getriebes; die Heilung mit unwirksamen Mitteln oder die einer schon gestorbenen Person. — Wenn die Unmöglichkeit in der Person des Leistungspflichtigen liegt, z. B. in seiner Farbenblindheit, fragt es sich, ob er sie zu vertreten, d. h. dem Vertragsgegner für den Schaden aus der Nichterfüllung aufzukommen hat, was der Fall sein wird, wenn er ihn von Anfang an darüber getäuscht oder sich nachträglich schuldhafterweise in diese **subjektive** Unmöglichkeit versetzt hat, z. B. durch selbstverschuldete Krankheit.

**Rechtlich unmöglich** ist was nach der geltenden Rechtsordnung nicht gültig bewirkt werden kann; z. B. die Errichtung eines Familienfideikommisses, die Veräußerung eines Stockwerkes oder eines Wirtschaftspatentes. Solche Geschäfte sind bereits anderwärts (im Personen-, im Sachenrecht oder im öffentlichen Recht) verunmöglicht; wer sich dazu verpflichtet, schließt nicht einen Vertrag mit unzulässigem, sondern mit unmöglichem Inhalt.

### 3. Der verabredete Inhalt.

Im Rahmen des Zulässigen und Möglichen kann verschiedenes verabredet werden. Manche Verschiedenheiten sind für die Pflichten der Parteien bedeutsam. Hier soll nur auf diejenigen aufmerksam gemacht werden, die zum Verständnis des Späteren notwendig sind.

a) **Kausale und abstrakte Verträge.** Man nennt abstrakt die Verträge, durch welche eine Partei der anderen eine einseitige Zuwendung verspricht ohne Angabe des „Grundes“, der causa, d. h. ohne Angabe des Zweckes: ob schenkungs-, erfüllungs- oder siche-

rungshalber. Das geschichtliche Vorbild des abstrakten Versprechens ist die römische stipulatio, d. h. das auf Frage gegebene mündliche Versprechen, das übrigens auch die causa angeben konnte.

Im Handelsverkehr sind solche Versprechen meist in bestimmten (schriftlichen) Formen anerkannt; z. B. in der Form des Wechsels, des Checks; oder in den besonderen Fällen der Anerkennung eines Saldoabschlusses des Kontokorrents oder der Anleiheobligation. Aber nicht alle Gesetzgebungen lassen die abstrakten Versprechen allgemein zu, wie es OR 17 zu tun scheint.

Die praktische Bedeutung des abstrakten Versprechens ist die, daß dem Gläubiger im Falle des Streites weder die Einrede mangelnder causa noch eine Einrede aus der causa (z. B. daß der Schuldner den Gegenwert nicht erhalten habe) entgegengehalten werden kann, oder daß ihm wenigstens der Beweis der causa nicht obliegt, sondern dem Schuldner der Beweis des Gegenteils. Die erste Wirkung ist materiellrechtlicher, die zweite prozeßrechtlicher Art. Das erste ist die Wirkung der vorhin genannten Handelsgeschäfte. Was für die anderen gilt, ist nicht durchaus klar. Der Begriff der causa selbst ist nämlich im Zivilrecht nichts weniger als abgeklärt, wie ja auch das Wort causa sprachlich verschiedenes bedeutet: Sache, Ursache, Interesse, Grund, Beweggrund u. a. Unklar ist namentlich, ob die Anfechtung wegen mangelnder causa, soweit sie möglich ist, auf die Unzulässigkeit des Inhaltes des Vertrages geht oder auf den Mangel des Vertragswillens (oder Irrtum), und ob die Zulassung abstrakter Rechtsgeschäfte für das materielle Recht oder das Beweisrecht bedeutsam sein soll. Man kann sich über einen Begriff nicht einigen, wenn man nicht einig darüber ist, wofür er verwendet werden soll (S. 22).

b) Die versprochene Leistung kann nach einer gebräuchlichen Einteilung bestehen in einem **Geben, einem Tun oder einem Nicht-tun (dare, facere, non facere)**. Dare bedeutet das Verschaffen des Rechts an einer Sache, facere ein positives Verhalten anderer Art, wie die Arbeit im Dienstverhältnis, die Ausführung eines Auftrages oder eines Werkes, und non facere ein Unterlassen, z. B. von Konkurrenzgeschäften oder eine Veröffentlichung, oder ein Dulden, z. B. eines Eingriffes in das Eigentumsrecht oder in das Urheberrecht.

Die Einteilung ist mehr eine Aufzählung typischer Fälle als die Gliederung eines systematischen Gedankens; sie ist weder begrifflich scharf, noch praktisch durchgreifend; da man nicht recht



weiß, auf welchem gemeinsamen Gesichtspunkt (*principium divisionis*) die Dreiteilung beruht (vgl. S. 28 f.), ist ihre grundsätzliche Bedeutung auch nicht klar. Aber sie ist nützlich zur Festhaltung einiger Besonderheiten des positiven Rechts: das *facere* kann nicht in natura erzwungen werden (S. 15 f.), wohl aber das *non facere* und mitunter das *dare*; *facere* und *dare* wiederum unterscheiden sich etwa insofern als das erste, z. B. die Arbeit des Dienstpflichtigen, in der Regel **persönlich** geleistet werden muß, das zweite, z. B. die Lieferung der verkauften Ware, vom Schuldner (Verkäufer) auch einer anderen Person übertragen werden kann.

Das *dare* geht meist auf Uebereignung einer **Sache** (S. 90) und je nach der Natur der versprochenen Sache ist diese Pflicht verschieden geordnet; verschieden für bewegliche Sachen (Fahrnis) und unbewegliche (Grundstücke), insbesondere für vertretbare und unvertretbare Sachen. Vertretbare (*fungible*) Sachen sind solche, deren Individualität für den Gläubiger gleichgültig ist, deren Art (*genus*) allein Bedeutung hat, im Gegensatz zu den nicht vertretbaren (*species*), deren Individualität rechtserheblich ist. Das Darlehen z. B. hat zum Gegenstand Geld oder andere vertretbare Sachen und der Borger verpflichtet sich, dem Darleiher Sachen der nämlichen Art in gleicher Menge und Güte zurückzugeben; es ist also begrifflich eine *genus*-, nicht eine *species*-Schuld. Schulden sind nicht notwendig Geldschulden (S. 9), aber sehr häufig. Und noch häufiger kommen sie auf eine Geldschuld hinaus, nämlich im Falle der Zwangsexekution. Der Kaufvertrag (OR 184) setzt voraus, daß der eine Geld, der andere eine andere Sache schuldet, im Gegensatz zum Tausch, nach dem jeder Teil zur Uebergabe einer Sache verpflichtet ist. Die Erfüllung einer Geldschuld nennt man Zahlung.

#### c) Was aber ist **Geld**?

Geld im eigentlichen Sinn ist nicht alles, was im Verkehr oder auch im Gesetz gelegentlich so heißt, z. B. Banknoten, Devisen, fremde Währung, sondern die Sachen (Münzen), deren Leistung als Ersatz für andere, nicht erzwingbare Schulden erzwungen wird (OR 97). Wenn der Fabrikant z. B. nicht liefert, geht die Klage und jedenfalls die Zwangsvollstreckung schließlich auf Geld, d. h. auf Uebereignung von Münzen (oder Banknoten) in Landeswährung. Was so anstatt der in natura nicht erzwingbaren Leistungen erzwungen wird, ist Geld im Rechtssinne (ZBJV 71, S. 1 ff). Im Verkehr mag sich der Gläubiger anderes „Geld“ ausbedingen, z. B. Gold-

franken, statt Schweizerfranken; aber wenn der Schuldner nicht erfüllt, muß der Gläubiger, wenn er betreiben will, vom Gericht noch feststellen lassen, wie viel Schweizergeld der Schuldner als Ersatz für die nicht gelieferte „Ware“ (die Goldfranken) zu leisten hat. Die Betreibung geht immer auf Landeswährung (SchK 97). Schulden, die auf anderes „Geld“ lauten, haben nur deshalb Wert, weil sie nötigenfalls in eigentliche Geldschulden umgewandelt und als solche vollstreckt werden können.

**Zins** ist die Zwischenvergütung, die der Schuldner einer später zu leistenden Geldsumme in einem Bruchteil dieser Summe periodisch zu leisten hat.

d) Endlich sei darauf hingewiesen, daß die Pflicht zur **Uebereignung** einer Sache (das *dare*) von dieser Uebereignung selbst zu unterscheiden ist. Durch Verkauf einer Sache verpflichtet sich der Verkäufer dem Käufer das Eigentum daran zu verschaffen (OR 184); durch Verpfändungsvertrag verpflichtet sich der eine dem anderen an einer Sache ein Pfandrecht zu bestellen. Durch die Uebertragung des Eigentums und die Bestellung des Pfandrechts, was durch die Uebertragung der Sache oder die Eintragung im Grundbuch geschieht, erfüllt er die durch Vertrag eingegangene Pflicht. Durch die Uebertragung eines dinglichen Rechts (S. 82) erfüllt er seine *obligatorische* Schuld (S. 28). Die Erfüllung einer *obligatorischen* Schuld kann nicht wieder ein Rechtsgeschäft sein, d. h. eine Handlung, die man vornehmen oder nicht vornehmen kann (S. 33).

#### 4. Die Erfüllung des Vertrages.

Die Erfüllung besteht in der Leistung des Versprochenen; was (gültigerweise) versprochen worden ist, muß geleistet werden. Wenn es geleistet wird, ist der Vertrag erfüllt und das vertragliche Rechtsverhältnis erlischt. Wird es nicht geleistet, so treten die Folgen der Nichterfüllung ein.

a) Die **Modalitäten der Erfüllung**, die Art und Weise, wie geleistet werden soll, gehören zwar noch zum Inhalt des Vertrages. Das Gesetz ordnet sie nur aushilfsweise; für den Fall nämlich, daß die Parteien nicht anderes verabredet haben; im Gegensatz zu den Folgen der Nichterfüllung (S. 78).

Mangels anderer Abrede gilt z. B. betreffend den **Ort** der Erfüllung, daß Geldschulden Bringschulden und andere Schulden *Holschulden* sind, d. h. am Wohnsitz des Schuldners zu erfüllen sind; und betreffend die **Zeit** der Erfüllung gilt im Zweifel, d. h. wenn



weder eine Frist noch sofortige Leistung vereinbart worden ist, daß sofort und Zug um Zug zu erfüllen ist (OR 74, 84).

Zu den Modalitäten der Erfüllung kann man den Grundsatz rechnen, daß **nach Treu und Glauben** zu erfüllen ist. Das ZGB spricht ihn allgemein aus in Art. 2: „Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln.“ Das gilt auch für die Parteien eines Vertrages und ist namentlich praktisch, wo der Vertrag selbst schweigt. Es hängt also zusammen mit der **Auslegung** der Verträge (OR 18), d. h. mit der Frage, was nach Vertrag geschuldet sei; denn die Erfüllung ist die Leistung des Geschuldeten. Das bleibt aber im verabredeten Vertrag häufig unbestimmt.

Die Verträge sind Vereinbarungen unter Personen, deren Interessen, wenn nicht immer entgegengesetzt, so doch verschieden sind. Der Vertrag soll ein Ausgleich sein zwischen den Interessen; eine Verständigung, die so auszulegen und auszuführen ist, wie sie gemeint war oder doch gemeint sein kann, und zwar unter ehrlichen Parteien, die sich „vertragen“ wollen. Die Auslegung nach Treu und Glauben ist Auslegung nach dem wirklichen oder dem unter ehrlichen Partnern zu vermutenden Parteiwillen. Es kann also auch bei gleichlautenden Verträgen unter verschiedenen Personen und unter verschiedenen Umständen Verschiedenes durch Treu und Glauben geboten sein; was Treu und Glauben verlangen, ist nicht ein bestimmtes, stets gleiches Verhalten (S. 33).

Treu und Glauben widerspricht es z. B., wenn der Schuldner seine Leistung selbst verunmöglicht oder die des Gegners erschwert; er darf nicht an der Börse die Papiere aufkaufen, die ihm der Vertragsgegner ultimo zu bestimmtem Preise liefern soll. Der Mieter soll dem Eigentümer die diesem zur Last fallenden Schäden des Hauses beizeiten anzeigen; der Verkäufer dem Käufer beweisen helfen, daß die Sache nicht gestohlen ist; der Schuldner soll nicht zur Unzeit leisten, und er soll nicht mehr erfüllen, wenn der Gläubiger kein Interesse mehr daran hat; der Käufer, dem nicht geliefert wird, soll sich anderwärts eindecken usw.

#### b) Die Folgen der Nichterfüllung.

Wie S. 77 bemerkt, können die Parteien wohl bestimmen, was geschuldet ist, aber nicht, was die Folgen der Nichterfüllung des Vertrages sein sollen. Oder besser gesagt: die Parteien können bestimmen, was vertraglich geschuldet, aber nicht, was schließlich erzwungen wird (vergl. OR 98). Das erste ist der Privatautonomie

anheimgegeben, das zweite dem Gesetz vorbehalten. Es ist aber nicht leicht, im positiven Recht die Grenze zwischen dem (materiellen) Vertragsrecht und dem (formellen) Vollstreckungsrecht zu ziehen.

Das Gesetz bestimmt, welche Leistungen erzwungen werden können, und, wenn die Parteien eine an sich nicht erzwingbare Leistung vereinbaren, bestimmt das Gesetz, welche andere Leistung im Falle der Nichterfüllung als Ersatz zu erzwingen ist. Die Ersatzleistung ist (S. 16, 76) der Schadenersatz in Geld (OR 97). Weshalb für die Nichterfüllung von Geldschulden nicht wohl Schadenersatz verlangt werden kann. Damit man wisse, was erzwungen werden kann, muß das Gesetz Voraussetzungen und Umfang dieser Ersatzleistung bestimmen für den Fall, daß die Parteien es nicht getan. Die Parteien können es auch selbst tun; sie können z. B. die Lieferung einer Sache vereinbaren und für den Fall der Nichtlieferung die Bezahlung einer Summe Geldes, wie sie ja auch dem Schuldner oder dem Gläubiger die Wahl zwischen der Leistung der Sache oder des Geldes lassen können (Wahlschuld; OR 72). Auch die Konventionalstrafe (OR 160—163) kann eine solche vereinbarte Ersatzleistung sein, falls sie nicht über den Ersatz des Schadens hinausgehen soll. Dann sind aber diese Leistungen die geschuldeten, und das Gesetz wiederum bestimmt, welche Folgen die Nichterfüllung dieser Schulden haben soll, namentlich wie sie durch Betreibung erzwungen werden können.

Ueber die Folgen der Nichterfüllung bleibt also dem Gesetz vorbehalten, dreierlei zu bestimmen:

1. welche Leistungen erzwungen werden können,
2. welche erzwingbare Leistungen an Stelle der vereinbarten nicht erzwingbaren zu treten haben, falls diese nicht freiwillig erfüllt werden, und wann das geschehen soll; und endlich
3. wie die erzwingbaren Leistungen zu erzwingen sind.

Diese letzte Frage ist Gegenstand des Vollstreckungsrechts. Die Vollstreckung der Geldschulden ist im Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs geregelt. Die beiden ersten sind schon S. 75 und SS. 15 und 76 berührt worden.

Bemerkt sei hier nur das eine: Schadenersatzpflichtig wird der Schuldner, wenn er die fällige Schuld (trotz Mahnung) nicht erfüllt, sofern er nicht beweist, daß ihn am Verzug kein Verschulden trifft. Beweist er das, so braucht er nicht Ersatz in Geld zu leisten. Das gilt aber nicht für **Geldschulden**. Hier stellt sich ja auch die



Frage des Schadenersatzes nicht; die nicht erfüllte Schuld bleibt einfach bestehen, solange sie nicht aus anderweitigem Grunde erlischt. Das Gesetz bestimmt hier nur als besondere Folge des Verzuges, daß der Gläubiger 5 % Verzugszinsen verlangen kann, wenn nicht ein höherer Zinsfuß vereinbart worden ist (OR 104).

### 5. Die Vertragsparteien.

Wir haben unseren Untersuchungen stets die Annahme zugrunde gelegt, daß das durch Rechtsgeschäft begründete Rechtsverhältnis nur unter zwei Personen gelte, und zwar den zweien, die das Rechtsgeschäft (den Vertrag) abgeschlossen haben. Es ist aber (nach unserm Recht) auch ein anderes möglich:

einmal, daß mehr als zwei Personen am begründenden Rechtsgeschäft teilnehmen; mehrere Schuldner oder mehrere Gläubiger, die zueinander wieder in einem bestimmten Verhältnis stehen (im Verhältnis von Mitschuldnern, Gesamtschuldnern oder Solidarschuldnern, bezw. -gläubigern (OR 143);

so dann, daß an Stelle der ursprünglichen (zwei) Parteien des Rechtsverhältnisses andere Personen treten (infolge Abtretung der Forderung, OR 164, und Eintritt in die Forderung, sog. Subrogation, OR 110; oder Uebernahme der Schuld durch einen neuen Schuldner, OR 175); und

endlich, daß von Anfang an außer den (beiden) Parteien des Rechtsgeschäfts eine dritte Person daraus berechtigt werde (Vertrag zugunsten Dritter, OR 112), während allerdings Dritte nicht verpflichtet werden können durch ein Rechtsgeschäft, dem sie nicht zugestimmt haben, da dies dem Begriff des Rechtsgeschäftes (S. 33) selbst widersprechen würde (vergl. OR 111).

Diese Besonderheiten sind jedoch hier nicht näher darzulegen.

## § 4. Das Erlöschen der Rechtsverhältnisse.

Man spricht gewöhnlich vom Erlöschen der Obligationen (OR 114 ff.); aber da jeder Obligation eine Forderung gegenübersteht (S. 10), kann man auch vom Erlöschen des Rechtsverhältnisses sprechen.

1. Der normale Erlöschungsgrund einer Obligation ist die **Erfüllung**; erfüllt zu werden, ist ihre Bestimmung; um erfüllt zu werden, wird die vertragliche Obligation begründet. Und was von

der Erfüllung vertraglicher Obligationen gilt, gilt auch von der Erfüllung gesetzlicher.

Bemerkenswert für den Juristen ist immerhin der Umstand, daß mit der Erfüllung wie die Obligation des Schuldners, so auch die Forderung des Gläubigers untergeht. Der Gläubiger, der eine Leistung als Erfüllung entgegennimmt, z. B. eine Zahlung per saldo, anerkennt damit, daß er keine Forderung mehr hat. Deshalb ist die Entgegennahme einer Leistung nicht nur eine Tatsache, sondern auch ein Rechtsakt (S. 36).

2. Eine Obligation kann aber auch auf andere Weise erlöschen:

Daß sie durch **Verzicht** des Gläubigers erlöschen kann, ist mit ihrer privatrechtlichen Natur notwendig gegeben (S. 36). Der Verzicht ist ein einseitiger Rechtsakt: ein Verhalten, das dem Schuldner den animus liberandi ausdrücklich oder stillschweigend kundgibt. Eine bloße Tatsache ist dagegen die Nichtausübung eines Rechts (S. 21, 40). Wer die Zinsen des gewährten Darlehens nicht verlangt, hat noch nicht ohne weiteres, d. h. wenn in diesem Verhalten nach den Umständen nicht die Verzichtsabsicht zu erkennen ist, verzichtet.

Die Obligation kann auch durch **Uebereinkunft** zwischen Schuldner und Gläubiger, also durch zweiseitiges Rechtsgeschäft, aufgehoben werden, und zwar „formlos“, wie OR 115 sagt, auch wenn zur Eingehung der Verbindlichkeit eine Form vorgeschrieben oder von den Parteien gewählt war. Eine besondere Art solcher Uebereinkünfte ist die **Neuerung** (novatio), d. h. die Tilgung einer alten Schuld durch Begründung einer neuen. Die Anerkennung des Saldoabschlusses eines Kontokorrents z. B. tilgt die einzelnen Posten der Rechnung; nicht aber, mangels gegenteiliger Abrede, die Unterzeichnung eines Wechsels mit Rücksicht auf eine bestehende Schuld (OR 116, 117). — Daß die **Vereinigung** der Gläubiger- und Schuldner-eigenschaft in einer Person (confusio) das Rechtsverhältnis aufhebt, liegt in der Natur des Rechtsverhältnisses selbst (S. 13).

Die **Verrechnung** (compensatio) ist Tilgung zweier gegenseitiger fälliger Forderungen auf Geld oder geldwerte Sachen, z. B. elektrischen Strom; sie findet nicht ipso jure statt, sondern nur, wenn der Schuldner der einen derselben zu erkennen gibt, daß er verrechnen will (OR 120—126). — Daß mit dem **Tode** des Schuldners oder des Gläubigers die Obligation, je nach ihrem persönlichen oder unpersönlichen Charakter erlischt oder auf die Erben übergeht, ist



schon bemerkt worden (S. 76); ebenso, daß die Obligation mit dem **Unmöglichwerden** der Leistung erlischt (S. 73).

Besonderer Erwähnung bedarf noch die **Verjährung** (OR 127 bis 142), d. i. der Untergang der Forderung, die der Gläubiger längere Zeit nach Fälligkeit nicht geltend gemacht und der Schuldner nicht anerkannt hat. Die verjährte Forderung geht allerdings nicht ganz unter, sondern besteht als Naturalforderung weiter (S. 17). Aber sie ist nicht mehr klagbar, in dem Sinne, daß der beklagte Schuldner dem Kläger die Einrede der Verjährung entgegenhalten kann. Der Schuldner muß die Einrede erheben, der Richter tut es nicht von Amtes wegen. Aber das öffentliche Interesse der Rechtssicherheit verlangt, wie die Verhütung von Trölererei, daß der Schuldner auf diese Einrede nicht zum voraus verzichten könne.

## § 5. Das Sachenrecht.

### 1. Obligatorische und dingliche Rechte.

Obligatorisch nennt man die Rechte, die dem Gebiet des Obligationenrechts, des Schuldrechts, angehören (S. 28). Obligatorisch heißen sie nicht etwa im Gegensatz zu fakultativen, sondern zu **dinglichen Rechten**. Die Eigenart der dinglichen Rechte läßt sich durch folgende Merkmale kennzeichnen:

1. Obligatorische Rechte stehen einer Person zu gegenüber einer oder mehreren bestimmten anderen Personen, und nicht jedermann gegenüber. Der Darlehensgeber z. B. hat eine Forderung gegenüber dem Darlehensnehmer; der Käufer hat Anspruch gegenüber dem Verkäufer auf Lieferung der verkauften Sache; der Geschädigte Anspruch auf Schadenersatz gegenüber dem Urheber des Schadens.

Dingliche Rechte dagegen gelten **jedermann gegenüber** (erga omnes). Der Käufer hat nur ein obligatorisches Recht auf Lieferung der Sache; ist sie ihm aber geliefert worden, so ist er jedermann gegenüber Eigentümer, wie der Verkäufer bis zur Lieferung jedermann gegenüber Eigentümer war (weshalb im gemeinen Recht des Mittelalters das Aufgebot Dritter damit verbunden war). Wenn die Witwe ein dingliches Wohnrecht (ZGB 776) am Hause ihres verstorbenen Mannes erhält, hat jedermann dieses Recht zu achten; wird ihr das Haus vom Erben dagegen bloß vermietet, so hat sie bloß dem Vermieter gegenüber das Recht, das Haus zu bewohnen.

Das Recht, ein fremdes Grundstück zu benutzen, z. B. zur Durchleitung von Wasser oder Elektrizität, ist ein obligatorisches oder ein dingliches Recht, je nachdem der Nachbar es als vertragliche Pflicht oder als Dienstbarkeit eingeräumt hat.

Daraus ergibt sich:

— daß das dingliche Recht ein **ausschließliches** Recht ist. Es bezieht sich immer auf eine individuelle, bestimmte oder doch bestimmbare Sache, das obligatorische Recht nicht immer. Da aber das dingliche Recht jedermann gegenüber besteht, kann es nicht zugleich (im ganzen Umfang) zweien zustehen. A und B können beide gegen C einen obligatorischen Anspruch auf mietweise Ueberlassung oder aus Kaufvertrag auf Uebereignung derselben Sache haben; aber sie können nicht beide an derselben Sache das ungeteilte Eigentum haben. Dingliche Rechte sind nicht nur private, sondern auch privative Rechte; jedes eine Art Monopol an einer Sache. Sind Mehrere zugleich Eigentümer einer Sache, so hat keiner das unbeschränkte Eigentum und keiner kann sein Recht unabhängig von den anderen ausüben;

— daß der dinglich Berechtigte **legitimiert** ist, jedermann gegenüber sein Recht zu behaupten, während der obligatorisch Berechtigte sein Recht nur gegenüber seinem Schuldner behaupten kann. Wenn z. B. der Weg oder die Leitung, die ich auf fremdem Boden benutzen kann, von einem Dritten unterbrochen wird, kann ich gegen ihn selbst klagen, wenn ich eine Weg- oder Durchleitungsdienstbarkeit habe; aber nur gegen den Eigentümer, der mir die Benutzung zugesagt, wenn ich bloß ein obligatorisches Recht habe; m. a. W.: ich muß in diesem Fall gegen meinen Vertragsgegner klagen auf Erfüllung des mir Versprochenen, und er muß kraft seines Eigentums gegen den dritten Störer klagen. Ebenso wenn ein Mieter durch einen Dritten, z. B. einen anderen Mieter, im Genuß seiner Wohnung gestört wird; im Gegensatz zum Inhaber eines dinglichen Wohnrechts;

— daß der dinglich Berechtigte **allein** über die Aufhebung seines Rechtes verfügen kann und daß ohne seine Zustimmung das Recht nicht aufgehoben werden kann; derart, daß jedes unabhängig vom anderen besteht, sei es nun das Eigentum oder nur ein „beschränkt dingliches Recht“ (ZGB 730 ff.) (ein Satz, der allerdings im Interesse der Verkehrssicherheit zugunsten des gutgläubigen Erwerbers eingeschränkt wird, § 6, S. 99). Wenn der Eigentümer sein Grundstück verkauft, kann er es nicht übertragen ohne die Dienstbarkeit

falsch  
Abge  
am OR 41



oder das Pfandrecht, das ein Dritter daran hat; denn diese dinglichen Rechte bestanden von jeher gegenüber jedermann, also auch gegenüber dem Käufer; im Gegensatz zu den obligatorischen, vertraglichen Verpflichtungen des Eigentümers (z. B. gegenüber Nachbarn oder gegenüber seinen Mietern und Pächtern), die dem Erwerber gegenüber nicht oder nur beschränkt standhalten. Kauf bricht Miete (OR 259, 281): der Käufer, der Erwerber der Sache, ist an den Mietvertrag nicht gebunden. Oder anders ausgedrückt: soweit auch der Erwerber der Sache das Miet- oder Pachtrecht zu achten hat, und das ist in gewissen Rechten der Fall, sind es nicht mehr rein obligatorische Rechte;

— daß den Gläubigern die dinglichen Rechte des Schuldners als Vollstreckungsobjekte haften, aber nur seine Rechte, sein Eigentum und das Eigentum unter Vorbehalt der dinglichen Rechte Dritter. Wenn z. B. ein Spezereihändler am 1. Dezember in Konkurs gerät, fallen in die Konkursmasse die Waren, die in seinem Eigentum sind; diejenigen, die ihm am 30. November noch geliefert worden sind, aber nicht diejenigen, die er vorher bestellt, vielleicht auch bezahlt, aber erst nach dem 1. Dezember erhalten hat. Hatte der Spezereihändler zur Sicherung einer alten Schuld ein Pfandrecht an seinem Haus bestellt, so kann das Haus nur vorbehaltlich des Pfandrechts zugunsten seiner anderen Gläubiger verwertet werden; und ebenso, wenn ein Nachbar eine Baudienstbarkeit am Hause hat; das Haus kann nur mit dieser Belastung zugunsten der Gläubiger versteigert werden.

2. Der Inhalt des Eigentums ist gesetzlich umschrieben; und die beschränkten dinglichen Rechte können nur in den Grenzen des Eigentums bestellt werden. Der Eigentümer eines Grundstückes kann einem Nachbarn die Dienstbarkeit einräumen, sein Grundstück, z. B. zu Grabungen zu benutzen. Aber der Dienstbarkeitsberechtignte kann das Grundstück nicht anders benutzen, als es der Eigentümer selbst benutzen dürfte. Wir können daher unsere Betrachtung auf den Inhalt des Eigentums beschränken.

a) Unter dem Inhalt des Eigentums ist zu verstehen, wie der jeweilige Eigentümer seine Sache nutzen, was er mit ihr anfangen, wie er mit ihr verfahren darf, im Gegensatz zur Uebertragung dieses Rechts auf einen anderen. Man nennt beides „Verfügung“, jenes etwa die tatsächliche, dieses die rechtliche Verfügung. Aber das sind zwei sehr verschiedene Fragen: was der jeweilige Eigentümer befugt sei, mit der Sache zu unternehmen, und wie ein Eigentümer

dieses sein Recht einem anderen übertragen könne. Die erste geht darauf, zu was das Eigentum berechtige, die zweite, wem es zustehe; die erste betrifft den Inhalt, die zweite die „Zuständigkeit“ des Eigentums. Vom Inhalte soll hier die Rede sein.

b) Der Eigentümer hat nämlich kein unbeschränktes Recht. Er kann, sagt das Gesetz (ZGB 644), „in den Schranken der Rechtsordnung“ über seine Sache nach seinem Belieben verfügen. Ein Bereich ist ihm zu beliebiger Verfügung überlassen; aber dieser Bereich ist beschränkt. Durch Gesetz, nicht etwa durch Vereinbarung der Beteiligten, wird er bestimmt. Wenn jedermann, ohne weiteres, das fremde Eigentum achten soll, muß auch jedermann wissen, was dieses Eigentum bedeutet, in welchem Gebaren er den Eigentümer gewähren lassen muß und welches Mißbrauch wäre. Z. B. ob der Eigentümer seine Weide gegen Skiläufer absperren darf oder nicht; ob er in seinem Wald das Beerensammeln oder das Lagern verbieten; ob er das Grundwasser ableiten; ob einer Tiere halten darf, die er nicht ernähren kann, oder seine Lieferwagen wie Postwagen anstreichen darf.

c) Da der Inhalt des Eigentums gesetzlich umschrieben ist, ist es dem Nichteigentümer gleichgültig, wer Eigentümer sei; er hat gegenüber jedem Eigentümer dasselbe passive Verhalten zu beobachten. Jeder Eigentümer kann sein Recht nur mit dem Inhalt übertragen, den es von Gesetzes wegen hat. Deshalb ist es aber auch ohne weiteres, d. h. ohne Zustimmung der Nichteigentümer, übertragbar, obschon es diesen nicht gleichgültig ist, wen sie etwa als Nachbar bekommen.

d) Weil es eine gesetzliche Pflicht ist, sich fremden Eigentums zu enthalten, ist sie ohne weiteres ex facto, ex lege gegeben, wenn eine neue Sache entsteht; durch Erwerb einer neuen Sache, z. B. das Graben von Kartoffeln, entsteht auch die Pflicht aller Nichteigentümer, sich dieser Sache zu enthalten. Eine rein negative Pflicht allerdings; aber eben weil sie negativ ist, kann das Gesetz sie statuieren, ohne Rücksicht auf den Bestand der Eigentumsobjekte. Wer nichts besitzt, dem ist es gleichgültig, was und wie viel die anderen besitzen. Seine Pflicht, fremdes Eigentum zu achten, wird nicht schwerer dadurch, daß mehr Eigentumsobjekte geschaffen werden. Ob der Nachbar fünf oder zehn Kühe habe, ist mir gleichgültig; ich muß sie ihm alle lassen. Meine negative Pflicht bezieht sich auf mehr Gegenstände, aber sie belastet mich nicht mehr. Deshalb braucht der Verpflichtete auch nicht zuzustimmen



zur Begründung neuer dinglicher Rechte, wie er zur Begründung neuer obligatorischer Rechte zustimmen muß (S. 33).

3. Bemerkenswert ist aber, daß der Inhalt des Eigentums durch **zwingende** Normen, durch Normen des öffentlichen Rechts, beschränkt ist, wie auch der Nichteigentümer durch öffentlichrechtliche Normen zur Achtung des Eigentums verpflichtet ist.

a) Der Eigentümer eines Grundstückes darf es überbauen; aber nicht nach Belieben, sondern im strengen Rahmen der Baupolizei; das Wohnhaus darf er nur vermieten, wenn die Gesundheitspolizei zufriedengestellt ist; den Wald darf der Eigentümer nicht beliebig bewirtschaften oder roden; der Eigentümer von Vieh muß die Seuchenpolizei, der Besitzer leicht entzündbarer Stoffe die Feuerpolizei beobachten. Polizeiliche Vorschriften sind es also vorwiegend, die den Verfügungsbereich des Eigentümers umgrenzen, nicht privatrechtliche; im öffentlichen Recht sind sie enthalten, nicht im ZGB; die „Schranken der Rechtsordnung“ sind vor allem die Schranken des öffentlichen Rechts. Was das ZGB einläßlich ordnet, ist nicht sowohl der Inhalt als die „Zuständigkeit“ des Eigentums im obigen Sinne: wie Eigentum erworben und übertragen wird.

Mit einer Ausnahme allerdings: dem **Nachbarrecht**, d. h. den Beschränkungen, die einem Grundeigentümer im Interesse anderer und im Verhältnis zu ihnen auferlegt sind (ZGB 684). Das sind nicht zwingende, sondern nachgiebige, also privatrechtliche Normen. Ihnen können die Nachbarn durch abweichende Abreden derogieren. Aber diese Regeln betreffen ja auch nicht das Verhältnis des Eigentümers zu allen Nichteigentümern, sondern zu gewissen anderen Eigentümern, und begrenzen nur die Freiheit jedes Eigentümers im Verhältnis zu den anderen für solange, als sie sich nicht selbst verständigt haben. Wo die Sachen der Eigentümer so nahe aneinander gerückt sind, daß keiner den vollen öffentlichrechtlichen Inhalt seines Eigentums ausüben kann, ohne den anderen zu stören, muß das Gesetz eine weitere Ordnung der Eigentümer unter sich treffen, deren Zweck nicht sowohl ist, eine bestimmte Ordnung, als überhaupt eine Ordnung zu haben; das öffentliche Interesse verlangt nicht mehr als das. Beides aber, die gewissermaßen vorläufige gesetzliche Regelung, wie die von den Nachbarn getroffene rechtsgeschäftliche, können sich nur im Rahmen des unabänderlichen öffentlichen Rechtes bewegen. Ueberall

setzt das Nachbarrecht den Inhalt des Eigentumsrechtes als schon umschrieben voraus; es bestimmt ihn nicht selbst. Es ist nie nachbarrechtlich erlaubt, was öffentlichrechtlich (polizeirechtlich) verboten ist. Die Ausnahme ist also nur scheinbar.

b) Aber auch der Nichteigentümer ist durch Normen des öffentlichen Rechts verpflichtet, die Eigentümer in der Ausübung ihrer rechtmäßigen Befugnisse nicht zu stören. Die Ueberschreitung dieser Grenze (ohne die Zustimmung des Berechtigten) ist eine Verletzung der öffentlichen Ordnung (nicht nur eines Privatrechts) und deshalb strafbar. Sie wird von Amtes wegen verhindert oder bestraft; der Berechtigte wird von **Amtes wegen dagegen geschützt**. Der Einbrecher, der an der „Arbeit“ überrascht wird, wird polizeilich verhindert und, wenn die Polizei zu spät kommt, wird er von Amtes wegen bestraft; im Gegensatz zu demjenigen, der eine vertragliche Pflicht, z. B. das Versprechen, sein Vieh nicht vor dem 1. Oktober weiden zu lassen, nicht erfüllt.

Es liegt im öffentlichen Interesse, daß der Eigentümer in seiner (tatsächlichen) Verfügung nicht beeinträchtigt werde. Das Eigentumsrecht hätte nicht den Wert, den es hat; es wäre nicht das, was wir Eigentum nennen, wenn jeder es ungestraft verletzen könnte, bloß auf die Gefahr hin, dem Verletzten den Schaden ersetzen zu müssen. Damit hängt zusammen, daß der dinglich Berechtigte zu den Verpflichteten in einem anderen Verhältnis steht als der obligatorisch Berechtigte; der Eigentümer zu den Nichteigentümern in einem anderen als der Gläubiger zu dem Schuldner: der Gläubiger (z. B. der Mieter) kann vom Schuldner (vom Vermieter) nur verlangen, daß er (der Schuldner) ihm die Benutzung der Sache verschaffe; der Eigentümer dagegen und der Dienstbarkeitsberechtigte können sich die Benutzung selbst verschaffen, auf die sie dinglichen Anspruch haben. Und alle dinglich Berechtigten an einer Sache: Eigentümer, Dienstbarkeitsberechtigte und Pfandhaber konkurrieren untereinander auf dem Fuß der Gleichberechtigung in dieser selbständigen Verfügung. Das ist das Richtige an der Behauptung, der dinglich Berechtigte habe ein Recht „an der Sache“, das dingliche Recht sei ein Verhältnis des Berechtigten zur Sache (S. 12). Es ist und kann nur sein ein Verhältnis unter Personen; aber der Berechtigte kann sein Recht selbst an der Sache verwirklichen, und zwar jeder Berechtigte unabhängig vom anderen (vgl. ZGB 926 und OR 52, Abs. 3).



4. Endlich ist die **Uebertragbarkeit** des Eigentums nicht wohl wegzudenken aus dem Sachenrecht. Wohl gibt es dingliche Rechte, die persönlich und nicht übertragbar sind: die Nutznießung, das Wohnrecht und andere Dienstbarkeiten (ZGB 749, 776, 781), ja ausnahmsweise selbst das Eigentum. Aber ist das nicht übertragbare Eigentum noch Eigentum? Wäre unser Eigentumsinstitut nach seiner gesellschaftlichen Funktion nicht etwas wesentlich anderes, wenn das Eigentum überhaupt nicht übertragbar wäre? Man denke sich einmal aus, was es heißen würde, wenn unser Gesetz jedem Eigentümer erklären würde: was dir „gehört“, darfst du, kannst du nicht veräußern! Wenn die Sachen nicht mehr im Verkehr wären, was hätte das Sachenrecht, was hätte das Obligationenrecht noch für eine Bedeutung? Das (private) Eigentum, das erkennt man sofort, ist für den Verkehr bestimmt. Die für den Verkehr bedeutungslosen Ausnahmen bestätigen die Regel.

## 2. Dingliche und absolute Rechte.

Die dinglichen Rechte sind Rechte an Sachen, d. h. an körperlichen Dingen. Man kann aber auch an unkörperlichen Dingen Rechte haben, die erga omnes gelten, insofern also in demselben begrifflichen Gegensatz zu den obligatorischen Rechten stehen wie die dinglichen. Gleich wie die dinglichen nennt man daher auch diese Rechte **absolut**.

a) Durch die **Unkörperlichkeit** ihres Gegenstandes unterscheiden sich die Rechte des sog. **immateriellen Güterrechts** vom Eigentum an Sachen. Es sind das Rechte an geistigen Schöpfungen, die an sich einen materiellen oder ideellen Wert haben: technische Erfindungen, die in der Form des Patentes geschützt werden, Muster und Modelle und literarische, musikalische und künstlerische Werke. Ueberall wird der ideelle Gegenstand, den der Urheber geschaffen hat, geschützt und zwar durch das befristete, ausschließliche, jedermann gegenüber gültige und übertragbare Recht, diesen Gegenstand wirtschaftlich zu verwerten.

b) Unkörperlich ebenfalls, aber außerdem nicht oder nur beschränkt übertragbar sind die Rechte an gewissen **Unterscheidungszeichen**, die an sich keinen Wert darstellen, sondern der Identifizierung einer Person oder eines geschäftlichen Unternehmens dienen und für diese durch den Gebrauch wertvoll werden. Man rechnet dahin u. a. den Namen, die Firma, die Fabrik- und Handelsmarke. Reine Privatrechte sind aber alle diese Rechte nicht: Marke

und Firma sind nicht frei übertragbar; Firma und Name sind nicht verzichtbar (S. 23).

Das Recht an Immaterialgütern und an Marken nennt man auch etwa „geistiges Eigentum“.

c) Zu den absoluten Rechten rechnet man noch andere Rechte, namentlich die sog. **Persönlichkeitsrechte**, die dem Verkehr ganz entzogen, also nicht übertragbar sind. Sofern und soweit sie durch den Beteiligten behauptet und mit zivilprozessualischen Mitteln, nämlich Zivilklage auf Abstellung der Störung oder Schadenersatz, behauptet werden können, kann man sie auch als Privatrechte, und zwar als absolute Rechte betrachten, die jedermann gegenüber gelten. Sie schützen die Person gegen Verletzung der Geheimsphäre, der Ehre und Achtung und auch gegen Verwechslung (vgl. S. 55).

Ein Beispiel erläutere den Unterschied zwischen Eigentum, Urheberrecht und Persönlichkeitsrecht: Der Maler einer Landschaft ist als Eigentümer der bemalten Leinwand geschützt gegen Diebstahl oder Beschädigung; als Urheber der geistigen Schöpfung gegen unerlaubte Vervielfältigung des Bildes, und kraft Persönlichkeitsrechtes gegen die Unterdrückung seiner Autorschaft oder Entstellung des Bildes auch durch den Erwerber des Urheberrechts.

## 3. Eigentum und beschränkte dingliche Rechte.

a) Beschränkte dingliche Rechte sind dingliche Rechte, die nur einen Teil der Befugnisse des Eigentums umfassen. Sie umfassen einen bestimmten Teil; der unbestimmte Rest bleibt dem Eigentümer. Es sind Rechte an fremder Sache.

Der Inhaber eines solchen Rechtes kann also, wie schon bemerkt (S. 84), nur Befugnisse haben, die im vollen Eigentum enthalten sind. Es sind gewissermaßen Absplitterungen vom Eigentum.

Das volle Eigentum ist also **inhaltsreicher** als irgend ein beschränktes dingliches Recht.

Es ist aber im Verhältnis zu diesem **nachgiebig**: soweit an einer Sache beschränkte dingliche Rechte, z. B. ein Wegrecht, bestehen, ist das Eigentum eingeschränkt. Die beschränkten dinglichen Rechte gehen dem Eigentum vor; dem Eigentümer bleibt, was jene Rechte übrig lassen. Das ist u. U. recht wenig, z. B. bei einer Nutznießung: das nackte Eigentum (*nuda proprietas*). „Tatsächlich“ verfügen kann der Eigentümer über seine Sache nur, soweit ihn Dienstbarkeiten und Grundlasten nicht daran hindern; und „rechtlich“ verfügen nur unter Wahrung bestehender Pfandrechte und anderer beschränkter dinglicher Rechte.



Das Eigentum ist aber auch **elastisch**: sobald die beschränkten dinglichen Rechte wegfallen, dehnt sich die Befugnis des Eigentümers wieder um so viel aus. Und zwar begünstigt das Gesetz diese Befreiung des Eigentums von dinglichen Lasten: Grunddienstbarkeiten sind zwar unbefristet, aber sie können abgelöst werden, wenn sie den Eigentümer unverhältnismäßig mehr belasten, als sie dem Berechtigten nützen (ZGB 736).

b) Es gibt nur die im Gesetz vorgesehenen **Arten** beschränkter dinglicher Rechte, nämlich Dienstbarkeiten, Grundlasten und Pfandrechte. Andere können nicht begründet werden, abgesehen von den öffentlich-rechtlichen, z. B. der Wuhrpflicht des Uferanstößers oder der steuerrechtlichen Haftung des Grundstückes. Die früheren Zugrechte (BV 62), Anwartschaftsrechte, Erbleihen oder Zehnten gibt es z. B. nicht mehr (Bernische Staatsverfassung, 90). Wohl aber können die Rechte der gesetzlich anerkannten Arten von verschiedenem Inhalt sein (ZGB 730, 781, 782).

Die anerkannten beschränkten dinglichen Rechte gehen entweder auf Nutzung und Gebrauch einer fremden Sache, nämlich die Dienstbarkeiten und Grundlasten; oder auf Veräußerung zwecks Verwertung, nämlich die Pfandrechte und das dazu gehörende Retentionsrecht. Die ersten berechtigen also zu einer beschränkten „tatsächlichen“ Verfügung, die zweiten zu einer „rechtlichen“.

#### 4. Der Begriff der Sache.

Unter Sache versteht man verschiedenes, je nach dem Gegensatz, den man im Auge hat, etwas anderes. Man sage aber nicht: der „Begriff“ der Sache könne verschiedenes bedeuten; denn ein Begriff, der verschiedenes bedeutet, ist nicht ein Begriff; vielmehr bezeichnet das Wort „Sache“ verschiedene Begriffe, was hier und anderwärts häufig übersehen wird.

a) **Im Gegensatz zu Person** bedeutet Sache alles was nicht fähig ist, durch rechtliche Normen verpflichtet zu werden; also alles was nicht Mensch ist.

b) **Im Sachenrecht** hat aber das Wort eine engere Bedeutung: Sache im Sinne des Sachenrechts ist nur, was Gegenstand eines dinglichen Rechtes sein kann. Nicht alle Gegenstände der außermenschlichen Natur sind dazu tauglich. Das Gesetz versagt gewissen Dingen diese Tauglichkeit:

— einmal den Dingen, die der Mensch nicht beherrschen kann, wie das Innere der Erde, der außerirdische Raum, die unbeherrscht-

baren magnetischen Ströme oder Dinge, von denen niemand die anderen auszuschließen braucht, weil sie jedem unbeschränkt zur Verfügung stehen, wie die Luft und das Sonnenlicht. Es fehlt hier das Interesse an einem privativen Recht, wie es das dingliche ist;

— sodann erscheint es nicht zweckmäßig, an allen anderen Dingen **besondere** Rechte begründen zu lassen, weil solche Rechte nicht leicht gegen andere zu schützen wären und sich für den Rechtsverkehr nicht eignen würden. Unter diesem Gesichtspunkt unterscheidet das Gesetz von der Sache ihre Bestandteile und von der Hauptsache ihre Zugehören.

**Bestandteil** ist, was ohne Zerstörung, Beschädigung oder Veränderung von dem größeren Ganzen (der Sache) nicht abgetrennt werden kann und nach ortsüblicher Auffassung zu ihrem Bestande gehört (ZGB 642). An Bestandteilen kann kein besonderes dingliches Recht begründet werden; sie gehören notwendig dem Eigentümer der Sache. Die Türe ist Bestandteil des Hauses; die Bäume sind Bestandteile des Waldgrundstückes, solange sie nicht gefällt sind. ~~Nach unserm Recht kann Grundeigentum nur vertikal geteilt werden, nicht nach Stockwerken.~~ *! diese Teile sind verboten. ZGB 720 P*

**Zugehören** (Pertinenzen) sind zwar selbst Sachen, d. h. besonderen Eigentums fähig; aber Sachen, die im Rechtsverkehr einer anderen, der Hauptsache, folgen; es wird nämlich vermutet, daß wer über die Hauptsache verfügt, auch über die Zugehör verfügen will. Es sind das bewegliche Sachen, die anerkannter- oder erkennbarerweise zur Bewirtschaftung, Benutzung oder Verwahrung einer anderen Sache bestimmt sind (ZGB 644), wie der Schlüssel zum Kasten, das Inventar zum Landgut, das Mobiliar zum Gasthof.

Umgekehrt kann der Eigentümer einer Sachgesamtheit (universitas rerum), deren Komponenten, obwohl selbständige Sachen, eine wirtschaftliche Einheit bilden, darüber gesamthaft verfügen; z. B. über eine Bibliothek, ein Lager, eine Herde, ein Unternehmen oder eine Erbschaft. Der Eigentümer kann seine Bibliothek, seine Erbschaft als solche verkaufen oder testamentarisch vermachen, d. h. er kann sich selbst oder seine Erben verpflichten, das Eigentum daran dem Käufer, bezw. dem Vermächtnisnehmer zu übertragen, und zwar an allen dormalen dazu gehörenden Sachen. Übertragen wird aber das Eigentum in der Gesamtheit nur, wenn es an den einzelnen Sachen wie für sie erforderlich übertragen wird: z. B. an den Waren des Geschäftes durch Besitzesübergabe; an den Grundstücken durch Umschreibung im Grundbuch. Und ebenso für die Verpfändung von Sachgesamtheiten (S. 109).



Endlich verlangt das **öffentliche Interesse**, daß gewisse Dinge nicht der privativen Verfügung von Privatpersonen überlassen, sondern dem **Gemeinwesen zur Benutzung vorbehalten** bleiben; z. B. Gewässer, die Küsten des Meeres, die Straßen, die Mineralien und Heilquellen, die wissenschaftlichen Funde u. a. m. Solche Dinge werden nicht dem Privatrecht und der Privatwirtschaft ausgeliefert; sie bleiben der öffentlichrechtlichen Ordnung vorbehalten.

### 5. Notwendigkeit eines Sachenrechtes.

Jede Rechtsordnung bedarf eines Sachenrechtes in dem Sinne, daß überall rechtlich bestimmt sein muß, wer über die Dinge, die Wert für den Menschen haben, soll tatsächlich verfügen können; wer sie jeweilen gebrauchen oder verbrauchen darf. Und zwar muß diese Ordnung allgemeingültig sein, also von Gesetzes wegen gelten; sie kann nicht der zufälligen Verständigung der Beteiligten anheimgegeben werden (wie der theoretische Anarchismus meinte). Aber es braucht nicht notwendig die privatrechtliche Ordnung zu sein. Das Sachenrecht im weiteren Sinne kann auch öffentlichrechtlich sein; das Eigentum an Grund und Boden kann z. B. nationalisiert oder kommunalisiert (Allmend) sein. Ob die privatrechtliche oder die öffentlichrechtliche Ordnung am Platze ist und wie weit die eine und die andere, ist eine gesetzgebungspolitische Frage, die nicht allgemeingültig beantwortet werden kann. Während man noch vor 100 Jahren vielfach glaubte, alles Gemeinland verteilen zu müssen, sucht heute das Gemeinwesen wieder Gewässer, Wälder, Alpen und auch Bauland mehr in seine Hand zu bekommen. — Das öffentliche Eigentum beschäftigt uns hier nicht.

## § 6. Das Eigentum.

Wie oben (S. 85) ausgeführt, hat sich die privatrechtliche Eigentumsordnung hauptsächlich damit zu befassen, wem das Eigentum (oder die davon abgespaltenen beschränkten dinglichen Rechte) zusteht, während das öffentliche Recht bestimmt, welcher Inhalt ihm zukomme. Die erste dieser Fragen haben wir hier zu beantworten. Da sie aber historisch und dogmatisch mit der prozessualischen Frage nach dem Schutz des Eigentums zusammenhängt, soll ihr der Schutz des Eigentums vorausgestellt werden; und schließlich ist noch der besondere Fall zu behandeln, daß Mehrere zugleich Eigentümer einer Sache sind.

## I. Schutz des Eigentums.

1. Wer in seinem Eigentum verletzt wird, kann sein Eigentumsrecht geltend machen. Er wird zunächst den Verletzer aufklären und ihn auffordern, von der Verletzung abzustehen. Ist der Verletzer guten Willens und anerkennt er das Recht des Verletzten, so wird er seiner Enthaltungspflicht nachkommen und der Fall ist erledigt. Er wird z. B. die ihm nicht gehörende Sache zurückgeben, den Ablauf des Wassers ändern, die Grabungen oder andere schädliche Einwirkungen unterlassen.

a) Bestreitet er aber entweder das Recht des Verletzten oder die Tatsache der Verletzung, so genügt die bloße Aufklärung nicht. Der Verletzte muß den Schutz des Gerichtes anrufen und **zivilrechtlich** auf Aberkennung des angemessenen Rechtes und auf Unterlassung der Störung **klagen**, worauf er das Urteil, wenn nötig, zwangsweise vollstrecken lassen kann.

b) Das Eigentum wird aber auch von Amtes wegen, **polizeilich** geschützt: gegen offenbare, böswillige Verletzung. Z. B. gegen den Einbrecher, den Taschendieb, den Sachbeschädiger, schreitet die Polizei ohne weiteres ein; um so mehr auf Anrufen des Eigentümers. Aber die Rechtslage muß klar sein, da die Polizei das privatrechtliche Eigentumsverhältnis nicht untersuchen kann, das doch die Voraussetzung ihres Eingreifens ist. Die Rechtswidrigkeit, die objektive und die subjektive, muß offenkundig sein. Ist sie es aber, bestreitet der Verletzer, z. B. der Apfeldieb, diese Rechtswidrigkeit nicht, so hat es keinen Sinn, den Verletzten auf den Prozeßweg zu verweisen; denn die Rechtslage bedarf keiner Abklärung und dingliche Rechte sind von Amtes wegen zu schützen (S. 87).

c) Und endlich hat das Zivilrecht wiederum den Eigentümer, sofern er die Sache in seinem Besitz (S. 100) hat, gegen verbotene Eigenmacht geschützt durch **Besitzesklagen** (ZGB 926—929); der Besitzer soll nämlich in seinem Besitz, solange nicht ein anderer sein besseres Recht nachgewiesen hat, gegen gewalttätige oder heimliche Störung geschützt werden. Er selbst kann sich der verbotenen Eigenmacht mit Gewalt erwehren. Daß ihm darin die Polizei, obwohl er vielleicht nicht Eigentümer ist, beistehen soll, ist wohl nicht zu bezweifeln, sofern feststeht, daß der Angegriffene im Besitz der Sache war.

2. Mit der zivilrechtlichen Eigentumsklage kann sich der Eigentümer wehren gegen die Anmaßung eines Rechts oder einer tat-



sächlichen Verfügung über die Sache. Wer sich eine tatsächliche Verfügung anmaßt, z. B. auf fremdem Boden baut, und es zum Prozeß kommen läßt, wird allerdings auch das Recht dazu beanspruchen. Wer sich dagegen ein Recht, z. B. ein Baurecht (ZGB 779), anmaßt, beeinträchtigt die Rechtslage des Eigentümers, auch wenn er ihn in seiner tatsächlichen Verfügung nicht stört. Der Eigentümer wird sich dann damit begnügen, feststellen zu lassen, daß das behauptete Recht nicht besteht (S. 21).

Diese Beeinträchtigung durch Rechtsanmaßung kann darin bestehen, daß der Gegner das Eigentum selbst beansprucht, oder darin, daß er sich bloß ein beschränktes dingliches Recht an fremder Sache, z. B. ein Baurecht, zuspricht, ohne dem Eigentümer sein Recht im übrigen streitig zu machen. Die Anmaßung einer tatsächlichen Verfügung wiederum kann darin bestehen, daß der Gegner sich den Besitz anmaßt, dem Eigentümer also die Sache selbst vorenthält, oder darin, daß er den besitzenden Eigentümer im Genuß seiner Sache stört; z. B. durch Grabungen, Veränderung des Wasserlaufes, Ueberfahren des Grundstückes, Reizen des Tieres. Die Klage wird, abgesehen von der Aberkennung des Rechtes, auf Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes gehen; z. B. auf Rückgabe der Sache, Auffüllung des Grabens, womit ohne weiteres das Verbot weiterer Störung enthalten ist; sowie auf Ersatz des damit noch nicht gutgemachten Schadens. Die Klage gegen die Vorenthaltung des Besitzes nannten die Römer *rei vindicatio*; die gegen anderweitige Störungen, wozu auch die Anmaßung eines beschränkten Rechtes genügte, *actio negatoria*. Die Ausdrücke sind auch heute noch gebräuchlich.

## II. Der Erwerb des Eigentums.

1. Unter Erwerb des Eigentums verstehen wir den **rechtlichen Vorgang**, durch den jemand eine Sache, die ihm noch nicht gehörte, zu Eigentum erwirbt; nicht etwa den wirtschaftlichen Vorgang, daß sich sein Vermögen vermehrt. Wenn meine Wertpapiere im Kurse steigen, oder meine Bienen die Waben füllen, vermehrt sich mein Vermögen, aber ich erwerbe nicht eine neue Sache.

2. Herkömmlicherweise unterscheidet man nun zwei Arten, Eigentum an einer Sache zu erwerben: die **ursprüngliche (originäre)** und die **abgeleitete (derivative)**. Auch dieser Gegensatz kann aber

zweierlei bedeuten, je nachdem man ihn auf den Grund des Erwerbes bezieht oder auf seine Wirkungen; auf den Erwerb selbst oder auf das Erworbene. Im ersten Sinn ist **ursprünglich** der Erwerb **ohne, derivativ** der Erwerb mit Willen des bisher Verfügungsberechtigten (Eigentümers oder Besitzers), also durch Rechtsgeschäft; im zweiten Sinn ist **ursprünglich** der Erwerb, der dem Erwerber ein neues Recht verschafft; **derivativ** derjenige, der das bisherige Recht, wie es war, überträgt. Der gutgläubige Erwerb vom Besitzer (S. 96, 99) z. B. ist im ersten Sinn abgeleitet, weil durch ein Rechtsgeschäft zustandegekommen, im zweiten Sinn aber ursprünglich, weil das Eigentum des Erwerbers unabhängig ist von den Rechten, die andere bisher an der Sache gehabt haben mögen. Der gesetzliche Erbe dagegen erwirbt das Eigentum an den Sachen der Erbschaft wie es der Erblasser besessen hatte; nicht besser und nicht schlechter, also im zweiten Sinn abgeleitet; aber er erwirbt es unabhängig vom Willen des bisherigen Eigentümers, nicht durch Rechtsgeschäft, sondern von Gesetzes wegen. Oft trifft allerdings beides zusammen: der im ersten Sinn **derivate** Erwerb ist es meist auch im zweiten Sinn, z. B. der rechtsgeschäftliche Erwerb vom Eigentümer; und der **originäre** Erwerb im ersten Sinn insbesondere an einer neuen Sache ist es auch im zweiten Sinne. Aber nicht immer. Und auch wenn es zutrifft, sind es doch zwei verschiedene Bedeutungen der Worte „ursprünglich“ und „abgeleitet“, die nicht verwechselt werden sollten. Wir verstehen sie hier, wo nichts anderes bemerkt wird, im ersten Sinne, weil wir hier auf den Erwerb sehen, nicht auf das Erworbene. Die besonderen Erwerbsarten des Erb- und Familienrechts aber lassen wir beiseite.

3. Zu den **ursprünglichen** Erwerbsarten gehören:

die **Aneignung** (Okkupation) herrenloser Sachen (ZGB 718—19), die heute an Grund und Boden kaum mehr praktisch ist (ZGB 658 bis 659). Herrenlos ist eine Sache, an der bisher niemand Eigentum gehabt hat, wie ein wildes Tier, oder an der der Eigentümer sein Recht aufgegeben hat (Dereliktion), wie ein verlassenes Auto;

der **Fund** ist der Erwerb einer verlorenen Sache, deren Eigentümer nicht ermittelt werden kann oder einer seit langem verborgenen Sache (ZGB 720—723);

die **Verarbeitung** ist der Erwerb einer durch Bearbeitung eines fremden Stoffes gewonnenen Sache, sofern die Arbeit kostbarer ist als der Stoff (ZGB 726);



die **Verbindung und Vermischung** beweglicher Sache zu einer neuen Sache (ZGB 727) oder unter bestimmten Bedingungen die Verwendung fremden Materials zu Bauten oder die Einpflanzung fremder Pflanzen auf eigenes Grundstück (ZGB 670, 678);

endlich die **Ersitzung** (usucapio), d. h. der Erwerb einer fremden Sache durch ununterbrochenen und unangefochtenen Besitz in gutem Glauben während bestimmter Zeit, was für Fahrnis praktischer ist als für Grundstücke (ZGB 728, 661—663). Ersitzung des Eigentums ist nicht dasselbe wie die Verjährung des Anspruches des Eigentümers auf Rückgabe; die Ersitzung ist mehr als das, weil der alte Eigentümer nicht nur die Sache nicht zurückverlangen, sondern auch, wenn er sie zufällig wieder in seinen Besitz bekommt, nicht behalten darf.

Auch hier gehört zum Erwerb überall wie bei den rechtsgeschäftlichen Handlungen (S. 29) ein darauf gerichteter **Wille**, Eigentum zu erwerben: wer nicht vermeint, Eigentümer zu sein, ersitzt nicht; wer die gefundene Sache nicht für sich behalten will, wird nicht Eigentümer; der Fabrikarbeiter, der fremdes Material verarbeitet, ohne Aneignungsabsicht, wird nicht Eigentümer des Fabrikates.

4. **Abgeleiteter Erwerb** ist der Erwerb durch Rechtsgeschäft mit dem Verfügungsberechtigten; d. i. der bisherige Eigentümer, es kann aber auch der Besitzer sein. Der Hauptfall ist der Erwerb durch Vertrag.

a) **An Grundstücken** wird das Eigentum übertragen durch einen öffentlich verkündeten Vertrag, z. B. Kaufvertrag, und Eintragung im Grundbuch (ZGB 963, 965, 656). Der Vertrag verpflichtet den bisherigen Eigentümer, das Eigentum auf den Erwerber umschreiben zu lassen (S. 82); erworben aber wird es von diesem durch die Umschreibung.

Verfügungsberechtigt ist normalerweise der Eigentümer des Grundstückes; ausnahmsweise aber auch der Nichteigentümer, wenn er nämlich (zu unrecht) als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist und der Erwerber diesen Mangel nicht kennt (ZGB 973). Das **Grundbuch** erfüllt hier, im Verkehr mit Grundstücken, nahezu die Funktion, die dem Besitz für den Verkehr mit Fahrnis zukommt (S. 97): wer im Grundbuch eingetragen ist, wenn auch zu unrecht, z. B. auf Grund eines erschlichenen Kaufvertrages, ist zwar nicht Eigentümer, aber er ist insoweit Verfügungsberechtigt, als derjenige, der sich auf die Eintragung verlassen hat, Eigentum

erwirbt. Wer nicht bösgläubig ist, d. h. nicht etwa, wie der Helfershelfer des Betrügers, den Mangel des Eintrages kennt, soll sich auf das Grundbuch verlassen können, wenn er Rechte am Grundstück erwirbt, sei es Eigentum oder ein beschränktes dingliches Recht. Das nennt man die **positive Wirkung** des Grundbuches.

Die **negative** ist die, daß neue dingliche Rechte an einem Grundstück ohne Eintragung im Grundbuch nicht entstehen. Wer nicht eingetragen ist, ist nicht Eigentümer, dienstbarkeits- oder pfandberechtigter; z. B. der Käufer, der den Preis bezahlt und das Haus bezogen hat, solange er nicht eingetragen ist; gerät also der Verkäufer in Konkurs, so fällt das verkaufte Haus in seine Konkursmasse (S. 84). Ausnahmsweise aber wird Eigentum erworben ohne Eintragung, nämlich durch Aneignung, Erbgang, Enteignung, Zwangsvollstreckung und richterliches Urteil (ZGB 656). Der Erbe z. B. wird Eigentümer der Erbschaft mit dem Tode des Erblassers kraft Gesetzes (ZGB 560); die Partei, die im Eigentumsprozeß obsiegt, wird Eigentümerin mit dem rechtskräftigen Urteil. Diese Eigentümer können aber über das Grundstück erst (rechtlich) verfügen, z. B. es verkaufen oder pfandreichtlich belasten, wenn sie sich ins Grundbuch haben eintragen lassen (ZGB 656).

b) **An Fahrnis** wird das Eigentum rechtsgeschäftlich übertragen durch Veräußerungsvertrag, der keiner weiteren Form bedarf, und Uebertragung des Besitzes, d. h. Uebergabe der Sache an den Erwerber (Tradition). Der Schuhmacher z. B., der dem Besteller ein Paar neue Schuhe überbringt, überträgt ihm dadurch das Eigentum.

aa) Der Veräußerungsvertrag, z. B. der Kauf, der Tausch oder Werkvertrag mit Lieferung des Stoffes (OR 365) u. a. (man nennt ihn das Grundgeschäft), verpflichtet den Veräußerer zur **Uebergabe der Sache**; Eigentum erwirbt aber der Erwerber erst durch diese Uebergabe. Uebergabe und die Verpflichtung dazu sind also verschiedene Dinge. Das zweite ist ein obligatorisches Rechtsverhältnis; was ist aber das erste, die Tradition, die den Uebergang des Eigentums zur Folge hat und der bei Grundstücken die Umschreibung im Grundbuch (S. 96) entspricht? Wir wollen es einen Rechtsakt nennen (S. 36), ähnlich der Aufgabe des Eigentums durch Dereliktion oder dem Verzicht auf eine Forderung, und festhalten, daß dazu auch der Wille gehört, das Eigentum zu übertragen; nur wer den Besitz in dieser Absicht überträgt, überträgt Eigentum. Zu jeder Handlung gehört ja auch der gemeinte Sinn. Eine andere Frage ist, ob der Uebergeber und der Uebernehmer der Sache auf



das „Grundgeschäft“ Bezug nehmen müssen, wie es für unser Recht angenommen wird, oder ob der „abstrakte“ Traditionswille genügt. Und eine weitere Frage ist es, ob das Grundgeschäft, auf das Bezug genommen wird, selbst gültig sein muß, damit die Uebertragung wirksam sei. Das bleibe hier ununtersucht.

bb) Den Grundsatz, daß es zur Uebertragung des Eigentums vom bisherigen Eigentümer an den Erwerber nebst dem Veräußerungsvertrag, z. B. dem Verkauf, der Uebertragung des Besitzes bedarf (ZGB 714), hat der Gesetzgeber nicht ohne **Einschränkung** durchgeführt, um besonderen Interessen der Parteien Rechnung zu tragen.

Zunächst ist zu bemerken, daß der Erwerber zwar das Eigentum ohne den Besitz nicht erwirbt, daß er aber den Besitz ohne das Eigentum erwerben kann, nämlich im Falle des **Eigentumsvorbehaltes**. Wenn z. B. ein Käufer die gekaufte Sache braucht, aber nicht bar bezahlen kann, kann der Verkäufer sie ihm übergeben, sich aber trotzdem das Eigentum daran (bis zur Bezahlung des Preises) vorbehalten durch Eintrag in ein öffentliches Register (ZGB 715). Der Besitz geht dann über ohne das Eigentum. — Umgekehrt kann das Eigentum auf den Erwerber übergehen, trotzdem der Veräußerer die Sache, besonderer Abrede gemäß, in seinem Besitz behält (sog. **constitutum possessorium**). Z. B. wenn der Käufer von Waren sie nicht lagern kann und zur Aufbewahrung noch dem Verkäufer überläßt. Da aber ein bedrängter Schuldner häufig solche Veräußerungsgeschäfte zum Schein abschließt, um sein Vermögen dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen, ist die Veräußerung ohne Uebertragung des Besitzes ungültig, wenn damit Dritte, z. B. Gläubiger, benachteiligt werden sollen (ZGB 717, 924). — Ferner kann der Eigentümer einer Sache, die im Besitz eines Dritten ist, z. B. einer Bank, die Wertpapiere aufbewahrt, das Eigentum einem Käufer dadurch übertragen, daß er den dritten Besitzer (die Bank) anweist, die Sache fortan für den Käufer in Gewahrsam zu halten (sog. **Besitzanweisung**) (ZGB 924). — Das Gesetz nimmt in den beiden letzten Fällen an, der Besitz sei auf den Erwerber übergegangen, so daß keine Ausnahme vom Grundsatz vorliegen würde; indessen ist die Sache doch nicht in seinen Händen.

Und endlich kann die veräußerte Sache schon vorher im Besitze des Erwerbers sein; z. B. wenn der Mieter einer Schreibmaschine sie nachträglich kauft; dann genügt zur Uebertragung des Eigentums, daß zwischen Eigentümer und Besitzer verabredet werde, daß der Besitzer nun Eigentümer werde (**brevi manu traditio**).

Ueberblickt man diese etwas verwickelte Ordnung, so stellt man fest, daß der Erwerber zwar in der Regel nicht Eigentümer wird, ohne daß der Besitz auf ihn überginge; daß aber davon nicht wenige Ausnahmen bestehen, in welchen der Erwerber an einer Sache Eigentum erwirbt, ohne sie zu besitzen oder doch ohne den eigentlichen Gewahrsam zu haben, der allein Dritten erkennbar ist. Und da auch umgekehrt der Besitz ohne das Eigentum übertragen werden kann, z. B. zum Zweck der Aufbewahrung, der Ausbesserung, der Benutzung, kann er eben doch nie als sicheres Anzeichen für das Eigentum des Besitzers angesehen werden. So daß im Ergebnis unser Recht nicht so weit entfernt ist vom französischen und seinen Nachahmungen, das zur Uebertragung des Eigentums an beweglichen Sachen die Besitzesübergabe überhaupt nicht fordert, sondern die Abrede der Parteien genügen und entscheiden läßt, und der Gefahr, daß Dritte durch den Besitz über vermeintliches Eigentum getäuscht werden, auf anderem Wege zu begegnen sucht.

Der Grundsatz, daß zum Eigentumserwerb die Uebergabe der Sache notwendig ist, und daß mit der Uebergabe der Sache das Eigentum auch übergeht, soll nämlich die Gläubiger und Kreditgeber der Parteien vor dem täuschenden Scheine des Besitzes bewahren; wer viel besitzt, wird eben leicht auch als zahlungsfähig angesehen, während doch die Sache, die er bloß besitzt, den Gläubigern nicht haftet (S. 84). Auf den Besitz darf also der Kreditgeber nicht abstellen.

cc) Der Sicherheit des gutgläubigen Erwerbers dient dagegen der andere Grundsatz, daß der Besitzer einer Sache darüber unter gewissen Voraussetzungen gültig verfügen kann, auch wenn er weder Eigentümer noch vom Eigentümer dazu ermächtigt ist, ähnlich wie der im Grundbuch zu Unrecht Eingetragene. Das ist die legitimierende Funktion des Besitzes:

Wer eine bewegliche Sache vom Besitzer in gutem Glauben erwirbt, wird Eigentümer; vorausgesetzt, daß der Eigentümer die Sache dem Besitzer anvertraut habe; daß sie ihm also nicht wider seinen Willen abhanden gekommen, z. B. gestohlen worden sei. Solche (gestohlene) Sachen, abgesehen von Geld und Inhaberpapieren, muß nämlich auch der gutgläubige Erwerber dem Eigentümer wieder herausgeben; immerhin nur gegen Vergütung des von ihm bezahlten Preises, wenn er die Sachen auf dem Markte oder von einem Kaufmann erworben hat, der mit solchen Waren handelt (ZGB 933—935). Das Gesetz hat also zwischen dem unbedingten Schutz des rechtmäßigen Eigentümers, wie ihn das römi-



sche Recht gewährte (*ubi rem meam invenio, ibi vindico*), und dem unbedingten Verfügungsrecht des Besitzers einen etwas gewundenen Mittelweg gewählt. Daß nur der gutgläubige Erwerber geschützt werde, ist selbstverständlich; aber auch er wird nur geschützt, wenn der Eigentümer selbst die Sache dem Besitzer anvertraut hatte.

5. Aus dem soeben und früher (S. 93) Gesagten ergibt sich, daß dem **Besitz** eine nicht geringe rechtliche Bedeutung zukommt: insbesondere beim Erwerb des Eigentums und beim Schutz des Eigentums. Dort bewirkt die Uebertragung des Besitzes den Uebergang des Eigentums und bedingt ihn; hier gewährt er dem Besitzer vorläufigen Schutz gegen tatsächliche Störung und die Vermutung der Berechtigung im Falle rechtlicher Anfechtung. Das sind die vier Hauptfunktionen des Besitzes: er bedingt die Uebertragung (d. h. er muß übertragen werden, damit das Eigentum übergehe); er legitimiert den Besitzer zur Verfügung; er begründet ihm die Vermutung des Rechts, so daß der Gegner klagen und beweisen muß (ZGB 930), und er genießt vorläufigen (gerichtlichen und polizeilichen) Schutz. Alles unter näheren Voraussetzungen. Es ist also von großer praktischer Bedeutung, zu wissen, was Besitz eigentlich ist und wer als Besitzer einer Sache anzusehen ist. Wenn z. B. der Angestellte eines Kaufmannes über Land fährt und den Lieferungswagen seines Dienstherrn in einer Wirtschaft einstellt, während er die Kunden aufsucht, in wessen Besitz ist dieser Wagen? und wenn noch zwei Buben ihn zu einer Privatfahrt benutzen?

Der Begriff des Besitzes ist eine der meisterörterten und umstrittensten Fragen des Zivilrechts: ist er eine bloße Tatsache oder auch ein Recht? und welche Tatsache ist gemeint? kann er übertragen werden? kann er mehreren zugleich zustehen? kann man auch Rechte besitzen? Das sind einige der Streitpunkte. Sie sollen hier nicht näher geprüft werden. Nur auf eines sei hingewiesen: man kann, wie schon mehrmals bemerkt (S. 22, 95), einen Begriff nur im Hinblick auf seine Funktion zuverlässig definieren; richtig definiert ist er, wenn er das leisten kann, was er in bestimmter Verwendung zu leisten hat. Das gilt für jeden Begriff, auch für diesen. Der Besitz hat nun aber, wie bemerkt, verschiedene Funktionen; es ist daher nicht von vornherein gesagt, daß in jeder Funktion derselbe Begriff zutrefte. Der Besitzer, dem ZGB 926 gestattet, sich mit Gewalt gegen verbotene Eigenmacht zu wehren, wird doch wohl der sein, der die Sache in Händen, in seiner „tatsächlichen Gewalt“ hat und aber nicht der Besitzer, dem gemäß Art. 924 der „Be-

sitz“ ohne Uebergabe der Sache übertragen worden ist; im Prozeß um das Eigentum kann dieser „Besitzer“ aber die Vermutung des Rechtes (ZGB 930) wohl für sich beanspruchen. Ein begriffliches Merkmal, das für die eine Funktion paßt, paßt vielleicht nicht für die anderen. M. a. W.: der eine Name des Besitzes wird vielleicht für verschiedene Begriffe verwendet (S. 22).

Keine Verwendung findet der Besitz im Gebiete des immateriellen Güterrechts, weil Besitz nur an körperlichen Dingen möglich ist. Er wird auch nicht voll ersetzt (wie beim Grundeigentum) durch ein öffentliches, dem Grundbuch ähnliches Register. Für Erfindungspatente und für Muster und Modelle wird allerdings ein solches Register geführt, aber es hat nur die positive Grundbuchwirkung (S. 97); m. a. W.: das Recht an solchen Gütern kann auch ohne Eintragung erworben werden. Und für Urheberrechte gibt es kein Register. Es ist denn auch, mangels Besitz und Besitzessurrogat, oft schwer festzustellen, ob ein solches Recht, als absolutes, übertragen worden sei oder ob der Urheber es behalten habe und den anderen, z. B. einem Verleger, nur eine obligatorische Erlaubnis erteilt habe, das Werk zu verwerten; ob also der Verleger legitimiert sei, gegen den Nachdrucker zu klagen oder noch immer der Urheber (S. 83).

### III. Eigentum Mehrerer an einer Sache.

Wohlgeachtet: an einer Sache; d. h. an einer Sache, die unteilbar ist, wie ein lebendes Tier oder ein Gemälde; oder die zur Zeit nicht geteilt ist, wie ein Grundstück oder ein Faß Wein.

Unser Recht kennt drei Formen gemeinschaftlichen Eigentums:

1. Das **Miteigentum** (condominium) (ZGB 646—651), d. h. das Eigentum Mehrerer an einer Sache und zwar nicht nach reellen Teilen (wenn die Miteigentümer das wollen, sollen sie teilen), sondern nach ideellen Bruchteilen des Wertes. Zwei Brüder sind z. B. Miteigentümer eines gemeinschaftlich gekauften Hauses je zu  $\frac{1}{2}$ , d. h. der Hälfte des jeweiligen Wertes; zwei Freunde ersteigern zusammen ein Stück Vieh; die Grenzeinrichtungen, wie Mauern, Zäune, die auf der Grenze stehen, sind Miteigentum der beiden Nachbarn (ZGB 670). Eigentümlich ist es und nicht ohne Schwierigkeiten, daß einerseits die Miteigentümer (einstimmig) über die ganze Sache rechtlich verfügen, sie z. B. verpfänden können, andererseits aber jeder Miteigentümer über seinen Anteil, so daß sich



u. U. Pfandrechte an der ganzen Sache und Pfandrechte an den einzelnen (ideellen) Anteilen gegenüberstehen können (ZGB 646, 648).

Das Miteigentum steht nicht im Dienste eines gemeinsamen Zweckes oder einer anderweitigen Gemeinschaft der Beteiligten. Die Vereinigung der Miteigentümer ist zufällig und kann auch wieder auseinandergehen: nicht nur kann jeder seinen Anteil veräußern und damit einen anderen Teilhaber an seine Statt setzen; er kann auch die Teilung (der Sache selbst oder des Wertes) verlangen; solange die Gemeinschaft des Eigentums besteht, muß aber doch dafür gesorgt werden, daß die Sache nach irgend einem Plane verwaltet wird.

2. **Das Gesamteigentum** (ZGB 652—654) setzt eine persönliche Gemeinschaft unter den Beteiligten voraus, eine vertragliche oder eine gesetzliche; zu anderweitigen Zwecken oder eben zur gemeinschaftlichen Nutzung der Sache. Ehegatten in Gütergemeinschaft sind Gesamteigentümer des vereinigten Vermögens (ZGB 215); die Kollektivgesellschaft (nach herrschender Meinung), die Gemeinderschaft (ZGB 336—342) und die Erbgemeinschaft (ZGB 602—3) sind andere Fälle, und jeder hat seine besondere Ordnung. Vom Miteigentum unterscheidet sich das Gesamteigentum dadurch, daß die Gesamteigentümer ihre ideellen Anteile nicht veräußern können, ja nicht immer bestimmte Anteile haben; daß also nur über die gesamte Sache rechtlich verfügt werden kann, was mangels anderweitiger Abmachung einstimmig geschieht, und daß der einzelne die Teilung nicht verlangen kann, solange die persönliche Gemeinschaft dauert. Es sind aber die einzelnen, die, wenn auch gesamthaft, so doch als einzelne, über die Sache verfügen, und nicht ein ihnen übergeordnetes Organ. Darin unterscheidet sich diese Gemeinschaft von der folgenden.

3. Die **Körperschaft** als juristische Person. Auch das ist eine Form gemeinschaftlichen Besitzes. Aber die Gemeinschaft der Mitglieder beruht auf einem Statut, sie ist organisiert und die Mitglieder werden durch die Organe vertreten oder besser verdrängt. Deshalb kann man die Körperschaft als besondere (juristische) Person betrachten und sagen: die Sache gehöre ihr und nicht den Mitgliedern, sie stehe also wieder im Eigentum einer Person (vergl. § 9 c).

## § 7. Dienstbarkeiten und Grundlasten.

Dienstbarkeiten und Grundlasten sind beschränkte dingliche Rechte (S. 89); sie haben einen Teil der Befugnisse des Eigentümers zum Inhalt und sind insofern Abspaltungen vom unverminderten (vollen) Eigentum.

Wenn die Rechtsordnung als dingliches Recht nur das Eigentum anerkennt, hätte der Eigentümer nur die Wahl, sich seines Eigentums ganz zu entäußern oder es ganz zu behalten. Indem sie auch Teilrechte anerkennt, gibt sie dem Eigentümer die weitere Möglichkeit, die Sache zu behalten, aber einem anderen ein Recht auf gewisse Befugnisse, auf beschränkte Benutzung oder auf begrenzten Besitz als dingliches Recht abzutreten. Das Eigentum wird dann mit diesen beschränkten Rechten belastet. Eine solche Teilung der Befugnisse entspricht oft besser dem Interesse beider. Der Landwirt als Eigentümer einer Wiese belastet sie mit der Dienstbarkeit des Bauverbotes zugunsten des Besitzers eines benachbarten Wohnhauses: die Uebertragung des Eigentums würde keinem von beiden dienen. Aber der Landwirt kann sehr wohl auf die Befugnis, zu bauen, verzichten und der Nachbar hat kein Interesse an der Nutzung der Wiese, wogegen ihm mit dem Bauverbot ein großer Dienst geleistet ist: er gewinnt damit mehr als der Eigentümer verliert.

Das Eigentum kann nun in der Benutzung und im Besitz, d. h. in der tatsächlichen Verfügung über die Sache (S. 84), durch zweierlei dingliche Rechte eingeschränkt werden: durch Dienstbarkeiten und durch Grundlasten.

### I. Dienstbarkeiten.

Die Dienstbarkeiten wiederum sind persönliche oder Grunddienstbarkeiten. Die Grunddienstbarkeiten belasten Grundstücke und stehen dem jeweiligen Eigentümer eines anderen Grundstückes zu (S. 12). Persönliche Dienstbarkeiten können bewegliche oder unbewegliche Sachen belasten und stehen einer Person ohne Rücksicht auf ihr Eigentum zu. Ein Wegerecht z. B. kann dem Eigentümer eines benachbarten Grundstückes zustehen oder auch einem Fischereiverein.

a) **Grunddienstbarkeit** ist demnach die dauernde Belastung eines Grundstückes zum Vorteil eines anderen derart, daß der Eigen-



tümer des belasteten Grundstückes sich gewisse Eingriffe durch den Eigentümer des berechtigten gefallen lassen muß, oder gewisse Befugnisse des Eigentumsrechtes nicht ausüben darf.

Der Eigentümer des belasteten Grundstückes ist stets zu einem **negativen** Verhalten verpflichtet, zu einem **Dulden** (*pati*) oder einem **Unterlassen** (*non facere*). Er muß z. B. dulden, daß der Eigentümer des berechtigten Grundstückes seinen Privatweg benutze (Wegrecht), oder das Vieh an seinem Brunnen tränke (Tränkerecht), oder Elektrizität durchleite. Oder aber er muß es unterlassen, auf seinem Grundstück zu bauen oder doch über eine bestimmte Höhe oder anders als in bestimmtem Stile zu bauen (Bauverbot oder -beschränkung), oder ein lärmendes Gewerbe zu betreiben, oder in der Mauer ein Fenster auszubrechen.

Die Verpflichtung ist **dinglich**; sie folgt dem belasteten Grundstück, wenn es veräußert oder betreibungsamtlich versteigert wird, und der Berechtigte ist jedermann gegenüber zur Behauptung seines Rechtes legitimiert. — Die Berechtigung nennt man „subjektiv-dinglich“ in dem Sinn, daß sie mit einem Grundstück verknüpft ist, d. h. dem jeweiligen Eigentümer dieses Grundstückes und nur ihm zusteht.

Grunddienstbarkeiten werden errichtet durch schriftlichen Vertrag und Eintragung in das Grundbuch (ZGB 731, 732).

b) **Persönliche Dienstbarkeiten** sind die Nutznießung, das Wohnrecht, das Baurecht, das Quellenrecht oder Dienstbarkeiten anderen Inhaltes, wie das Recht, Schießübungen abzuhalten oder Weg und Steg zu benutzen (ZGB 745—781), sofern sie nicht dem Eigentümer eines bestimmten Grundstückes zustehen.

Die **Nutznießung** (*usus-fructus*) kann nicht nur an Grundstücken, sondern auch an beweglichen Sachen und an Rechten; an einzelnen Sachen und an Vermögen (Erbschaft) bestehen. Sie kann von Gesetzes wegen entstehen, z. B. zugunsten des überlebenden Ehegatten an der Erbschaft (ZGB 462); oder durch Vertrag und (bei Fahrnis) Uebertragung der Sache oder (bei Grundstücken) durch Eintragung in das Grundbuch bestellt werden. Sie ist ein dingliches, aber auch ein persönliches Recht; persönlich nicht nur im Gegensatz zur Grunddienstbarkeit, sondern auch weil sie nicht übertragen, sondern bloß anderen zur Ausübung überlassen werden kann (S. 21). Der Nutznießer hat das lebenslängliche Recht, die Sache zu besitzen, zu gebrauchen und zu nutzen, mit der Auflage, sie ihrer Bestimmung zu erhalten. Dem Eigentümer bleibt also nur das nackte Eigentum (*nuda proprietas*), und begreiflicherweise stehen

die Interessen des genießenden Nutznießers und des abwartenden Eigentümers in scharfem Gegensatz. Die Nutznießung bewährt sich daher nur unter Personen, die sich nahe stehen und nicht rücksichtslos ihr Interesse verfolgen; wie unter den Gliedern einer Familie oder zwischen Wohltäter und Bedachtem.

## II. Die Grundlasten.

„Durch die Grundlast“, sagt ZGB 782, „wird der jeweilige Eigentümer eines Grundstückes zu einer Leistung an einen Berechtigten verpflichtet, für die er ausschließlich mit dem Grundstück haftet.“ Als Berechtigter kann auch, wie bei der Grunddienstbarkeit, der jeweilige Eigentümer eines Grundstückes bezeichnet werden.

Die Grundlast (Reallast des BGB) ist eine Einrichtung des deutschen Rechts; dem römischen Recht war sie unbekannt.

Der charakteristische Unterschied zwischen Dienstbarkeit und Grundlast besteht darin, daß hier der Eigentümer des belasteten Grundstückes zu einer **positiven** Leistung verpflichtet ist: zu Arbeit, Sachlieferung oder Geld. Z. B. zur Unterhaltung einer Stützmauer, eines Steges, einer Entwässerungsanlage oder eines Gewerbekanals, die auch anderen Grundstücken dient; zur Lieferung von Milch an eine Käsereigenossenschaft, von motorischer Kraft (durch ein Kraftwerk an eine Sägerei, deren Wasserkraft enteignet worden ist). Aber nicht jede Leistung soll derart dinglich begründet, auf ein Grundstück „radiziert“ werden können: persönliche Dienste, wie die Fronarbeit zugunsten des Grundherrn im alten Recht, sollen nicht wieder aufleben. Das Gesetz hat versucht, das auszuschließen mit der Umschreibung, daß die Leistung sich entweder aus der wirtschaftlichen Natur des belasteten Grundstückes ergeben oder für die wirtschaftlichen Bedürfnisse eines berechtigten Grundstückes bestimmt sein muß. Den nachteiligen Wirkungen einer ewigen Belastung wird überdies dadurch vorgebeugt, daß der Schuldner die Grundlast nach 30 Jahren gegen einen Betrag ablösen kann, der im Grundbuch als „Gesamtwert der Grundlast“ eingetragen ist. Auf diesen Betrag geht auch allein der erzwingbare Anspruch des Berechtigten: leistet der Schuldner nicht, so kann der Gläubiger nur die Ablösung in Geld verlangen, und für diesen Betrag haftet ihm das Grundstück mit seinem Wert, also wie ein Pfand; aber mit dem Unterschied, daß ihm nur das Grundstück haftet und nicht der Schuldner persönlich; d. h. mit seinem übrigen Vermögen.



## § 8. Das Pfandrecht.

### I. Allgemeines.

#### 1. Die wirtschaftliche Bedeutung des Pfandrechtes.

a) **Für die Einzelwirtschaft.** Das Institut des Pfandrechtes soll dem Eigentümer erlauben, ohne die Verfügung über die Sache aufzugeben oder doch vollständig und endgültig aufzugeben, sich ihren Verkehrswert zur Erlangung von Kredit (S. 63) zunutze zu machen. Diesen Verkehrswert kann er ja allerdings realisieren, indem er die Sache verkauft; aber dann geht ihm die Verfügung über die Sache sofort und endgültig verloren. Durch die Bestellung eines Pfandes kann er das vermeiden: er räumt dem Kreditgeber (Gläubiger) ein Verfügungsrecht zu beschränktem Zwecke ein; zum Zwecke der Verwertung der Sache für den Fall der Nichterfüllung seiner Schuld. Der Eigentümer behält im übrigen das Verfügungsrecht; an Immobilienpfändern behält er den Besitz und die Nutzung, an verpfändeter Fahrnis die Nutzung (ZGB 892). Aber auch hier bleibt er doch virtuell noch Besitzer: wenn er die Pfandschuld bezahlt, fällt ihm auch der Besitz und das volle Eigentum wieder zu; und auch wenn er schließlich das Pfand nicht mehr einlösen kann, hat er es inzwischen doch noch nutzen können.

Der Kreditgeber muß, um sichere Deckung zu haben, ein dingliches Recht an der Sache erwerben; ein Recht nämlich, das Bestand hat auch gegenüber einem Dritten, dem der Eigentümer die Sache veräußert, und gegenüber den anderen Gläubigern im Konkurs des Schuldners, so daß er aus dem Erlös der Pfandsache vorweg befriedigt wird (S. 83).

#### b) Für die Volkswirtschaft.

Das **Fahrnispfand** spielt im Geschäftsverkehr eine bedeutende Rolle. Hinderlich ist allerdings, daß der Eigentümer sich des Besitzes entschlagen muß (ZGB 884); aber das Fahrnispfand ist leicht zu bestellen und die Wertpapiere eignen sich besonders dazu. Jeder Kaufmann sozusagen hat ein **Kontokorrent** bei der Bank, für das er Wertpapiere oder Waren verpfändet. Hat er nicht bewegliche Sachen, so kann er der Bank eine ihm zustehende Forderung verpfänden. Braucht die Bank selbst Geld, so kann sie ihrerseits ihre Forderungen gegen ihre Kunden einer anderen Bank zu Pfand geben, so daß derselbe Wert Gegenstand mehrerer Kreditoperationen sein kann.

Noch bedeutsamer ist das **Grundpfand**. Ein Grundstück eignet sich gut zum Pfand, einmal weil es unbeweglich und von bleibendem Wert ist; und sodann weil der Eigentümer Besitz und Nutzung behalten kann. Der Kapitalist gibt also gern Geld gegen diese Sicherheit und der Geldsuchende verwendet gern seine Liegenschaften dazu, sich Kredit zu verschaffen. Mit dem erhaltenen Geld kann er sich z. B. Betriebsmittel anschaffen, die er sonst nicht bezahlen könnte, oder bestehende schwebende, kurzfristige Schulden tilgen, d. h. in langfristige und vielleicht weniger hochverzinsliche umwandeln. In diesem, dem gewöhnlichen Falle, verpfändet der Eigentümer das Grundstück, weil er Schulden machen oder gemachte Schulden bezahlen muß. Er kann aber auch neue Schulden eingehen, weil er das Grundstück verpfänden kann; die Verpfändung ist dann gewissermaßen eine Spekulation: der Eigentümer verpfändet z. B. sein Grundstück, um sich billiges Geld zu  $3\frac{1}{2}\%$  zu verschaffen und es anderweitig mit Gewinn zu  $4\%$  anzulegen; mitunter auch, weil er ausgerechnet hat, daß er nach der Verpfändung weniger Steuern zu bezahlen hat, als vorher. Die Höhe der pfandrechtlichen Belastung des gesamten Grundbesitzes eines Landes ergibt daher keinen zuverlässigen Maßstab der Verschuldung der Grundbesitzer.

Die eben beschriebene Ausnutzung des Wertes einer Liegenschaft ohne Veräußerung kann technisch mehr oder weniger vollkommen ausgebildet sein je nach der feineren oder roheren Ausbildung des Pfandrechtes. Wenn der Eigentümer sein Grundstück nur in der Form der „gemeinrechtlichen Hypothek“ verpfänden kann, wird er nicht den ganzen Wert ausnutzen können, weil diese Rechtsform dem Gläubiger nicht volle Sicherheit gewährt, z. B. vor schon bestehenden Pfandrechten. Kann der Eigentümer dagegen das Grundstück nach Grundbuchrecht für eine abstrakte Wertpapierforderung verpfänden, wie durch Errichtung eines Schuldbriefes oder einer Gült, so erhält der Gläubiger größere Sicherheit und der Schuldner mehr oder billigeres Geld. Durch die Ausgabe leicht übertragbarer pfandversicherter Wertpapiere wird der sonst nicht so leicht realisierbare Wert des Grundbesitzes „mobilisiert“; er wird in einem Wertpapier verkörpert, das verkehrsfähig ist.

Angesichts des großen Betrages der Grundpfandbelastung eines Landes machen  $\frac{1}{2}$  oder  $\frac{1}{4}\%$  weniger Zins im Jahr schon eine fühlbare Ersparnis aus. In der Schweiz betrug die grundversicherte Belastung des Bodens 1928 schätzungsweise 12,8 Milliarden;  $\frac{1}{4}\%$  davon würden im Jahre mehr als 30 Millionen ausmachen. Na-



mentlich aber ist die gute, sichere Ordnung des Grundpfandrechtes eine Bedingung der Kreditfähigkeit aller Grundstücke dieses Landes: Pfandforderungen aus einem Lande mit unzulänglicher, undurchsichtiger Ordnung haben keinen Markt, auch diejenigen nicht, die sicher wären.

Aus dem Gesagten erhellt nicht nur, wie wichtig das Pfandrecht für die Wirtschaft ist, sondern auch wie eng Recht und Wirtschaft überhaupt verbunden sind (S. 65).

## 2. Der rechtliche Begriff des Pfandrechtes.

a) Das Pfandrecht ist das dingliche **Recht** eines Gläubigers auf **Verwertung** einer fremden Sache als Ersatz für die nicht erfüllte Schuld.

Das Pfand ist ein rechtsgeschäftlich (privatim) zum voraus bestelltes Vollstreckungsobjekt, und zwar ein Objekt, auf das der Pfandgläubiger allen anderen Gläubigern zuvor und vor der eigentlichen Betreibung greifen kann. Der Sinn dieses privaten Rechtes ist kein anderer, als dem Gläubiger für seine Forderung ein besonderes Exekutionsobjekt zu sichern. Damit ist ohne weiteres gegeben, daß das Pfandrecht eine Forderung voraussetzt, zu deren Vollstreckung sie dient, und erst mangels Erfüllung geltend gemacht werden kann. Und da die Vollstreckung auf Verwertung in Geld geht, muß das Pfandrecht, um „gebrauchsfertig“ zu sein, auf einen Betrag in Geld lauten.

Der Gläubiger hat zwar ein privates Recht auf Verwertung, aber auf amtliche Zwangsverwertung, durch die Betreibungsbehörde. Zunächst weil der Zwang dem Staate vorbehalten ist, und sodann, weil der Pfandgläubiger, wenn er die Gewalt über die Sache hat, wie beim Faustpfand, das Recht privater Verwertung mißbrauchen könnte. Weshalb auch die Abrede, daß die Pfandsache dem Gläubiger als Eigentum zufallen solle (Verfallspfand), ungültig ist (ZGB 894).

b) Das Pfandrecht ist, wie bemerkt, ein **akzessorisches Recht** (OR 114). Es besteht nur, sofern die Hauptschuld besteht; es kann allerdings bestellt werden, bevor eine solche Hauptschuld besteht, aber nur für den Fall, daß sie entstehe, und nur in diesem Fall kann das Pfandrecht ausgeübt werden. Man kann ein Pfand bestellen für ein noch zu gewährendes Darlehen oder für eine mögliche Frauengutsforderung; für die Bezahlung einer noch nicht verfallenen Konventionalstrafe oder Schadenersatzpflicht. Wenn aber

die Schuld durch Erfüllung oder sonstwie erlischt, erlischt auch das Pfandrecht.

c) Das Pfandrecht kann nur **subsidiär** geltend gemacht werden, d. h. nachdem der Schuldner betrieuen worden ist.

In allen drei Richtungen unterscheidet sich vom ordentlichen Pfand das **Versatzpfand**, wie es den Pfandleihanstalten bestellt wird: der Pfandleiher kann die Versatzpfänder selbst verwerten; das Versatzpfand ist kein akzessorisches Recht; es setzt keine persönliche Hauptschuld voraus und wird daher auch nicht erst subsidiär geltend gemacht. Es haftet dem Gläubiger vielmehr nur die Sache, wie bei der Grundlast. Das Versatzpfand ist die älteste Form des Mobiliarpfandes und hat sich, außer in der verschwiegenen Pfandleihanstalt im heiteren Pfänderspiel erhalten. In unentwickelten Rechten besteht die Haftung überhaupt nicht in einer gedachten Bindung des Schuldners, sondern in der anschaulichen Behändigung des Schuldners selbst oder einer Sache durch den Gläubiger, unter Vorbehalt der Auslösung.

Gegenstand des Pfandrechtes können sein: bewegliche oder unbewegliche Sachen und Forderungen.

## II. Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Forderungen.

1. An **beweglichen Sachen** wird ein Pfandrecht begründet durch formfreien Verpfändungsvertrag und Uebertragung des Besitzes, also als Faustpfand (ZGB 884—894). Könnte der Eigentümer die Sache in seinem Besitz behalten, so wäre der Pfandgläubiger gefährdet, da der Besitzer sie gutgläubigen Erwerbern übereignen könnte (S. 99).

Vom Grundsatz des Faustpfandrechtes ist das Gesetz abgewichen für die Verpfändung von Vieh, da der Landwirt den Besitz nicht aufgeben kann. Zur Sicherheit des Rechtsverkehres muß das Pfandrecht, ähnlich dem Eigentumsvorbehalt, in ein öffentliches Register eingetragen werden; und zum Schutze des Schuldners ist bestimmt, daß solche Pfandrechte nur zugunsten behördlich ermächtigter Anstalten und Genossenschaften bestellt werden können (ZGB 885).

2. An **Forderungen** kann der Gläubiger ein Pfandrecht bestellen, sofern sie abtretbar sind. Ein Angestellter verpfändet z. B. dem Spezierer sein demnächst fälliges Lohnguthaben; ein Versicherter verpfändet der Bank, um Geld zu erhalten, seine Police.



Die Verpfändung bedarf der gleichen Form wie die Abtretung: schriftlichen Verpfändungsvertrages zwischen dem Gläubiger der Forderung und dem Pfandnehmer, mit Uebergabe des Schuldscheines, wenn einer besteht. Sobald der Schuldner von der vorgenommenen Verpfändung benachrichtigt worden ist, darf er an den einen nur mehr mit Einwilligung des anderen zahlen. Zur Verpfändung von Wertpapieren genügt die Form, die zur Abtretung erforderlich ist.

3. **Das Retentionsrecht** (ZGB 895—898; OR 271—74, 286) ist dem Inhalte nach ein Pfandrecht; es gibt dem Retentionsberechtigten die Rechte eines Pfandgläubigers. Aber es entsteht nicht durch Vertrag, sondern von Gesetzes wegen. Wenn nämlich bewegliche Sachen oder Wertpapiere vom Eigentümer (oder Besitzer) ohne Verpfändungsabrede einer anderen Person übergeben werden, z. B. zur Ausbesserung, Aufbewahrung oder zur Ausstattung gemieteter oder gepachteter Räume, kann der Besitzer sie zurückhalten zur Befriedigung für eine damit zusammenhängende Forderung, sofern die Forderung fällig ist.

Wenn ich z. B. dem Buchbinder Bücher zu binden gebe, kann er sie zurückhalten, bis er bezahlt ist, und mangels Zahlung wie ein Faustpfand verwerten. Der häufigste Fall ist das Retentionsrecht des Vermieters und Verpächters an den vom Mieter oder Pächter eingebrachten Gegenständen.

Der Retentionsberechtigte verliert sein Recht, wenn er den Besitz verliert; z. B. wenn der Mieter offen und ungehindert ein Stück Möbel verkauft. Er genießt übrigens den Besitzschutz (S. 100).

### III. Pfandrecht an unbeweglichen Sachen.

(ZGB 793—883.)

#### 1. Die Grundsätze des Grundpfandrechtes.

a) Damit der Eigentümer sich durch die Verpfändung des Grundstückes den vollen Wert des Grundstückes zunutze machen könne, muß die gesetzliche Ordnung gewissen Forderungen genügen:

— das begründete Pfandrecht muß jedermann erkennbar, es muß „öffentlich“ sein (**Publizität**), damit der Kreditgeber sicher sei, daß nicht unbekannte Pfandgläubiger ihm vorgehen oder mit ihm konkurrieren; dieser Forderung dient die Regel, daß ein Grundpfand nur durch Eintragung in das (öffentliche) Grundbuch entsteht, wo-

von allerdings einige Ausnahmen zugunsten gesetzlicher Pfandrechte, z. B. für Grundsteuern, zugelassen sind;

— das Pfandrecht muß, das gehört zur Öffentlichkeit, an einem bestimmten Grundstück, für einen bestimmten Höchstbetrag und für eine bestimmte Forderung bestellt werden (**Spezialität**); das verlangt auch unser Recht. Daß mehrere Grundstücke für eine Forderung verpfändet werden können, würde der Spezialität in diesem Sinne nicht widersprechen, z. B. 10 Grundstücke von je Fr. 3000.— Wert für eine Forderung von Fr. 10 000.—. Aber das Gesetz läßt dies nur mit Einschränkungen zu (ZGB 797);

— das Pfandrecht muß so errichtet werden, daß an seinem Bestand kein Zweifel bestehen kann. Dieser **Sicherheit** dient die Formvorschrift, daß die Verpfändung öffentlich beurkundet werden muß nebst Eintragung ins Grundbuch (ZGB 799).

b) Der vollständigen Ausnutzung des Kreditwertes eines Grundstückes dient auch die in unserm Recht getroffene Ordnung des **Ranges** unter mehreren Pfandrechten an einem Grundstück. Wenn mehrere Pfandrechte in derselben Sache bestehen, was für bewegliche Sachen selten, für unbewegliche aber sehr häufig ist, muß entschieden werden, in welcher Reihenfolge die Gläubiger gegebenenfalls aus dem Erlös des Pfandes befriedigt werden, wenn nämlich der Erlös nicht ausreicht, sie alle zu befriedigen. Während nun die meisten anderen Rechtsordnungen nach römisch-rechtlichem Vorbilde bestimmen, daß der Rang der Pfandrechte sich nach der Zeit ihrer Entstehung richtet, und das spätere nachrückt, wenn das frühere fortfällt, hat das ZGB in Fortbildung deutsch-rechtlicher Gedanken den Grundsatz der festen Pfandstelle eingeführt. Darunter versteht man den Grundsatz, daß die Parteien selbst den Rang bestimmen können und jedes Pfandrecht den einmal erhaltenen Rang behält, auch wenn das vorgehende wegfällt; daß es also, wenn nicht anders verabredet, nicht nachrückt, auch wenn das vorgehende Pfandrecht nicht ersetzt wird. Es entsteht dann eine leere Pfandstelle, die der Eigentümer später wieder ausnützen lassen kann; er kann auch das Grundstück von vornherein mit einem Pfandrecht im zweiten Rang belasten, dem als leere Pfandstelle ein bestimmter Betrag vorgeht (ZGB 183—15). Die leeren Pfandstellen sollen aber nur dem Eigentümer die spätere Verpfändung im vorbehaltenen Rang offenhalten; läßt er die Pfandstelle leer, und kommt es zur betreibungsrechtlichen Verwertung des Pfandes, so werden die leeren Pfandstellen nicht berücksichtigt.

Wenn z. B. A auf seinem Grundstück zugunsten seines Gläubi-



gers G ein Pfandrecht von Fr. 20 000.— im zweiten Rang errichtet, mit Vorrang einer leeren Pfandstelle von Fr. 10 000.— im ersten Rang, so kann er nachher, wenn er Geld braucht, zugunsten der Bank B ein Pfandrecht im ersten Rang für Fr. 10 000.— errichten. Tut er es aber nicht und läßt G sein Pfand betreibungsrechtlich verwerten mit einem Erlös von Fr. 22 000.—, so erhält G seine Fr. 20 000.—, nicht bloß Fr. 12 000.—.

## 2. Die Formen des Grundpfandrechtes.

Das ZGB hat drei Formen vorgesehen, und nur diese drei: die Grundpfandverschreibung, den Schuldbrief und die Gült. Sie entsprechen den bis 1912 in den kantonalen Rechten anerkannten Hauptformen: die Pfandverschreibung ist römisch-rechtlichen, die beiden anderen sind deutschrechtlichen Ursprungs und dem französischen Recht unbekannt.

a) Die **Grundpfandverschreibung** (hypotheca) (ZGB 824—41) ist das akzessorische dingliche Recht an fremdem Grundstück, durch das eine beliebige Forderung pfandrechtlich sichergestellt wird; oder einfacher: es ist das Pfandrecht zur Sicherung einer beliebigen Forderung. Z. B. eines Darlehens, des noch nicht bezahlten Kaufpreises, einer Konventionalstrafe, eines laufenden Kredites. Das Pfandrecht ist seiner Natur gemäß akzessorisch; d. h. es wird nicht aktuell, wenn die persönliche (Haupt-)Forderung nicht entsteht, und es erlischt, wenn die Forderung wegfällt. Das Grundstück haftet dem jeweiligen Gläubiger der Forderung; wenn also die Forderung abgetreten wird, folgt ihr das Pfandrecht (OR 170), und zwar ohne Eintragung im Grundbuch. Selbstverständlich haftet das Grundstück weiter, auch wenn es in andere Hände übergeht, z. B. verkauft wird; aber die persönliche Schuld geht nicht auf den Erwerber der Pfandsache über, wenn er sie nicht übernimmt. Die Pfandsache folgt der Hauptschuld; aber die Schuld nicht der Pfandsache. Es kann also auch eine Sache für eine fremde Schuld verpfändet sein. Wenn z. B. das Haus A für eine Darlehensschuld von Fr. 10 000.— der Hypothekarkasse haftet, und der A verkauft es dem B, so haftet es weiter und A bleibt Darlehensschuldner; oft übernimmt aber in solchen Fällen der Käufer mit der Pfandlast auch die persönliche Schuld und der Gläubiger entlastet den bisherigen Schuldner. Ein Fall der Schuldübernahme (S. 80).

b) Der **Schuldbrief** ist ein Wertpapier, das eine abstrakte persönliche Schuld verbrieft und auf den Namen einer bestimmten Person oder auf den Inhaber lautet; er wird demgemäß (S. 75) übertragen. Die Forderung wird durch ein Pfandrecht an einem Grundstück gesichert, das dem Schuldner oder auch einem Dritten gehören kann. Das Pfandrecht folgt der Forderung.

c) Die **Gült** wird, wie der Schuldbrief, in der Form des Wertpapiers errichtet, begründet aber keine persönliche Forderung. Niemand ist also persönlich verpflichtet. Nur „auf das Grundstück“ wird „eine Forderung als Pfandlast gelegt“ (ZGB 847); d. h.: der jeweilige Eigentümer des belasteten Grundstückes ist verpflichtet, das Kapital zu verzinsen und, wenn ausbedungen, in Annuitäten abzubezahlen, im übrigen aber nicht zurückzubezahlen. Dagegen kann er das Kapital je auf Ende einer sechsjährigen Periode kündigen, während der Gläubiger nur wegen Rückständigkeit des Schuldners oder Wertverminderung des Grundstückes kündigen kann. Unter allen Umständen muß er sich, wie der Grundlastgläubiger (vgl. S. 105), an den Erlös aus dem Grundstück halten.

Durch diese Ordnung soll einerseits der Eigentümer (der Landwirt) gegen die lästige Kündigung geschützt sein und andererseits der Gläubiger einen trotz der Unkündbarkeit leicht realisierbaren, marktfähigen Titel erhalten. Dazu trägt bei, daß nur landwirtschaftliche Grundstücke, Wohnhäuser und Bauland mit Gülden belastet werden dürfen und auch diese nur bis zu einer bestimmten Grenze, die auf amtlicher Schätzung beruht; was auch für Schuldbriefe durch die Kantone vorgeschrieben werden kann.

Die Gült ist von alters her in der Zentral- und Ostschweiz verbreitet, hat aber in den anderen Landesteilen wegen der Unkündbarkeit nicht Fuß gefaßt.

## § 9. Die Rechtssubjekte.

### A. Der Begriff des Rechtssubjektes.

Rechtssubjekt oder Person, sagt man gewöhnlich, ist der Mensch, sofern er rechtsfähig, d. h. fähig ist, Rechte und Pflichten zu haben (ZGB 11). Rechtsfähigkeit, Rechtssubjektivität und Persönlichkeit bezeichnen dann dieselbe Eigenschaft. Um sich aber über die Bedeutung dieser Eigenschaft klare Rechenschaft zu geben, muß man unterscheiden:



1. In einem **allgemeinen Sinn** bezeichnet man als **Person** oder auch als **Rechtssubjekt**, wer an der Gemeinschaft des Rechts irgendwie teilhat. Die Personen sind die Rechtsgenossen, die sich der Verbindlichkeit der Gebote des Rechts und ihrer eigenen Verantwortlichkeit für die Befolgung dieser Gebote bewußt sind: die verantwortlichen Mitglieder der Rechtsgemeinschaft. Sie sind des Rechtes fähig. Im Gegensatz zu den Rechtsobjekten oder **Sachen**; das sind alle Dinge der anorganischen und die der organischen Welt außer dem Menschen. Sie stehen nicht unter den Geboten des Rechts, sondern nur unter den Gesetzen der Natur. Die Person ist Selbstzweck; die Sache ist Mittel zum Zweck. Vernünftigerweise sind alle vernünftigen Wesen, m. a. W. alle Menschen, als Personen anzusehen. Das positive Recht hat aber lange ganze Klassen der Gesellschaft als Sachen behandelt, u. a. das griechische und römische Recht die Sklaven; nicht ganz folgerichtig übrigens, da es ihre vernünftige Natur nicht ganz übersehen konnte.

2. Im **öffentlichen Recht** besteht die Rechtsfähigkeit wesentlich in der Fähigkeit, an den Pflichten der Rechtsordnung teilzuhaben: wer durch ein Gebot des öffentlichen Rechts, sei es eine Polizeivorschrift, eine Regel des Straßenverkehrs oder des Schulrechts, verpflichtet wird, ist dieses Rechts teilhaftig und insoweit ohne weiteres auch Person; ohne daß sich nämlich die weitere Frage stellen würde, ob er auch die dazu erforderliche allgemeine Rechtsfähigkeit habe. Ist der Sekundarschüler verpflichtet, auf seinem Velo die Verkehrsordnung einzuhalten, so ist er auch dieser Pflicht fähig und für deren Erfüllung verantwortlich. Wenn sich der 19jährige zur Rekrutierung stellen soll, fragt es sich nicht mehr, ob er handlungsfähig sei. Und wenn nicht alle zu allen Pflichten herangezogen werden, z. B. Minderjährige nicht zur Zeugnispflicht und Frauen nicht zum Militärdienst, so ist eben ihre Rechtsfähigkeit, ihr Teilhaben am Recht auch verschieden. Wie weit sie solcher Pflichten fähig sind, entscheidet sich danach, wie weit das Gesetz sie dazu heranzieht, nicht umgekehrt. Die Pflicht selbst macht die Fähigkeit aus und das Gesetz entscheidet über beides *uno actu*. Allerdings kann das Gesetz dem Minderjährigen oder Geistesschwachen, die Fähigkeit, die Verbindlichkeit einer Vorschrift einzusehen, nicht verleihen; und Menschen, die dazu nicht fähig sind, zur Beobachtung des Gesetzes zu verpflichten, hätte keinen Sinn. Aber das Gesetz entscheidet darüber, ob jemand diese Fähigkeit habe, indem es ihm eine Pflicht auferlegt.

*Pflicht entscheidet Fähigkeit*

Umgekehrt im **Privatrecht**: auch hier kann einer mehr oder weniger rechtsfähig sein; z. B. vertragsfähig aber nicht wechselfähig. Aber welche Pflichten er jeweiligen habe, z. B. ob er aus einem Wechsel verpflichtet sei, hängt ab von seiner Fähigkeit dazu; die Fähigkeit muß da sein, wenn die Pflicht entstehen soll. Das Gesetz entscheidet über die Fähigkeit, aber der Fähige entscheidet über seine Verpflichtung, wenigstens über seine rechtsgeschäftliche Verpflichtung und die ist die eigentlich privatrechtliche (S. 29; Methode, 178).

Dort, im öffentlichen Recht, ist rechtsfähig, wer fähig befunden wird, Pflichten zu haben und zu erfüllen; hier vorab, wer fähig befunden wird, sich selbst durch rechtsgeschäftliches Handeln zu verpflichten. Dort ist rechtsfähig, wer fähig ist, an der Verbindlichkeit der gesetzlichen Norm teilzuhaben; hier wer fähig ist, für sich eine Norm (durch Rechtsgeschäft) zu setzen.

3. Man nennt das allerdings **Handlungsfähigkeit** und unterscheidet dies von der Rechtsfähigkeit. Darüber müssen wir uns vorerst ins Reine setzen.

Die Unterscheidung gehört dem Privatrecht an, weil es im öffentlichen Recht (grundsätzlich) kein rechtsgeschäftliches Handeln gibt. Das Privatrecht ist das Reich des Rechtsgeschäftes. Hier muß daher vor allem entschieden werden, wer rechtsgeschäftlich handeln, d. h. durch Rechtsgeschäft sich verpflichten und wer so Rechte erwerben und darüber verfügen kann. Wer das kann, ist **handlungsfähig**. Man rechnet auch dazu die Fähigkeit, sich durch unerlaubte Handlung zu verpflichten (ZGB 12). **Rechtsfähig** i. S. des Privatrechts ist dagegen, wer solche Pflichten und Rechte haben kann; wer Subjekt einer solchen Pflicht oder eines solchen Rechtes sein kann. Der Geisteskranke ist rechtsfähig, aber nicht handlungsfähig; der mündige Urteilsfähige ist beides. Wer handlungsfähig ist, ist sicher auch rechtsfähig; m. a. W.: wer für sich Pflichten und Rechte begründen kann, kann sie auch haben. Aber nicht umgekehrt. Die Unterscheidung zwischen der Fähigkeit, Rechte oder Pflichten zu haben, und der Fähigkeit solche zu begründen und geltend zu machen, ist uns geläufig; allein um nichts desto klarer. Schon dieses „Haben“, „Innehaben“ von Rechten und Pflichten läßt sich kaum definieren: rechtsfähig, sagt man, ist wer beides haben kann; und wer beides haben kann, ist rechtsfähig. Aber was bedeutet das? nämlich das bloße „Haben“ im Gegensatz



zur Handlungsfähigkeit, d. h. der Fähigkeit, diese Pflichten und Rechte zu begründen und geltend zu machen? Was „hat“ derjenige, dessen Rechte und Pflichten durch einen anderen begründet und ausgeübt werden? z. B. der fünfjährige Eigentümer eines großen Vermögens? (S. 23.) Das praktisch Bedeutsame daran ist 1., daß er der gedachte Träger dieser passiven und aktiven Rechtsbeziehungen ist; er ist es, in dessen Namen der gesetzliche Vertreter immer handelt. Auf ihn bezogen bilden diese Rechtsbeziehungen praktisch ein Vermögen, solange er lebt. Diese Einheit ist praktisch wichtig, z. B. für die Gläubiger; — 2. daß er der Benefiziar der betr. aktiven Rechtsbeziehungen und ihr zukünftiger Verwalter ist, nämlich wenn er die Handlungsfähigkeit erlangt. Das ist bedeutsam für ihn selbst; aber nur weil auch das öffentliche Recht hierfür sorgt (ZGB 297, 413, 426). Das Vermögen der Handlungsunfähigen ist eine Zweckeinheit und der Zweck ist die Person des Eigentümers. Rechtsfähigkeit ist also praktisch gesprochen die Fähigkeit eines Menschen, der ideelle Mittelpunkt und der Zweck eines Vermögens zu sein. Das Privatrecht kann ohne das Rechtsinstitut der Rechtsfähigkeit auskommen, wenn für den Handlungsunfähigen in anderer Weise gesorgt wird; ohne das der Handlungsfähigkeit unmöglich.

Die Handlungsfähigkeit ist also die Hauptsache. Manche Rechte haben für die Rechtsfähigkeit gar keinen Namen, z. B. der c. c. und andere kennen das Institut auch der Sache nach nicht, z. B. das englische.

Da die Handlungsfähigkeit eine Fähigkeit, d. h. eine Art privater Kompetenz bedeutet, begründet sie als solche noch keine Pflicht und kein Recht. Die Bestimmungen des Gesetzes über die Handlungsfähigkeit sind daher auch nicht materiellrechtliche Normen, da sie niemanden zu irgend etwas verpflichten. Sie begründen eine Fähigkeit, sie regeln nicht ein Verhalten.

Von der Handlungsfähigkeit unterscheidet man auch die Verfügungsfähigkeit, d. h. die Fähigkeit eines Handlungsfähigen über gewisse Teile seines Vermögens zu verfügen, bzw. die Unfähigkeit es zu tun. Der Konkursit ist handlungsfähig, aber er kann über sein in die Konkursmasse einbezogenes Vermögen nicht mehr verfügen; die Ehefrau kann nur beschränkt über das eheliche Vermögen verfügen.

Wie hat nun unser Gesetz die Rechts- und die Handlungsfähigkeit geordnet?

Die Frage gilt im eigentlichen Sinn nur für die einzelnen Men-

schen, die „natürlichen Personen“, denen das positive Recht die eine oder die andere absprechen oder in verschiedenem Umfange zusprechen kann. „Juristische Personen“ können nicht rechts- und handlungsunfähig sein, denn dann existieren sie überhaupt nicht. Aber indem das positive Recht auch Personenmehrheiten oder Vermögen als rechts- und handlungsfähig anerkennt, anerkennt es neben den „natürlichen“ auch „juristische“ Personen.

## B. Die natürlichen Personen.

### I. Die Rechtsfähigkeit.

„Rechtsfähig ist jedermann“ (ZGB 11), d. h. jeder Mensch und zwar von der vollendeten Geburt an.

„Vor der Geburt ist das Kind unter dem Vorbehalt rechtsfähig, daß es lebendig geboren wird“ (31); für diesen Fall kann es Rechte erwerben, z. B. durch Erbgang oder Schenkung. Es ist also gewissermaßen bedingt rechtsfähig.

Die Persönlichkeit endet mit dem Tode.

Aber die Rechtsfähigkeit einer noch lebenden Person kann durch die **Verschollenerklärung** eingeschränkt werden. Wenn nämlich eine Person in Todesgefahr verschwunden oder seit langem nachrichtlos abwesend ist, kann der Richter sie nach einem, bzw. fünf Jahren verschollen erklären mit der Wirkung, daß ihre Rechte, wie die einer zur Zeit der Gefahr oder der letzten Nachricht verstorbenen Person behandelt werden; auch ihre Ehe. Sie verliert eigentlich die Rechtsfähigkeit nicht, wohl aber die schon erworbenen Rechte und die Fähigkeit im betr. Lande weitere, z. B. durch Erbgang, zu erwerben. — Ein wirklicher Verlust der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit war der **bürgerliche Tod**, der die Folge schwerer Verbrechen war (c. c. alt Art. 22).

Geburt und Tod der Personen, sowie ihre Verehelichung werden durch die **Zivilstandsregister** festgestellt. Der Registerführer soll diese Tatsachen auf Grund der Angaben der anzeigepflichtigen Personen feststellen und beurkunden (und nicht bloß die Aussagen, wie sie gemacht werden, protokollieren, wie im französischen Recht).

Selbstverständlich hat die Eintragung nur Beweiswirkung, nicht konstitutive, wie die Eintragung der juristischen Personen ins Handelsregister. Aber die eingetragenen Tatsachen gelten als bewiesen, solange nicht der Gegenbeweis geleistet ist (S. 129).



## II. Die Handlungsfähigkeit.

Handlungsfähig ist, wer urteilsfähig und mündig bzw. nicht entmündigt ist. Es gehören die beiden Bedingungen dazu. Der Handlungsunfähige kann nur durch seinen gesetzlichen Vertreter (Eltern oder Vormund) verpflichtet werden oder doch nur mit ihrer Zustimmung sich verpflichten.

1. Die **Urteilsfähigkeit** (oder natürliche Handlungsfähigkeit) hat, wer fähig ist, vernunftgemäß zu handeln (ZGB 16), d. h. die rechtliche Bedeutung seines Verhaltens einzusehen, und die Kraft, nach dieser Einsicht zu handeln. Diese Fähigkeit geht ab den Kindern, den Geisteskranken und Geistesschwachen, vorübergehend auch den Betrunkenen, Schlaftrunkenen, Fieberkranken, Hypnotisierten, den in hohem Affekt Handelnden u. a.

Jemand kann auch beschränkt urteilsfähig sein, wenn er die nötige Einsicht für eine Handlung hat, aber nicht für eine andere, z. B. für die Entgegennahme einer Zahlung, aber nicht für die Unterzeichnung eines Wechsels. Die Frage ist also relativ zu beantworten. Für die Beantwortung der Frage wird mitunter das gerade abgeschlossene Geschäft ein Indiz sein; ein ganz unvorteilhafter Kauf kann die unzulängliche Urteilskraft des Käufers bezeugen; aber der Umstand, daß in concreto nicht vernünftig gehandelt worden ist, beweist noch nicht ohne weiteres, daß der Betreffende nicht urteilsfähig gewesen wäre.

Die Unsicherheit des Kriteriums der Urteilsfähigkeit hat noch eine andere, leichter feststellbare Abgrenzung nötig gemacht:

2. Die **Mündigkeit**. Unmündigkeit ist die normale Folge der Minderjährigkeit. Den Unmündigen gleichgestellt sind die entmündigten Mehrjährigen.

a) **Unmündig** ist, wer das 20. Lebensjahr noch nicht vollendet hat. Aber „Heirat macht mündig“ (ZGB 14), und ausnahmsweise kann schon mündig erklärt werden, wer das 18. Lebensjahr vollendet hat (ZGB 15).

b) **Entmündigt** wird der Mehrjährige, der dauernd urteilsunfähig ist, z. B. der Geisteskranke. Aber er kann auch entmündigt werden, ohne daß ihm die Urteilsfähigkeit abginge, z. B. auf eigenes Begehren; und wenn der entmündigte Urteilsunfähige zeitweise die Urteilsfähigkeit wiedererlangt (in den lucida intervalla), ist er doch

nicht voll handlungsfähig, solange die Vormundschaft nicht wieder aufgehoben worden ist.

Unmündige, wie Entmündigte sind nämlich nicht vollständig handlungsunfähig, wenn sie nicht ganz urteilsunfähig sind. Sind sie urteilsfähig oder soweit sie es sind, können sie selbständig gewisse rechtswirksame Handlungen vornehmen: sie können unentgeltlich Vorteile erlangen, ihre persönlichen Rechte ausüben und sich durch unerlaubte Handlungen schadenersatzpflichtig machen (ZGB 19). Sie können sich allein nicht rechtsgeschäftlich verpflichten, wohl aber mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Und diese Zustimmung kann auch stillschweigend und zum voraus gegeben werden; oder genauer: der Geschäftspartner kann annehmen, sie sei erteilt, wenn die Umstände darauf schließen lassen. Die Zustimmung des Vaters kann z. B. angenommen werden, wenn der Sohn außer Hauses in der Lehre steht und sein Velo reparieren läßt (was praktisch der Fähigkeit, ohne den Vater zu handeln, gleichkommt); nicht aber, wenn er einen neuen Anzug versetzt. Wenn der Vertrag mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters geschlossen wird, ist der Unmündige der Vertragsschließende, nicht der zustimmende Vater. Aber der Vater kann auch allein für das Kind einen Vertrag schließen.

Die Handlungsunfähigkeit, ähnlich der Unzuständigkeit einer Behörde (S. 141), hat die Wirkung, daß das vom Unfähigen abgeschlossene Geschäft ungültig ist, und zwar auch, wenn der Geschäftspartner die Unfähigkeit nicht kannte. Immerhin mit gewissen Ausnahmen (OR 19).

## C. Die juristischen Personen.

### I. Die Arten.

Man kann die juristischen Personen nach zwei Gesichtspunkten einteilen: nach ihrem öffentlich- oder privatrechtlichen Charakter und nach ihrer körperschaftlichen oder anstaltlichen Organisation.

1. Dem **öffentlichen Recht** gehören die juristischen Personen an, die von Rechts wegen, kraft gesetzlicher Vorschrift; dem **Privatrecht** diejenigen, die kraft Rechtsgeschäftes entstehen und bestehen.

Eine Gemeinde, eine Kantonalbank oder eine Wuhrgenossenschaft sind öffentlichrechtliche Verbände, weil und sofern sie durch gesetzliche Vorschrift ins Leben gerufen und am Leben erhalten werden, und nicht durch das Belieben von Privatpersonen, also



durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung. Die Armenpflege z. B. wird besorgt zum Teil durch öffentliche Körperschaften und Anstalten, zum Teil durch freiwillige, private Vereine.

Das ist ein und ein klares Kriterium, wie es jede begriffliche Unterscheidung fordert. Die damit bezeichnete Unterscheidung ist unentbehrlich zu einer folgerichtigen Ordnung dieses Gegenstandes. Das will nicht sagen, daß das positive Recht sie immer einhalte. Aber wenn es sie nicht einhält, begibt es sich in Widersprüche; ein Fehler, der sich in der Anwendung des Gesetzes sicher rächt; z. B. wenn es sich darum handelt, die Statuten einer Beamtenversicherungskasse abzuändern und die Mitglieder sich auf wohlerworbene Rechte berufen.

2. **Körperschaft** nennt man eine juristische Person, die aus einer Mehrzahl von Personen (Mitgliedern) besteht, welche sich selbst konstituieren und verwalten; **Anstalt** nennt man die juristische Person, die nach einem vorgeschriebenen Statut zu einem bestimmten Zweck verwaltet wird. Im ersten Fall, sagt man, ist das „Substrat“ (die Unterlage) eine Personenmehrheit, im zweiten eine Sachgesamtheit. Die Körperschaften werden belebt durch den Willen ihrer Mitglieder: die Mitglieder wählen die Organe, erhalten oder verändern Zweck und Statut und sind in der Regel auch die Nutznießer des Vermögens; die Anstalt dagegen hat keine Mitglieder, ihr Statut ist der Ausdruck eines fremden Willens (des Stifters z. B.), und niemand ist da, um über die getreue Befolgung dieses Willens durch die Anstaltsorgane zu wachen oder gegebenenfalls das Statut abzuändern, als die staatliche Aufsichtsbehörde.

3. Betrachtet man das **Verhältnis der ersten zur zweiten Einteilung**, so gewahrt man, daß die öffentlichrechtlichen Verbände der zweiten Unterscheidung nicht recht zugänglich sind: sie können wohl körperschaftsähnlich organisiert sein, z. B. die Gemeinden, so daß die „Mitglieder“ die Organe bestellen und das Gemeindestatut aufstellen. Aber sie bleiben immer, weil öffentlichrechtlich, ein vom Gesetz gewollter Verband, der bestehen muß, dem Zweck und Organisation mehr oder weniger bestimmt vorgeschrieben sind und der sich nur unter staatlicher Aufsicht betätigen kann. Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind im Grunde alle Anstalten, aber mehr oder weniger genossenschaftlich organisiert. Und da alle öffentlichen Anstalten vom Staate eingesetzt und überwacht sind, gehören sie auch alle zum Staate; sie sind weder dem Staate gegenüber noch unter sich voll unabhängig, sondern Glieder

eines größeren Ganzen (S. 150). Die Unterscheidung ist dagegen deutlich im Privatrecht: eine private juristische Person ist entweder Körperschaft oder Anstalt, d. h. hier Stiftung. Die Stiftungen sind zwar, wie soeben bemerkt, nicht rein privatrechtlich, da sie der öffentlichen Aufsicht bedürfen; sie sind deshalb auch nicht ganz unabhängig vom Staat. Die Körperschaften dagegen sind sowohl unter sich, wie auch vom Staat unabhängig. Die erste Unterscheidung präjudiziert also notwendig die zweite. Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind nie echte Körperschaften; die Anstalten des Privatrechts nie ganz privatrechtlich.

Hier ist nun die Rede von den privaten juristischen Personen, und zwar beschränken wir uns auf die Körperschaft als die folgerichtige und deshalb lehrreiche Anwendung eines neuen grundsätzlichen Gedankens.

4. Die privaten Körperschaften können (wie schon S. 65 bemerkt) nur nach einer der gesetzlich vorgesehenen Formen begründet werden: als Vereine, Genossenschaften, Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung, wozu noch Körperschaften des kantonalen Rechts kommen, wie Alpgenossenschaften. Ob auch die Kollektiv- und Kommanditgesellschaften juristische Personen seien, ist bestritten, weil man über den Begriff der juristischen Person selbst nicht einig ist.

## II. Die rechtliche Natur der privaten Körperschaft.

1. Die private Körperschaft ist eine eigenartige Form der Vereinigung mehrerer Einzelner zu gemeinsamem Zweck. Die Eigenart der Form besteht in der Organisation. Körperschaften sind organisierte Personenverbindungen. **Organisation** nennt man den Plan, die Ordnung, nach welcher die zur Erreichung des Zweckes erforderlichen Anordnungen einheitlich und verbindlich für alle Mitglieder getroffen werden. Diese Ordnung ist enthalten in den **Statuten**, die gewissermaßen die Verfassung dieser privaten Gemeinschaft sind. Die Statuten sind also kein Vertrag, auch kein Gesellschaftsvertrag: der Vertrag begründet gegenseitige Pflichten des Verhaltens unter den Parteien; das Statut begründet Kompetenzen der Organe gegenüber den Mitgliedern. Sie sind eine Zuständigkeitsordnung, wie die staatliche Verfassung (S. 147). Dazu gehört aber hier, im Gegensatz zum Staat, nicht nur die Bestimmung der körperschaftlichen Behörden, ihrer Kompetenzen und ihres Verfahrens, sondern auch die Bestimmung des Zweckes der Körper-



schaft. Wer berufen ist, im Dienste dieses Zweckes Anordnungen zu treffen, über das Vermögen zu verfügen und die Gesamtheit nach außen zu vertreten, ist Organ der Körperschaft. Die Vertretung nach außen steht einem Vorstande zu; im übrigen ist das oberste Organ eine Versammlung der Mitglieder.

2. Die **Organe** sind den einzelnen übergeordnet, wie die öffentlichen Behörden den Bürgern übergeordnet sind: was sie beschließen ist verbindlich für den einzelnen; was der Körperschaft gehört, darüber verfügen ihre Organe (und umgekehrt) und damit haftet (S. 17) auch die Körperschaft gegenüber Dritten für ihre Schulden (oder m. a. W.: ihre Schulden sind es, weil ihr Vermögen dafür haftet).

Man nennt die Organe die „Vertreter“ der Körperschaft. Das ist richtig, insofern als sie wie die Vertreter andere, nämlich die Gesamtheit der Mitglieder, verpflichten können. Sie sind aber mehr als bloße Vertreter der Mitglieder. Wenn die Mitglieder einer (unorganisierten) einfachen Gesellschaft alle zusammen einen Vertreter bestellen, haben sie noch kein Organ bestellt: das Organ schließt mit seiner Kompetenz die Verfügungsbefugnis der Mitglieder aus, der gemeinsame Stellvertreter aber nicht, da der Vertretene immer auch tun kann, was er den Stellvertreter ermächtigt hat zu tun. Die Vollmacht kann beliebig widerrufen werden, die Organeigenschaft nicht; diese wird immer gemeinschaftlich erteilt, jene einzeln; das Organ ist immer wie ermächtigt, so verpflichtet, einen gemeinsamen Zweck zu verfolgen, die Vollmacht ist von solcher Bindung unabhängig. Und endlich kann man die Organe auch nicht die Vertretung der Körperschaft selbst nennen, weil die Körperschaft ohne Organe gar keine Körperschaft ist.

3. Die Organisation macht derart die Vielheit der Mitglieder zu einer **Einheit** im praktischen Sinn: die Mitglieder sind die einzigen existierenden Personen: aber sie handeln, besitzen, haften im Bereich ihres gemeinsamen Zweckes, wie wenn sie einen Körper bildeten. Es ist praktisch so: quod debet universitas, non debent universi; quod debent universi non debet universitas (was die Körperschaft schuldet, schulden die einzelnen nicht, und umgekehrt).

Ist man sich aber klar über die Grundsätze des praktischen Verhaltens (daß z. B. die Mitglieder die Rückzahlung ihrer Anteile am Gesamtvermögen nicht verlangen können, solange die Gläubiger nicht befriedigt sind u. a. m.), so ist es unnütz und methodisch

falsch, sich noch darüber zu streiten, was diese „Person“, die man juristisch nennt, eigentlich sei: ob ein wirkliches, neues Wesen, und was für ein Wesen, oder bloß etwas Fingiertes oder gar nichts. Wenn die vielen Mitglieder so behandelt werden müssen, wie wenn sie eine Person wären, sind sie im Rechtssinne, d. h. im praktischen Sinne, eine Person; ob außer den einzelnen noch eine Gesamtperson existiere, ist ganz gleichgültig.

### III. Die Rechtsfähigkeit der privaten Körperschaft.

Die Rechtsfähigkeit der Körperschaft wird bestimmt einerseits durch das Gesetz, andererseits durch das Statut.

1. Nach **Gesetz** (ZGB 53) ist die juristische Person der Rechte und Pflichten nicht fähig, die die natürlichen Eigenschaften des Menschen, wie das Geschlecht, das Alter oder die Verwandtschaft, voraussetzen, und, kann man beifügen, die nicht gemeinschaftlich ausgeübt werden können. Deshalb ist die Rechtsfähigkeit der juristischen Personen des Privatrechts im wesentlichen auf das Vermögensrecht beschränkt. Persönlichkeitsrechte hat sie nur, soweit sie mit der gemeinschaftlichen Geschäftsführung zusammenhangen, z. B. die Geschäftslehre (OR 55; B.Ger. 31, II, 242). Die Körperschaft kann wohl für die unerlaubten Handlungen ihrer Organe zivilrechtlich haften (S. 17), aber sie ist nicht strafrechtlich verantwortlich; denn Verbrechen kann man nicht körperschaftlich begehen und derjenige, der sie begangen hat, soll persönlich nach Maß seiner Schuld, die immer persönlich ist, bestraft werden. Nur Polizeibußen, die ohne Rücksicht auf die wirkliche Schuld verhängt werden, können auch eine juristische Person treffen.

2. Innerhalb der gesetzlichen Rechtsfähigkeit bestimmt aber das **Statut** den **Zweck** der Körperschaft und auch das bildet eine Schranke ihrer Rechtsfähigkeit. Nur im Rahmen des statutarischen Zweckes können die Organe die Körperschaft verpflichten.

Der Zweck hat noch die weitere Funktion, die Identität des Verbandes auszumachen: nur zu dem angegebenen Zweck haben sich die Mitglieder auf das Statut verpflichtet. Das Statut mag abgeändert werden mit qualifizierter oder sogar einfacher Mehrheit; „eine Umwandlung des Vereinszweckes kann keinem Mitgliede aufgenötigt werden“ (ZGB 74); vielleicht auch nicht den Gläubigern. Denn ein Pilzverein, der sich auf ein vegetarisches Speisehaus umstellt, ist ganz etwas anderes.



#### IV. Die Haftung nach außen.

Daß eine private Körperschaft mit einem eigenen Vermögen für ihre Schulden eintreten muß, ist schon gesagt worden: hätte sie kein so verhaftetes Vermögen, d. h. Vollstreckungsobjekt, so wäre sie keine vermögensfähige Person. Mit diesem ihrem Vermögen muß also die Körperschaft stets haften. Aber was dieses Vermögen ausmache und ob daneben noch die Mitglieder haften, das kann verschieden geordnet sein. Das Vermögen der Körperschaft kann aus bestimmten, begrenzten Einlagen der Mitglieder bestehen, wie bei der Aktiengesellschaft; dann haften die Mitglieder nicht mehr persönlich, wenn sie ihre Einlage gemacht, ihre Aktie einbezahlt haben. Es können aber die Mitglieder zu Beiträgen verpflichtet sein, die nicht zum voraus bestimmt sind und sich vielleicht gerade nach der Zahlungsbilanz der Körperschaft richten; so daß die Mitglieder zwar den Gläubigern nichts schulden, wohl aber der Körperschaft das, was zur Befriedigung der Gläubiger nötig ist (Nachschußpflicht). Der Anspruch auf Nachschuß gehört dann auch zum Vermögen der Körperschaft und kann, wenn nötig, von den Gläubigern im Konkurs geltend gemacht werden (OR 871).

Und endlich können die Mitglieder auch den Gläubigern selbst für die Schulden der Körperschaft subsidiär (und zwar unbeschränkt oder nur bis zu einem gewissen Betrag) haften, so daß die im Konkurs der Körperschaft zu Schaden gekommenen Gläubiger sich an den Mitgliedern erholen können. So haften die Mitglieder der Kollektivgesellschaft und so können auch die Mitglieder der Genossenschaft haften (OR 869 f.).

### § 10. Die Einteilung des Privatrechts.

Wir haben nicht alle Bezirke des Gebietes, das man Privatrecht nennt, durchgangen; aber doch die für unsere grundsätzliche Betrachtung aufschlußreichen. Die anderen sollen hier nicht behandelt werden. Es empfiehlt sich aber, bevor wir unseren Rundgang fortsetzen, uns kurz Rechenschaft zu geben, welche Teile notwendig zum Privatrecht gehören, und sodann, in welchem Verhältnis die anderen Teile zu jenen stehen.

I. Wenn das Privatrecht das Recht der **Rechtsverhältnisse** ist, muß es notwendig zwei Fragen beantworten:

1. wer kann an solchen Rechtsverhältnissen teilhaben, sie begründen und betätigen? Das ist die privatrechtliche Rechts- und Handlungsfähigkeit (§ 9); diese Frage beantwortet das **Personenrecht**;

2. an welchen Rechtsverhältnissen können diese Personen teilhaben? Das können sein:

a) **obligatorische** Rechtsverhältnisse, deren wichtigste Art die durch Rechtsgeschäft begründeten sind. Hier stellt sich also die weitere Frage: welche Rechtsverhältnisse durch Rechtsgeschäft begründet werden können (Vertragsfreiheit) und wie solche Rechtsgeschäfte abzuschließen sind (Abschluß der Verträge), (§ 3). Das ist der Gegenstand des **Obligationenrechts** oder des Rechts der Schuldverhältnisse;

b) **dingliche** Rechtsverhältnisse; sie machen den Bereich des **Sachenrechts** (§ 5) aus, wozu man auch die anderen absoluten Rechte (S. 88), d. h. das geistige Eigentum und die Persönlichkeitsrechte, soweit sie Privatrecht sind, rechnen kann.

Das Recht der obligatorischen und dinglichen Rechtsverhältnisse, ausschließlich der Persönlichkeitsrechte, nennt man das **Vermögensrecht**.

Diese drei Rechtsgebiete, Personen-, Obligationen- und Sachenrecht, sind die notwendigen Bestandteile des Privatrechts; m. a. W.: sie geben die Antwort auf drei Fragen, die der Gesetzgeber des Privatrechts sich notwendig stellen muß. Die erste muß er notwendig positiv beantworten, da er ohne rechts- und handlungsfähige Personen auch keine Rechtsverhältnisse vorsehen kann; ob er auch die dritte positiv beantworten muß, m. a. W. ob zu einem Privatrecht dingliche Rechtsverhältnisse notwendig gehören, bleibe hier unentschieden; aber nur eine privatrechtliche Möglichkeit ist es. In diesem Sinn sind die drei genannten Teile die wesentlichen Teile des Privatrechts; im systematischen, nicht im praktischen Sinn. Sie stehen auch untereinander in einem klaren systematischen Verhältnis.

II. Herkömmlicherweise umfassen aber die privatrechtlichen Gesetzbücher und demzufolge die wissenschaftlichen Darstellungen des Privatrechts noch andere Rechtsgebiete; die modernen privatrechtlichen Gesetzbücher umfassen nämlich auch das Familienrecht und das Familiengüterrecht; ältere bezogen noch manches andere Rechtsgebiet in ihr Programm, z. B. das Bürgerrecht, das Enteignungsrecht, Berg- und Wasserrecht.



Die Familie, d. h. die Gemeinschaft der Ehegatten, der Eltern und Kinder und der weiteren Verwandten, ist nicht eine rein privatrechtliche Einrichtung; das öffentliche Interesse ist daran stark beteiligt, und deshalb ist auch die rechtliche Ordnung des **Familienrechts** mit Grundsätzen des zwingenden, öffentlichen Rechts stark durchsetzt. Aber der Familienstand hat auch privatrechtliche Wirkungen; er begründet Rechtsverhältnisse, die wie die Unterstützungspflicht von den Beteiligten (nach Belieben) geltend gemacht werden in den Formen des Privatrechts; und er bleibt nicht ohne bedeutende Wirkung auf das Vermögen der Familienglieder, z. B. der Ehegatten im Verhältnis zueinander. Das **Familiengüterrecht** setzt also einerseits das Familien-, andererseits das Vermögensrecht voraus.

III. Wir erhalten so folgende schematische Einteilung des heutigen Privatrechts:

1. **Personenrecht**, d. h. Ordnung der Rechts- und Handlungsfähigkeit der natürlichen Personen und Ordnung der juristischen Personen; das positive Recht rechnet zum Personenrecht auch die Rechte der Persönlichkeit, soweit sie nicht in Spezialgesetzen anerkannt sind;

2. **Vermögensrecht**, d. h.

a) das Obligationenrecht oder das Recht der Schuldverhältnisse;  
b) das Sachenrecht; während das jüngere Immaterialgüterrecht noch in Spezialgesetzen enthalten ist;

3. das **Familienrecht**, d. h. die Ordnung der Ehe und des persönlichen Verhältnisses unter Ehegatten und Verwandten und den familienrechtlichen Stand (status);

4. das **Familiengüterrecht**, d. h. die Ordnung der vermögensrechtlichen Verhältnisse unter den Familienangehörigen, nämlich:

a) das eheliche Güterrecht,  
b) die güterrechtlichen Beziehungen zwischen Eltern und Kindern, sowie zwischen weiteren Verwandten, und  
c) das Erbrecht.

Unser ZGB folgt übrigens nicht genau dieser Einteilung, weder nach der sachlichen Abgrenzung, noch nach dem Aufbau, noch nach der Reihenfolge. Seine fünf Teile lauten vielmehr: 1. Personenrecht; 2. Familienrecht; 3. Erbrecht; 4. Sachenrecht; 5. Obligationenrecht.

## § 11. Zivilprozeß und Vollstreckung.

### I. Zivilrecht, Zivilprozeß und Vollstreckung.

1. **Rechtliche** Ansprüche, im Gegensatz zu bloß sittlichen, sind per definitionem erzwingbar (S. 16). Ein Anspruch ist Rechtsanspruch, weil und soweit er erzwingbar (d. h. vollstreckbar) ist. Die Vollstreckbarkeit gehört also zum Begriffe des Rechtsanspruches und kommt nicht erst nachträglich und von ungefähr hinzu, wie es vielfach dargestellt wird; als ob das materielle Recht (das Zivilrecht) den Rechtsanspruch begründete und das formelle Recht (das Prozeßrecht) darauf selbständig darüber entschiede, ob und wie weit es jenem Rechtsanspruch Vollstreckbarkeit gewähren wolle. Es muß vielmehr von vornherein das formelle Recht hinzugenommen werden, um zu entscheiden, was rechtlichen Charakter hat und was nicht. Beides, das materielle und das formelle Recht, müssen zusammengedacht und vom Gesetzgeber jeweilen zusammen erwogen werden. Beides gehört zum Rechtsanspruch, wie Heft und Klinge zum Messer. Jedes muß dem anderen angepaßt sein, das formelle Recht dem materiellen und umgekehrt. Das materielle Recht bestimmt, was erzwingbares Recht ist; das formelle, wie es erzwungen wird.

2. Deshalb ist es für die Vollstreckung und das Verfahren, das dazu führt, nicht gleichgültig, was dadurch erzwungen werden soll. Der „Anspruch“ des Staates z. B. gegen einen Bürger auf Militärdienst oder auf Beseitigung eines polizeiwidrigen Zustandes wird anders durchgesetzt als der Anspruch eines Privaten gegen einen anderen auf Bezahlung einer Schuld. Dort kann der „Anspruch“ ohne weiteres durch Polizeiorgane erzwungen werden, weil die verantwortliche, zuständige Behörde, welche den Anspruch erhebt, ihn damit auch feststellt (S. 141). Der berechtigte **Private** kann das nicht: der Anspruch, den er erhebt, kann vom Angesprochenen mit gleicher Wirkung bestritten werden, wie er erhoben wird. Deshalb muß er vorerst durch eine Behörde festgestellt werden. Dieser autoritativen Feststellung behufs Vollstreckung dient der Zivilprozeß.

3. Die Aufgabe des Zivilprozesses ist also, im Urteil den **vollstreckbaren Rechtstitel** zu schaffen, der noch fehlt; einen Titel, der dem Berechtigten gestattet, seinen nun festgestellten Anspruch zu



erzwingen; und zwar ohne weiteren Streit. Zivilprozeß und Vollstreckung gehören zusammen; man muß sie begrifflich unterscheiden, aber man kann das eine ohne das andere nicht begreifen.

Deshalb muß das Zivilurteil nicht nur auf eine geschuldete, sondern auch auf eine vollstreckbare Leistung gehen; sonst hat der Prozeß seine Aufgabe noch nicht ganz erfüllt. Deshalb muß ferner die erzwingbare Leistung so konkret und eindeutig bestimmt sein, daß sie vollstreckungsreif ist, d. h. daß die Vollstreckungsbehörde keinen Zweifel darüber haben kann, was zu vollstrecken sei. Deshalb ist aber auch, wenn das Urteil so lautet, keine weitere Klage mehr nötig zur Erzwingung des nun festgestellten Anspruches; der siegreiche Kläger kann vielmehr ohne weiteres die Vollstreckung des Urteils verlangen, wogegen der Verurteilte nur noch mit ganz durchsichtigen Einreden aufkommt, wie etwa eine spätere Quittung des Gläubigers. Die Regel: „audiatur et altera pars“ gilt im Vollstreckungsverfahren nur noch beschränkt.

## II. Die Eigenart des Zivilprozesses.

1. Unter Prozeß versteht man gewöhnlich einen Streit. Und der Zivilprozeß ist in der Tat ein **Streitverfahren**: das Verfahren zur Erledigung eines Streites unter zwei Privatpersonen durch verbindlichen Entscheid. Nicht zufällig. Das Verfahren zur verbindlichen Feststellung einer öffentlichrechtlichen Pflicht, z. B. einer steuer- oder polizeirechtlichen, ist nicht von Haus aus ein Streitverfahren; wohl aber das zur Feststellung einer privatrechtlichen Pflicht. Weil es dazu dient, ein zwischen zwei Personen bestehendes (oder behauptetes) Rechtsverhältnis abzuklären. Ein solches Rechtsverhältnis, wenn es bestritten wird, bedarf, wie schon bemerkt, der Abklärung durch eine staatliche Autorität; es bedarf aber andererseits der Abklärung nur, wenn die Parteien nicht einig sind. Sind sie einig, so genügt ihr Einverständnis, um es nach ihrem Willen zu gestalten, auch wenn es bisher nicht so gewesen wäre. Denn sie, die beteiligten Privaten, können ja nach Belieben darüber verfügen. Das ist die Eigenart des Zivilrechts, und sie bestimmt auch die Eigenart des Zivilprozesses.

Sind die Beteiligten aber nicht einig, so ist ein amtliches Verfahren zur Entscheidung auch unentbehrlich. Denn als Privater kann jeder nur behaupten, nicht entscheiden; und doch muß entschieden sein, was rechtens ist, bevor der Staat seinen Zwang einsetzt.

Der Zivilprozeß ist ein Streitverfahren und deshalb ein Parteiverfahren: zwischen den streitenden Parteien entscheidet der unparteiische Richter.

2. Deshalb ist dem Zivilprozeß eigen die **Verhandlungsmaxime**, d. h. die Maxime, daß das Gericht nur entscheidet, wenn es ein Beteiligter verlangt (wo kein Kläger ist, ist kein Richter) und daß der Richter auch nicht Tatsachen geltend macht, die die Beteiligten nicht geltend machen wollen; daß er also nicht von Amtes wegen die wirkliche (materielle) Wahrheit erforscht, sondern sich mit den vorgebrachten Tatsachen und Beweisen (der formellen Wahrheit) begnügt. Weshalb auch den Parteien der Beweis der bestrittenen Tatsachen obliegt; und da der Richter entscheiden muß, kann er nicht (wie etwa der Strafrichter) dabei stehen bleiben, daß keine Partei ihre Behauptung bewiesen hat (non liquet). Damit er diese unabgeklärten Tatsachen als wahr oder unwahr annehmen kann, muß einer Partei die **Beweislast** auferlegt sein, so daß, wenn sie nicht beweist, das Gegenteil zu gelten hat. Deshalb ist auch das Verfahren beendet, wenn sich die Parteien durch Abstand der einen oder durch Vergleich einigen. Alles im Gegensatz zum Verfahren, in welchem öffentliches Recht angewendet wird: hier entscheidet die Behörde von Amtes wegen; sie entscheidet, was das Gesetz verlangt; sie erforscht die materielle Wahrheit und ohne Rücksicht auf die Einigung der Parteien. Diese Maximen werden allerdings auch in gewissen „Zivilsachen“ angewendet, d. h. in Sachen, die von Zivilgerichten und (im übrigen) nach dem Zivilprozeß behandelt werden; z. B. in familienrechtlichen Sachen, wie Nichtigkeit oder Scheidung der Ehe, Familienstand u. a. m. Aber es ist immer das sichere Zeichen dafür, daß an solchen Entscheidungen auch das öffentliche Interesse beteiligt ist (S. 126). Umgekehrt kommt es auch vor, daß öffentlichrechtliche Sachen, z. B. Steuersachen, in parteimäßigem Streitverfahren vor einem Verwaltungs- oder sogar Zivilgericht zwischen Steuerverwaltung und Steuerzahler verhandelt werden; aber wenn hier die Verhandlungsmaxime angewendet wird, geschieht es immer auf Kosten des öffentlichen Interesses und des angewendeten öffentlichen Rechts.

3. Der Zivilprozeß dient daher auf seinem eigentlichen Anwendungsgebiet, dem Privatrecht, der Feststellung des Rechts; aber nicht sowohl des Rechtes selbst wegen, als der **Beendigung des Streites** wegen; nicht sowohl der Gerechtigkeit als der Rechtssicher-



heit wegen. Was im Urteil erkannt wird, ist vielleicht nicht immer das wahre Recht des Klägers (und das wahre Recht des Klägers hielte nicht immer Stand vor der Gerechtigkeit); z. B. wenn es nicht wirksam geltend gemacht worden ist oder der Beklagte sich nicht wirksam verteidigt hat. Aber das Urteil setzt an Stelle des bestrittenen ein unbestreitbares Recht. Deshalb ist das Urteil, das im Instanzenzug nicht mehr angefochten werden kann, nicht nur formell, sondern auch materiell **rechtskräftig**: dieselbe Sache soll nicht mehr bestritten werden können, weder vor demselben noch vor einem anderen Gericht; auch auf die Gefahr hin, daß unrichtig entschieden worden wäre (*res judicata pro veritate habetur*). Ein Zivilprozeßrecht, welches das Verfahren nicht im rechtskräftigen Urteil ausmünden ließe, hätte sein Ziel verfehlt: den Streit zu beenden und sicheres Recht zu schaffen. Ausnahmen bestätigen die Regel (vgl. S. 55).

Verfügungsfreiheit der Parteien und Rechtskraft, d. h. Unabänderlichkeit des Urteils, entsprechen sich notwendig: was Gegenstand freier Verfügung Privater ist, ist auch Gegenstand rechtskräftiger Entscheidung. Auch hier im Gegensatz zum öffentlichen, zwingenden Recht, das nicht der freien Verfügung der Beteiligten untersteht: was hier einmal erkannt worden ist, z. B. ein polizeiliches Verbot, kann wieder abgeändert werden, wenn es sich herausstellt, daß es dem Gesetz nicht entspricht.

### III. Die Gerichtsorganisation.

Die staatliche Kompetenz, die zivilrechtlichen Streitsachen zu entscheiden und das dazu Nötige anzuordnen, nennt man **Zivilgerichtsbarkeit**.

Diese Kompetenz steht den staatlichen Gerichten zu (über die private Schiedsgerichtsbarkeit s. S. 160).

Die Normen, die bestimmen, wie die Gerichte zu bilden sind, und wie die so gebildeten Gerichte sich in ihre Aufgabe teilen, machen die Gerichtsorganisation aus, während das eigentliche Prozeßrecht bestimmt, in welchem Verfahren, nach welchem Prozedere, sie die Sachen ihrer Zuständigkeit zu erledigen haben.

Nach der Arbeitsteilung gliedern sich die Gerichte eines Landes zu einem planmäßigen Ganzen, so daß alle Streitsachen ihren Richter finden und keine negativen oder positiven Kompetenzkon-

flikte entstehen. Die Gliederung beruht auf drei Gesichtspunkten: dem sachlichen, dem instanzlichen (funktionellen) und dem örtlichen.

1. Der **sachliche** Gesichtspunkt besteht in der Verschiedenheit der Streitsachen, d. h. des geltendgemachten Anspruches. Obschon die Gerichte nicht so spezialisiert sind wie die Verwaltungsbehörden, ist doch (meistens) nicht jedes Gericht in jeder Sache zuständig. Vielmehr ist das eine etwa zuständig für bürgerliche Sachen, das andere für Handelssachen, eines für Vermögensstreitigkeiten, ein anderes für familienrechtliche, eines für niedere, ein anderes für höhere Streitwerte.

2. Die **instanzliche** (funktionelle) Gliederung beruht auf der Unterscheidung der Instanzen für ein und dieselbe Sache: ein Gericht beurteilt die Sache erstinstanzlich, ein anderes überprüft dieses Urteil in zweiter Instanz. Jenes ist das untere, dieses das obere Gericht. Durch ein Rechtsmittel wird die Sache von der unteren an die höhere Instanz weitergezogen (Instanzenzug). Und je nach dem Rechtsmittel (*Appellation, Revision, Berufung, Kassation*) hat die höhere Instanz das angefochtene Urteil ganz (in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung) oder nur teilweise (z. B. nur in rechtlicher Beziehung) zu überprüfen und es entweder nur aufzuheben (kassieren) oder durch ein besseres zu ersetzen (reformieren). Ein Urteil, das nicht mehr weiterziehbar ist, ist formell rechtskräftig.

3. Endlich ist die **örtliche** Zuständigkeit zu bestimmen, wenn es in einem Staate für Streitsachen einer Art mehrere Gerichte derselben Instanz gibt, jedes für einen Sprengel; z. B. mehrere Amtsgerichte für Vermögensstreitigkeiten im Werte von Fr. 400.— bis Fr. 800.—. Dann muß entschieden werden, welches Gericht jeweiligen für eine Sache dieser Art (in erster oder höherer Instanz) zuständig ist. Die Entscheidung wird, je nach dem Gegenstand des Streites, nach verschiedenen Kriterien getroffen: für dingliche Klagen etwa nach dem Ort, wo sie liegen (der „gelegenen Sache“; *forum rei sitae*); für Klagen aus unerlaubten Handlungen nach dem Ort der begangenen Tat (*delicti commissi*); als Regel aber, als ordentlicher Gerichtsstand, gilt der Wohnsitz des Beklagten. Diese Zuständigkeit des Gerichtes, wie auch die Pflicht des Beklagten, dort Recht zu nehmen und das zuständige Gericht selbst, nennt man **Gerichtsstand** (*forum*). Im Gegensatz zur sachlichen und instanzlichen Zuständigkeit sind übrigens die Regeln über die örtliche



Zuständigkeit nicht zwingend: die Beteiligten können sich über einen anderen als den gesetzlichen Gerichtsstand einigen, zum voraus, indem sie z. B. den Wohnort des Klägers als Gerichtsstand vereinbaren (Gerichtsstandsvertrag, prorogatio fori), oder nach erhobener Klage, indem der vor unzuständigem Gericht Beklagte diesen Gerichtsstand freiwillig anerkennt, z. B. indem er sich auf die Sache einläßt.

#### IV. Das Verfahren.

1. a) Durch die formgerechte **Klage** beim zuständigen Gericht wird die Sache **rechtshängig**. Die Rechtshängigkeit (Litispendenz) hat die Wirkung, daß dieselbe Sache nicht vor einem anderen (an sich zuständigen) Gericht vorgebracht werden kann, und daß zwischen Kläger und Beklagtem, wie auch gegenüber dem Gericht, ein „Prozeßrechtsverhältnis“ begründet wird. Jede Partei hat Anspruch darauf, daß das Gericht „das Recht“ nicht verweigere, sondern entscheide; und jede Partei hat auch der anderen gegenüber Anspruch hierauf: nicht nur muß der Beklagte hier Recht nehmen; auch der Kläger kann nun seine Klage nicht mehr beliebig zurückziehen, ohne seinen Anspruch preiszugeben.

b) Im Prozeß ist jede Partei der anderen **gleichberechtigt**, ob schon sachlich nicht beide recht haben können. Ueber alles sachliche Vorbringen der einen ist jeweils auch die andere zu hören; vorab über das Klagbegehren selbst (audiatur et altera pars).

c) Die Klage bekundet, was der Kläger beansprucht; die **Antwort** des Beklagten, was dieser bestreitet, und somit, was zu entscheiden ist. Der Beklagte kann nun die Behauptungen des Klägers selbst bestreiten; z. B. die Tatsache, ein Darlehen empfangen zu haben. Er kann aber auch diesen Tatsachen, ohne sie zu bestreiten, andere gegenüberstellen, welche sie rechtlich entkräften; das sind die (sachlichen) **Einreden**. Z. B. daß er das Darlehen zurückbezahlt habe oder daß die Forderung verjährt sei (oder beides!). Die Einrede ist eine Gegenbehauptung, die aber nur zur Verteidigung dient; im Gegensatz zur **Widerklage**, mit der der Beklagte im Gegenangriff einen ihm zustehenden Anspruch gegen den Kläger geltend macht; z. B. wenn der Beklagte gegen den Konkurrenten, der aus Kreditschädigung klagt, geltend macht, er sei ebenso und noch mehr vom Kläger geschädigt worden.

Der Beklagte ist übrigens nicht verpflichtet zu antworten und vor Gericht zu erscheinen. Wenn er aber den klägerischen Anspruch

nicht bestreitet, gibt er ihn zu, und vermöge dieses Zugeständnisses erwirbt ihn der Kläger, auch wenn er ihn vorher nicht hatte. Weshalb in älteren Rechten der (Schein-)Prozeß oft als Form benutzt wurde, um ein Rechtsverhältnis öffentlich und amtlich anerkennen zu lassen, das man erst begründen wollte: es erhob etwa der Erwerber eines Grundstückes gegen den Veräußerer zum Schein eine Vindikationsklage, der dieser nicht widersprach, damit das Gericht das Grundstück dem Erwerber als Eigentum zuspreche.

2. Nachdem festgestellt ist, welcher Anspruch bestritten ist, gilt es die **Tatsachen** zu ermitteln, welche dafür erheblich sind. Das ist Gegenstand des **Beweisverfahrens**.

a) Das Gericht bezeichnet die Tatsachen, die erheblich sind und stellt fest, wie weit sie anerkannt oder bestritten sind. Sodann bestimmt es, welche Partei jede Tatsache zu beweisen hat und mit welchen Mitteln, um schließlich, im Urteil oder vorher, festzustellen, was bewiesen worden ist und was nicht.

b) Auch die Verteilung der **Beweislast** unter den Parteien ist eine dem Zivilprozeß eigentümliche Einrichtung und hängt (wie schon S. 129 bemerkt) zusammen mit der privatrechtlichen Natur des Streites. Weil der Richter den Tatbestand nicht von Amtes wegen festzustellen hat, wie im öffentlichen Recht, kann er den Beweis der einen oder anderen Partei auferlegen und auf den Erfolg ihrer Bemühungen abstellen; die Parteien aber, da die Beweislast nach festen Regeln verteilt wird, können sich auch vorsehen, wenn sie ihre Rechtsverhältnisse begründen und betätigen. Um seiner Beweislast im späteren Prozeß genügen zu können, kann der Darlehensgeber die schriftliche Ausfertigung des Vertrages verlangen, und der Schuldner, der seine Schuld bezahlt, eine Quittung (OR 88).

Nach der Beweislast entscheidet sich, welche Partei zu beweisen habe. Die Beweislast setzt aber voraus, daß eine Behauptung bewiesen werden müsse, um als wahr zu gelten; m. a. W. daß, wenn der Beweis nicht erbracht werde, das Gegenteil als wahr zu gelten habe. Das nennt man eine **Vermutung** (Präsumtion). Daß ich etwas schuldig bin, muß mir (vom Kläger) bewiesen werden; m. a. W.: es wird zunächst vermutet, ich sei nichts schuldig. (Wenn der Kläger aber bewiesen hat, daß ich etwas schuldig geworden bin, muß ich beweisen, daß ich die Schuld getilgt habe.) Das Gesetz stellt also unter bestimmten Voraussetzungen Vermutungen auf, und zwar nicht nur für die Entstehung und das Erlöschen von Rechtsverhältnissen, sondern auch für andere Tatsachen, z. B. daß



der seit langem Abwesende tot ist (ZGB 35—38) oder daß das in der Ehe geborene Kind ehelich ist (ZGB 252), oder über den mutmaßlichen Willen der Vertragsparteien (S. 65 und ZGB 644).

Die gesetzlichen Präsumtionen, obschon dem öffentlichen Recht nicht fremd, sind doch im Privatrecht besonders heimisch. Und, was häufig übersehen wird: sie haben zum Gegenstand Tatsachen oder konkrete Rechtsverhältnisse und nicht Rechtsgrundsätze; es gibt keine gesetzlichen Präsumtionen darüber, welche Rechtsgrundsätze im Zweifel zu gelten haben und welche nicht; z. B. eine Präsumtion zugunsten der Freiheit des Grundeigentums von gesetzlichen Lasten oder der Straflosigkeit einer Handlung oder der Kompetenz der Kantone (BV 3).

c) Welche Beweismittel zulässig oder für bestimmte Tatsachen erforderlich, in welcher Reihenfolge sie vorzubringen und wie die vorgebrachten Beweise zu würdigen sind, kann vom Gesetz freier oder enger geordnet werden. Demnach kann der Richter in der Würdigung der Beweise frei oder an gesetzliche Beweisregeln gebunden sein.

3. Nach der Beendigung des Beweisverfahrens (und gegebenenfalls nach Anhörung der Parteivorträge) fällt der Richter sein **Urteil**. Er entscheidet den bestrittenen Anspruch des Klägers und eventuell des Widerklägers.

Das Urteil, das in der Sache ergeht (d. h. das Verfahren nicht bloß formell beendet), soll den Streit vollständig, endgültig und wirksam beenden. Es soll über den ganzen Anspruch des Klägers (und Widerklägers) entscheiden; wenn es nicht vor eine höhere Instanz weitergezogen werden kann, ist es rechtskräftig und damit endgültig; und es soll die zuverlässige Grundlage der Vollstreckung, den Vollstreckungstitel, bilden (S. 127).

Die Reihenfolge, in der die verschiedenen Prozeßhandlungen vorgenommen werden müssen, soll in der obigen Darstellung nicht angegeben sein. Selbstverständlich geht die Klage der Antwort voraus und beide dem Urteil. Aber ob der Kläger sein Begehren endgültig in der Klage umschreiben, oder ob er darin alle begründeten Tatsachen anführen müsse, ja ob immer der Beweis vor dem Urteil zu leisten sei (oder ob das Urteil auch einen Anspruch unter der Bedingung zusprechen kann, daß ein Beweis nachträglich geleistet werde), all das soll hier unerörtert bleiben.

## V. Die Vollstreckung.

1. Der Feststellung des Rechts folgt die Vollstreckung des festgestellten Rechts. Im positiven Recht ist das eine nicht immer so scharf vom anderen getrennt: mitunter muß noch im Vollstreckungsverfahren auf das materielle Recht zurückgegriffen werden; z. B. wenn der Betreibende behauptet, er habe inzwischen geleistet, oder es muß umgekehrt im Zivilprozeß schon die spätere Vollstreckung gesichert werden, damit das Urteil nicht illusorisch sei. Aber es sind zwei verschiedene Funktionen: im Streitverfahren wird das Recht festgestellt, im Vollstreckungsverfahren wird es verwirklicht; das erstere ist im logischen Sinn ein Urteil (Aussage), das zweite eine Handlung.

2. Alle Urteile, die auf Geld- oder Sicherheitsleistung (in Geld) lauten, werden im Wege der **Betreibung** nach dem SchKG vollstreckt. Die Urteile, die auf eine andere (vollstreckbare) Leistung lauten, z. B. auf Herausgabe einer Sache oder Unterlassung einer Veranstaltung, werden nach den kantonalen Vorschriften vollstreckt.

3. Wenn die Betreibung nur dazu diene, je einzelne Urteile zu vollstrecken, z. B. das Urteil, das den Käufer einer Sache verurteilt, den Kaufpreis von Fr. 500.— zu bezahlen, hätte das Gesetz wohl nur das Pfändungsverfahren vorgesehen: das Betreibungsamt hätte so viel Aktiven des Schuldners zu „pfänden“, d. h. beschlagnahmen, als notwendig sind, um den Gläubiger zu befriedigen. Gegenüber zahlungsfähigen Schuldern bedürfte es überhaupt keines anderen Verfahrens. Aber zahlungsfähige Schuldner lassen es selten zur Zwangsvollstreckung kommen. Die Schuldner, die gezwungen werden müssen, sind meist nicht zahlungsfähig und haben mehr Gläubiger als sie befriedigen können. Das Gesetz muß sich daher fragen, wie diese verschiedenen Ansprüche zur Vollstreckung gelangen sollen: ob jeder für sich in der Reihenfolge der Anmeldung (wer zuerst kommt, mahlt zuerst), oder alle zusammen konkurrierend, in einer allgemeinen Liquidation des Vermögens im Interesse aller Gläubiger, dem Konkurs. Das letztere ist der Fall in der Betreibung auf Konkurs, das erste in der Betreibung auf Pfändung, mit der Beschränkung, daß sich innert bestimmter Frist dem erstpfindenden Gläubiger noch andere anschließen können. Der Konkurs ist vorab für Kaufleute vorgeschrieben.



## II. Das öffentliche Recht.

### § 12. Öffentliches und privates Recht; Einteilung des Rechts.

#### I. Die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht.

Wir haben bis jetzt vom Privatrecht gehandelt, dessen Kernstück das Rechtsgeschäft ist. Wenn wir aber zehn Juristen fragen, ob in diesen §§ nicht auch schon öffentliches Recht dargestellt worden sei, werden wohl fünf antworten: „Jawohl! die Normen der Zwangsvollstreckung, der Gerichtsorganisation, des Zivilprozesses sind Normen des öffentlichen Rechts.“ Und zwei oder drei würden vielleicht beifügen: „Und auch die zwingenden Normen des Vertragsrechtes, insbesondere über die Vertragsfähigkeit und die Vertragsfreiheit, sind es.“ Fragen wir sie aber weiter, ob denn alles übrige Recht, auch das ganze Verwaltungsrecht, das Straf- und Strafprozeßrecht, öffentliches Recht sei, so werden sie wohl übereinstimmen darin, daß es nicht Privatrecht sei, aber nicht darin, daß es, und namentlich weshalb es öffentliches Recht sei. Worin liegt denn dieser ebenso viel verwendete, wie schwer faßbare Gegensatz und was hat er zu bedeuten?

Man muß sich hier, wie bei allen begrifflichen Auseinandersetzungen, vor bloßem Wortstreit hüten (S. 22). Und das ist nicht leicht, wenn man so ohne weiteres fragt, was dieses oder jenes sei, von dem man nicht weiß, was es ist; z. B. der Himmel, die Materie, eine Nation, die Gesellschaft, die Freiheit, oder ein Interesse. Den Himmel, z. B., kann man meteorologisch, astronomisch oder theologisch definieren und jede dieser Definitionen ist richtig, je nach dem Sinn der Frage. Ueber den Sinn der Frage kann man sich nun leicht verständigen, wenn ein Wort verschiedene klare Bedeutungen hat; in unserem Beispiel indem man beifügt: was ist der astronomische Himmel, die sichtbare Wölbung über der Erde? Dann ist die Frage in bekannten Begriffen gestellt. Wenn aber eben das unbekannt ist, nach dem man fragt, weiß man auch nicht, nach was (mit dem betr. Wort) gefragt wird. Und das ist besonders häufig der Fall, wenn man nach dem Kriterium einer Unterscheidung fragt, z. B. nach dem Unterschied zwischen direkten und indirekten Steuern, zwischen polizeilichen und kriminellen Strafen,

zwischen Verjährung und Verwirkung; oder auch zwischen öffentlichem und privatem Recht. Die Steuern z. B. kann man nach verschiedenen Gesichtspunkten klassifizieren, nach wirtschaftlichen und rechtlichen, nach materiell- und formellrechtlichen, und welche dieser Unterscheidungen man mit den Worten „direkt“ und „indirekt“ benennen wolle, ist eine Sache terminologischer Konvenienz, nicht sachlicher Richtigkeit. Man muß sich nur über die Verwendung der Worte verständigen.

Aehnlich ist es hier: man kann die Vorschriften der Rechtsordnung nach verschiedenen Gesichtspunkten einteilen, die alle klar und bedeutsam sind. Welche Vorschriften man als die öffentlichen, bezw. die privaten, bezeichnet, ist gleichgültig. Wichtig ist nur, welche Unterscheidungen zu machen sind, und worin ihre Bedeutung, ihr Erkenntniswert, liegt. Das gilt es sachlich abzuklären.

Mit der Gegenüberstellung von öffentlichem und privatem Recht zielt man nun auf einen doppelten sachlichen Gegensatz ab, der auseinandergehalten werden muß, wenn man klare Begriffe erhalten will: erstens den Gegensatz von organisatorischem (formellem) und materiellem Recht; und zweitens den Gegensatz von zwingendem und nichtzwingendem materiellem Recht.

1. Der **erste Gegensatz** beruht auf einer grundlegenden Verschiedenheit der Rechtsnormen: die **materiellen oder Verhaltensnormen** schreiben den Rechtsgenossen vor, wie sie sich verhalten, was sie tun und lassen sollen; die **formellen oder organisatorischen Normen** bestimmen, wie, d. h. durch wen und in welchem Verfahren, diese Regeln des Verhaltens gesetzt, angewendet und (zungsweise) durchgesetzt werden. Die ersten kann man Verhaltensnormen, die zweiten Verfahrensnormen oder (i. w. S.) Verfassungsnormen nennen. Man nennt die ersten auch materielle, die zweiten formelle Normen. Ob darauf die Bezeichnungen privates und öffentliches Recht passen, ist nebensächlich; wichtig ist, daß diese Einteilung in materielle und formelle Normen unentbehrlich ist zum Verständnis des Rechts; daß sie eine unentbehrliche Einsicht in den systematischen Aufbau des Rechtes gewährt. Die ersten geben den Inhalt des Rechts, das rechtlich geforderte Verhalten; die zweiten entscheiden über seine Gültigkeit. Was nicht gemäß den formellen Normen gesetzt, angewendet und durchgesetzt (vollstreckt) wird, ist nicht gültig.

Der Staat behält sich nun überall die Anwendung und nament-



lich die Vollstreckung des (materiellen) Rechtes als sein Monopol vor; die Rechtssetzung aber überläßt er in weitem Maße den Privaten, in der Form der Privatautonomie, des Rechtsgeschäftes. Durch Rechtsgeschäft setzen, wie schon § 2 bemerkt, Privatpersonen ihr privates Recht. Die Ordnung dieser Privatautonomie selbst, nämlich der Fähigkeit zu rechtsgeschäftlichem Handeln (Handlungsfähigkeit), des Bereiches dieser Betätigung (Vertragsfreiheit) und ihrer notwendigen Form (§§ 2, 3, 9), ist nun nach unserer Unterscheidung auch organisatorisches, formelles Recht, da es die Bedingungen der Gültigkeit jener rechtsgeschäftlichen (materiellen) Normen bestimmt, im Gegensatz zum Inhalt der so geschaffenen Normen, welchen die Privaten bestimmen mögen. Es ist die Ordnung des Verfahrens zur Schaffung privater Normen. Ob man diese Ordnung öffentlichrechtlich oder privatrechtlich nennen wolle, ist gleichgültig; wichtig ist, daß sie nur vom Staat begründet werden kann, als eine Art Delegation seiner Gesetzgebungskompetenz an die Privaten. Die Bedingungen der Gültigkeit der Rechtsgeschäfte können nicht wieder durch Rechtsgeschäft gesetzt werden.

Zwei AG verständigen sich z. B. über die „Bekämpfung“ eines gemeinsamen Konkurrenten. Zu was sie sich so verpflichten wollten, ist zu bestimmen nach ihrem rechtsgeschäftlichen Willen. Ob das so Vereinbarte aber verbindlich, d. h. ein gültiger Vertrag sei, das bestimmt sich nach den gesetzlichen Normen über die Vertragsfähigkeit der juristischen Personen und über die Freiheit vertraglicher Bindung. Was die Privaten vermöge und gemäß dieser formalen Ordnung statuieren, ist das private Gesetz ihres Verhaltens (c. c. 1134), die Norm für ihr Tun und Lassen unter sich. Das Recht, das der Staat vermöge seiner eigenen Kompetenz setzt, ist staatliches Verhaltensrecht, die staatliche Norm für das Tun und Lassen der Staatsgenossen.

2. Das führt uns auf den **zweiten Gegensatz**: die **Normen des Verhaltens** können private oder öffentliche sein. Nach dem Gesagten würde man als private diejenigen bezeichnen, die von Privaten gesetzt worden sind, also die rechtsgeschäftlichen, wie sie in Verträgen, letztwilligen Verfügungen u. a. stehen, und als öffentlichrechtliche diejenigen, die vom Staat gesetzt worden sind und in Gesetzen oder ähnlichen öffentlichen Erlassen stehen. Als Ausgangspunkt ist diese Gegenüberstellung auch richtig. Allein der **Ursprung** der Norm ist nicht durchaus bestimmend für seine Bedeutung: auch der Staat kann privates Verhaltensrecht setzen, sofern er nämlich seine

Norm nicht unbedingt verbindlich erklärt, sondern nur **bedingt**; nämlich nur für den Fall, daß die beteiligten Privaten nicht eine andere Norm durch Rechtsgeschäft gesetzt haben.

Das Gesetz ordnet z. B. die Erbfolge für den Fall, daß der Verstorbene nicht letztwillig verfügt hat; oder es bestimmt die Pflichten unter Verpächter und Pächter für den Fall, daß ein Pachtvertrag das Rechtsverhältnis nicht vollständig regeln sollte. Man nennt das **nachgiebiges Recht** und rechnet es zum Privatrecht. Es gehört auch dazu, wenngleich es staatlichen Ursprungs ist; denn seiner Geltungskraft nach geht es dem Rechtsgeschäft nach. Es füllt nur die Lücken aus, welche die Privaten in ihrer rechtsgeschäftlichen, selbstgesetzten Ordnung bestehen lassen; es dient bloß zur Ergänzung dieser Ordnung, wie ein Stück eben dieser und setzt die Möglichkeit abweichender rechtsgeschäftlicher Ordnung voraus. Es steht und fällt mit ihr; gäbe es keine Rechtsgeschäfte, so gäbe es auch keine nachgiebigen gesetzlichen Normen (aber nicht umgekehrt). Diese Unterscheidung, die zwischen staatlicher und privater Rechtssetzung, bleibt also die primäre.

Wenn man bloß von den staatlichen, gesetzlichen Verhaltensregeln spricht, kann man also sagen: öffentlich sind diejenigen, die **unbedingt** gelten sollen, die **zwingenden**; privatrechtlich diejenigen, die nur bedingt gelten wollen, die nachgiebigen. Das ist richtig. Nur darf man nicht übersehen, daß die rechtsgeschäftlichen die privatrechtlichen Normen kat' exochen sind. Und ebensowenig darf man vergessen, daß sich diese Unterscheidungen nur auf die Normen des Verhaltens, das „materielle“ Recht, bezieht, nicht auf das organisatorische, das „formelle“. Die Normen über die Vertragsfähigkeit (die formelle sind) können zwar durch Vertrag ebensowenig abgeändert werden, wie die zwingenden Normen des Verhaltens, wie z. B. die wohnungspolizeilichen durch Mietvertrag; aber der Grund ist ein ganz anderer; jene sind mit logischer Notwendigkeit staatliche und dem Rechtsgeschäft entrückt; diese können staatliche oder rechtsgeschäftliche sein. Für sie allein stellt sich dem Gesetzgeber die Frage, ob er sie als nachgiebige oder zwingende erlassen wolle. Daraus erklärt sich z. B., daß die Vorschriften des Gesetzes über die Gründung von Körperschaften abschließend sind, während die im Gesetz (OR) vorgesehenen Vertragstypen im Rahmen der Vertragsfreiheit beliebig vermehrt oder abgeändert werden können. Organisierte Verbände kann man nur als Vereine, Genossenschaften, AG oder GmbH gründen; die vertraglichen Abreden brauchen aber nicht einem der Typen Kauf,



Miete usw. des OR zu entsprechen, um gültig zu sein. Jene gesetzlichen Bestimmungen sind eben organisatorische, diese aber materielle Normen.

Will man **im organisatorischen Recht** öffentliches und privates unterscheiden, so tut man es in einem anderen Sinne: öffentlich ist dann nicht, was zwingend, unabänderlich ist, sondern was sich auf die private Rechtssetzung, die Privatautonomie (der privaten Einzelpersonen und Verbände) bezieht, im Gegensatz zu den Normen, die sich auf die staatliche Rechtssetzung beziehen. Das Kriterium der Unterscheidung liegt dann im Gegenstand der Regelung, nicht in ihrem zwingenden oder nichtzwingenden Charakter. Das Zivilprozeß- und das Betreibungsrecht gehören ihrem Gegenstand nach zum Privatrecht (ohne sie ist ein Privatrecht nicht denkbar); aber sie sind, wie alles organisatorische Recht, zwingend.

Im überlieferten Sprachgebrauch faßt man unter „Privatrecht“ beides zusammen: die Ordnung der Privatautonomie durch (zwingendes) staatliches Recht und die dadurch ermöglichte materielle Ordnung, wie sie in Rechtsgeschäften oder in nachgiebigem Gesetzesrecht enthalten ist. Ein Streit über die Vertragsfähigkeit einer Partei oder die Gültigkeit eines Vertrages ist ein privatrechtlicher Streit, wie der über den Inhalt des Vertrages.

Nochmals sei aber bemerkt: nicht darauf kommt es an, was man öffentliches und privates Recht nennt, sondern darauf, welche sachlichen Unterscheidungen zu machen sind.

## II. Die Eigenart des öffentlichen Rechts.

1. Im Recht des Verhaltens haben wir den zwingenden staatlichen Normen, als den öffentlichrechtlichen, die nachgiebigen gegenübergestellt; oder besser (da letztere nur zur Ergänzung des rechtsgeschäftlichen dienen): die rechtsgeschäftlichen mitsamt den sie ergänzenden nachgiebigen Normen des Gesetzes, als die privatrechtlichen. Daß diese Normen Rechtsverhältnisse unter Privatpersonen begründen, und hier der Pflicht stets ein subjektives Recht entspricht, über das der Berechtigte (durch Verzicht) und er allein verfügen kann; daß diese Rechte in einem besonderen Verfahren, dem Zivilprozeß, festgestellt und vollstreckt werden, haben wir oben (§ 1 und § 11) gesehen.

Den Gegensatz dazu bilden die **Verhaltensnormen des öffentlichen Rechts**: sie begründen kein eigentliches Rechtsverhältnis und keine subjektiven Rechte; sie stehen nicht in der Verfügung eines

Berechtigten und werden nicht im Partei-, d. h. Streitverfahren geltend gemacht.

Wenn das Gesetz z. B. vorschreibt, daß niemand ohne behördliche Bewilligung Arzneien verkaufen soll, so ist das eine zwingende Norm des Verhaltens; sie soll, das ist ihr Sinn, unbedingt, d. h. ohne Rücksicht auf anderweitige Abmachungen zwischen Verkäufer und Käufer, befolgt werden. Es soll niemandem anheimgestellt sein, davon abzuweichen oder Abweichungen zu gestatten; auch nicht der Gesundheitsbehörde; denn diese Behörde ist ja dazu da, das Gesetz anzuwenden, wie es gemeint ist, nicht es nach ihrer Meinung abzuändern.

2. Soll aber das Gesetz, so wie es lautet, unbedingt befolgt werden, so erheischt das eine besondere **Form der Anwendung**:

a) Es hat niemand ein subjektives Recht auf Befolgung, d. h. eine „Forderung“, auf die er nach Belieben verzichten könnte. Die zur Anwendung des Gesetzes berufene Behörde hat wohl die Befugnis, die Befolgung zu verlangen; aber diese Befugnis ist zugleich eine Pflicht, eine Aufgabe, die sich die Behörde nicht erlassen kann. Man nennt das auch eine Zuständigkeit, eine **Kompetenz**. Der private Gläubiger kann dem Schuldner, seinem Schuldner, jederzeit die Pflicht erlassen, wenn er will; die Behörde kann die gesetzliche Pflicht niemand erlassen; sie hat sich bloß zu fragen, ob das Gesetz etwas fordere und was; z. B. was „Arznei“ sei. Was sie aber als den Willen des Gesetzes erkannt hat, muß sie auch verlangen, und was das Gesetz nicht will, darf sie nicht verlangen. Sie kann sich darüber nicht mit dem Pflichtigen „vertragen“; Steuerverträge z. B. sind unzulässig.

b) Das Gesetz ist von **Amtes wegen anzuwenden**, nicht bloß auf Begehren und Betreiben eines beteiligten Privaten, eines Interessenten. Obschon dieser Grundsatz im positiven Recht nicht ausnahmslos gilt, entspricht er doch allein dem Wesen des öffentlichen Rechts. Was vom Staat zwingend vorgeschrieben wird, muß auch von Staats-, von Amtes wegen angewendet und vollzogen werden. Das Verkaufen von Arzneien unbedingt zu verbieten und das Verbot nicht von Amtes wegen durchzuführen, wäre ein Widerspruch, denn das Recht ist bestimmt, verwirklicht zu werden, nicht platonisches Bekenntnis des Staates zu bleiben.

c) Die Behörden, welche die öffentlichrechtlichen Normen anwenden, **entscheiden** damit auch über ihre richtige Anwendung. Die zur Anwendung berufene Behörde steht dem verpflichteten



nicht-  
verwaltungs-  
theorie

Privaten nicht als gleichgeordnet gegenüber, sondern als übergeordnet, als Behörde; sie ist materiell weniger als ein Berechtigter des Privatrechts, weil sie über ihr „Recht“ nicht verfügen kann; aber formell ist sie mehr, weil sie über die Pflicht des Privaten entscheidet. Sie ist in dieser Entscheidung nicht bloß Partei, sondern Richter. Wenn der Private seine Pflicht bestreitet, entsteht nicht zwischen ihm und der Behörde ein „Streit“, über den eine höhere Behörde entscheiden müßte. Die zur Anwendung berufene Behörde entscheidet vielmehr, und wenn das Gesetz die Anfechtung dieser Entscheidung vor einer höheren Instanz zuläßt, sei es vor einer Verwaltungsbehörde oder einem Verwaltungsgericht, so ist der Ausspruch der unteren Behörde gleichwohl nicht bloß eine Parteibehauptung, sondern eine erstinstanzliche Entscheidung.

Wenn z. B. die Steuerbehörde den A mit der Einkommenssteuer veranlagt, hat sie vorerst entschieden; der Entscheid kann allerdings umgestoßen werden durch das Verwaltungsgericht, wenn es angerufen wird; aber wenn es nicht angerufen wird, bleibt er verbindlich und die Sache ist (formell) rechtskräftig entschieden. Wenn die Besoldung des eidgenössischen Beamten ebenfalls eine Angelegenheit des öffentlichen Rechts ist, wie unser Gesetz es annimmt, so ist auch hier die Erklärung der Verwaltungsbehörde über die Ansprüche des Beamten nicht bloß eine Parteibehauptung, sondern eine (erstinstanzliche) Entscheidung, und das eidgenössische Verwaltungsgericht, wenn es angerufen wird, urteilt nicht „als einzige Instanz“ (VDG 17), sondern als zweite, was die praktische Folge hat, daß, wenn das Verwaltungsgericht nicht angerufen wird, nicht bloß eine Parteibehauptung der Verwaltung vorliegt, sondern eine rechtskräftige Entscheidung, und der Beamte seinen Anspruch nicht wie ein privater Gläubiger solange die Verjährungsfrist nicht abgelaufen ist, geltend machen kann.

3. Demgemäß ist das Verfahren zur Anwendung des öffentlichen Rechts, der zwingenden Verhaltensnormen, gekennzeichnet dadurch, daß die rechtsanwendende Behörde nicht über subjektive Rechte entscheidet, z. B. über „ihr“ Recht auf Steuer, sondern über Grundsätze, und somit auch schlechthin nach Grundsätzen zu entscheiden hat, nicht nach Belieben, wie der Inhaber eines subjektiven Rechtes; daß die Behörde das von Amtes wegen tun soll und daß ihr Ausspruch eine verbindliche Entscheidung, nicht bloß eine Parteibehauptung ist. Dieses Verfahren, der sogenannte **Verwaltungsprozeß**, steht unter anderen Maximen als der Zivilprozeß.

Daß auch dem gesamten organisatorischen (Verfahrens-)Recht, im Gegensatz zum gesamten Verwaltungsrecht, seine Eigenart zukommt, ist bereits (S. 137) angedeutet worden, soll aber hier nicht weiter ausgeführt werden; ebensowenig die Eigenart der Normen je der öffentlichen und der privaten Organisation (Methode, S. 137, 181).

### III. Die Einteilung des Rechts.

Wenn das Gesagte richtig ist, werden wir die Normen einer Rechtsordnung nach drei Gesichtspunkten einteilen können:

1. danach, ob sie das **Verhalten** der Rechtsgenossen oder das **Verfahren** zur Setzung, Anwendung und Vollstreckung dieser Normen zum Gegenstand haben; je nachdem sie also Verhaltens- oder Verfahrensnormen sind;

2. die Verhaltensnormen können wir danach einteilen, ob sie **staatliche** (gesetzliche) sind, oder **private** (rechtsgeschäftliche), und die Verfahrensnormen danach, ob sie sich auf die staatliche Rechtssetzung (die Gesetzgebung) oder auf die Privatautonomie (durch Rechtsgeschäft) beziehen; und

3. die Normen des **Verfahrens** danach, ob sie sich auf die Setzung, die Anwendung oder die Vollstreckung des Rechtes beziehen.

Man kann es sich in folgendem **Schema** vergegenwärtigen:

	Verfahrens-, bzw. organisatorisches Recht (1. Setzung, 2. Anwendung, 3. Vollstreckung)	Verhaltens-, bzw. materielles Recht
Privates Recht	1. Privatautonomie (Vertragsfähigkeit und -freiheit) 2. Anwendung (Ver- bands- u. Schiedsge- richte!) 3. Vakant!	Rechtsgeschäfte und nachgiebiges Geset- zesrecht
Oeffentliches Recht	1. Gesetzgebung 2. Rechtssprechung und Verwaltung 3. Betreibung, Verwal- tungszwang, Straf- vollzug	Zwingendes Gesetzes- recht



Wenn man durchgreifende Einteilungskriterien haben will, muß man diesem Schema folgen. Aber weder die Gesetzgebung, noch die Doktrin folgen ihm streng. Unser ZGB und unser OR enthalten formelle und materielle Normen des Privatrechts, also sowohl Normen über die Begründung, wie über den Inhalt privater Rechtsverhältnisse. Aber auch einige öffentlichrechtliche, z. B. über die Organisation der Vormundschaftsbehörden und über die zwingenden Pflichten der Eltern. Der Zivilprozeß regelt das Verfahren zur Anwendung der privatrechtlichen Normen des Verhaltens und die Urteile werden vollzogen nach den Normen des Betreibungs- und sonstigen Vollzugsrechtes. Das „Verfassungsrecht“ behandelt, wie die Verfassung selbst, die Organisation der obersten staatlichen Behörden, während die Organisation der unteren Verwaltungsbehörden dem Verwaltungsrecht (und den Verwaltungsgesetzen) überlassen bleibt und die Organisation der Gerichte dem Zivilprozeß (und besonderen Gesetzen). Das „Verwaltungsrecht“ umfaßt demnach sowohl materielle öffentlichrechtliche Normen, wie formelle über Erlaß, Anwendung und Vollziehung jener; das Steuerrecht (und die Steuergesetze) z. B. enthält die Ordnung sowohl der öffentlichrechtlichen Pflicht zur Bezahlung der Steuer, die materielle Norm, wie die Normen über die Anwendung dieser Normen (durch Veranlagung) und die Vollziehung der (veranlagten) Steuer. Das Strafrecht endlich statuiert die Folgen der Uebertretung öffentlichrechtlicher Normen (des Verhaltens; man zählt es gewöhnlich zum materiellen öffentlichen Recht), der Strafprozeß normiert die Anwendung und der Strafvollzug die Vollstreckung der erkannten Strafen.

Wie man sieht, wird also Übungsgemäß in einer Disziplin oder in einem Gesetz der Stoff nach verschiedenen Gesichtspunkten zusammengestellt. Unsere Aufgabe ist es nicht, diese überlieferte Einteilung zu rechtfertigen oder zu kritisieren. Sie erklärt sich aus praktischen Erwägungen der Rechtsanwendung und des Unterrichtes. Es genügt uns, zu erkennen, welche verschiedenen Bestandteile jeweils so vereinigt werden, und vor allem, welche allgemeingültigen Unterscheidungen zu machen sind, je nach der Funktion einer Norm in der Rechtsordnung; und das sind eben die drei oben erwähnten.

Im folgenden soll das etwas vereinfacht werden; da das Privatrecht schon unter I behandelt worden ist, bleibt das öffentliche Recht darzustellen. Wir wollen es einteilen nach dem Gegensatz von Verfassungs-(= Verfahrens-)recht (A) und Verwaltungsrecht

(B). Jenes wiederum, das Verfassungsrecht, wird nach seiner dreifachen Aufgabe gegliedert in Rechtssetzung, Rechtsanwendung und Vollstreckung. Im öffentlichen Recht sind endlich die Folgen der Verletzung der Verhaltensnormen darzustellen (C), wie sie im Strafrecht und im Strafprozeß enthalten sind; die damit angedeutete eigenartige systematische Stellung dieser letzten Rechtsgebiete ist die Folge der eigenartigen Funktion der Strafe (§ 20).

## A. Das öffentliche formelle Recht.

(Verfassungsrecht)

### § 13. Die Verfassung.

#### 1. Der Name.

Das Wort „Verfassung“ bedeutet verschiedenes:

a) Verfassung nennt man eine verbindliche Erklärung, einen **Erlaß** über die obersten Normen der Organisation eines Staates; z. B. die Schweizerische Bundesverfassung vom 29. April 1874; oder auch die schriftliche (gedruckte) Wiedergabe dieser Erklärung.

b) Verfassung nennt man ferner die **Normen**, welche die Organisation eines Staates ausmachen, seien sie nun in einer einmaligen Erklärung bestimmten Wortlautes enthalten, oder in verschiedenen Erlassen oder gelten sie nur kraft langer Übung. In diesem Sinn hat jeder Staat seine Verfassung, weil jeder Staat seine Organisation haben muß, seien die Grundsätze seiner Organisation nun geschrieben oder nicht, seien sie alle zugleich erlassen worden oder einzeln zu verschiedenen Zeiten, beruhen sie auf ausdrücklicher Anordnung oder auf tatsächlicher Übung. England hat seine Verfassung so gut wie die Schweiz; der alte Staat Bern hatte die seine so gut wie der heutige. In diesem Sinn nehmen wir im folgenden das Wort Verfassung und Verfassungsrecht.

c) In der politischen Geschichte hat man das Wort Verfassung in einer engeren Bedeutung genommen: als eine Ordnung bestimmten Inhaltes in kodifizierter Form. Als die Aufklärer, die Jakobiner und die Liberalen des 18. und 19. Jahrhunderts eine „Verfassung“ verlangten, meinten sie, im Gegensatz zur Staatsform der absoluten Monarchie, die der „konstitutionellen“ Monarchie oder der Republik; kurz eine Organisation des Staates, welche die bisher unbeschränkten Machtbefugnisse des Monarchen zugunsten des Volkes



einschränkte, einerseits durch Mitwirkung des Volkes oder seiner gewählten Vertreter an der Ausübung der Staatsgewalt, insbesondere an der Gesetzgebung; andererseits durch Anerkennung gewisser unantastbarer Freiheitsrechte der einzelnen. Die „Verfassung“ war ein **politisches Programm**, eine politische Forderung der Fortschrittsparteien im Gegensatz zum Legitimus der historischen Parteien, die an den Grundlagen der überlieferten Verfassung festhielten und jedenfalls die Entscheidung über zeitgemäße Veränderungen dem legitimen Fürsten vorbehielten, also nicht dem „soveränen“ Volk zuerkannten wie die Neuerer. Diese beriefen sich auf ein Recht der Vernunft oder der Natur; jene auf das von der Geschichte überlieferte Recht. Um ihre Forderungen durchzusetzen und sodann die durchgesetzten außer Zweifel zu setzen, zeichnete man sie auf. Die so beschaffene Verfassung war deshalb zugleich eine geschriebene, kodifizierte Verfassung.

## 2. Der Begriff.

Solche Verfassungsurkunden sind im Laufe des 19. Jahrhunderts in den meisten Staaten der alten und neuen Welt eingeführt worden. Sie enthalten die Normen der staatlichen Organisation. Aber einerseits enthalten sie nicht alle organisatorischen Normen; andererseits enthalten sie noch andere. Ueber die Aufnahme in die Verfassungsurkunde entschied weniger der rechtliche Charakter als die politische Bedeutung der Norm.

Was die Organisation betrifft, so überläßt die Verfassung die Ordnung vieler untergeordneter, unpolitischer Staatsaufgaben und -organe dem Gesetzgeber; z. B. die des ganzen technischen Verwaltungsapparates und oft die ganze Gerichtsorganisation. Dem Gesetzgeber liegt es dann ob, die vom Grundgesetz unvollendet gelassene Organisation des Staates zu vollenden. Die Verfassung will das nicht alles aufnehmen und festlegen, aus begreiflichen Gründen; und sie kann das dem Gesetzgeber überlassen. Sie könnte ihm nicht nur die Ordnung der unteren Verwaltungsbehörden, sondern zur Not auch die der obersten Regierungsbehörde überlassen, falls nur feststände, wer die Gesetze macht. Dieses eine aber, die Gesetzgebung, muß unter allen Umständen die Verfassung selbst ordnen. Denn seine eigene Kompetenz kann sich der Gesetzgeber nicht geben, sowenig wie die Vertragsparteien ihre Vertragsfähigkeit vereinbaren können. Die Verbindlichkeit des Gesetzes setzt die Kompetenz des Gesetzgebers schon voraus. Der Gesetzgeber kann sich die Kompetenz ebensowenig geben, wie er sich ihrer ent-

äußern oder wie er sie ändern kann. Tatsächlich enthält die Verfassung aber stets auch die Normen über die vollziehende Gewalt und über die Vertretung des Staates nach außen.

Alle staatlichen Behörden leiten somit ihre Zuständigkeit ab aus der Verfassung; entweder unmittelbar, wie die gesetzgebende und die Regierungsbehörde, oder mittelbar, wie die anderen, nämlich durch Vermittlung eines Gesetzes, das selbst auf der Verfassung beruht. Alle Kompetenz im Staate geht also auf die Verfassung zurück, und da alles materielle Recht von kompetenter Stelle statuiert werden muß, um gültig zu sein, leitet sich auch die Gültigkeit alles materiellen Rechtes von der Verfassung ab. Deshalb ist die Verfassung das **Grundgesetz** des Staates: nach ihr entscheidet letztlich, was im Lande rechtliche Geltung hat.

Eben deshalb hat man in die Verfassung auch Bestimmungen aufgenommen, die nicht die Organisation betreffen: um sie der Autorität und der Geltungskraft des Grundgesetzes teilhaftig zu machen und sie dem Ermessen des Gesetzgebers zu entziehen; z. B. die Religionsfreiheit, die Garantie des Privateigentums oder wohl-erworbener Rechte des Fürsten, der Kirche oder anderer Korporationen, die Grundsätze des Steuerrechts, der Bodenbefreiung u. a. m. All das genießt dann dieselbe Geltung wie die Verfassung, aber es gehört nicht zum eigentlichen Gegenstand der Verfassung, zu den Normen, welche den Staat „verfassen“, d. h. konstituieren.

Das zeigt sich darin, daß man aus der Verfassung alles nicht-organisatorische Recht weglassen kann, ohne ihr den Charakter der Verfassung zu nehmen, nicht aber umgekehrt alles organisatorische Recht. Enthielte eine „Verfassung“ nicht mehr die Grundsätze der staatlichen Organisation, so wäre sie keine Verfassung mehr und genösse auch nicht die Geltungskraft eines Grundgesetzes, die wir ihr zuerkannt haben. Diese Geltungskraft hat sie, weil sie die Kompetenz der obersten Behörden begründet, insbesondere der gesetzgebenden. Ähnlich das Grundgesetz der privaten Körperschaft, das Statut: Statut ist es, weil es die organisatorische Ordnung der Körperschaft enthält, nicht der materiellen Normen wegen, die es über Beiträge, Bußen, Benutzungsrechte u. dgl. enthalten mag (S. 121). Das Statut ist die Verfassung der privaten Körperschaft.

## 3. Die drei Gewalten.

Von einer Verfassung erwartet man, daß sie von den drei Gewalten spreche, die man seit Montesquieu und schon früher unterscheidet:



von der gesetzgebenden, der vollziehenden und der rechtsprechenden. Zu den Postulaten der „konstitutionellen“ Bewegung gehörte oft auch, daß die Verfassung jede dieser Gewalten, genauer: die diese Funktion ausübenden Behörden, von den anderen unabhängig mache (Trennung der Gewalten). Ob diese Forderung (allgemein) begründet und wieweit sie durchführbar ist, wollen wir hier nicht untersuchen; wir wollen uns nur fragen, ob, wie hier angenommen wird, jeder Staat die genannten drei Aufgaben hat und ob diese Dreiteilung die grundlegende Gliederung seiner Aufgaben ist; m. a. W.: ob diese Gliederung der Staatsaufgaben allgemein gültig und ob sie die oberste ist.

Wir haben sie soeben selbst verwendet, indem wir von Gesetzgebungs-, Regierungs- und Gerichtsbehörden sprachen. Im modernen Staat werden diese drei Aufgaben auch regelmäßig unterschieden und verschiedenen, von einander mehr oder weniger unabhängigen Behörden übertragen. Allgemeingültig ist diese Dreiteilung indessen nicht, und sie ist auch nicht ganz richtig. Wir haben oben (§ 12) die organisatorischen Normen etwas anders gegliedert: je nachdem sie die Setzung, die Anwendung oder die Durchsetzung des Rechts zum Gegenstand haben. Das sind nämlich die drei Stufen der Rechtsverwirklichung, und die Verwirklichung der Gerechtigkeit im Recht ist die Aufgabe jedes Staates. Deshalb muß sich diese Gliederung auch an der Organisation des Staates, an seinem Gliederbau, bewähren. Nicht als ob notwendig für jede dieser Funktionen eine besondere, selbständige Behörde bestehen müßte; wohl aber in dem Sinne, daß überall nach diesen drei Funktionen gefragt werden muß (vgl. Methode, S. 63) und nach ihnen vor allem anderen. Man muß sich die zwingende Vollstreckungshandlung immer als die Verwirklichung eines verbindlichen Befehls und den Befehl immer als die Anwendung eines Grundsatzes denken. Für die Beurteilung der üblichen Gewaltenlehre ergibt sich daraus:

a) daß die Rechtssetzung (Gesetzgebung) allerdings zu unterscheiden ist von der Vollziehung (Verwaltung) und von der Rechtsprechung, daß diese letzteren aber einen gemeinsamen Gegensatz bilden zur Rechtssetzung: sie sind beide, in verschiedenen Formen, Anwendung des gesetzten Rechtes;

b) daß diese beiden Formen der Rechtsanwendung nicht schlechthin, von Begriffen wegen, in jedem Staate notwendig sind. Die Rechtsprechung ist zwar die notwendige Form der Anwendung des Privatrechtes; aber das Privatrecht braucht nicht begriffsnot-

wendig in jeder Rechtsordnung anerkannt zu werden, wie das öffentliche (vgl. Methode, S. 215); und

c) daß von der Anwendung noch die Vollstreckung zu unterscheiden ist.

Begrifflich sind das ganz verschiedene Funktionen, wie schon oben bemerkt (S. 127) und später noch auszuführen ist (§ 18).

Was aber in der konstitutionellen Ära erstrebenswert schien, das war die Unabhängigkeit der gesetzgebenden, der vollziehenden und besonders der richterlichen Behörden je von den anderen, und deshalb sprach man von diesen dreien, als den politisch bedeutsamen, nicht von den anderen, den juristisch grundlegenden.

#### 4. Auf der Verfassung beruht die **Organisation** des Staates.

a) Organisieren heißt bestimmen, wer in der Gemeinschaft zu rechtsverbindlichen Anordnungen berufen ist (S. 121). Was die **Organe** einer organisierten Gemeinschaft von den Mitgliedern auszeichnet, ist die Befähigung, andere einseitig, d. h. ohne deren Zustimmung, zu verpflichten. In einer vertraglichen Gemeinschaft, z. B. in einer einfachen Gesellschaft (OR 530), kann kein Mitglied und keine Mitgliedergruppe andere Mitglieder verpflichten; jedes ist den anderen als Vertragspartei gleichgeordnet und jedes kann dem Anspruch des anderen seinen gleichwertigen Anspruch entgegenhalten. Im organisierten Verbandsverband dagegen befiehlt das Organ, und das Mitglied hat zu gehorchen. Auch wenn es den Befehl des Organs anfechten kann, ist das Mitglied doch zunächst verpflichtet: ficht es nicht an, so bleibt es beim Befehl; sein bloßer Widerspruch ist unwirksam; und ficht es an, so wird der Befehl nur unwirksam, soweit er durch die höhere Instanz aufgehoben wird. Die Organe ordnen an; die Vertragsparteien erheben Ansprüche. Die ersten haben Kompetenzen, die zweiten Parteirechte; die ersten sind übergeordnet, die zweiten stehen sich gleich. Das ist ein ausschließender Gegensatz: eine Gemeinschaft ist entweder vertraglich oder korporationell, d. h. organisiert. Tertium non datur.

**Organ** nennt man nun sowohl die Person (oder die Personen), die (zusammen) solche Anordnungen treffen können, als auch die Einrichtung, kraft welcher sie es tun. Im ersten Sinn wird man sagen: der gerade urteilende Gerichtspräsident Hermann Fischer; im zweiten Sinne, der (jeweilige) Gerichtspräsident sei ein Staatsorgan.

Wenn das Gesagte richtig ist, sind die Staatsbeamten (oder Verbandsbeamte überhaupt), die keine rechtsverbindlichen Anordnungen



gen zu treffen haben, nicht eigentliche Organe des Staates (oder Verbandes); alle die Staatsdiener nämlich, die bloß zu technischen Verrichtungen berufen sind, wie der Kanzlist, der Kupferstecher, der Ingenieur oder der Archivar. Ihre Dienstpflichten sind zwar amtliche, aber sie machen die Organisation des Staates nicht aus; der Staat kann organisiert (und Staat) sein ohne sie; aber ohne die anderen, befehlenden Beamten wäre er es nicht. Sie haben keine Kompetenzen, keine Zuständigkeiten. Die Verfassung ist die Zuständigkeitsordnung des Staates.

b) Die Befugnis, andere zu verpflichten, hat das Organ von einer über allen stehenden Zuständigkeitsordnung; einer Verfassung, einem Statut; nicht vermöge einer selbstgewollten Ordnung. Das Organ verkörpert eine Einrichtung des objektiven Rechts; seine Kompetenz ist ein **Amt**, für dessen Verwaltung es einer größeren Gemeinschaft verantwortlich ist; sie ist nicht ein subjektives Recht, das es nach subjektivem Belieben ausüben (oder auch nicht ausüben) mag. Das gilt für die Organe der privaten Verbände, wie für die staatlichen. Ein Vertrag, und wäre es auch der Völkerbund, vermag das nicht zu bewirken. Der Inhaber eines Amtes dient dem Amte, der Inhaber eines subjektiven Rechtes bedient sich seines Rechts; der Beamte verwaltet Gemeinschaftsgut, der Private nutzt sein eigenes.

c) Und endlich sei bemerkt, daß alle diese Organe eines Staates eine rechtliche **Einheit** bilden. Nicht nur in dem Sinne, daß ihre Zuständigkeit letztlich auf einem Rechtstitel, der Verfassung, beruht, sondern auch in dem Sinne, daß jedes Organ verbindlich für alle anderen handelt: was das Gericht eines Sprengels, der Polizeibeamte einer Gemeinde zuständigerweise anordnet, ist für alle anderen gültig angeordnet und von allen als gültig anzusehen. Das Strafurteil des Polizeirichters von Niederweningen ist im ganzen Staat die rechtskräftige, maßgebende Erledigung des Straffalles; der Gesundheitsschein, den der Viehinspektor von Hinterfultigen ausstellt, ist in allen anderen Gemeinden anzuerkennen. Jedes Organ hat nur seine Aufgabe; aber in diesem Bereich entscheidet es. Das ist die rechtliche Bedeutung dieser Arbeitsteilung. In diesem Sinn bildet der ganze Staat einen **Organismus**.

##### 5. Die Verfassung als **politische Aufgabe**.

a) Die Verfassung faßt das Volk zum Staat zusammen; zur Rechtsgemeinschaft. Das bedeutet eine Lebensgemeinschaft und ist nicht nur eine juristische Angelegenheit, weil das Recht, wie es einmal

gilt, als die Zwangsordnung der Gesellschaft allen anderen Ordnungen vorgeht und alles andere mitbestimmt. Welche Menschen sollen aber zu einer Lebensgemeinschaft zusammengefaßt werden? Nur solche, die über gewisse Grundsätze des Zusammenlebens einig sind, sei es infolge gemeinsamer Abstammung oder gemeinsamer Geschichte. Denn die Gemeinschaft muß auch imstande sein, sich von Zeit zu Zeit über eine neue Verfassung zu verständigen. Auf die Dauer hält ein Staat nur stand, wenn er so zusammengesetzt ist, daß er sich gegebenenfalls auch erneuern kann.

b) Auch wenn diese Grundvoraussetzungen des Verfassungslebens gegeben sind, ist die Ausarbeitung einer neuen Verfassung für ein gegebenes Volk nicht bloß eine technisch-juristische Aufgabe, sondern eine politisch-staatsmännische. Einerseits gilt es, die richtige Form zu finden, in der sich die Funktionen des Staates betätigen sollen, worüber nicht nur die theoretische Folgerichtigkeit, sondern auch die praktische Brauchbarkeit und die psychologische Angemessenheit entscheidet. Andererseits muß jede Verfassung ihrer Aufgabe, jede Staatsform der dem Staate zugedachten Leistung entsprechen: je nachdem er viel oder wenig in seinen Vorschriften ordnen soll, dieses oder jenes, z. B. das religiöse und das ganze geistige Leben in sich aufnehmen soll, oder nicht, muß er auch so oder anders beschaffen sein. Das Organ muß seiner Funktion entsprechen. Das gilt vor allem für die Wirtschaft: man kann die Verfassung des Staates nicht bestimmen ohne Rücksicht darauf, ob die Wirtschaft den Privaten überlassen oder vom Staate übernommen werden soll. Die „politische“ Frage kann nicht, wie viele glauben, von der wirtschaftlichen getrennt werden: ein Staat, der von der Privatwirtschaft zur Gemeinwirtschaft übergeht, muß auch seine „politische“ Verfassung ändern (Methode, S. 153, 158, 202).

c) Woraus sich ergibt, daß, wer sich eine Verfassung ausdenkt, auch die ganze Gesellschaftsordnung überschlagen muß. Wenn es schon eine schöpferische Arbeit ist, für eine bestimmte Aufgabe die beste Staatsform auszudenken, so ist es noch viel mehr die Arbeit desjenigen, der zugleich die Aufgabe des Staates und seine Form zu erwägen hat. Es gehört dazu mehr als die logische und ethische Urteilskraft, da es nicht nur gilt, ein Gegebenes zu beurteilen; es gehört dazu eine intuitive schöpferische Kraft, ähnlich wie zur Gestaltung jedes neuen technischen und künstlerischen Werkes, dessen Gestalt im Gegebenen noch nicht vorgezeichnet ist und das man im Ganzen erschaut haben muß, um es im Einzelnen ausdenken zu können.



## § 14. Die Rechtssetzung.

1. **Recht setzen** heißt eine rechtsverbindliche Pflicht statuieren, die vorher nicht bestand.

a) Das tut vor allem der staatliche Gesetzgeber kraft seiner verfassungsmäßigen Kompetenz. Aber im kleinen tut auch der Private nichts anderes, wenn er rechtsgeschäftlich, insbesondere durch Vertrag, eine Pflicht neu begründet, z. B. für sich die Pflicht, einem anderen Arbeit gegen Lohn zu leisten oder einen anderen in seinem Hause gegen Mietzins wohnen zu lassen. Die rechtliche Wirkung der beiden Rechtssetzungsakte ist dieselbe, insofern sie beide eine rechtsverbindliche, erzwingbare Pflicht begründen. So wie diese Pflicht gültigerweise begründet worden ist, wird sie vom Staat erzwungen (und so wie sie erzwungen werden kann, ist sie eine Rechtspflicht). Beide, die gesetzgebende Behörde und der handlungsfähige Private, sind „zuständig“ zur Rechtssetzung. Der Unterschied besteht im Sinne dieser „Zuständigkeit“: der öffentliche Gesetzgeber soll sie ausüben zur Verwirklichung der Rechtsidee, der Gerechtigkeit, zu sachlich richtigem Zweck; der Private kann sie ausüben nach Belieben zur Verwirklichung seiner subjektiven Zwecke. Der erste soll über sein Werk begründete Rechenschaft geben können; der zweite ist niemand Rechenschaft schuldig; der eine hat eine Aufgabe, der andere eine mera facultas.

b) Beiden wiederum ist ihre Zuständigkeit **gegeben**. Dem ersten durch die Verfassung, dem zweiten durch das Gesetz. Der Gesetzgeber kann auf seine Kompetenz sowenig verzichten, wie der Private auf seine Handlungsfähigkeit; weder ganz noch teilweise. Was der Gesetzgeber heute angeordnet hat, kann er morgen wieder aufheben. *Lex posterior derogat legi anteriori*. Der Gesetzgeber kann seine Anordnungen nicht gegen Aenderung durch den späteren Gesetzgeber feien. Alles, was durch Gesetz statuiert ist, kann durch Gesetz wieder aufgehoben werden; jeder muß damit rechnen. Wie alles was durch Vertrag vereinbart worden ist, durch Vertrag und was durch Testament angeordnet worden ist, durch Testament wieder aufgehoben werden kann. Der Gesetzgeber kann wohl die Dauer seines Gesetzes begrenzen, aber er kann ihm nicht eine bestimmte Geltungsdauer gewährleisten.

c) Daß die öffentliche Gesetzgebung regelmäßig und richtigerweise in **abstrakten Sätzen** spricht, und die privaten Rechtsgeschäfte in der Regel in konkreter Formulierung, ist nicht zufällig; aber es ist kein durchgreifender Unterschied. Das Gesetz, weil es

Grundsätzliches auszusprechen hat, soll zwar seine Befehle stets in abstrakten Begriffen, als generelle Regel, formulieren; der Vertrag, der nicht auf Grundsätzliches geht, braucht das nicht. Aber auch ein Vertrag kann gelegentlich zwischen den Parteien eine generelle Ordnung aufstellen, z. B. ein langjähriger Dienstvertrag, ein Konkurrenz- oder ein Gesellschaftsvertrag.

Im folgenden sprechen wir von der staatlichen Rechtssetzung.

2. Man sollte meinen, daß, wenn in einer Rechtsgemeinschaft eine gesetzliche Ordnung herrschen soll, die Rechtssetzung ganz einem gesetzgebenden Organe zu übertragen wäre. Folgerichtig wäre das in der Tat. Die **Einheit** des Rechts wäre dadurch am besten gesichert. Praktisch-politische Gründe aber haben alle Staaten bewogen, die Rechtssetzung nicht in einem Organ zu zentralisieren. Ueberall üben, abgesehen von den Privatpersonen, verschiedene Behörden die Rechtssetzung aus.

a) Ueberall im Staate (wenn wir hier vom Bundesstaate absehen) gibt es zwar eine oberste Gesetzgebungsbehörde, z. B. das Parlament. Aber unter dieser Behörde sind noch andere zur Rechtssetzung berufen, je in ihrem Bereiche; sei es für einen beschränkten örtlichen Bereich, wie die Gemeinde, der Bezirk, die Provinz; sei es für einen begrenzten Sachbereich, wie die anerkannte Kirche oder gewisse Versicherungs- und Kreditverbände; sei es für beides zusammen, wie Schul- und Armengemeinden. Sie alle sind mit einer weiteren oder engeren, mehr oder weniger selbständigen **Autonomie** ausgestattet. In dieser mehrfachen Rechtssetzung wird die Einheit der Rechtsordnung gewahrt durch die grundsätzliche Unterordnung der autonomen Verbände unter das staatliche Gesetz und durch die Aufsicht einer darüber wachenden Zentralbehörde: das Gesetz ist für sie maßgebend und die Aufsichtsbehörde sorgt dafür, daß es eingehalten wird. Autonome Körperschaften, die selbst über die Grenzen ihrer Autonomie entscheiden würden, kann es in einem Staate nicht geben; nicht einmal im Bundesstaat; sie wären selbst Staaten.

b) Die Autonomie ist die bleibende, planmäßige Uebertragung der Rechtssetzung vom Staate an untergeordnete Teilverbände. Innerhalb eines Verbandes und namentlich innerhalb des eigentlich staatlichen Verbandes kann nun aber die gesetzgebende Behörde auch eine andere, vorab die Regierung gelegentlich ermächtigen und beauftragen, an ihrer Stelle über einen Gegenstand zu legislieren; wegen der geringen Bedeutung oder der technischen



Natur dieses Gegenstandes oder behufs leichter Abänderung des Angeordneten, oder einfach weil das Parlament seine Arbeit nicht mehr zu bewältigen vermag. Das von der Regierung erlassene „Gesetz“ nennt man **Verordnung**. Der BR ist z. B. durch Art. 39 ZGB ermächtigt worden, über die Führung der Zivilstandsregister und die Anzeigepflicht die nötigen Verordnungen zu erlassen; in Ausführung von Art. 81 des Fabrikgesetzes hat er in der Vollziehungsverordnung vom 3. Oktober 1919 u. a. den Begriff der Fabrik näher umschrieben und weitere hygienische Vorschriften aufgestellt.

Das Bedenkliche solcher **Ermächtigung** liegt in ihrer Unbegrenzbarkeit: alles wird doch die gesetzgebende Behörde der Regierung nicht delegieren können; aber wie viel? Sie hat ihr in den vergangenen Kriegs- und Krisenzeiten recht viel überlassen. Der gesetzgebenden Behörde aber eine Grenze zu ziehen ist schwer; und unter allen Umständen entscheidet sie wieder darüber.

c) Infolge dieser Zerstreuung der Gesetzgebungsbefugnis wird das eigentliche Gesetzesrecht ergänzt durch eine Menge von Verordnungen und autonomen Erlassen. Zwischen all diesen rechtssetzenden Vorschriften muß eine bestimmte **Rangordnung** bestehen: man muß wissen, welche der anderen vorgeht. Nicht nur, damit die Aufsichtsbehörde die beaufsichtigten Amtsstellen auf die maßgebenden Normen hinweisen kann, z. B. die Gemeinde auf die staatlichen Gesetze, sondern auch, damit, wenn zwei Erlasse sich widersprechen, der Bürger wisse, an welchen er sich zu halten habe. Deshalb besteht eine Hierarchie der Geltungskraft aller Erlasse; sie entspricht der Abstufung der Zuständigkeiten selbst. Die gesetzgebende Behörde ist die oberste rechtssetzende Behörde und ihre Erlasse gehen, abgesehen von der Verfassung, allen anderen vor; d. h. die anderen Erlasse sollen sich an die Gesetze halten und, wenn sie ihnen widersprechen, sind sie ungültig. Die zentralen Erlasse, z. B. die Verordnungen der Regierung werden den lokalen vorgehen und die der allgemein zuständigen Behörden denjenigen der Fachbehörden. Irgendeine solche Rangordnung muß bestehen, wenn nicht dieangedeutete, so doch eine andere. Widerspricht ein Erlaß unteren Ranges einem Erlaß höheren Ranges, so ist er ungültig; widerspricht er einem Erlaß gleichen Ranges, so geht der spätere dem früheren vor.

3. Im weiteren Sinn gehört zum **Verfahren** der Rechtssetzung die Ordnung der drei Fragen: wer kompetent sei, Recht zu setzen, worüber er Recht zu setzen habe und wie er dazu vorzugehen habe.

a) Von der ersten Frage war soeben die Rede. Die zweite stellt sich nur, wenn die rechtssetzende Behörde eine begrenzte Kompetenz haben soll; für die oberste, die gesetzgebende Behörde also in der Regel nicht, abgesehen vom Bundesstaat (BV 3). Wohl aber muß überall die dritte Frage geordnet werden, und zwar gerade für die höchste, die gesetzgebende Behörde; einesteils wegen der Wichtigkeit und der technischen Schwierigkeit dieser Ordnung für eine zahlreiche beratende Versammlung, andererseits damit der Bürger erkennen könne, was gültig ist und was nicht. Man nennt dieses Verfahren den **Weg der Gesetzgebung**. Sofern er die Gültigkeit des Gesetzes bedingt, sollte er dem Gesetzgeber in der Verfassung vorgezeichnet sein, gleich wie den Privaten, die einen Vertrag schließen wollen, der Weg dazu im Gesetz vorgeschrieben ist. Die Verfassung ist darüber aber oft recht schweigsam.

b) Die **Stadien** des gesetzgeberischen Verfahrens gleichen einigermaßen denjenigen des Zivilprozesses: wie hier jemand die Sache durch eine Klage beim Gericht anhängig machen muß, so muß das Gesetzgebungsverfahren durch eine dazu legitimierte Stelle mit einem **Gesetzesvorschlag** eröffnet werden. Das Parlament ist gewissermaßen das Gericht, das durch den Vorschlag mit der Sache befaßt wird und nun darüber (im englischen Parlament spielt gewissermaßen die Opposition die Rolle der Gegenpartei) materiell entscheiden soll durch Annahme, Abänderung oder Ablehnung des Vorschlages. Dieser **Beschluß** ist dem Urteil vergleichbar. Der Beschluß des Parlamentes ist in den meisten Staaten noch nicht formell rechtskräftig. Mitunter muß das Staatsoberhaupt noch zustimmen, und zwar entweder positiv, indem es dem Gesetz seine „Sanktion“ erteilt (was in England nur noch eine Formalität ist) oder negativ, indem es von seiner Befugnis, Einspruch zu erheben, nicht Gebrauch macht. Dieses „Veto“ hat in der Regel nur aufschiebende Wirkung, z. B. in Nordamerika; hier müssen, wenn der Präsident sein Veto einlegt, die beiden Häuser die bill noch einmal, und zwar mit Zweidrittel-Mehrheit, annehmen, was nicht oft geschieht. In der Schweiz und in anderen demokratischen Staaten muß noch das Volk zustimmen, und zwar in jedem Fall, wo das obligatorische Referendum gilt, oder nur wenn eine Anzahl Bürger es verlangen, wo das fakultative Referendum gilt. Erst wenn alle maßgebenden Faktoren zugestimmt haben, ist das Gesetz beschlossen. — Dieser Beschluß wird sodann **ausgefertigt**, beurkundet durch gewisse Unterschriften, z. B. des Staatsoberhauptes und eines Mini-



sters, oder, wie in der schweizerischen Bundesversammlung, des Präsidenten und des Protokollführers jedes Rates. Damit ist bescheinigt, was beschlossen worden ist, der authentische Wortlaut des Gesetzes, und auch, wie man annimmt, daß dieser Inhalt formgerecht und gültig beschlossen worden ist, so daß das Gesetz wegen Mängeln des Verfahrens nicht mehr angefochten werden kann. — Damit ist das Gesetz noch nicht in Kraft und verbindlich. Hiezu bedarf es in der Regel noch der **Bekanntmachung** an amtlicher Stelle; und auch damit braucht die **Wirksamkeit** des Gesetzes, d. h. die Pflicht, es zu befolgen, noch nicht zu beginnen: die Wirksamkeit kann auf einen späteren Zeitpunkt verschoben werden und wird es häufig. Das Schweizerische ZGB ist von der Bundesversammlung am 10. Dezember 1907 beschlossen worden; am 20. März 1908 ist der Beschluß infolge unbenutzten Ablaufes der Referendumsfrist rechtskräftig geworden; am 15. April 1908 (AS 24, S. 233) bekanntgemacht und nach seinem eigenen Art. 61 SchlT am 1. Januar 1912 in Wirksamkeit getreten.

## § 15. Die Rechtsanwendung.

### I. 1. Alles Recht ist da, um verwirklicht zu werden.

Ein abstrakter Rechtssatz kann aber nicht ohne weiteres verwirklicht werden. Die Verwirklichung besteht ja in der tatsächlichen Durchsetzung des Grundsatzes an einem konkreten Fall; in konkreter Weise und gegenüber einer konkreten Person. Dazu muß der abstrakte Befehl des Rechtssatzes so genau auf den konkreten Fall bezogen werden, daß er ohne weitere Entscheidung, sozusagen mechanisch vollstreckt werden kann. Das ist im Zug der Rechtsverwirklichung die Aufgabe der Anwendung des Rechtssatzes: der Rechtssatz wird im Urteil des Richters oder in der Verfügung des Verwaltungsbeamten auf seinen **konkreten Ausdruck** gebracht, um in dieser Form vollstreckt zu werden.

Der Rechtssatz z. B., daß Blutsverwandte in auf- und absteigender Linie sich im Fall der Not zu unterstützen haben (ZGB 328), kann zugunsten einer die Unterstützung begehrenden Mutter erst verwirklicht werden, wenn festgestellt ist, daß sie Not leidet und Kinder da sind, die sie unterstützen können und wie viel jedes zu leisten hat. Denn das alles muß man wissen, um vollstrecken zu können. Vollstreckt wird immer eine konkrete Leistung einer konkreten Person.

So ist die Rechtsanwendung das notwendige Mittelglied zwischen dem abstrakten Rechtssatz und dem konkreten Erfüllungszwang.

2. Was gehört nun aber zu dieser Konkretisierung des Rechtssatzes, die wir Anwendung nennen?

Man sagt oft: die Auslegung des Rechtssatzes. Das ist richtig, insofern der Richter oder Verwaltungsbeamte häufig das Gesetz auslegen muß, um es anwenden zu können. Aber doch nicht immer. Es gibt auch klare Gesetze, die keiner Auslegung bedürfen; und namentlich gehört die Auslegung begrifflich nicht zur Anwendung. Angenommen auch, es gebe kein einziges durchaus klares Gesetz, so könnte man sich doch eines denken, und auch dieses Gesetz müßte man noch anwenden, um es zu verwirklichen (vgl. § 17).

Zur Anwendung gehört aber notwendig:

1. die Feststellung der rechtserheblichen **Tatsachen** und 2. die Feststellung, welche Tatsachen **erheblich** sind.

Das **erste** ist eine historische Aufgabe: ob der Beklagte die Handlung begangen; ob die Unterschrift der Quittung echt oder falsch ist; ob die Wohnung in gutem Zustand war, als der Mieter sie übernahm; ob die Erkrankung die Folge des Militärdienstes ist; alles das sind Tatfragen, die nach den Maximen der methodischen oder empirischen Tatsachenforschung zu beantworten sind. Aber eine eigentlich juristische Aufgabe ist das nicht. Das Recht stellt sie; aber um sie zu lösen braucht es andere Kenntnisse als die des Rechts. Die Aufgabe stellt große Anforderungen an die Lebenserfahrung und die Menschenkenntnis, an den Scharfsinn und die Vielseitigkeit des Richters; aber nicht an seine juristischen Talente.

Anders die **zweite** Frage. Man nennt sie auch die Subsumtion, die Unterstellung eines Tatbestandes unter den anwendbaren Rechtssatz.

Wenn ein Knabe seine Kaninchen in den Kohlgarten des Nachbarn laufen läßt, kann man sich fragen, ob das Diebstahl ist. Der Richter muß sich fragen, ob er in diesem konkreten Vorgang die abstrakten Merkmale des Diebstahles wiederfindet. Das zu entscheiden ist eine Sache der Urteilkraft, nicht der Gesetzes- oder Tatsachenkenntnis. Aber wenn die Tatsachen festgestellt und die Begriffe des Gesetzes klar sind, ist die Aufgabe nicht allzuschwer. Schwierig wird sie jedoch, und das ist ein häufiger Fall, wenn zwischen mehreren Rechtssätzen zu wählen ist. Wenn es sich z. B.



fragt, ob der Knabe Diebstahl oder Sachbeschädigung begangen, oder vielleicht eine unerlaubte Handlung des Zivilrechts oder ob ein Fall ungerechtfertigter Bereicherung oder gar Vermischung (ZGB 727) gegeben ist. Man fragt dann eben, ob der gesetzliche Tatbestand dieses oder jenes Rechtssatzes erfüllt sei. Jeder Rechtssatz hat nämlich seinen Tatbestand und rechtserheblich sind immer die diesem Tatbestand entsprechenden Tatsachen. Ein konkreter historischer Vorgang ist noch kein Tatbestand: aus den unzählbaren Einzelheiten des individuellen Vorganges muß man diejenigen herausheben, die für den anzuwendenden Rechtssatz erheblich sind, die seinen Tatbestand ausmachen; und die sind, je nach dem anzuwendenden Rechtssatz verschieden: das Bewußtsein, sich eine fremde Sache anzueignen, hatte wohl der Knabe nicht, aber vielleicht das Bewußtsein, den Nachbarn zu schädigen; und wenn man den Täter auf Schadenersatz belangen will, müßte man andere Tatsachen festhalten, als wenn man ihn zur Herausgabe der Bereicherung verhalten will. Ob diese begrifflichen Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes vorliegen, hängt aber wiederum vom historischen Vorgang ab. So daß der anwendbare Rechtssatz bestimmt, welche Umstände rechtserheblich sind, und die Umstände des gegebenen Vorganges, welcher Rechtssatz anwendbar ist. Aus der Fülle aller Umstände des konkreten Vorganges diejenigen herauszulesen, die den Tatbestand eines anwendbaren Rechtssatzes ausmachen, das ist die Kunst der Rechtsanwendung, für die es ebensowenig Gebrauchsregeln gibt, wie für die Diagnose des Arztes. Es gibt Aerzte, die in der Erscheinung des Kranken sofort das Bild der ihn plagenden Krankheit erblicken, erfühlen, und andere, die im Lehrbuch zu Hause zehn Krankheiten nachschlagen, ohne auf die richtige zu kommen; und ebenso gibt es Juristen, die einen Fall als Diebstahl, unerlaubte Handlung oder Besitzesstörung konstruieren, aber sich nicht einfallen lassen, daß es eine ungerechtfertigte Bereicherung sein könnte. In dieser Kunst bewährt sich der geborene Jurist.

3. Die richtige Subsumierung eines Vorganges unter den anwendbaren Rechtssatz kann jeder gute Jurist zustande bringen. **Rechtsverbindlichkeit** kann dieser Erkenntnis aber nur die zuständige Behörde verleihen, die mit der Anwendung des Gesetzes betraut ist; das Gericht in seinem Urteil oder die Verwaltungsbehörde in ihrer Verfügung.

Die Rechtsverbindlichkeit des Urteils oder der Verfügung besteht

nun darin, daß sie vollstreckt werden können, und zwar ohne weitere Prüfung: so wie vom zuständigen Anwendungsorgan erkannt worden ist, so wird vollstreckt. Auch wenn die Erkenntnis dem Gesetz widerspricht? Gesetzwidrige Urteile und Verfügungen sollten ja nicht vorkommen; alle Urteile und Verfügungen sollten dem Gesetz entsprechen. Aber sie entsprechen ihm nicht immer. Was gilt dann: das Gesetz oder das Urteil? Es gilt das Urteil oder die Verfügung. Denn in dieser Konkretisierung wird das Gesetz vollstreckt, und so wie es erzwungen wird, so gilt es in concreto. Die Behörde war ja zuständig zur Anwendung des Gesetzes und das heißt nichts anderes, als daß ihr Entscheid darüber, was nach Gesetz zu geschehen habe, verbindlich ist. Vielleicht kann man ihn vor einer höheren Behörde noch anfechten; dann ist noch nicht endgültig entschieden; aber wenn endgültig, formell rechtskräftig (S. 131) entschieden worden ist, geht die rechtsanwendende Entscheidung dem angewandten Rechtssatz formell vor: die Frage, ob richtig entschieden worden sei, kann nicht mehr aufgeworfen werden; sonst wäre ja nicht entschieden. Wenn z. B. ein kantonales Gericht letztinstanzlich das eidgenössische Zivilrecht unrichtig anwendet, ist das Urteil formell verbindlich und rechtswirksam, ungeachtet sogar des Grundsatzes, daß eidgenössisches Recht kantonales bricht.

Aus dem Gesagten ergibt sich über das Verhältnis des rechtsanwendenden zum rechtssetzenden Befehl (von Urteil zu Gesetz):

- a) daß der Richter oder Verwaltungsbeamte nach Gesetz entscheiden soll (§ 11, S. 129; § 12, S. 141);
- b) daß sein Entscheid aber auch verbindlich ist, wenn er zufällig dem Gesetz nicht entspricht;
- c) daß indessen der gesetzwidrige Entscheid an sich die Verbindlichkeit des Gesetzes für zukünftige Entscheide nicht aufhebt (vgl. § 23).

II. Die Rechtsanwendungen, von denen bis jetzt die Rede war, waren verbindliche Anordnungen staatlicher Behörden. Können auch **Private** das Recht in verbindlicher Weise anwenden?

Sie können das in der Tat nach unserm Recht in zwei Formen:

- 1. Im Rahmen organisierter privater Verbände: **Verbandsgerichtsbarkeit**. Eine private Körperschaft, z. B. eine Genossenschaft, bestellt Organe (S. 122, 143) nicht nur, um die für ihre Mitglieder verbindlichen Normen zu erlassen, sondern auch um diese generellen Normen auf den einzelnen Fall anzuwenden, mitunter sogar,



um die Verletzung dieser Normen mit einer Strafe (Buße) zu ahnden. Der Vorstand einer Käsereigenossenschaft wendet z. B. das Reglement über Milchlieferung an und büßt zuwiderhandelnde Mitglieder. Inwieweit solche Entscheidungen endgültig sein sollen oder vor staatlichen Gerichten (wegen Verletzung der Verbandsnorm) sollen angefochten werden können, ist ein nicht einfaches gesetzgebungspolitisches und rechtstheoretisches Problem, ähnlich dem der endgültigen Entscheidung über den Ausschluß eines Mitgliedes (ZGB 72; OR 846). Es ist, wie aus dem vorhin Gesagten hervorgeht, nicht dasselbe, den privaten Verband zu ermächtigen, sich selbst die Normen seines Gemeinschaftslebens zu setzen und ihn zu ermächtigen, diese Normen auch endgültig anzuwenden; denn richtige, gesetzmäßige Verbandsnormen können gelegentlich auch unrichtig angewendet werden. Ob diese Entscheidung aber endgültig sei oder der Weiterziehung an öffentliche Gerichte unterliege, immer ist es eine einseitig verbindliche, organmäßige Rechtsanwendung, die gilt, wenn sie nicht förmlich angefochten wird; formloser Widerspruch genügt nicht (S. 149). Obschon die autoritative Entscheidungsbefugnis zum Wesen der Organisation gehört (S. 121), verdient doch bemerkt zu werden, daß die Verbandsorgane im Kreise ihrer Mitglieder damit eine ähnliche Funktion ausüben wie die staatlichen Organe der Rechtsanwendung in der staatlichen Gemeinschaft. Eine andere Frage ist, ob diese Rechtsanwendung Rechtsprechung oder Verwaltung zu nennen wäre, und ob hier Rechtssetzung und Rechtsanwendung notwendig getrennt sein müssen (Methode, 215).

2. Die andere Form ist die der vereinbarten **Schiedsgerichtsbarkeit**. Die erste Form beruht auf Statut, diese zweite auf Vertrag, auf dem Schiedsvertrag (Kompromiß) zweier Privatpersonen, die uneins sind über ein Rechtsverhältnis, sofern es nicht, wie die familienrechtlichen, das öffentliche Interesse berührt (S. 126). Das Gesetz gestattet ihnen, den Streit durch einen von ihnen gewählten und beauftragten Richter entscheiden zu lassen. Das ist spezifische Rechtsprechung (nicht Verwaltung), aber vereinbarte. Diese private Gerichtsbarkeit wird vom Staate zugelassen, aber mit verschiedener Wirkung: nach den einen Gesetzgebungen hat der Schiedsspruch, sofern er gewissen formellen Anforderungen genügt, die Wirkung eines endgültigen, formell rechtskräftigen Entscheides; nach den anderen begründet er bloß eine neue vertragliche Pflicht, nämlich sich dem Schiedsspruch zu unterziehen, die aber, wie jede andere vertragliche Verpflichtung, bestritten werden

kann und dann von den staatlichen Gerichten festgestellt werden muß, um vollstreckbar zu sein.

III. Kehren wir zur staatlichen Rechtsanwendung zurück, so erinnern wir uns, daß sie in zwei verschiedenen Verfahren vor sich geht, je nachdem privates oder öffentliches (Verwaltungs-)Recht anzuwenden ist (§§ 12 und 13). Von der Anwendung des Strafrechts sei vorderhand abgesehen (§ 19).

Der Besonderheit des **Verwaltungsverfahrens** (Verwaltungsprozeß) ist schon Erwähnung getan worden. Hier sei aber noch beigefügt:

1. daß das Verfahren der Verwaltungsbehörden nicht einheitlich ist; daß es je nach dem Gegenstand einen sehr verschiedenen Verlauf nehmen kann und auch oft sehr einfach ist. Man vergleiche den lakonischen Marschbefehl oder den stummen Wink des Verkehrspolizisten mit der Aushebung von Rekruten oder der Entziehung des Führerausweises. Ueberall ist der „Verwaltungsprozeß“ beherrscht durch die schon erwähnten Maximen (S. 141); aber der Prozeßgang ist in jedem Fach ein anderer; ein anderer für die Schließung einer gefährlichen gewerblichen Anlage und für die Veranlagung der Einkommenssteuer;

2. daß die Verwaltungsbehörden häufiger als die Gerichte sich ohne ausgearbeitete Normen behelfen müssen. Sie sollen, sagten wir (S. 141), nach Gesetz entscheiden; aber das Gesetz ist oft, mit oder ohne Absicht, unvollständig und überläßt vieles dem „Ermessen“ der Verwaltungsbehörden. Das Gesetz sagt z. B., die Stempelsteuer sei zu erlassen, wo „die Erhebung eine offenbare Härte darstellen würde“; oder das Seuchengesetz beauftragt die Gesundheitspolizeibehörde, bei drohender Ansteckung die erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Welche, sagt das Gesetz nicht; aber die Verwaltungsbehörde soll nicht willkürlich entscheiden, sondern nach sachlichen Gründen, d. h. nach Grundsätzen, die sie selbst findet... oder doch sucht! Auch das gehört zur Eigenart dieses Verfahrens;

3. daß die Verwaltungsbehörden zwar wie die Gerichte nach Gesetz und Recht entscheiden sollen, das Gesetz aber nicht anzuwenden haben, um Vergangenes rechtlich zu beurteilen, sondern um Zukünftiges zu gestalten. In diesem Sinn kann man sagen, sie hätten nicht zu urteilen, sondern zu handeln. Oder besser: sie beurteilen nicht das Getane, sondern das zu Tuende. Die Verwaltungsbehörde soll bewirken, daß die Seuche sich nicht ausdehne, die Steuerbehörde, daß die Steuer bezahlt, und die Militär-



behörde, daß der WK abgehalten werde. Deshalb spielt neben der Rechtmäßigkeit die Zweckmäßigkeit des Anzuordnenden eine so große Rolle.

IV. Darzustellen ist aber noch, durch welche **Behörden** das öffentliche Verwaltungsrecht angewendet wird.

1. Es sind das vor allem die **Verwaltungsbehörden**. Die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung sind heute so groß, so schwierig und so verschieden, daß es dazu einer Menge sachkundiger Aemter bedarf. Demgemäß sind die Verwaltungsbehörden gegliedert nach dem Gegenstand ihrer Aufgabe in Fachabteilungen (Ministerien, Departemente, Direktionen) und -unterabteilungen; mit welcher Gliederung sich aber auch die territoriale der autonomen Gebietsverbände (S. 153) verbindet; und schließlich die Abstufung nach Instanzen in demselben Verband und Fache. Der Schullehrer ist ein Beamter des Unterrichtsfaches, und zwar der Gemeinde, und untersteht letztinstanzlich der staatlichen Aufsichtsbehörde. So baut sich eine reich gegliederte Hierarchie von Behörden auf, deren jede an ihrem Ort ihre besondere Aufgabe für das Ganze zu erfüllen hat.

2. Sie alle bilden aber einen **Verwaltungskörper** (S. 150). Sie bedürfen einer Leitung; nicht nur, damit jede in ihrem Bereiche bleibe und zwischen den vielen Gliedern dieses Getriebes keine Reibungen entstehen, sondern auch weil alle diese Teile nach einem Plan arbeiten müssen und eine Behörde für das Ganze verantwortlich sein muß. Diese leitende Stelle ist die Regierung. Alle Verwaltungsbeamten sind ihrer Dienstgewalt unterstellt und haben ihr zu gehorchen. Sie stehen also, wie früher bemerkt, unter dem Gesetz, aber vor allem unter ihrem Vorgesetzten. Der Vorgesetzte, zuletzt die Regierung, schreibt dem Beamten vor, wie er das Gesetz anzuwenden hat, und er kann auch nachträglich und von sich aus die ungesetzliche oder unzweckmäßige Anordnung des Untergebenen abändern; ja auch von vornherein an seiner Stelle verfügen. Darin unterscheidet sich das hierarchische Verhältnis der Verwaltungsbehörden von dem der (Zivil-)Gerichte. Auch die Gerichte bilden eine Hierarchie; aber die unteren können untergeordnete Sachen endgültig entscheiden; in anderen kann ihr Urteil zwar durch die höhere Instanz abgeändert werden, aber nur nachträglich, auf Gesuch einer Partei, und namentlich kann das höhere Gericht dem unteren nicht zum voraus vorschreiben, wie es das

Gesetz anzuwenden oder gar den hängigen Fall zu entscheiden habe, und noch weniger ihm die Entscheidung aus der Hand nehmen. Jedes Gericht, auch das unterste, soll zunächst selbst, und zwar unabhängig, nach eigener Ueberzeugung entscheiden.

3. Das Verwaltungsverfahren ist allerdings dem Zivilprozeß angenähert, insofern, neben der autoritativen Einwirkung von oben, auch dem **beteiligten Privaten** vielfach gestattet wird, darauf **einzuwirken**; z. B. dem Eigentümer der gewerblichen Anlage, die als gefährlich verboten werden soll, oder dem angeblich Angesteckten, der abgesondert werden soll. Er kann gegen die getroffene Verfügung bei der verfügenden Behörde selbst vorstellig werden (Vorstellung, Wiedererwägungsgesuch); oder er kann die Verfügung bei der höheren Verwaltungsbehörde anfechten (Verwaltungsbeschwerde) oder sogar bei einem von der Verwaltung unabhängigen Verwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsbeschwerde). Dann wird die administrative Verfügung selbst zum Gegenstand eines Verfahrens und im letzten Fall eines Streitverfahrens, in dem Verwaltung und Beschwerdeführer sich als Parteien gegenüberstehen. Eine Frage des öffentlichen Rechts wird also sozusagen in einem Zivilprozeß entschieden. Eine solche Kontrolle der aktiven Verwaltung mag, namentlich in der Anwendung der Steuergesetze, u. U. angebracht sein; aber sie ist nie frei von Widersprüchen (Methode 206, 267).

## § 16. Die Vollstreckung.

1. In der Vollstreckung der rechtsanwendenden Anordnung (Urteil oder Verfügung) wird das angewendete Gesetz vollzogen, d. h. zwangsweise verwirklicht. Ein Gesetz, das nicht nach der Zwangsvollstreckung verlangte, wäre kein Rechtsgesetz; und das Rechtsgesetz, dem diese Folge tatsächlich nicht mehr zuteil wird, hat seine **Geltung** verloren. Viele Vorschriften sind im Laufe der Zeit außer Kraft getreten, weil sie nicht mehr angewendet, d. h. weil die Befolgung nicht mehr erzwungen und die Uebertretung nicht mehr bestraft wurde. Wenn der Verkauf von Absinth oder die Benutzung öffentlicher Gewässer nicht mehr verhindert oder bestraft wird, sind sie nicht mehr verboten, und es wäre Willkür, wenn ein übereifriger Richter das Gesetz plötzlich wieder anwenden wollte, weil es nicht förmlich aufgehoben worden sei.

Der Staat ist es aber, der das Recht erzeugt. Er schafft sich den



ausreichenden Zwangsapparat und er allein verfügt darüber. Die Rechtssetzung mag er als Autonomie Privatpersonen, Einzelnen oder Verbänden, gewähren; und ebenso den organisierten Privatverbänden die Anwendung ihres Rechts; aber die Zwangsvollstreckung behält er sich (heute) überall vor. Private Selbsthilfe ist mit wenigen Ausnahmen (OR 52, Abs. 3, ZGB 926) verboten. Der Staat hat das Monopol des Zwanges.

2. Der Staat übt seine Zwangsgewalt durch viele verschiedene Organe aus: durch Betreibungsbeamte, Gerichtsvollzieher, Aufseher, Weibel, Polizeibeamte u. a. m. Sie stehen zum Teil im Dienste autonomer öffentlicher Körperschaften, insbesondere der Gemeinde, weshalb diese Körperschaften, im Gegensatz zu anderen, z. B. Kirch- oder Schulgemeinden, ihr Gebiet und ihre (beschränkte) Gebietshoheit haben. Aber ihre Zwangsgewalt ist ihnen, wie ihre Befehlsgewalt, vom Staate übertragen und der staatlichen untergeordnet; der Staat, d. h. eine oberste Staatsbehörde, verfügt über alle öffentlichen Machtmittel; er entscheidet letztlich, welche Machtmittel anzuwenden, wie und wofür sie anzuwenden sind. Und er muß über Machtmittel verfügen, die allen anderen, den privaten wie den öffentlichen, überlegen sind. Sein entscheidendes Machtinstrument ist die Armee. Die oben erwähnten Fachbeamten der Vollziehung erzwingen die einzelnen staatlichen Befehle; die Armee erhält den Staat selbst. Wenn die Einzelbeamten oder die Gemeinden mit ihren beschränkten Zwangsmitteln nicht mehr ausreichen, muß ihnen der Staat seine wirksameren leihen; wenn die staatliche Ordnung selbst angegriffen und der gesetzlichen die ungesetzliche Gewalt entgegentritt, muß die Armee die Ordnung wahren. Wer über die Armee verfügt, verfügt über den Staat. Ueber die Armee aber verfügt unmittelbar, wenngleich unter der Aufsicht der Volksvertretung, die Regierung. Diese Machtfülle und diese Verantwortlichkeit erheben die Regierung über eine bloße Verwaltungs- und Fachbehörde; ja über Parlament und Gerichte.

Wer über die entscheidende Macht verfügt, verfügt tatsächlich über Sein oder Nichtsein des Staates und seiner Rechtsordnung; nicht diejenigen, die entscheiden, was Recht sein soll, der Gesetzgeber oder das oberste Gericht, sondern der Inhaber der mächtigsten Macht, sofern sie ihm tatsächlich auch gehorcht. Das eben ist die Regierung. Versagt ihr dieses Mittel, weil die Armee der Regierung den Gehorsam kündigt oder auseinanderläuft, so droht dem ganzen Staatsgebilde der Zusammenbruch.

Das zu verhüten, wenn Not, Krieg, Revolution oder Anarchie alle Bande frommer Scheu lösen, ist die Aufgabe der Regierung. Es ist nicht sowohl eine verfassungsmäßige Kompetenz, als eine Voraussetzung des Bestandes der Kompetenzordnung selbst; weil der Staat bestehen muß, muß die Regierung, oder wer es sonst kann, dafür sorgen, daß ihm die entscheidende Macht bleibe. Die Regierung, die das tut, braucht sich nicht auf eine ausdrückliche Zuständigkeitsbestimmung des Grundgesetzes zu berufen, und sie kann auch nicht in der Wahl der Mittel rechtlich gebunden sein: was für die Erhaltung des Staates notwendig ist, darf sie vorkehren . . . , sofern der Staat selbst zu leben verdient.

3. **Erzwingen** bedeutet: etwas tatsächlich bewirken. Der Zwang, der nicht wirkt, ist kein Zwang. Wer zwingt, fordert nicht, er bewirkt einen tatsächlichen Vorgang.

Gezwungen wird, wer seine Pflicht nicht erfüllt; bleibt die Erfüllung, die selbstgewollte, aus, so folgt der Zwang. Aber wer gezwungen werden kann, ist nicht wieder verpflichtet, sich zwingen zu lassen. Er verletzt daher auch keine Pflicht, wenn er sich nicht zwingen läßt; es erweist sich an ihm nur, daß der staatliche Zwangsapparat unzulänglich ist. Das ist der folgerichtige Gedankengang. Wenn daher der Staat den Zwang ansetzt, sollte er nicht zugleich an die Pflicht appellieren; und wenn er an die Pflicht appellieren will, sollte er noch nicht mit dem Zwang aufrücken. Häufig tut er aber beides zugleich. Begreiflich ist nun, daß man den rohen, mechanischen Zwang so viel als möglich hinauszuschieben sucht und vorerst noch einmal die Pflicht, vielleicht eine potenzierte Pflicht unter Strafandrohung aufruft. Aber klar sollte sein, ob die so handelnde Behörde verpflichten oder zwingen will. Wenn der Richter z. B. befiehlt, daß dem Vater das Kind wegzunehmen sei, und der Vater sich der Polizei, die es ihm wegnehmen will, widersetzt und deswegen bestraft wird, bleibt unklar, ob die Polizei zwingen oder vorerst noch ein letztes Mal befehlen solle. Sollte sie zwingen, so mußte sie eben den Widerstand des Vaters brechen; sollte sie dem Vater eine letzte Frist zur Erfüllung setzen, dann war er durch das Urteil noch nicht endgültig verpflichtet und man hätte noch nicht den Zwangsapparat spielen lassen sollen. Aber die endgültige Verpflichtung muß schließlich doch erzwungen werden; warum dann vorher noch strafen? Oder soll am Ende, die Pflicht gar nicht in natura erzwungen, sondern bloß die Verletzung, etwa wie die Vernachlässigung einer Familienpflicht, bestraft werden?



(vgl. StGB 285, 286, 292 und 220). Vieles ist hier im positiven Recht und in der Lehre noch unklar (ZBJV 64, 341).

Oft wird die Erfüllung der Pflicht nicht erzwungen, sondern die Verletzung bestraft. Wer z. B. die Aussage vor Gericht verweigert, wird nicht gezwungen auszusagen, sondern wegen Nichtaussage bestraft (StGB 292?). Aber die Strafe muß dann wohl erzwungen werden (§ 18).

Woraus sich ergibt, daß am Schluß immer der wirksame Zwang einsetzen muß, wenn nicht alles Vorausgehende seinen rechtlichen Charakter verlieren soll.

4. Wenn der Zwang einmal einsetzt, muß er so ausgeübt werden, daß er wirkt. Das ist zunächst ein **technisches**, mechanisches oder psychotechnisches Problem: wie z. B. ein Verbrecher festzunehmen oder eine Sache dem unrechtmäßigen Besitzer wegzunehmen sei, bevor sie der Besitzer weggeschafft oder zerstört hat. Der Zwang muß so beschaffen sein, daß sich ihm der Exekut nicht entziehen kann, wirke er nun physisch oder psychologisch (wie die Kompulsiv-, „strafen“, die keine Strafen sind). Aber auch der Zwang kann rechtlich als **Zwangsverfahren** geordnet sein; durch Regeln, an die sich die Vollstreckungsorgane halten sollen; zur Vermeidung vermeidbaren Schadens oder unnötiger Nötigung. Wegen Mißachtung dieser Regeln mag sich der Exekut (z. B. SchKG 17 und 97) bei der vorgesetzten Behörde beschweren. Gegen die Berechtigung der Exekution selbst gibt es (grundsätzlich) kein Rechtsmittel mehr; wenn die Vollstreckung erlaubt ist, soll die Rechtsfrage entschieden sein.

## B. Das öffentliche Verwaltungsrecht.

### § 17. Das Verwaltungsrecht.

Wir haben oben (S. 138) im materiellen oder Verwaltungsrecht zwingende und nicht zwingende Normen unterschieden, und die ersten öffentlichrechtlichen, die zweiten privatrechtliche genannt. An der Benennung liegt es aber nicht; wichtig ist vielmehr der sachliche Gegensatz zwischen den beiden Arten gesetzlicher Normen: die ersten verpflichten unbedingt, weil der Staat die Befolgung der Norm will; die zweiten verpflichten nur bedingt, nämlich wenn die beteiligten Privatpersonen rechtsgeschäftlich nichts anderes statuiert haben, weil dem Staat hier weniger daran gelegen

ist, wie diese Beziehungen als daß sie geordnet sind. Von den zweiten Normen war oben (S. 138) die Rede; von den ersten, den zwingenden, die öffentlichrechtlich genannt werden, soll hier die Rede sein.

Am Gegensatz zum Privatrecht können wir uns die Eigenart dieser öffentlichrechtlichen Normen vergegenwärtigen.

Alle öffentlichrechtlichen Normen (des Verhaltens) sind zwingend, d. h. verbindlich, unabhängig von privaten Rechtsgeschäften; das ist ihr juristisches Merkmal. Alle dienen dem öffentlichen Interesse; das ist ihr gesetzgebungspolitisches Merkmal. Und beides hängt zusammen: in der Form des zwingenden Rechtes wahrt das Gesetz das öffentliche Interesse; und was es in dieser Form wahrt, schätzt es auch als öffentliches Interesse ein.

Das öffentliche Interesse, dem der zwingende Rechtssatz dient, kann nun aber dreierlei Art sein: das der Erhaltung vorhandener Güter im Polizeirecht; das der Schaffung kultureller oder wirtschaftlicher Güter im Anstaltsrecht und das der Beschaffung der nötigen Hilfsmittel im Finanzrecht.

## I. Das Polizeirecht.

Das Polizeirecht schränkt die Freiheit der Privaten ein im öffentlichen Interesse. Zu den polizeilichen Einschränkungen gehört nicht eigentlich die Umgrenzung der rechtsgeschäftlichen Autonomie selbst, insbesondere der Vertragsfreiheit (OR 20, oben S. 70). Wohl dient auch diese Begrenzung dem öffentlichen Interesse: zum Schutz der öffentlichen Gesundheit wird z. B. die Anstellung von Kindern unter 14 Jahren in der Fabrik ungültig erklärt; im Interesse der staatlichen Sicherheit wird die vertragliche Verpflichtung zu Spionagediensten, im Interesse der Volkswirtschaft die Verabredung von Preisen, zur Wahrung des öffentlichen Glaubens wird das Versprechen zur Beschaffung falscher Doktordiplome nicht anerkannt, u. a. m. Aber sofern damit die Ungültigkeit des Vertrages bewirkt wird, gehört es zur Umschreibung der Vertragsfreiheit; also zur Ordnung der Privatautonomie selbst, die man dem Privatrecht zuzählt (S. 125, 138).

1. Eine polizeiliche Vorschrift ist es aber, wenn verboten wird, von der anerkannten Vertragsfreiheit einen bestimmten Gebrauch zu machen, der dem öffentlichen Interesse widersprechen würde.



Der Abschluß eines (gültigen) Vertrages wäre hier möglich. Aber er wird einer Partei verboten. Wäre der mißbilligte Vertrag ungültig, so brauchte man ihn nicht zu verbieten. Er wird aber verboten, weil er von gewissen Personen nicht abgeschlossen werden soll.

Dieser Fall ist z. B. gegeben, wenn das Gesetz dem dazu nicht Ermächtigten den Beruf des Börsenagenten untersagt: er soll nicht für andere Börsengeschäfte vermitteln. Der dazu erteilte Auftrag wäre zwar (mit Rücksicht auf die Gegenpartei) gültig; aber er soll nicht entgegengenommen werden. Uebernimmt ihn der Fehlbare aber dennoch, so wird er wegen Abschlusses dieses zivilrechtlich gültigen Geschäftes bestraft. Wäre es beiden verboten, das Geschäft abzuschließen, so wäre es sicher auch ungültig, da keiner dann Rücksicht verdiente; oder besser: der Abschluß des Geschäftes wird nie beiden Parteien verboten sein können, weil es in diesem Falle ungültig wäre (S. 71).

2. Es kann aber auch sein, daß nicht ein rechtsgeschäftliches Handeln, z. B. ein Vertragsabschluß, verboten ist, sondern ein tatsächliches Verhalten; nicht die Begründung eines Rechtsverhältnisses, sondern eine technische Verrichtung. Z. B. die Lagerung von Sprengstoffen oder die Einfuhr von Kokain. Dann wird jeder bestraft, der das tut, sei es nun zur Erfüllung einer verabredeten Pflicht oder sonstwie. Und wenn er sich dazu einem anderen gegenüber vertraglich verpflichtet, ist der Vertrag ungültig, weil er einen rechtswidrigen Inhalt hat (OR 20), und gegebenenfalls werden beide noch bestraft, wenn sie das tun, was nach Gesetz nicht getan werden soll. Wer sich also einem anderen gegenüber verpflichtet, Sprengstoffe zu lagern oder Kokain in die Schweiz einzuführen, begründet keinen gültigen Vertrag; tut er es nicht, so verletzt er auch das Verbot nicht; tut er es aber, so verletzt er das Verbot; nicht weil er sich zur Lagerung oder zur Einfuhr verpflichtet hätte, was ja nicht gültig geschehen konnte, sondern weil er die verbotene Handlung vorgenommen oder vorbereitet hat.

3. Begrifflich ist diese Unterscheidung der beiden Formen der Polizeiwidrigkeit klar; aber das positive Recht nimmt nicht immer klare Stellung dazu. Wenn es z. B. die Ausübung der Heilkunst dem Nichtpatentierten verbietet, will es ihm die technischen Verrichtungen des Heilkünstlers, z. B. Operationen, verbieten, oder den Abschluß eines Auftragsvertrages mit dem Patienten? Im ersten

Fall ist strafbar, wer ärztliche Eingriffe vornimmt; im zweiten wer sich durch Annahme des Auftrages verpflichtet.

Laute nun aber das Verbot auf die Begründung des Rechtsverhältnisses oder auf eine technische Verrichtung, es ist immer **Polizeirecht**, d. h. es ist zwingendes Verhaltensrecht besonderer Art: es ist eine Norm des Verhaltens, nicht eine Bedingung der Gültigkeit (eine „Kompetenz“-norm); es ist weiter ein Verbot, nicht ein Gebot; ferner: es schränkt die Freiheit des Privaten ein zugunsten eines öffentlichen Interesses und endlich: es wendet sich an Privatpersonen, setzt also eine privatrechtliche Sphäre voraus, als deren Beschränkung es erscheint.

Im Gegensatz zur gerichtlichen oder Sicherheitspolizei und zur politischen nennt man die hier umschriebene auch etwa die Verwaltungspolizei. Sie umfaßt die mannigfaltigsten Vorschriften über die Gesundheits-, Feuer-, Sitten-, Verkehrs-, Handels- und Gewerbe-polizei.

## II. Das Anstaltsrecht.

Während das Polizeirecht verbietet und verneint, gebietet und bejaht das Anstaltsrecht; während jenes sich an Private wendet und eine privatrechtliche Ordnung voraussetzt, wendet sich dieses vorab an den Staat selbst und begründet die entgegengesetzte Ordnung.

1. Die positiven Aufgaben, die der Staat mit seinen Unterabteilungen, in seinen anstaltlichen Einrichtungen heute pflegt, sind zahlreich: er erteilt Unterricht in seinen Schulen, er pflegt Kranke in seinen Spitälern, er unterstützt Arme, er unterhält Bildungsanstalten, Museen, Bibliotheken, Forschungsinstitute; er betreibt Kreditinstitute und Versicherungskassen, stellt Verkehrsmittel bereit und versorgt seine Angehörigen mit Wasser, Kraft, Licht und Unterhaltung; abgesehen vom Militär, dem eine besondere Aufgabe zukommt (S. 164). Aber es sind das doch nicht alle gesellschaftlichen Aufgaben; noch mehr bleiben der privaten Tätigkeit überlassen und wickeln sich in den Formen des Privatrechts ab. Um sich indessen die Eigenart des Anstaltsrechtes, das man auch Recht der **Verwaltungspflege** nennt, klar zu machen, muß man es sich für einen Augenblick auf das gesamte gesellschaftliche Leben ausgedehnt denken; so daß dem Einzelnen alle Bedürfnisse, die leiblichen wie die geistigen, vom Staate, vom Gemeinwesen, befriedigt würden: auch Nahrung, Kleidung und Unterkunft, wie dem Soldaten



in der Kaserne. Dann gäbe es keine privaten Produzenten, keine private Wirtschaft und auch keine privaten Rechtsgeschäfte mehr, da alle Staatsbürger an der verstaatlichten Produktion als öffentliche Bedienstete mitwirkten und am Ertrag ihren Teil erhielten. Statt der vielen privaten Unternehmen und Haushalte gäbe es nur eine staatliche „Unternehmung“ und einen gemeinsamen Haushalt: die **kommunistische**, d. h. verstaatlichte und ausschließlich öffentlichrechtliche Wirtschaft. Die sozialisierte Wirtschaft ist die Wirtschaft des öffentlichen Rechts; die Privatwirtschaft ist die des Privatrechts. Das Recht der so verstaatlicht gedachten Wirtschaft vereinigt die Bürger zu einer Gemeinschaft, deren Mitglieder zusammen an einem gemeinsamen Ziel mitwirken und teilhaben; es begründet ein genossenschaftliches Verhältnis, in dem es keine Privaten gibt; alles im Gegensatz zum Polizeirecht, welches die für sich arbeitenden Privaten in ihrer Freiheit einschränkt und durch seine Normen die Privaten verpflichtet. Die anstaltsrechtlichen Normen können nicht bloß verpflichten, sie können auch bloß berechtigen und gehen doch alle an; z. B. die Normen über die Benutzung öffentlicher Verkehrsanstalten, der Elektrizitätsversorgung oder der Mittelschulen. Sollen die Eisenbahntarife nicht durch den Gesetzgeber aufgestellt werden, weil niemand verpflichtet ist Eisenbahn zu fahren? Der Staat steht hier dem einzelnen nicht als Obrigkeit gegenüber, sondern als Verwalter.

2. Die Wirtschaft ist nun in keinem Lande, auch nicht in Sowjetrußland, ganz sozialisiert; in den meisten Staaten bildet vielmehr die Privatwirtschaft die Regel. Sozialisiert, d. h. verstaatlicht oder kommunalisiert, sind nur einzelne wirtschaftliche und kulturelle Aufgaben; sei es, daß sie sich für den Privatbetrieb nicht eignen, wie die Post oder der Primarunterricht, sei es, daß sie regulierend auf die Privatwirtschaft einwirken sollen wie eine Staatsbank, städtischer Wohnungsbau, Versicherungskassen u. a. m. Wenn man die Betriebsnormen der staatlichen Anstalten, insbesondere der wirtschaftlichen, betrachtet, sieht man, daß sie vielfach in den Formen und nach den Maximen von Privatunternehmen arbeiten; daß sie Verträge schließen, vor den Zivilgerichten Recht nehmen. Das erklärt sich daraus, daß sie bloße Ansätze zu einer vollständigen Sozialisierung sind und auf die neben ihnen bestehenden, mit ihnen konkurrierenden Privatunternehmungen Rücksicht nehmen müssen; daß sie also einen **Kompromiß zwischen Staats- und Privatwirtschaft** und deshalb auch zwischen öffentlichem und priva-

tem Recht darstellen, der stets mit der Logik auf gespanntem Fuße lebt; besonders die sog. gemischtwirtschaftlichen Betriebe; aber auch die auf staatlicher Verleihung beruhenden.

3. Abgesehen von diesen Zugeständnissen an ein Prinzip, das ihnen fremd ist, sind die Anstalten der öffentlichen Verwaltungspflege aber **Institute des öffentlichen Rechts**. Die Regeln, die sie beherrschen, sind, wie die des Polizeirechts, ein Stück der staatlichen Ordnung, die der Gerechtigkeit dienen soll und für die die Behörden (moralisch) dem Volke verantwortlich sind.

Ist eine öffentliche Anstalt einmal errichtet, so bedarf sie allerdings auch eines polizeilichen Schutzes; es wird den Privaten verboten, den Betrieb dieser Anstalten, z. B. die Benutzung der Straße, Verkehr der Eisenbahnen, die Abhaltung des Schulunterrichts zu stören. Auch das ist Polizeirecht, sog. **Anstaltspolizei**. Aber sekundäres Polizeirecht: das Primäre bleibt immer die Anstalt; weil sie besteht, bedarf sie des polizeilichen Schutzes, nicht des polizeilichen Schutzes wegen besteht sie.

### III. Das Finanzrecht.

1. Der Staat, das Gemeinwesen überhaupt, bedarf zur Erfüllung seiner Aufgaben materieller **Hilfsmittel**, sei es in natura, d. h. in der Gestalt, in der sie verbraucht werden, sei es in Geld. Die Staatswirtschaft ist wie die Volkswirtschaft seit dem Mittelalter mehr und mehr von der Natural- zur Geldwirtschaft übergegangen. Der heutige Staat braucht also vor allem Geld. Wie kann er es sich verschaffen?

Zum Teil fließt es ihm zu aus den Einnahmen seiner eigenen Anstalten, besonders seiner „gewerblichen“ Betriebe: Schulgelder, Versicherungsprämien, Postporti, Wasserzinsen, u. a. m. Sie helfen ihm zunächst die Ausgaben dieser Anstalten selbst bestreiten. Man nennt diese Gegenleistungen der Benutzer öffentlicher Anstalten **Gebühren**. Die von einer Anstalt eingenommenen Gebühren können ihre Ausgaben decken, ja übersteigen und zur Deckung der Ausgabenüberschüsse anderer Anstalten oder Verwaltungszweige dienen; z. B. die Ueberschüsse der Telephonverwaltung zur Deckung der Ausgabenüberschüsse der Telegraphenverwaltung und auch der übrigen Ausgaben des Bundes für Militär u. a. Aber diese Einnahmen reichen in der Regel nicht aus zur Bestreitung aller Ausgaben. Das Gemeinwesen muß von den Privaten



weitere Beiträge verlangen, unabhängig davon, ob sie seine Anstalten benutzen oder seine Dienste in Anspruch nehmen. Das sind die **Steuern**. Sie werden nach den verschiedensten Maßstäben berechnet und in den verschiedensten Formen erhoben, einmal wie die alte Kontribution, oder periodisch, wie die heutige Einkommenssteuer, oder gelegentlich, wie die Handänderungs-, die Erbschaftssteuer oder die Zölle. Aber immer sind es Abgaben, die vom Privaten aus seinen Hilfsmitteln erhoben werden. Die Steuerpflicht ist eine dem Privaten auferlegte öffentlichrechtliche Pflicht, wie die Polizeipflicht, und wie diese dient sie dem öffentlichen Interesse; aber sie dient ihm nur mittelbar, indem sie dem Staat die Mittel verschafft, das öffentliche Interesse zu wahren. Und im Gegensatz zur Polizeipflicht geht die Steuerpflicht auf eine positive Leistung und zwar auf die Bezahlung einer Summe Geldes an den Staat durch den Privaten aus seinem Vermögen. Das Steuerrecht setzt notwendig das Privatrecht und die Privatwirtschaft voraus; zunächst in dem Sinne, daß die Steuer begrifflich von Privaten erhoben wird und in der Uebertragung privater Vermögensrechte besteht; und sodann in dem Sinne, daß sie als Beitrag aus privaten Wirtschaften an die Staatswirtschaft nur denkbar ist, wenn es Privatwirtschaften gibt, aber nicht mehr denkbar wäre, wenn der Staat die gesamte Wirtschaft in seinen Haushalt aufnähme: wenn die Glieder einer Familie einen Haushalt bilden, können sie wohl die Arbeit und den Ertrag unter sich teilen, aber Steuern zu erheben von dem einmal gewährten Anteil hätte keinen Sinn, und ebenso wäre es, wenn der Staat eine Produktions- und Konsumgenossenschaft bildete. Tatsächlich ist das aber bei weitem nicht der Fall; deshalb braucht der Staat Beiträge der Privaten aus dem Ihrigen und das nennt man Steuern.

2. a) An den Gebühren und Steuern interessiert den Staat vor allem der Ertrag. Er muß so hoch sein, daß er im Durchschnitt der Jahre mitsamt den anderen Einnahmen, als da sind Bußen, Erlös aus verkauftem Inventar, herrenlosem Gut u. a. m., die laufenden Ausgaben der Verwaltung deckt. Sind **Einnahmen und Ausgaben** ungefähr gleich, so wird der Staat weder Rücklagen noch Schulden machen. Auch dann aber soll er haushalten, d. h. sparsam umgehen mit den öffentlichen Mitteln. Um sich Rechenschaft über seine Einnahmen und Ausgaben geben und anderen Rechnung ablegen zu können, muß er darüber Buch führen und die kasseführenden Stellen überwachen; um Einnahmen und Ausgaben ein-

ander anpassen und seinen Haushalt planmäßig führen zu können, muß er die zu erwartenden Einnahmen und Ausgaben übersichtlich im Voranschlag einschätzen und zusammenstellen. Das ist die eine Aufgabe einer geordneten **Finanzverwaltung**.

b) Aber Einnahmen und Ausgaben decken sich nicht immer. Uebersteigen die Einnahmen die Ausgaben, so wird der Staat durch Rücklagen (wenn er keine Schulden mehr hat) sein Finanzvermögen, d. h. das zu Ausgaben verwendbare **Vermögen**, äufnen. Uebersteigen die Ausgaben die Einnahmen, so muß er den Ertrag seines Vermögens heranziehen oder das Stammvermögen selbst angreifen, und, wenn das nicht mehr ausreicht oder nicht mehr angänglich ist, muß er Schulden machen. Der alte Staat Bern hatte beträchtliche Vorräte an Naturalien und zudem ein bedeutendes Vermögen an Werttiteln und Domänen. Heute sind diese Hilfsquellen in Bern und anderen Kantonen bis auf die Staatsdomänen versiegt, und der Staat hat Schulden gemacht: um seine laufenden Ausgaben decken zu können, hat er auf lange Sicht Geld entlehnt, das er nach einem bestimmten Plan für jedes Anleihen verzinst und tilgt.

Zu den laufenden Verwaltungsausgaben kommen also diese laufenden Finanzausgaben. Dafür zu sorgen, daß der Staatskasse je-  
weilen die nötigen Barmittel zur Verfügung stehen, daß das Vermögen erhalten, die Anleihen zu möglichst vorteilhaften Bedingungen aufgenommen und die aufgenommenen ordnungsmäßig verzinst und getilgt oder auch konvertiert werden, das ist die zweite Aufgabe der Finanzverwaltung.

Die erste Aufgabe bestand in Besorgung der Einnahmen und Ausgaben der Verwaltung; die zweite besteht in der Verwaltung des aktiven und passiven Vermögens.

★

Polizeirecht, Anstaltsrecht und Finanzrecht sind die drei Hauptgebiete des Verwaltungsrechts. Sie sind verschieden nach Zweck und juristischer Form; Polizeirecht und Anstaltsrecht haben jedes seine charakteristischen Normen. In was die Eigenart des Finanzrechtes besteht, soll hier nicht untersucht werden; zu untersuchen wäre, nach welchen Normen der Staat als Eigentümer, Gläubiger und Schuldner (Fiskus) am Vermögensverkehr mit Privaten teilnimmt.



## C. Die Verletzung des öffentlichen Rechts und ihre Folgen.

### § 18. Das Strafrecht.

#### I. Die ethische Funktion der Strafe.

1. Wir haben angenommen und werden es noch begründen (§ 24), daß das Recht eine Zwangsordnung, eine Ordnung erzwingbarer Verhaltensnormen ist. Wenn die Befehle des Rechts nicht freiwillig befolgt werden, müssen sie erzwungen werden, wenn anders sie Rechtsbefehle sein sollen. Ob der Befehl freiwillig oder gezwungen befolgt werde, in beiden Fällen ist er befolgt; das Recht ist verwirklicht. Wenn nun aber das Recht stets, freiwillig oder gezwungenermaßen, befolgt wird, wie kann es noch vorkommen, daß es verletzt werde? Und wenn es verletzt wird, wie kann die Norm, die derart verletzt werden kann (und viele können verletzt werden), noch eine Rechtsnorm sein? Schließt nicht das eine das andere aus? so daß, was verletzt werden kann, auch nicht als Recht befohlen werden konnte und alle Rechtsbefehle unverletzbar sein müßten?

**Logisch** betrachtet ist es so: was verletzt werden kann, ist nicht erzwingbar, und was nicht erzwingbar ist, ist nicht Recht. **Ethisch** betrachtet aber verhält es sich anders: wenn die Verletzung der Rechtspflicht, eine ethische Tatsache, ethisch wieder rückgängig gemacht werden kann, ist auch die Unverletzlichkeit des Befehles und so die Autorität des Gesetzes wieder hergestellt. Das tatsächliche Ergebnis der Verletzung, z. B. der Tod des Ermordeten, kann nicht rückgängig gemacht werden; wohl aber die Verletzung des Gebotes, nicht zu töten, die mit dem Totschlag begangen worden ist. Das ist die **ethische Funktion der Strafe**.

2. Die dem Uebeltäter auferlegte Strafe gleicht ethisch die begangene Verletzung aus; der **Schwere der Verletzung** soll die Schwere der Strafe entsprechen.

a) Die Schwere der Verletzung wird aber bestimmt durch zweierlei: durch den **Wert des verletzten Gutes** und durch die Schwere der Schuld. Der Wert des verletzten Gutes ist das eine Moment. Wer das Leben zerstört, wird schwerer bestraft, als wer fremdes

Eigentum zerstört. Deshalb schätzt der Gesetzgeber mit der Schwere der Strafe, die er auf die Verletzung setzt, auch den Wert des Gutes ein, dessen Verletzung bestraft wird. Das Gut, dessen Verletzung gering bestraft wird, ist eo ipso auch gering bewertet; das Gut, dessen Verletzung schwer bestraft wird, hoch.

b) Aber nicht der Wert des Gutes allein bestimmt die Höhe der Strafe, sondern auch die Beschaffenheit des Willens des Fehlbaren; sein **Verschulden**. Wer vorsätzlich und mit Vorbedacht das Gesetz verletzt, wird schwerer bestraft, als wer es in momentaner Erregung tut; und wer vorsätzlich gehandelt hat, schwerer, als wer es bloß an der gebührenden Achtsamkeit hat fehlen lassen, also fahrlässig gehandelt hat; wer ohne Verschulden, durch Zufall, ein Rechtsgut zerstört hat, wird überhaupt nicht bestraft; z. B. der Autofahrer, dem ein Kind unversehens in die Räder läuft. Und wer des Verschuldens nicht fähig ist, d. h. die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens nicht einzusehen oder seine Triebe nicht zu beherrschen vermag, der Unzurechnungsfähige, für den stellt sich die Frage des Verschuldens gar nicht. Er ist nicht straffähig. Der vermindert Zurechnungsfähige ist es nur in minderem Grade als der voll Zurechnungsfähige. Nur der Schuldige wird bestraft.

Nur wenn minder wichtige Normen übertreten werden, die mehr der guten Ordnung als des Rechtes wegen aufgestellt sind, **sieht das Gesetz** der Einfachheit halber und um desto sicherer jede Uebertretung zu treffen, **vom Verschulden ab** und bestraft einen „Haftbaren“ (S. 123) für die objektive Verletzung. Z. B. wegen Uebertretung eines Parkierungsverbotes oder der Nichtanmeldung eines Mieters. Das nennt man etwa „Polizeistrafrecht“, „Polizeistrafen“.

3. Man hat es von jeher bezweifelt, ob der Staat und seine Organe fähig und berufen seien, die Schuld des Verbrechers zu ermessen und die **gerechte Strafe** zu finden.

Es wäre in der Tat eine Vermessenheit, wenn irgend ein Mensch die **sittliche Schuld** eines anderen abwägen und ihm die ethisch verdiente Strafe zumessen wollte. Die Aufgabe des Strafrichters ist bescheidener. Er hat nur zu entscheiden, ob der Angeklagte das Gebot des Rechts, wie es einmal lautet und gehalten werden soll, verletzt hat und ob er es mit Bewußtsein oder doch fahrlässig getan. Wie weit ihm dieses sein Verhalten aber, angesichts aller individueller Umstände seiner Person und seiner Vergangenheit selbst, sittlich zum Vorwurf gemacht werden kann, hat er und braucht er



nicht zu beurteilen. Er hat diesen Momenten auch nicht nachzugehen. Der Richter muß oft verurteilen, wo er sittlich nicht verdammen kann, und er muß manchen freisprechen, den er sittlich verabscheut. Die Strafe bewertet nicht die sittliche Persönlichkeit, sondern ihr rechtliches Verhalten, die rechtliche Verantwortlichkeit für eine rechtswidrige Tat: wer das Gesetz verletzt hat, muß bestraft werden, weil sonst das Gesetz nicht mehr gälte.

## II. Die rechtliche Funktion der Strafe.

1. Rechtlich ist nämlich die Strafe ein **Ersatz des Zwanges**: die Verletzung soll nur bestraft werden, wenn die Befolgung nicht erzwungen werden kann. Das ist ihre rechtliche Funktion, ihre Rolle in der dramatischen Handlung der Rechtsverwirklichung (S. 137).

Ein Ersatz des **Zwanges** ist sie; genauer: der Erzwingung öffentlichrechtlicher, d. h. zwingender, von Amtes wegen zu vollziehender Normen. Die Verletzung rechtsgeschäftlicher Normen (der Verträge), und der sie ergänzenden nachgiebigen Normen des Gesetzes, wird nicht bestraft. Sie wird nur unmittelbar oder mittelbar erzwungen (S. 16).

Bloß ein **Ersatz** des Zwanges ist sie; sie wird bloß verhängt, wo dieser nicht möglich ist. Die subsidiäre Rolle der Strafe zeigt sich darin, daß die Polizei nicht untätig zusehen soll, wie eine Uebertretung begangen wird, um sie nachher bestrafen zu lassen; die Polizei soll, wo sie kann, die Verletzung verhindern. — Oder auch darin, daß, was strafbar ist, von der Polizei auch verhindert werden darf (BGer 40, I, 349). Die Strafe ist eben ein nicht vollwertiger und nicht unbedenklicher Ersatz des Zwanges. Sie ist zwar unentbehrlich, weil sonst der Staat nicht Normen als rechtliche erlassen könnte, die er nicht als solche, in natura, erzwingen kann. Und solche Normen muß er doch erlassen; z. B. das Verbot zu töten oder zu verleumden; er kann die Uebertretung nicht durchwegs verhindern, und doch kann er deren Befolgung nicht der Gewissenhaftigkeit der Einzelnen anheimstellen. Unter Strafe gestellt wird nun eben, was verboten sein muß und doch nicht (sicher) verhindert werden kann. Aber wenn die Uebertretung verhindert werden kann, soll sie nicht erst zugelassen und dann bestraft, sondern verhindert werden (z. B. die Uebertretung der Polizeistunde durch den Wirt), und was sicher erzwungen werden kann, soll überhaupt nicht unter Strafe gestellt werden (z. B. eine Steuer, die eingetrieben werden kann; BGes 29. März 1901).

2. Alles was strafbar ist, ist auch verboten; ist die Verletzung einer Norm. Aber Norm und Strafe sind zweierlei. Das Fabrikgesetz verbietet dem Unternehmer, Kinder unter 14 Jahren zu verwenden; das ist die Norm. Tut er es dennoch, so wird er gebüßt; das ist die Strafe. Die Norm, die befolgt werden soll, ist allerdings nicht immer besonders ausgesprochen, und zwar sind es gerade die wichtigsten nicht, weil sie auch die selbstverständlichen sind. Die Norm muß man dann der Strafandrohung entnehmen und man kann das auch zuversichtlich. Es heißt nirgends, daß es verboten sei, jemand zu töten, zu berauben, zu verleumden; aber wenn das Gesetz denjenigen, der das tut, bestraft, verbietet es auch jedermann, es zu tun. Deshalb enthält das Strafgesetz auch viele Normen des Verhaltens, die es allein, nämlich durch Umschreibung des strafbaren Tatbestandes, formuliert und deren Beobachtung u. U. auch erzwungen werden kann; z. B. indem die Polizei dem Raufbolde die Waffe entwindet.

3. a) Eine weitere Besonderheit der Strafe besteht aber darin, daß sie in den Prozeß der Rechtsverwirklichung, der sich normalerweise im Dreitakt: Setzung, Anwendung und Vollstreckung abspielt, noch eine weitere Phase einschiebt. Wenn der Eigentümer der Sache vom Nachbar die Unterlassung einer rechtswidrigen Störung verlangt, wendet der Richter das Gesetz an und sein Urteil auf Unterlassung der Störung wird vollstreckt. Wenn aber die Sache schon beschädigt worden ist, wird allerdings vom Strafrichter zunächst festgestellt, daß die Sache nicht dem Schädiger gehörte und daß er die fremde Sache nicht beschädigen durfte; aber da diese Pflicht der Achtung fremden Eigentums nicht mehr erzwungen werden kann, wird weiter entschieden, daß der Täter 30 Tage Gefängnis abzusitzen habe, und diese „Pflicht“ erst wird vollstreckt.

Ob das wirklich eine Pflicht sei, mag auf sich beruhen bleiben. Jedenfalls muß diese Pflicht nun erzwingbar sein und auch erzwungen werden; auf die freiwillige Erfüllung einer „Strafpflicht“ wird man nicht abstellen. Und deshalb, weil sie unverletzlich ist, ist es müßig, darüber zu streiten, ob sie eine Pflicht sei: die Vollstreckung folgt ihr sicher und automatisch auf dem Fuße.

b) Aber in dieser neuen Form der Strafe ist der Zwang doch etwas anderes als in der primären Form: daß der Dieb verhindert werden kann, einzubrechen, ergibt sich ohne weiteres aus dem (zwingenden) Gebot, fremdes Eigentum zu achten; aber daß



er, wenn er das Gebot verletzt, mit Gefängnis bis zu 5 Jahren und Einstellung in den Ehrenrechten bestraft werden soll, das ist in jener Norm noch nicht enthalten. Und deshalb steht das Strafrecht zwischen der Anwendung der übertretenen Norm und der Vollstreckung; es gibt der Vollstreckung ein neues Substrat: die Strafe.

Die Erzwingung der Norm ist auch etwas anderes als die Bestrafung der Verletzung; dort wird etwas bewirkt, die Legalität des Verhaltens; hier etwas bewertet, die begangene Illegalität (s. unten!).

c) Zur Aufgabe des Strafrichters gehört es also festzustellen:

1. die objektive Verletzung der Norm durch den Angeklagten; z. B. daß der Dieb eine fremde Sache weggenommen hat;
2. die Schuld des Angeklagten, d. h. daß er zurechnungsfähig war und schuldhaft, mit Vorsatz oder Fahrlässigkeit gehandelt hat und welche Strafe er verdient.

★

Diese Umwandlung der verletzten Pflicht (fremdes Eigentum zu achten) in eine andere, die nicht mehr verletzt werden kann, weil sie sicher vollstreckbar ist, oder besser: die Bereitstellung der Vollstreckung selbst in anderer Form, ist die eigentümliche rechtliche Funktion der Strafe. Sie ist immer Sache einer Behörde, in der Regel einer Gerichtsbehörde, des Strafrichters, ausnahmsweise einer Verwaltungsbehörde. Keine Strafe ohne Urteil. Das Urteil aber ergeht in einem besonders geordneten Verfahren.

## § 19. Der Strafprozeß.

1. Das Verfahren des Strafprozesses ist gekennzeichnet durch den besonderen Zweck, dem es zustrebt: die Bestimmung der dem Rechtsverletzer aufzuerlegenden Strafe. Eigenartig ist an dieser Aufgabe, daß die Bestrafung die Folge und die notwendige Folge der Verletzung öffentlichrechtlicher Verhaltensnormen ist; aber eine Folge, die erst noch festgestellt werden muß, und zwar nicht nur nach der Größe der objektiven Rechtsverletzung (des verletzten Rechtsgutes), sondern auch nach der Schwere der subjektiven Schuld (S. 175). Es ist also eine Aufgabe, die von Amtes wegen zu erfüllen ist, weil die Strafe der Ersatz für die Vollstreckung ist und öffentlichrechtliche Normen von Amtes wegen vollstreckt werden müssen. Aber dieser Ersatz besteht in der Zufügung eines Übels, das im Verhältnis zur Schwere der Verletzung stehen soll, also die Schwere der Verfehlung zum Ausdruck bringt, und des-

halb die Person des Täters zeichnet. Wer die Befolgung des Rechts erzwingt, d. h. die rechtswidrige Tat verhindert, fragt nach der objektiven Rechtswidrigkeit des Verhaltens, nicht nach der Schuld; wer die begangene Tat bestraft, muß dem Verschulden nachgehen. Wenn von einem rachsüchtigen Manne ein Mord befürchtet wird, kann ihm die Polizei die Waffen nehmen oder ihn eingrenzen, um das Verbrechen zu verhüten; das berührt seine ethische Persönlichkeit nicht. Aber wenn er den Mord begangen hat, gilt es, seine Schuld und die Schwere der Schuld festzustellen, und das berührt seine Ehre. Auch wenn die Strafe nicht, wie die Freiheits- oder Todesstrafe, an seiner physischen Person vollzogen wird, sondern nur an seinem Vermögen, trifft sie doch seine ethische Persönlichkeit und mindert seine rechtliche Ehre. Deshalb bedarf die Ermittlung des Strafbaren und die Beurteilung seiner Strafbarkeit sorgfältiger Untersuchung und Abwägung; deshalb wird ein **Gericht** damit betraut.

Wenn trotz Verdunkelungsgebot ein Haus beleuchtet ist, stellt die Polizei kurzerhand das Licht ab; wenn aber der Besitzer wegen Uebertretung bestraft werden soll, untersucht ein Gericht in umständlichem Verfahren die Voraussetzungen der Strafbarkeit.

Daß in allen bedeutenden Strafsachen ein Gericht mit der Ausfällung der Strafe betraut wird, erklärt und rechtfertigt sich einerseits aus der soeben erwähnten Schwierigkeit der Aufgabe: dem wirklich Schuldigen eine gerechte Strafe aufzuerlegen; andererseits aber aus dem Umstand, daß es ja jetzt, nachdem das Gesetz verletzt worden ist, nicht mehr gilt, die Befolgung des Gesetzes zu erzwingen, also das dazu Zweckdienliche vorzukehren, zu handeln; sondern eine der Vergangenheit angehörende Tat wertend zu beurteilen und über den Täter ein Uebel zu verhängen, das mit der Vollziehung der verletzten Norm technisch nicht mehr zusammenhängt: der Schutz des Eigentums gegen nächtliche Schädigung oder gegen Wegnahme ist Sache der Sicherheitspolizei; die Beaufsichtigung der Baugerüste Sache der Baupolizei; aber wenn ein Gartenhäuschen nächtlicherweise zertrümmert worden ist oder ein Baugerüst zusammenstürzt, ist die Bestrafung des Schuldigen keine sicherheits- oder baupolizeiliche Aufgabe mehr, sondern eine gerichtliche: der Behörde ist nicht mehr die Gestaltung der Zukunft aufgegeben, sondern die Beurteilung der Vergangenheit (S. 161).

2. Das Verfahren vor dem Strafgericht ist weder Zivilprozeß noch Verwaltungsprozeß; es hat aber von beiden etwas.



a) **Vom Verwaltungsprozeß** (S. 42 und 161) hat es die *Offizialmaxime*. Strafbare Rechtsverletzungen sind von Amtes wegen festzustellen und zu verfolgen; das ist die Regel. (Die Privatklage und der Strafantrag des verletzten Privaten sind Ausnahmen.) Das Gericht allein kann aber das nicht zustande bringen: die ersten Feststellungen und Nachforschungen werden durch die Kriminalpolizei vorgenommen, auf eigene oder fremde Wahrnehmung (Anzeige) hin. Von dieser Polizeibehörde geht die erste Anregung aus und zwar geht sie unmittelbar an das Gericht, wie im Untersuchungs- oder Inquisitionsprozeß, oder wie im Anklageprozeß zunächst an den Staatsanwalt, der die Anklage förmlich erhebt oder bei der Anklagekammer beantragt. Wem aber die Anregung auch zustehe, sie soll nicht abhängen von Erwägungen unsachlicher Opportunität, sondern bloß davon, ob das Gesetz verletzt worden ist (*Legalitätsprinzip*) und ob genug Anhaltspunkte bestehen zur Verfolgung des Verdächtigen. Und schließlich soll das Gericht die materielle Wahrheit ermitteln und sich nicht mit der formellen begnügen. Als einem Verfahren zur Anwendung öffentlichen Rechts sind dem (heutigen) Strafprozeß die *Offizialmaxime*, das *Legalitätsprinzip* und die Ermittlung der materiellen Wahrheit eigen.

Wollte man aber dem öffentlichrechtlichen Charakter des Strafrechts allein Rechnung tragen, so müßten nicht nur diese Grundsätze uneingeschränkt durchgeführt werden; es müßte auch das ganze Verfahren, von den ersten Erhebungen und der Anhebung der Strafverfolgung gegen einen Verdächtigen bis zur Ermittlung aller Tatsachen und zur Abwägung der Schuld in eine Hand gelegt werden; und das wäre für die Sicherheit der Unschuldigen, die sich oft unter widerwärtigen Umständen und gegen einen ungünstigen Schein verteidigen müssen, und damit der materiellen Gerechtigkeit selbst gefährlich, die doch das Ziel des ganzen Prozedere ist. Zur unvoreingenommenen Ermittlung der Wahrheit und Beurteilung der Schuld hat es ratsam geschienen, die Rollen zu verteilen:

einerseits hat man die Voruntersuchung, die entscheidet, ob eine bestimmte Person eines bestimmten Vergehens bezichtigt werden soll, vom Hauptverfahren vor Gericht getrennt und einer andern Behörde übertragen, damit das Gericht selbst an den gesamten Prozeßstoff unbefangen herantrete;

andererseits hat man im Hauptverfahren eine besondere Behörde, die Staatsanwaltschaft, zur Vertretung der Anklage bestellt und dem öffentlichen Ankläger als Gegenpartei den Angeklagten mit seinem

Verteidiger gegenübergestellt, damit auch der Angeklagte ungeschmälert zu Worte komme und das Gericht erst nach vollständiger Belehrung sich seine Ueberzeugung bilde.

b) So daß im heutigen Recht der Strafprozeß mit dem Parteiverfahren des **Zivilprozesses** verwandte Züge hat: zwei Parteien treten vor Gericht auf, mit ungefähr gleichen prozessualen Rechten; sie sollen durch Rede und Gegenrede, Belastungs- und Entlastungsbeweise die streitige Frage abklären, damit der unbeteiligte Richter entscheiden könne, auf welcher Seite das Recht ist. So scheint es. Allein das **Parteimäßige** ist im Strafprozeß der Sache doch nicht ganz angemessen; es ist mehr ein technisches Mittel zur Erreichung der Zwecke des Amtsverfahrens (zur Auffindung der materiellen Wahrheit durch einen unvoreingenommenen Richter) als ein dem Strafprozeß wesentlicher Charakterzug, wie die Parteimäßigkeit dem Zivilprozeß wesentlich ist. Das Parteiverfahren ist und bleibt das Verfahren zur Entscheidung privatrechtlicher Streitigkeiten. Zur Anwendung des öffentlichen Rechts, auch des Strafrechts, eignet es sich nur mit Einschränkungen: die „Parteien“ verfügen eben nicht über den Gegenstand des Verfahrens, und deshalb kann auch der Richter nicht schlechthin auf das abstellen, was sie vorbringen und was sie beantragen. Die Verhandlungsmaxime gilt nicht. Macht der Staatsanwalt belastende Tatsachen nicht geltend oder geht er erheblichen Umständen nicht nach, so muß es das Gericht tun; und anerkennt der Angeklagte tatsächliche Behauptungen seines Gegners, die nicht wahr sind, so ist der Richter nicht daran gebunden, sowenig er an das Geständnis des Angeklagten gebunden ist. Das Gericht kann allerdings nicht über die Klage hinausgehen, insofern es den Angeklagten nicht wegen anderer Tatsachen beurteilen kann, als der vom Staatsanwalt eingeklagten; wohl aber kann es die Tat des Angeklagten rechtlich anders qualifizieren, als es der Staatsanwalt qualifiziert hatte (z. B. als Veruntreuung, nicht als Diebstahl), und es kann eine schwerere Strafe aussprechen, als die vom Staatsanwalt beantragte. In welchen Fragen die positiven Rechte allerdings vielfach auseinander gehen. Der Richter entscheidet also nicht nur über die Anträge der „Parteien“, wie der Unparteiische im Wettkampf entscheidet, welche Partei gewonnen habe. Er entscheidet vielmehr zwar mit Hilfe der Parteien, aber selbständig, ob ein Vergehen vorliege, wer es begangen und welche Schuld den Täter treffe. Namentlich aber ist die eine „Partei“, der Staatsanwalt, nur formell (prozessualisch) Partei, nicht materiell: er soll



ja seine Parteirechte nicht parteiisch ausnutzen, sondern sachlich ausüben, behufs richtiger Anwendung des Strafgesetzes.

c) Zwischen den beiden Polen des Parteiverfahrens und des Amtsverfahrens haben die historischen Prozeßordnungen geschwankt. Das germanische Verfahren war reines Parteiverfahren, weil der verletzte Private klagen mußte, wie im Zivilprozeß, wenn auch nach anderen Normen; wovon sich noch vieles im englischen Strafprozeß mehr den Formen als der Wirkung nach erhalten hat. Der kanonische und namentlich der gemeine deutsche Inquisitionsprozeß waren Amtsverfahren, die der Inquirent zu Händen des Gerichtes leitete und in denen der Inquisit nicht Partei, sondern Gegenstand der Untersuchung war. Der heute auf dem europäischen Kontinent vorherrschende Anklageprozeß, mit dem öffentlichen Ankläger, von dem vorhin die Rede war, ist eine Verbindung des Parteiverfahrens mit dem Amtsverfahren. Je nachdem das Gesetz den Schutz des Unschuldigen vor unbegründeter Verfolgung und Verurteilung oder aber das Interesse der Allgemeinheit, kein Verbrechen ungesühnt zu lassen, in den Vordergrund stellt, neigt es mehr dem Partei- oder mehr dem Amtsverfahren zu. Heute wird es aber nie mehr das eine oder das andere ungetrübt durchführen, weil die Bestrafung eines Unschuldigen ebenso sehr wie die Straflosigkeit eines Schuldigen dem öffentlichen Interesse widerspricht.

Wegen seines gemischten Charakters darf man den Strafprozeß nicht als eine dritte Grundform der Rechtsanwendung, dem Zivil- und dem Verwaltungsprozeß (oder neben dem Partei- und dem Amtsverfahren) zur Seite stellen. So wenig es außer dem privaten und dem öffentlichen Verfassungsrecht noch ein drittes geben kann, so wenig gibt es neben dem Zivil- und dem Verwaltungsprozeß noch eine dritte Grundform des Verfahrens. Auch der Strafprozeß ist keine solche. Er hat von beiden geborgt, und überdies von der Vollstreckung, die auf beide erst folgt.

3. Eine weitere, wenig beachtete Eigentümlichkeit des Strafprozesses ergibt sich nämlich aus der Eigenart des Strafrechtes selbst, das er anzuwenden hat. Wenn es richtig ist, daß die Strafe ein **Surrogat der Zwangsvollstreckung** ist (S. 176), kann das nicht ohne Einfluß bleiben auf das Verfahren, in dem die Strafe ausgesprochen wird.

Die Strafe, sagten wir, ist eine Form der Zwangsvollstreckung und dem Zwang ist wesentlich, daß er zwingt, nicht daß er ver-

pflichtet. Wer gezwungen werden soll, muß eben wirksam nach Naturgesetzen bestimmt werden; aber verpflichtet ist er nicht, sich zwingen zu lassen (S. 165). Wer bestraft wird, wird gezwungen; in seiner Person bei Freiheitsstrafe, in seinem Vermögen bei Vermögensstrafen. Und wer noch nicht bestraft ist, aber bestraft werden soll, muß auch schon gezwungen werden; die ihm vom Gesetze zuge dachte Strafe könnte ja nicht erzwungen werden, wenn der Strafbare nicht gezwungen werden könnte, sich dem Verfahren, das dazu führt, zu unterziehen.

Das zeigt sich in der Tat im Strafverfahren unverkennbar: wer sich einem Verwaltungsverfahren, z. B. der Rekrutierung oder gesundheitspolizeilichen Untersuchung nicht stellt, verletzt eine Pflicht und wird entweder zur Erfüllung gezwungen oder wegen Nichterfüllung bestraft; wer seine Steuererklärung behufs Steuerveranlagung nicht richtig ausfüllt, wird bestraft, weil er verpflichtet war, sie (wenn überhaupt) richtig abzufassen. Wer sich aber der Kriminalpolizei, dem Untersuchungsrichter oder dem Strafgericht nicht stellt, verletzt keine Pflicht und ist dafür nicht strafbar; denn mit der Strafverfolgung hat in der Abfolge der Rechtsverwirklichung bereits das Stadium der Vollstreckung begonnen; die Strafverfolgungsbehörden müssen selbst dafür sorgen, daß sie den Schelmen erwischen und dem Gerichte zuführen können. Und wenn vor dem Gericht der Angeschuldigte die Aussage verweigert oder falsch aussagt, wenn er alle prozessualischen Mittel ausnutzt, um sich der Strafe zu entziehen, ist er wiederum nicht strafbar, aus demselben Grund. Und noch viel weniger ist er verpflichtet, die ihm auferlegte Strafe zu verbüßen (S. 177); die Strafe ist vielmehr an ihm zu vollstrecken. An der Natur der Strafe nimmt aber schon das Verfahren teil, das zur Strafe führt.

4. Behält man diese Funktion der Strafe im Auge, so muß man sich wundern, daß im positiven Recht der **Vollzug der Strafe** so scharf vom Strafprozeß getrennt ist. Mit der erkannten Strafe hat der Strafrichter seine Rolle ausgespielt, und wie nun die ausgesprochene Strafe vollzogen werde, darum kümmert er sich nicht mehr. Wenn das Urteil, als vollzugsreife Anordnung, Art und Schwere des verhängten Uebels stets so genau bestimmte, daß den Vollzugsorganen nur noch die Wahl der technischen Mittel übrig bliebe (S. 128), brauchte sich der Richter nicht mehr um den Vollzug zu kümmern. Allein die Hauptstrafe, die Freiheitsstrafe, wie sie ausgesprochen wird, läßt gar vieles unbestimmt, was für die Schwere



und den Sinn der Strafe bedeutsam ist. Da ist es nicht gleichgültig, wie vollzogen wird. Es ist daher auffallend, daß der Richter, der die Strafe nach gewissenhafter Prüfung abgemessen hat, nun den Vollzug der Strafe nicht mehr überwacht, auf den doch alles ankommt (Italien hat damit einen besonderen giudice di sorveglianza betraut). Und ebenso auffallend, daß es mitunter den Anschein hat, als ob nur die **verdienten** Strafen, das Strafurteil, Sache des Rechts wäre, der Anspruch der Vollziehung des Urteils aber, die Abbüßung der Strafe, eine Sache bloßer Zweckmäßigkeit, über die die Strafvollzugsbehörden, d. h. Verwaltungsbehörden nach väterlichem Wohlwollen oder fiskalischen Absichten zu befinden hätten. Daß die beiden Aufgaben, die der Rechtsprechung bis zum Urteil und die des Vollzugs nach dem Urteil, in verschiedene Hände gelegt werden, ist eine begreifliche, wenn auch vielleicht zu scharfe Arbeitsteilung; um so mehr aber sollte mit dem Urteil wenigstens im Grundsätzlichen bestimmt sein, was Haft, Gefängnis und Zuchthaus in der Behandlung des Sträflings bedeuten, damit nicht die Hausordnung des Anstaltsdirektors dafür maßgebend sei und der Gefangene, der im Strafprozeß Partei war, im Strafvollzug zum bloßen Gegenstand zweckmäßiger Behandlung werde.

### III. Das internationale Recht.

Dem Privatrecht und dem öffentlichen Recht als drittes das zwischenstaatliche Recht an die Seite zu stellen, wie es unsere Einteilung tut, ist irreführend: die beiden ersten sind Teile eines größeren Ganzen, des Landesrechts, und dem Landesrecht, dem Recht eines Staates, steht das zwischenstaatliche, internationale Recht gegenüber; es ist das Recht unter mehreren Staaten. Das macht die Eigenart dieses Rechtes aus. Daß auch das internationale Privatrecht an dieser Eigenart teil hat, ist später zu begründen.

#### § 20. Das Völkerrecht.

1. Wenn man die zwischenstaatliche Ordnung des Völkerrechts vergleicht mit der landesrechtlichen eines Staates, erkennt man, daß die erste, obschon sie über den Staaten steht, doch logisch und tatsächlich von der zweiten abhängig ist. Logisch in dem Sinne, daß der Begriff des zwischenstaatlichen Rechts den des Staates voraus-

setzt; und tatsächlich, weil die Verwirklichung die Befolgung des Völkerrechts abhängig ist vom Willen der ihm unterstellten Staaten.

a) Daß von den beiden Begriffen des Völkerrechts und des Staates dieser **logisch** der primäre ist, ist leicht einzusehen: man kann sich sehr wohl einen Staat denken ohne andere Staaten und ohne zwischenstaatliche Ordnung, aber nicht eine zwischenstaatliche Ordnung ohne Staaten. M. a. W.: man kann sich ohne Widerspruch die Menschheit als in einem Staat vereinigt denken, also ohne das Völkerrecht mitzudenken; wenn man aber eine völkerrechtliche Gemeinschaft denkt, denkt man immer den Begriff des Staates mit. Womit weiter gesagt ist, daß der Staat wohl ein Grundbegriff des Völkerrechts ist, aber ein dem Völkerrecht gegebener und nicht von ihm begründeter Begriff.

Die Staaten bestehen nicht kraft Völkerrechts, sondern unabhängig davon; vielmehr besteht das Völkerrecht, weil es mehrere Staaten gibt. Dem Völkerrecht sind die Staaten gegebene Tatsachen, nicht aufzugebene Ziele: das Völkerrecht bestimmt, welche Normen unter den Staaten gelten, die bestehen, aber es bestimmt nicht, welche Staaten bestehen sollen, nämlich wie viel und in welcher territorialen Ausdehnung, obschon das die wichtigste aller internationalen Fragen wäre, die Frage, die den Gegenstand der hohen Politik bildet. Gerade sie kann das Völkerrecht nicht lösen. Es kann keinen Staat ins Leben rufen; keinem der lebt, die Existenz absprechen und beansprucht auch nicht zu entscheiden, wie die Erde unter sie zu verteilen ist. Die Entstehung, der Untergang, die Veränderung der Staaten, sagt man, sind für das Völkerrecht Tatsachen, d. h. Vorgänge, die es hinnehmen muß; denen es nicht seine Normen vorschreiben kann. Deshalb fragt es auch nicht danach, ob ein Staat rechtmäßig oder rechtswidrig entstanden sei, sondern nur danach, ob er bestehe oder nicht.

b) Daß die **Verwirklichung** des Völkerrechts abhängt vom Willen der Staaten, ergibt sich daraus, daß das Völkerrecht eine Ordnung **unter Staaten** ist. Das bedeutet zweierlei:

a) daß es **Staaten** sind, die dem Völkerrecht unterstehen. Auch als Subjekte des Völkerrechts bleiben sie Staaten, d. h. Körperschaften, deren Organe, je für ihr Gebiet, in letzter Instanz darüber entscheiden, was für die Bewohner dieses Gebietes rechtens sein soll. In jedem Staat gilt die Ordnung, die er einsetzt und durchsetzt. Jeder Staat soll das Völkerrecht beobachten; aber für den Staatsbürger



ist verbindlich, was ihm sein Staat vorschreibt. M. a. W.: jeder Staat soll nach Völkerrecht entscheiden, aber er entscheidet. Jeder Staat soll in seinen Gesetzen und Beschlüssen dem Völkerrecht nachleben; aber er entscheidet, was das Völkerrecht verlange; ähnlich wie der Richter nach Gesetz entscheiden soll, aber eben doch entscheidet (S. 158). Das Völkerrecht verlangt vom staatlichen Gesetzgeber, daß er die völkerrechtlichen Normen berücksichtige; aber was er statuiert, das gilt für die Staatsbewohner. Jeder Staat entscheidet also, was im Grundsatz und im Einzelfalle völkerrechtsmäßig ist und was nicht. Das nennt man richtigerweise die **Souveränität** der Staaten: nicht die Freiheit, sich materiell über das Völkerrecht hinwegzusetzen; sondern die formelle Kompetenz zu entscheiden, was das Völkerrecht verlangt;

b) daß nur die Staaten als solche Subjekte des Völkerrechts sind, nicht auch die einzelnen Menschen oder andere als staatliche Körperschaften. Die überlieferte Lehre ist hier die richtige. Der Einzelne nimmt am Völkerrecht teil durch die Vermittlung seines Staates, und im völkerrechtlichen Verkehr vertritt ihn sein Staat in jeder Beziehung. Die Rechte, die der Einzelne einem fremden Staat gegenüber haben mag, verdankt er seinem Staate und leitet er von den Rechten seines Staates ab. Wenn z. B. ein Ausländer vom Niederlassungsstaat die Befreiung von der Militärsteuer oder eine Entschädigung wegen gesetzwidriger Verhaftung verlangt, ja, auch wenn er, wie es gewisse Staatsverträge vorsehen, gegen den fremden Staat vor einem internationalen Gerichte klagt oder wenn er die staatlichen Zivilgerichte um Schutz seiner privaten Rechte anruft (§ 21) macht er rechtlich nicht seine eigenen Rechte geltend, sondern die des Staates, dem er angehört: wenn sein Heimatstaat dem angesprochenen Staat gegenüber auf die Steuerbefreiung oder auf die Entschädigung verzichtet, ist dieser Staat befreit und der Anspruch des beteiligten Einzelnen dahin. International kann jeder Staat über alle Ansprüche seiner Angehörigen verfügen, und wer über einen Anspruch verfügen kann, dem gehört er (S. 23).

Angehöriger, Bürger eines Staates ist eben derjenige, den dieser Staat im zwischenstaatlichen Verkehr vertritt. Der Heimatstaat vertritt seine Angehörigen in dem doppelten Sinn, daß er stets für ihre Interessen eintreten kann, aber auch rechtlich darüber verfügt.

2. Ein Staat kann, ohne seine staatliche Eigenschaft zu verlieren, die endgültige Entscheidung über das Recht, das in seinem Gebiet zu gelten hat, nicht aufgeben; wenn er nicht mehr entschiede, was

in seinem Gebiet gelten soll, d. h. für was er seine Zwangsgewalt einzusetzen habe, und wenn er nicht mehr über die Zwangsgewalt verfügte, wäre er kein Staat mehr. Deshalb können die Staaten diese ihre Entscheidungs- und Zwangsgewalt nie einer überstaatlichen Instanz abtreten, sei es nun der Völkerbund oder eine andere. Es ist nicht nur eine Folge noch unvollkommener Entwicklung, daß die Völkerrechtsordnung keine eigene Entscheidungs- und Vollstreckungsmacht hat, sondern eine begriffliche Notwendigkeit: wenn über den Staaten eine solche Organisation bestünde, wenn die Völkerrechtsgemeinschaft nach ihrer eigenen Verfassung konstituiert wäre, wäre sie selbst der Staat und die sogenannten Staaten wären nur noch mehr oder weniger autonome, aber untergeordnete Glieder dieses einen Staates (Organisation, S. 358). Es ist eine Täuschung, wenn man in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, zu der auch die des Ständigen Gerichtshofes des Völkerbundes gehört, glaubt den Ansatz einer zwischen- und überstaatlichen „Organisation“ erblicken zu können: die vereinbarte Gerichtsbarkeit ist keine eigentliche Gerichtsbarkeit, d. h. eine Einrichtung, welche die Gewähr endgültiger Entscheidung der Streitigkeiten böte. Einmal weil die Schiedsverträge nicht abgeschlossen werden müssen, und sodann weil auch über die abgeschlossenen Verträge, d. h. über die Gerichtsbarkeit selbst, wieder Streit entstehen kann.

3. Da das Völkerrecht seinem Wesen nach keine eigenen Organe der Rechtsverwirklichung hat, fehlt ihm auch die zur autoritativen Setzung und Durchsetzung des Rechts kompetente Instanz. Weil ihm der Gesetzgeber fehlt, bleibt unentschieden, was als Recht verbindlich sein soll: der Inhalt der völkerrechtlichen Norm. Und weil es ihm an der Zwangsgewalt gebricht, fehlt ihm die Gewähr der Verwirklichung. Es fehlt dem Völkerrecht m. a. W. die **Positivität** in der zweifachen Bedeutung des Wortes:

a) in dem Sinn, daß nicht autoritativ bestimmt ist, was rechtens sein soll; z. B. wann einem verhafteten Ausländer eine Entschädigung gebührt oder welche Feststellung die Polizei vornehmen darf, wenn ein diplomatischer Agent einen Autounfall verursacht. Verbindlich ist, was sich sachlich begründen läßt und darüber ist die Diskussion nie geschlossen;

b) in dem Sinne, daß, wenn der Inhalt auch unbestritten ist, doch die Geltung, d. h. die Erzwingbarkeit fehlt. Das Völkerrecht ist auf den guten Willen der Staaten angewiesen. Es bleibt ein Postulat.



Nur ein Postulat, aber doch ein Postulat, ähnlich wie es für den Richter ein Postulat bleibt, daß er nach Recht und Gerechtigkeit entscheide, selbst dann, wenn ihm das Gesetz keine Entscheidungsnorm an die Hand gibt, sondern die Entscheidung seinem Ermessen anheim stellt (S. 161). Es ist ein Postulat, dem sich kein Staat entziehen kann; das vielmehr jeder im Grundsatz anerkennen muß. Jede staatliche Regierung wird ihr Verhalten gegenüber anderen Regierungen begründen, d. h. auf Grundsätze, und zwar auf Rechtsgrundsätze zurückführen; auf Normen, die sie als Gesetzgeber allgemeinverbindlich erklären könnte und die sie auch gegen sich gelten lassen muß. Ein Staat weise einen Ausländer weg oder verstaatliche ein von Ausländern betriebenes Gewerbe oder entwerfe seine Währung oder leite ein Gewässer in ein anderes Stromgebiet ab, immer wird er dies den geschädigten Staaten gegenüber als **berechtigt** hinstellen, und das kann er nicht tun, ohne im Grundsatz ein für ihn und für alle verbindliches Recht anzuerkennen.

4. Da dem Völkerrecht die Positivität im Sinne der inhaltlichen Bestimmtheit fehlt, müssen die Staaten zum **Vertrage** greifen, um festzulegen, was zwischen ihnen gelten soll. Es ist allerdings nicht Gesetzesrecht, sondern bloßes Vertragsrecht, das so zustande kommt. Es begründet nicht objektives Recht, sondern nur subjektive Rechtsverhältnisse; es gilt nur wie Verträge gelten. Aber was gelten soll, ist doch formuliert und (wenn gut formuliert) für einmal außer Frage. Die Privilegien der extraterritorialen Personen werden vielleicht in einem Niederlassungsvertrag umschrieben; über die Ableitung des Gewässers wird eine Vereinbarung getroffen usw.

Die Bedeutung des Vertrages für das Völkerrecht besteht nicht nur darin, daß er die bereits anerkannten, aber unbestimmten Verhaltensmaßregeln des Völkerrechts bestimmt, sondern auch darin, daß er das gegenseitige Verhalten regelt, wo das „allgemeine“ Völkerrecht versagt, und das sind die meisten Gebiete des internationalen Verkehrs. Was hätte zu gelten über den Austausch der Waren, über die Niederlassung der Ausländer, über Auslieferung von Verbrechern und andere Rechtshilfe, über Eisenbahn-, Post- und Nachrichtenverkehr, wenn nicht Staatsverträge bestünden? Wohl gar keine definierbare Pflicht zu gegenseitigem Entgegenkommen und gemeinsamer Zusammenarbeit; also das Recht auf vollständige Abschließung oder rücksichtslose Konkurrenz. Der Vertrag ermöglicht hier unter einzelnen oder vielen Staaten eine erträgliche Ordnung oder sogar eine segensreiche Gemeinschaft.

Aber er bleibt eine freie Vereinbarung; wer sie nicht eingehen will, ist dazu nicht verpflichtet und er kann seinem Vertragsgegner die ihm gutschneinenden Bedingungen stellen. Jeder Staat ist zunächst auf sein Interesse bedacht; denkt er aber nur daran, so kommt die Gerechtigkeit und das Wohl der Menschheit nicht zu ihrem Recht. Verträge, sagt man, sind zu halten; *pacta sunt servanda*; d. h. alles, was einmal vereinbart worden ist (und es kann alles vereinbart werden), soll gehalten werden. Das muß wohl so sein; im Interesse der Rechtssicherheit. Aber eine höhere Pflicht der Regierungen ist es dennoch, dafür zu sorgen, daß nichts Ungerechtes vereinbart werde; im Interesse der Gerechtigkeit.

5. Und **erzwingbar** ist auch das vertraglich vereinbarte Recht nicht; sowenig wie das Völkerrecht überhaupt.

Wenn ein Staat seine Pflicht nicht erfüllt, steht dem berechtigten kein organisierter überstaatlicher Zwangsapparat zur Verfügung. Er kann nur zur **Selbsthilfe** greifen.

Der Staat, der gegen einen anderen Gewalt anwenden will, muß diesem sein **Gebiet**, den Bereich seiner Gewalt streitig machen; und wenn ein Staat dem anderen sein Gebiet bestreitet, bestreitet er ihm virtuell die Existenz. Das ist die grundsätzliche Bedeutung des **Krieges** unter den Parteien: es ist zwischen den Staaten ein Kampf auf Leben und Tod. Er braucht nicht immer auf die Vernichtung des Gegners zu gehen und endet nicht immer damit; aber er stellt immer die Existenz des Besiegten (als Staat) in Frage.

Da Krieg Selbsthilfe ist, ist er ein Mittel, ein sehr rohes allerdings, zur Entscheidung eines Rechtsstreites. Er hat eine rechtliche Funktion und ist nicht bloß ein tatsächlicher, militär-technischer oder psychologischer Vorgang. Nicht nur, weil der Kampf selbst wieder nach den Normen des Völkerrechts geführt werden soll, sondern auch weil er, um einen vernünftigen Sinn zu haben, zur Durchführung eines Rechtsanspruches erklärt werden muß, der selbst rechtlicher Begründung bedarf. Wer den Krieg erklärt, wird immer ein Recht, einen Anspruch (S. 20), geltend machen, für das er kämpft. Nur in diesem Sinn, als Mittel zur Erledigung eines Rechtsstreites, kann der Krieg vom Völkerrecht anerkannt und als Rechtsinstitut gedacht werden; als eine Art Zweikampf, der mangels eines überstaatlichen Richters den Streit entscheiden soll. Als solches muß er aber auch anerkannt werden. Gewiß kann er auch in den Dienst unbegründeter Ansprüche, ja willkürlicher Begehren gestellt, also



mißbraucht werden; und meistens wird ja einer der Kriegführenden im Unrecht sein. Gewiß kann auch der Rechthabende unterliegen und der Rechtsbrecher siegen. Behandelt aber das Völkerrecht den Krieg nicht als (formell) erlaubte Selbsthilfe, sondern als einen Ausbruch roher Gewalt, so kann es ihn nur schlechthin verbieten, wie das Landesrecht die eigenmächtige Selbsthilfe verbietet. Und dann kann es sich folgerichtigerweise auch nicht darauf einlassen, die Kriegführung im Interesse der Menschlichkeit und der Ehre zu normieren; es kann nicht das rechtliche Verhältnis der Neutralen zu den Kriegführenden, die Neutralität, ordnen, und es darf namentlich auch nicht das Ergebnis des Krieges anerkennen: dem Sieger ein Recht an seinem Raub zugestehen und den erkämpften Friedensschluß als die Beendigung des Krieges und als rechtliche Grundlage des wiedererlangten Friedens gelten lassen. Tut man das aber nicht, so kommt man grundsätzlich aus dem Kriegszustand nie mehr heraus. Und das wäre noch schlimmer, als die Anerkennung der ultima ratio, des Krieges.

## § 21. Das internationale Privatrecht.

Dem Völkerrecht, als dem internationalen „öffentlichen“ Recht, stellt man das internationale Privatrecht gegenüber. Das erste, sagt man, habe Rechtsverhältnisse unter Staaten, das zweite Rechtsverhältnisse unter Privatpersonen zum Gegenstand. Die Rechtsverhältnisse unter Privaten verschiedener Nationalität berühren nun immer auch das rechtliche Verhältnis der Heimatstaaten unter sich (vgl. S. 186). Hier müssen wir uns aber vergegenwärtigen, welche Aufgabe dieser Disziplin des Rechtes zufällt und ob sie diese Aufgabe lösen kann.

1. Jeder Staat hat seine Rechtsordnung und seine privatrechtliche Ordnung. Es gibt ein schweizerisches, ein deutsches, ein italienisches, ein mexikanisches Privatrecht. Verschieden sind diese privatrechtlichen Ordnungen aber einerseits nach ihrem Geltungsgrund, andererseits nach ihrem Inhalt; nach dem Grund, auf dem ihre Verbindlichkeit beruht oder nach dem, was verbindlich gemacht worden ist. Auch wenn mehrere Staaten genau dasselbe Privatrecht hätten, wie ja in der Tat der code Napoléon, das deutsche Handelsgesetzbuch und sogar das Schweizerische ZGB von anderen Staaten übernommen worden sind, so wären sie doch in jedem Staat ver-

bindlich durch den gesetzgeberischen Willen dieses Staates. Der code Napoléon, der in Belgien und im Berner Jura galt, galt hier doch als belgisches und bernisches, nicht als französisches Gesetz. Wenn nun überall dasselbe Privatrecht gälte, wäre es gleichgültig, welches man jeweilen anwende; die Lösung wäre immer dieselbe. Die Frage, welches man anzuwenden habe, wäre ohne praktische Bedeutung. Wenn dagegen, wie es die Regel ist, die Privatrechte verschiedenen Inhaltes sind, ist es für die Lösung der praktischen Fragen nicht gleichgültig, welches man anwende. Ein mündlich abgeschlossener Vertrag ist vielleicht gültig nach dem einen, nicht aber nach dem anderen Recht; je nachdem man dieses oder jenes auf den Erbgang anwendet, ist die Verlassenschaft so oder anders zu verteilen.

Das internationale Privatrecht hat nun die **Frage** zu beantworten, welche von mehreren gleichzeitig geltenden, aber inhaltlich verschiedenen Privatrechtsordnungen auf jeden Fall anzuwenden sei; oder, umgekehrt, auf welche Fälle eine geltende Privatrechtsordnung angewendet werden solle. Eine Frage, die auch entsteht, wenn in einem Staat verschiedene Privatrechte gelten, wie vor dem ZGB im Kanton Bern. Das internationale Privatrecht soll den „räumlichen Geltungsbereich“ der nationalen (oder lokalen) Privatrechte abgrenzen. Unter dem Gesichtspunkt internationaler Anwendbarkeit betrachtet, nennt man eine Rechtsordnung nach altem Sprachgebrauch etwa ein „Statut“.

Die Aufgabe ist ebenso schwierig als notwendig. Man denke sich, daß ein Schweizerbürger sich zuerst in Kalifornien niederlasse, eine Nordamerikanerin heirate, dann nach Mexiko übersiedle, sodann sterbe und Grundeigentum in diesen beiden Staaten und Costa-Rica hinterlasse. Was soll der Witwe, was den Kindern zukommen, nämlich nach ehelichem Güterrecht und Erbrecht?

Das internationale Privatrecht hätte also in unserm Beispiel zu bestimmen, ob das eheliche Güterrecht sich nach schweizerischem, nordamerikanischem oder mexikanischem Rechte richte; oder ob je nach dem ehelichen Güterrecht des Staates, wo die Grundstücke gelegen sind, zu beurteilen ist, welche Rechte die Ehefrau daran hat, z. B. ob sie ihr für ihr eingebrachtes Frauengut haften. Und sodann, welches Erbrecht anzuwenden ist.

Solche Fälle sind sehr häufig und sie sind oft noch verwickelter.

2. Die Abgrenzung verschiedener nationaler Rechte gegen einander ist nun offenbar eine **internationale Frage**.



Sie ist international zunächst **formell**: wer einem fremden Privatrecht ein Anwendungsgebiet zuerkennt, anerkennt auch, daß es gilt: wenn das Bundesgericht erklärt, daß auf ein in Rußland aufgenommenes Darlehen das sowjetrussische Recht anwendbar ist, anerkennt es damit implicite auch die Geltung der sowjetrussischen Gesetzgebung und des sowjetrussischen Staates (ZBJV 63, 391). Das ist die positive Bedeutung dieser internationalen Anerkennung. Die negative liegt darin, daß mit der Begrenzung des Anwendungsbereiches des fremden Privatrechtes auch gewissermaßen der Gesetzgebungshoheit dieses Staates Grenzen gezogen werden. Was alles nicht zutrifft für die Abgrenzung lokaler Privatrechte eines Staates gegen einander.

**Materiell**, d. h. inhaltlich, ist die Aufgabe überall dieselbe, und sie ist international oder besser übernational (überlokal), insofern die Normen der Grenzziehung unabhängig von den abzugrenzenden Normen gedacht werden müssen, nach einer Abgrenzungsnorm, die nicht gebunden ist an die Institutionen und Begriffe der abzugrenzenden Privatrechte. Wenn in unserm Fall der mexikanische Richter die gesamte Verlassenschaft des Schweizers nach schweizerischem Recht verteilt, der kalifornische aber die Grundstücke in Kalifornien nach diesem Recht, widersprechen sich die Urteile. Und das ist unvermeidlich, wenn jeder Richter sich an diejenige Abgrenzung hält, die ihm sein eigenes Gesetz vorschreibt; der mexikanische z. B. an das Gesetz des Heimatstaates (lex originis), der kalifornische an das Gesetz der gelegenen Sache (lex rei sitae). Eine einheitliche Lösung ist nur möglich, wenn die Gerichte aller beteiligten Staaten sich nach einer Abgrenzungsnorm richten; z. B. wenn sie alle das Gesetz des Heimatstaates anwenden.

NAG  
Diese gemeinsame Norm zu finden und verbindlich zu machen, kann nicht den einzelnen Staaten überlassen werden. Folgerichtig sollte sie gemeinsam gefunden und verbindlich gemacht, also vertraglich vereinbart werden. Nun hat aber jeder Staat darüber seine eigenen Normen (z. B. die Schweiz im Gesetz vom 25. Juni 1891). An diese Abgrenzungsnorm ist der Richter zunächst gebunden. Er kann eine internationale Norm nur anwenden, wenn sein Staat eine solche durch Staatsvertrag verabredet hat, wie es die Schweiz mit einigen Staaten im Gebiete der Vormundschaft und der Eheschließung getan hat. Aber es sind verhältnismäßig wenig solche Abreden getroffen worden. In den meisten Fällen wendet jeder Staat sein internationales Privatrecht an.

Die **Wissenschaft** untersucht nun, wie die Gerichte jedes Staates nach den für sie maßgebenden Normen zu entscheiden haben und tatsächlich entscheiden. Sie möchte aber auch die richtigen, brauchbaren Abgrenzungsnormen ermitteln, wie sie allgemein angewendet werden könnten; nicht in der Meinung, daß diese ihre Ergebnisse ohne weiteres verbindlich wären, aber in der Hoffnung, daß die nationalen Gesetzgeber und die Staatsverträge sie sanktionieren und daß auch die Gerichte sie anwenden möchten, wo sie, was häufig der Fall ist, nicht durch ausdrückliche Vorschriften des positiven Rechtes gebunden sind. In diesem Sinn hat die Wissenschaft des internationalen Privatrechts ihre Theorien aufgestellt, und zwar recht verschiedene Theorien.

3. Nach welchen Kriterien soll nun (richtigerweise) entschieden werden, ob auf ein Rechtsverhältnis das eine oder das andere Privatrecht, z. B. das schweizerische, das kalifornische oder das mexikanische, anwendbar sein soll? Soll man in unserm Beispiel das erste anwenden, weil Erblasser und Erben Schweizerbürger sind? Oder das zweite, weil und soweit die hinterlassenen Grundstücke im betreffenden Staate liegen? Oder das mexikanische, weil der Erblasser dort seinen letzten Wohnsitz hatte? Oder das „Statut“ des Ortes, wo er testiert hat? Oder am Ende das Gesetz, das er selbst in seinem Testament bezeichnet hat?

Man sucht also einen maßgeblichen „**Anknüpfungspunkt**“: Heimatort, Wohnsitz, Gelegenheit der Sache, Wille der Parteien, Ort der Handlung oder der Erfüllung u. a. m.

Die Wahl des Anknüpfungspunktes ist nicht leicht: er sollte leicht feststellbar und möglichst derselbe sein für alle Teile des Privatrechts; im Interesse der Rechtssicherheit; aber er sollte auch den besonderen Interessen jedes Landes Rechnung tragen. In unserm Beispiele würde der Heimatort (der Grundsatz der Nationalität) den beiden ersten Anforderungen besser genügen, als die anderen; die Nationalität ist meist leicht festzustellen und bleibt lang unverändert. Aber auf die Grundstücke seines Gebietes wendet jeder Staat gern sein eigenes Recht an; um seinen Interessen Rechnung zu tragen, wird man daher das Gesetz der Gelegenheit, die lex rei sitae, auf Grundstücke anwenden.

Ueber gewisse Grundsätze seiner Rechtsordnung geht ein Gericht nicht gern hinweg; auch wo es fremdes Recht für anwendbar hält, z. B. weil die Parteien Ausländer sind, wird es das doch nur unter



Vorbehalt der „**öffentlichen Ordnung**“ des eigenen Rechts tun. Es wird z. B. nicht die Ehe von Ausländern scheiden, wenn seine Gesetzgebung die Scheidung nicht kennt, es wird einen Kartellvertrag nicht gelten lassen, der die freie Konkurrenz beeinträchtigt. Das an sich anwendbare fremde Recht wird nachträglich wieder, zum Schutz wichtiger nationaler Interessen, zurückgebunden.

Abgesehen von diesem allgemeinen Vorbehalt folgen Gesetzgebung und Lehre für das Personen- und Familienrecht, sowie das Erbrecht meist des *lex originis* oder *domicilii*; für das Sachenrecht, vorab für Grundstücke der *lex rei sitae*; für Verträge dem Recht des Abschlusßortes oder des Erfüllungsortes oder auch dem von den Parteien gewollten Gesetze oder endlich dem Gesetz der Heimat oder des Wohnortes des Schuldners.

Auf die **Form** der Rechtsgeschäfte, z. B. des Testamentes, wendet man oft den Grundsatz: *locus regit actum* an, wonach es zur formellen Gültigkeit genügt, wenn das Rechtsgeschäft in den Formen des Ortes der Errichtung begründet worden ist; z. B. in der Form des ägyptischen Rechts, wenn unser Schweizerbürger sein Testament während einer Kur in Kairo gemacht hat.

Welches Statut nach positivem Recht jeweils anwendbar ist oder nach wissenschaftlicher Lehre anzuwenden wäre, soll hier nicht weiter verfolgt werden.

#### 4. Aber auf eine **grundsätzliche Schwierigkeit** ist noch hinzuweisen.

Auch wenn man über die Wahl des Anknüpfungspunktes einig wäre, wäre man noch nicht einig. Auf eine Erbschaft soll z. B. das Gesetz des letzten Wohnsitzes des Erblassers angewendet werden. Aber der Wohnsitz ist selbst ein Rechtsbegriff und er ist verschieden je nach dem anwendbaren Recht; nach mexikanischem Recht hatte der Verstorbene vielleicht seinen Wohnsitz hierher verlegt, nach kalifornischem hatte er ihn aber dort behalten, wo er bisher wohnte. Ebenso wenn man auf die Heimat abstellt: der Verstorbene war Schweizerbürger nach unserem Recht; aber nach nordamerikanischem vielleicht Nordamerikaner. Wie soll sich der mexikanische Richter entscheiden? Nach welchem Gesetz soll über das Vorhandensein des Anknüpfungspunktes selbst entschieden werden?

Eine ähnliche Schwierigkeit ergibt sich, wenn man den Anknüpfungspunkt gefunden hat und bestimmen will, wofür er maßgebend sein soll: nach dem Recht des letzten Wohnsitzes z. B. soll der Erbfall beurteilt werden; das eheliche Güterrecht, d. h. die

Ansprüche der überlebenden Ehefrau am ehelichen Gute, soll nach dem Gesetz des Heimatortes bestimmt werden; umschreiben aber die beiden Gesetze nicht in gleicher Weise, was eheliches Güterrecht und was Erbrecht ist; was also der überlebenden Frau nach dem einen oder dem anderen Rechtstitel zukommt, so ist mit der Anerkennung des Heimatrechtes für „das“ eheliche Güterrecht und des Wohnsitzgesetzes für „das“ Erbrecht immer noch keine klare Abgrenzung getroffen. Was Erbrecht, eheliches Güterrecht, Vormundschaft, Sachenrecht, Vertrag oder unerlaubte Handlung ist, bestimmt eben jeder Staat in seiner Weise nach seinen Begriffen.

Wenn man zwei Gesetze gegeneinander abgrenzen will, die keine gemeinsame begriffliche Sprache sprechen, findet man auch keine Begriffe, um sich abzugrenzen. Die Begriffe der einen Rechtsordnung sind der anderen nicht verständlich, und andere aufzustellen, die weder der einen noch der anderen entnommen sind, würde noch weniger zum Ziele führen. Man kann nicht zwei Rechtsordnungen, die in verschiedenen Begriffen gedacht sind, in Begriffen gegeneinander abgrenzen, die beiden verständlich und eindeutig sind. Noch viel weniger wird es gelingen, solche Begriffe zu finden, um jede Rechtsordnung gegen jede andere abzugrenzen.

Daraus erklärt sich das Kompromißartige des I.P.R. und die Schwierigkeit allgemeiner Lösungen, um die sich die Wissenschaft so heiß bemüht.

5. Es war bisher davon die Rede, wie der Geltungsbereich verschiedener Privatrechte gegeneinander abzugrenzen sei. Dieselbe Frage stellt sich nun aber auch für andere Rechtsgebiete. Zunächst für den Zivilprozeß und die Vollstreckung; sodann aber auch für das Verwaltungsrecht und das Strafrecht. Ihrer sei noch kurz Erwähnung getan.

a) Daß jedes Gericht grundsätzlich die Verfahrensvorschriften seiner eigenen **Zivilprozeßordnung** anwendet, ist verständlich; das Verfahren hängt ja eng zusammen mit der Gerichtsorganisation und desgleichen die Formen der Vollstreckung (Betreibung) mit der Organisation der Vollstreckungsbehörden.

Was aber **vollstreckt** werden kann in einem Staat, ist eine Frage für sich: vollstreckt werden zunächst die Urteile der eigenen Gerichte; die der ausländischen Gerichte nicht ohne weiteres, auch wenn sie das richtige materielle Recht angewendet haben. Es bedarf dazu der besonderen Verständigung mit dem beteiligten Staate



oder doch eine Bewilligung (Exequatur) einer Behörde des Vollstreckungsstaates. Der Staat, der ein fremdes Urteil vollstreckt, anerkennt damit das Urteil als materiell rechtskräftig an und versagt sich die Befugnis, über dieselbe Sache selbst zu urteilen. Er wird das nur tun, wenn er dem fremden Gerichte die nötige Fähigkeit und Unparteilichkeit zutraut.

b) Das **Verwaltungsrecht** ist öffentliches Recht und dient dem öffentlichen Interesse; es wird in der Regel von Amtes wegen angewendet. Daraus ergibt sich von selbst der Anwendungsbereich dieser Gesetze: jeder Staat wendet auf seinem Gebiet nur sein eigenes Recht an und dieses Recht wendet er auch uneingeschränkt an. Wer in der Schweiz ein Gewerbe betreibt, muß sich der schweizerischen Gewerbepolizei und dem schweizerischen Steuerrecht unterziehen, auch wenn er Ausländer ist und im Ausland seine Hauptniederlassung hat. Das ist der Grundsatz der Territorialität.

Trotz der Uebereinstimmung der Staaten in der Anwendung dieser Abgrenzungsnorm ergeben sich doch schwere Konflikte, weil die abzugrenzenden Gesetze selbst verschiedenen Grundsätzen folgen. Z. B. im Steuerrecht: wenn der eine Staat das Einkommen besteuert am Ort, wo es verdient wird, der andere am Wohnsitz, kann der Steuerpflichtige doppelt besteuert werden; ebenso können sich die Schulgesetze in der Umschreibung der Schulpflicht widersprechen. Da man aber grundsätzlich jedem Staat die territoriale Anwendung seiner Gesetze zubilligt, besteht auch Einverständnis darüber, daß der Widerstreit nur durch Staatsvertrag behoben werden kann.

c) Auch im **Strafrecht**, das die Verletzung öffentlichrechtlicher Normen ahndet, gilt das Territorialprinzip, insofern jeder Staat sein eigenes Strafrecht anwendet und nicht fremdes. Wenn er bestraft, bestraft er nach nationalem Recht. Welche Handlungen aber er bestraft, ob nur diejenigen, die auf seinem Gebiete, oder auch diejenigen, die, wo immer, von seinen Staatsangehörigen oder gegen seine nationalen Güter begangen worden sind, ist wieder eine andere Frage; sie meint man vorab, wenn man im Strafrecht von den Grundsätzen der Territorialität, der Nationalität oder anderen spricht.

## B. Die allgemeinen Lehren.

Die bisherigen Ausführungen über das positive Recht (A) sind von bestimmten allgemeinen Lehren ausgegangen; insbesondere von einer bestimmten Auffassung des Rechtes selbst. Es empfiehlt sich aber, diese Lehren noch im Zusammenhang darzustellen, um sie besser erkennen zu lassen.

### I. Das Recht.

#### § 22. Das Wesen des Rechts.

1. Wir haben oben (S. 143) die vielen Bestimmungen der geltenden Rechtsordnung in zwei Gruppen geteilt: in die Normen des Verhaltens oder des **materiellen** Rechts, und in die Normen des Verfahrens (der Organisation, der Verfassung i. w. S.) oder des **formellen Rechts**. Die ersten sagen aus, wie jeder Rechtsgenosse sich verhalten soll; die zweiten, wie, d. h. durch wen und in welchem Verfahren jene Verhaltensnorm aufgestellt, angewendet und vollzogen werden sollen. Die organisatorischen (formellen) Normen, wie die Organisation selbst, sind nötig, weil Normen des Verhaltens nötig sind und jemand diese Normen statuieren und anwenden muß; des materiellen Rechts wegen ist das formelle, ist der staatliche Organismus da. Die Eigenart des materiellen Rechts bestimmt auch die des formellen Rechts, wie der Zweck die Wahl des Mittels bestimmt. Wir können uns daher das Wesen des Rechts am materiellen Recht klar machen. Von ihm soll im folgenden die Rede sein.

2. Die vom Gesetzgeber statuierten, vom Richter angewendeten Rechtssätze haben den Sinn **verbindlicher** Regeln: jeder, den sie angehen, soll sich daran halten. Der Gesetzgeber fordert vom vernünftigen Menschen ein bestimmtes Verhalten und er fordert es im Namen der Gerechtigkeit, die er berufen ist zu erfüllen. Jedes Gesetz, jeder vom Staat anerkannte und angewendete Rechtssatz beansprucht, der Ausdruck der Gerechtigkeit, also eine gerechte Forderung zu sein; eine Forderung, die im Namen der Vernunft spricht und die es verdient, befolgt zu werden. Jedes Gesetz macht Anspruch darauf, das sachlich richtige zu sein. Nur so verstanden hat es einen vernünftigen Sinn.



Wer unvernünftigen Tieren befiehlt, will nur wirksam auf sie einwirken und sie seinen subjektiven Zwecken dienstbar machen. Das Gesetz aber, das sich an den vernünftigen Menschen wendet, wendet sich an seine Einsicht und fordert ihn auf, seinem begründeten Befehl nachzukommen. In seinem Befehl soll auch der einsehbare Grund für den Gehorsam liegen, nicht nur eine wirksame Ursache.

3. Wer nun aus eigener vernünftiger Einsicht gehorchen soll, kann nur gehorchen, wenn er die Gründe des Befehles einsieht und den Befehl billigt. Der Gehorsam des Vernünftigen ist frei. Diese Freiheit der Entscheidung und Entschließung gibt aber das Gesetz dem Bürger nicht. Es, d. h. der Staat, entscheidet, was im Namen der Gerechtigkeit zu fordern ist und gestattet dem Rechtsgenossen kein eigenes Urteil: so wie das Gesetz befiehlt, so muß es befolgt werden. Das Recht ist eine dem Gehorchenden von außen autoritativ gesetzte, eine **heteronome** Norm.

Der Staat, der diese Autorität ist, muß das tun, um eine **einheitliche** Ordnung der Gesellschaft zu erhalten. Die Einheitlichkeit ginge verloren, wenn jeder nur befolgen müßte, was er (gewissenhaft) billigen kann. Eine einheitliche gesellschaftliche Ordnung ist aber notwendig; nicht nur, um den Zusammenprall widersprechender Forderungen zu vermeiden, sondern auch weil die Einzelnen, selbst die Einsichtigsten und Gewissenhaftesten, im Gewirre des Gesellschaftslebens sich nicht zurecht fänden, ohne eine für alle verbindliche, von einer gemeinsamen Autorität begründete Ordnung. Er könnte auch für seinen Lebenskreis keine Entschlüsse fassen und keine Pläne entwerfen, wenn er sich nicht darauf verlassen könnte, daß gewisse Normen von allen eingehalten werden müssen; z. B. die Achtung des fremden Lebens und Eigentums, die Erfüllung bestimmter Abreden, usw. Deshalb kommt die Gesellschaft mit dem Appell an das Gewissen, an die autonome Entschließung, nicht aus. Keiner wüßte wie entscheiden, wenn er alles selbst entscheiden müßte. Die freie Sittlichkeit auch der gewissenhaftesten Menschen muß sich am festen, harten Gerüste des Rechts emporranken, um ihre Blüten zu treiben.

4. Damit sich aber alle auf die einheitliche Ordnung verlassen können, genügt es nicht, daß diese Ordnung jedem, wie sie lautet, zur Pflicht gemacht werde; sie muß auch sicher befolgt, d. h. sie muß dem Unbotmäßigen gegenüber **erzwungen** werden. Das Recht muß erzwingbar sein.

a) Diese Eigenschaft beherrscht die ganze Eigenart des Rechts. Aus ihr folgen die unleugbaren **Schwierigkeiten**, die dem Rechtsbegriff eigen sind, die logischen wie die ethischen: das Recht will zugleich eine verbindliche und eine erzwingbare Ordnung sein. Zwang anzuwenden, um Gutes zu schaffen, ist nicht nur ethisch bedenklich; es ist auch widerspruchsvoll, denjenigen zu zwingen, dessen vernünftige Einsicht man aufgerufen hat. Aber, vereinbar oder nicht, beides gehört zum Wesen des Rechts. Eine Vorschrift, die sich bloß an die Einsicht und Gewissenhaftigkeit des Einzelnen wendet, ist keine Rechtsvorschrift; und ein Zwang, der nur mechanisch wirken will, ohne sich vor der praktischen Vernunft zu rechtfertigen, ist kein **Rechtswang** (Organisation, S. 124, 172; Methode, 39 ff.).

b) Daß die Erzwingbarkeit und der Zwang zum Wesen des Rechts gehöre, wird von vielen bestritten. Man beruft sich auf die Tatsache, daß das positive Recht Pflichten auferlege, die nicht erzwungen werden sollen und können, wie manche Pflichten des Familienrechts, die Pflichten der obersten Richter und der obersten Gewalthaber; man beruft sich ferner auf die Tatsache, daß auch die erzwingbaren Pflichten nicht ausnahmslos erzwungen werden können. Beides ist richtig, aber genügt nicht zum Beweis der Gegenthese: Daß der Zwangsapparat des Staates nicht vollkommen arbeitet, beweist nicht, daß das Recht auch ohne Zwang Recht wäre, sondern nur, daß das Recht nicht immer vollständig verwirklicht und deshalb eben seiner Aufgabe nicht vollkommen nachkommt. Wäre der Zwang dem Recht nicht wesentlich, wäre er also für das Recht unwesentlich, so könnte man sich auch eine Rechtsordnung ohne jeden Zwang denken. Ein solches „Recht“ wäre aber nichts anderes als eine moralische Ermahnung. Deshalb sind auch die nicht erzwingbaren (materiellen) Vorschriften, die man nicht mit Unrecht *leges imperfectae* nennt, die Ausnahme; und wenn sie gar nicht, auch nicht mittelbar, erzwungen werden können, sind sie auch keine **Rechtsworschriften**. Viele haben aber mittelbar Zwang zur Folge: die Eltern werden vielleicht nicht gezwungen, ihre Kinder einen Beruf erlernen zu lassen; aber wenn sie es nicht tun, kann ihnen die elterliche Gewalt entzogen und können ihnen die Kinder genommen werden (ZGB 275, 276, 284, 285). Der Dienstpflichtige wird zur Leistung der vertraglich geschuldeten Arbeit nicht gezwungen; aber wenn er sie nicht leistet, wird er zur Bezahlung von Schadenersatz gezwungen (S. 6).



Wir sagen also:

1) eine Vorschrift, die nicht erzwungen werden soll, weder unmittelbar noch mittelbar, die also nicht als Zwangsvorschrift gemeint ist, ist ihrem „intendierten Sinn“ nach keine Rechtsvorschrift, sondern eine moralische Ermahnung;

2) eine Vorschrift, die als Rechtsvorschrift gemeint ist, muß auch als erzwingbar gemeint sein; wenn nicht unmittelbar erzwingbar durch Erzwingung der Erfüllung, so doch irgendwie mittelbar:

sei es dadurch, daß die Verletzung bestraft wird (§ 18),

sei es dadurch, daß die Nichterfüllung der primären Pflicht (die nicht in natura erzwingbar ist) eine sekundäre erzwingbare Pflicht nach sich zieht (S. 16);

3) eine Rechts-, d. h. Zwangsnorm in diesem Sinne gilt allerdings nicht (oder nicht mehr), wenn sie überhaupt nicht (oder nicht mehr) tatsächlich erzwungen wird; wenn derjenige, der dem Gesetz nicht gehorchen will, nicht dazu gezwungen oder wegen Gesetzesverletzung bestraft wird; wenn also der Staat vor dem Widerpenstigen kapituliert. Wenn aber nicht alle zur Erfüllung der gesetzlichen Pflicht oder zur Verbüßung der Strafe gezwungen werden können, weil sie sich dem staatlichen Zwange entziehen, dann kapitulieren sie vor dem Staat und seiner Autorität. Wenn das oft oder gar regelmäßig vorkommt, ist das Gesetz allerdings mangelhaft, da das Recht dazu bestimmt ist, verwirklicht zu werden. Aber es ist ein mangelhaftes Rechtsgesetz, nicht ein Sittengesetz.

5. Die Pflichten, die das Gesetz den Privaten auferlegt, müssen (im Gegensatz zu den Pflichten des Beamten) zum voraus für eine unbestimmte Zahl möglicher Fälle vorgeschrieben werden; z. B. die Pflicht, Versicherungsprämien für ihre Arbeiter zu bezahlen; oder nachbarliche Pflichten der Grundeigentümer. Diese Pflichten müssen deshalb abstrakt in generellen Begriffen umschrieben werden; die Prämienpflicht z. B. nach der Zahl der Arbeiter, nach dem Lohn, der Dauer und Art der Beschäftigung. All das wird durch abstrakte Begriffe bestimmt. M. a. W.: es wird eine **generelle Regel** erlassen (S. 152). Eine Regel, die noch der Konkretisierung (in der Anwendung) bedarf und erst in der konkreten Gestalt erzwingbar ist. Weil man zum voraus wissen muß, was nachher erzwungen wird (S. 163), muß man das Recht in abstrakte Regeln fassen. Man kann nicht abwarten, bis der konkrete Fall eintritt und ihn durch einen konkreten Befehl ordnen. Deshalb haben wir oben (S. 148) als erstes

Stadium der Rechtsverwirklichung die Rechtssetzung genannt. Das Recht des Verhaltens erscheint also normalerweise in der Form einer abstrakten Regel, nicht eines konkreten Befehls.

Das bedeutet dreierlei:

a) die Begriffe, deren sich das Recht bedient, z. B. „Arbeiter“ im Gegensatz zu Angestellter, bedürfen noch der Anwendung; eine Behörde muß feststellen, daß von den drei in einem Betriebe beschäftigten Personen zwei Arbeiter und einer Angestellter ist;

b) diese Feststellung soll keiner gesetzgeberischen Bewertung mehr bedürfen: wer verdient, versichert zu werden, soll der Gesetzgeber entscheiden, indem er die „Arbeiter“ durch Merkmale bezeichnet, die ohne jene Abwägung, gewissermaßen mechanisch angewendet werden können. Das ist nicht immer möglich und gelingt dem Gesetzgeber auch nicht immer, wo es möglich wäre; aber es ist die eigentliche Aufgabe des Gesetzgebers: er soll entscheiden, was gerecht ist, und deshalb muß er seine Entscheidung in technische (nicht-ethische) Begriffe fassen (Organisation, 243);

c) jede solche Formulierung ist aber auch eine **Formalisierung**: nicht weil der ethische Gedanke in technischen Begriffen formuliert wird (das ist gar nicht anders möglich), sondern weil jede begriffliche Formulierung auf eine beschränkte Zahl von Merkmalen abstellt, während die Fälle, auf welche die Regel angewendet wird, sich durch unzählbar viele Besonderheiten unterscheiden. Die vom Staate gegen Feuer versicherten Gebäude werden in vier Gefahrenklassen eingeteilt. Aber das Risiko ist in Wirklichkeit viel feiner abgestuft. Das Wirtschaftsgesetz schreibt vor, daß die Gaststube jeder Wirtschaft mindestens 3 m hoch sein soll und 100 m<sup>3</sup> Raum haben soll. Ein Steuergesetz bestimmt, daß jeder Hund Fr. 30.— Steuer bezahlen soll, ausgenommen Zug- und Wachthunde. Das Gesetz kann mehr oder weniger Unterscheidungen machen: z. B. für Berg- und Talwirtschaften, für alkoholfreie und alkoholhaltende, für ventilierte und nichtventilierte Lokale u. a. m. Aber es bleibt eine abstrakte Regel, die unmöglich allen individuellen Besonderheiten Rechnung tragen kann und deshalb auch in einem gewissen Schematismus befangen bleibt. Die ideale Gerechtigkeit würde verlangen, daß alle (erheblichen) individuellen Unterschiede berücksichtigt würden; aber dann dürfte man überhaupt keine Regel mehr aufstellen, sondern müßte ohne Regel von Fall zu Fall entscheiden. Das wäre gerecht, aber für den Beteiligten unsicher. Je mehr Umstände bei der Entscheidung berücksichtigt werden, desto



unübersichtlicher ist das Recht und desto schwieriger ist es, die Entscheidung vorauszusehen. Die Rechtssicherheit verlangt wenig und leicht feststellbare Kriterien; die Gerechtigkeit (in diesem Zusammenhang nennt man sie Billigkeit) verlangt Berücksichtigung aller erheblichen Unterschiede in vielen begrifflichen Unterscheidungen. Das erste, wie es ein rascher und großer Verkehr fordert, nennt man formales Recht; das zweite billiges Recht. Das Recht, auch das billigste, ist immer eine stark schematisierte Gerechtigkeit.

6. Wenn das Gesagte richtig ist, so sind zwei andere Meinungen unrichtig:

a) die Meinung, das Recht, wie es in einem Staate gilt, sei eine bloße Tatsache; die Tatsache nämlich, daß die und die Handlungen erzwungen oder die und die Zuwiderhandlungen bestraft werden; daß also mit diesem Zwang oder dieser Drohung das befohlene Verhalten erzwungen werde. Die Rechtsordnung ist nicht bloß ein psychologisches oder mechanisches Getriebe, dessen tatsächliche Wirkungen es festzustellen und kausal zu erklären gilt; die Rechtsordnung erklären heißt nicht nur begreiflich machen, wie dieses Getriebe mit seinen Rädern und Hebeln nach Kausalgesetzen läuft und wirkt, sondern begreiflich machen, welche vernünftigen Gründe diesen Apparat und die von ihm befolgten Rechtssätze vor der Idee einer gerechten Ordnung rechtfertigen;

b) unrichtig ist aber auch die entgegengesetzte Meinung, das Recht gelte schon kraft seiner sachlichen Richtigkeit (wie der Satz gilt, daß zwei mal zwei vier sind), unabhängig davon, ob es vom Staat anerkannt und erzwungen werde. Gewiß gibt es ein Postulat, das sich an den Staat selbst richtet und dem er nachkommen soll: der Staat soll die Idee des Rechtes, d. h. die Forderung einer gerechten Ordnung verwirklichen, und an dieser Forderung mißt sich der Wert seines Werkes; nicht alles was er befiehlt, ist eo ipso begründet. Es kann auch nicht einfach als Tatsache hingenommen werden, ungefragt, ob es richtig oder unrichtig sei, wie eine positivistische Richtung meint. Es gibt richtiges und unrichtiges, gerechtes und ungerechtes (positives) Recht, und der Staat, der ungerechtes Recht setzt, verletzt eine höhere Pflicht. Rechtsverbindlich, positives Recht, wird aber auch die begründete Forderung nur durch den Befehl des Staates; dadurch, daß der Staat seinen Zwang dafür einsetzt. Der Staat soll jene Forderung, das richtige, gerechte Recht verwirklichen und er muß sich darüber verantworten; aber er muß sie verwirklichen, dadurch nämlich, daß er das, was die

Gerechtigkeit verlangt, zum positiven Recht erhebt. Solange er es nicht getan, ist es nicht positives Recht, d. h. das Recht, das der Bürger zu befolgen und der Richter anzuwenden hat, und von dem wir hier sprechen.

## § 23. Die Entstehung des Rechts.

(Die Rechtsquellen.)

Um sich Rechenschaft darüber zu geben, wie Recht entsteht, muß man vorerst wissen, was Recht ist. Deshalb haben wir zuerst das Wesen des Rechts erörtert. Das Recht, sagten wir, ist eine verbindliche Ordnung, die Ausführung eines ethischen Postulates, und tritt selbst als ein ethisches Postulat auf. Es ist nicht eine bloße Tatsache.

1. Wenn wir also nach der Entstehung des Rechtes fragen, fragen wir so wenig wie bei der Entstehung der Rechtsverhältnisse (§ 2) nach einem bloß tatsächlichen Vorgang, wie wenn wir nach der Entstehung der Kristalle oder Pilze fragen. Allerdings ist die **Geltung** (S. 190, 200) eines bestimmten positiven Rechts, und vom positiven Recht sprechen wir, eine Tatsache, die zunächst einfach festzustellen ist; die in der Zeit abläuft und sich auf einen bestimmten Raum erstreckt. Das Schweizerische ZGB hat vor dem 1. Januar 1912 nicht gegolten und es gilt im schweizerischen Gebiet; es ist von der Bundesversammlung am 10. Dezember 1907 beschlossen und von 1912 an angewendet worden. Das sind Tatsachen. Wenn man aber nach der Entstehung des Rechtes fragt, verlangt man nicht zu wissen, welche naturgesetzlichen Ursachen diesen tatsächlichen Vorgang bestimmt haben; das mag für den Psychologen interessant sein. Man will auch nicht wissen, aus welchen (ethischen) Gründen die gesetzgebende Behörde ein Gesetz dieses Inhalts erlassen hat, das mag den Rechtshistoriker interessieren. Man will wissen, weshalb diese Vorschriften für den Einzelnen rechtsverbindlich geworden sind.

Für den Einzelnen ist das Gesetz nun verbindlich geworden, weil die zuständige Behörde es erlassen hat, weil nach dem Grundgesetz der Verfassung, diese Behörde zuständig ist, Gesetze zu erlassen (S. 147); was allerdings die Verbindlichkeit, die Geltung der Verfassung selbst voraussetzt. Dieser verfassungsmäßige Geltungsgrund, die Gesetzgebungskompetenz, ist die eine der **Rechtsquellen**, der Gründe, aus welchen neues Recht fließt. Wenn die Kompetenz-



ordnung der Verfassung verbindlich ist, so muß auch verbindlich sein, was die kompetente Behörde verfassungsmäßig anordnet. Von dieser Rechtsquelle, der Rechtssetzung, war bereits oben (§ 14) die Rede.

Nebenbei sei bemerkt, daß man als „Rechtsquelle“ nicht nur den Grund der Verbindlichkeit eines Rechtssatzes, sondern auch die dokumentarischen Zeugen der geltenden Rechtssätze und ihres Inhaltes bezeichnet. In diesem zweiten Sinn sind Rechtsquellen des heutigen Rechts vorab die Gesetzessammlung, die amtliche Sammlung der Urteile, also authentische Urkunden; Quellen eines alten Rechtes sind vielleicht, mangels amtlicher Urkunden, private Aufzeichnungen über die Gerichtspraxis, private Urkunden, Inschriften, Chroniken oder Sagen.

2. Der Laie ist geneigt anzunehmen, alles positive Recht entstehe auf dem Wege der Gesetzgebung und müsse so entstehen. Der Rechtskundige weiß aber aus der Rechtsgeschichte, daß die Gesetzgebung eine späte Errungenschaft der Gesellschaft ist. Wohl in jeder Rechtsgemeinschaft ist verbindliches Recht angewendet worden lange bevor es einen Gesetzgeber und eine Gesetzgebung gegeben hat. Ja, in vielen modernen Staaten, namentlich in den anglosächsischen, sind wichtige Teile des geltenden Rechts nicht in Gesetzen formuliert; und auch für die Staaten des Gesetzesrechts wäre es falsch zu glauben, ihr Recht sei vollständig in den geschriebenen Gesetzen niedergelegt und wer den Wortlaut ihrer Gesetze kenne, der kenne auch ihr Recht.

a) Auf welche andere Weise kann denn Recht entstehen? Wie sonst können Normen des Verhaltens für die Einzelnen verbindlich werden? Sehen wir zu, wie das heute unter unsern Augen, z. B. in den Kulturstaaten des anglosächsischen Rechtes, geschieht. Was gilt in England auf den Gebieten des Familienrechts, des Erb- und Sachenrechts, des Vertrags- und Schadenersatzrechts und vielen anderen? Was von den zuständigen Gerichten angewendet wird. Es steht in keinem Gesetze und ist nirgends in authentischer Fassung formuliert; aber es ergibt sich aus den Gerichtsurteilen und ihren Gründen. Weil die Gerichte entschieden haben, daß der Automobilfahrer unter den und den Voraussetzungen für die Folgen eines Unfalles hafte, gilt dieser Haftungsgrundsatz. Er wird nämlich angewendet und in dieser Anwendung erzwungen; und das heißt man gelten (S. 200).

Aus demselben Grund gilt auch bei uns vieles. Nicht nur in Fragen, über die kein Gesetz besteht, sondern auch in anderen, die

vom Gesetz geordnet, aber unvollständig geordnet worden sind. Und welches Gesetz ist vollständig? Wenn z. B. das Bundesgericht erklärt, daß der Aktionär mit seiner Einlage den Gläubigern der Gesellschaft haftet, selbst wenn er infolge Irrtums oder Täuschung die Aktie gezeichnet hatte, gilt eben dieser Grundsatz, weil er vom Gericht angewendet und das Urteil vollzogen wird. Ebenso wenn die Steuerbehörde ohne nähere Anleitung des Steuergesetzes entscheidet, daß bestimmte Abschreibungen zulässig sind und andere nicht.

Man nennt das im Gegensatz zum Gesetzesrecht **Gewohnheitsrecht**. Es beruht nicht auf einem einmaligen verbindlichen Ausspruch der gesetzgebenden Behörde, sondern auf der Anerkennung durch die Gerichte (denen wir hier immer die Verwaltungsbehörden gleichstellen) im einzelnen zu entscheidenden Falle. Die Behörden müssen ja nach Grundsätzen entscheiden, auch wenn der Gesetzgeber ihnen keine genannt hat; sonst könnten sie ihre Urteile nicht begründen. Und die Grundsätze, nach denen sie entscheiden, sind es, die tatsächlich gelten. Auch die gesetzlichen gelten nur, wenn und solange die Gerichte sich daran halten und sie anwenden; was die Gerichte allerdings tun sollen. Die gewohnheitsrechtlichen gelten ebenso, weil sie von den Gerichten und anderen Behörden angewendet werden; aber die Gerichte sind nicht von vornherein und kraft fremder Autorität daran gebunden, sondern gewissermaßen aus eigener Entschließung. Darin besteht der Unterschied von Gesetzes- und Gewohnheitsrecht.

b) Man nennt das Gesetzesrecht auch oft das **geschriebene**, das Gewohnheitsrecht das ungeschriebene Recht. Das trifft meistens zu. Aber es ist nicht wesentlich. Ein geschriebenes privates Rechtsbuch, wie der Sachsenspiegel, konnte durch die Gerichtspraxis Geltung erlangen und war deshalb Gewohnheitsrecht, obschon er geschrieben war. Umgekehrt konnte eine Stadt durch ihren Stadtherrn mit dem ungeschriebenen Recht einer anderen bewidmet werden und dieses Recht wurde verbindlich kraft eines gesetzgeberischen Befehls, trotzdem es nicht geschrieben war. Uebrigens ist die Schrift nicht das Wesentliche am „geschriebenen“ Recht, sondern die feste sprachliche Formel, in der der Rechtsgedanke, mündlich oder schriftlich, festgehalten wird. Altes Recht wurde vielfach mündlich in feierlichen Formeln, Reimen, Sprüchen, Sprichwörtern überliefert; und das war Gewohnheitsrecht, wenn es verbindlich war, weil es angewendet wurde; Gesetzesrecht war es, wenn es angewendet wurde, weil es (durch den König etwa) verbindlich erklärt worden war.



c) Festzuhalten aber ist, was keineswegs allgemein anerkannt wird, daß auch das Gewohnheitsrecht nur kraft **staatlicher Anerkennung** entsteht, d. h. verbindlich wird, nicht nur vermöge privater Ausübung und unabhängig vom Staat. Es wird behauptet, das Recht wachse gewissermaßen von selbst, organisch, ohne Zutun des Staates, aus der Volksüberzeugung, aus dem Rechtsbewußtsein der Beteiligten, so wie diese Ueberzeugung allgemein und stets betätigt werde; das so entstandene Recht werde dann von den Gerichten angewendet; die Geschichte liefere unzählige Beispiele dafür. — Nehmen wir ein solches Beispiel, um uns die Frage klar zu machen: die Versicherungsgesellschaften haben angefangen, mit dem Versicherungsnehmer einen Vertrag zugunsten eines Dritten zu schließen, z. B. zugunsten der überlebenden Ehefrau; das ist massenhaft geschehen und beim Ableben des Ehemannes wurde der selbständige Anspruch der Frau von den Gerichten anerkannt. Oder: Genossenschaften mit ähnlichen Zwecken haben sich zu Verbänden, also gewissermaßen zu Genossenschaften höherer Ordnung zusammengeschlossen und diese Verbände wurden, obschon im Gesetze nicht vorgesehen, auch von den Gerichten anerkannt. Geschaffen, sagt man nun, wurden diese neuen Einrichtungen von den Privaten und das von ihnen Geschaffene wurde nachträglich von den Gerichten als bestehend anerkannt. Allein das ist eine optische Täuschung: erdacht wurden diese Gebilde allerdings von den findigen Interessenten; ob das Erdachte aber rechtsgültig und verbindlich sei, das konnten die Beteiligten nicht selbst entscheiden; das hing ab von der Entscheidung der Gerichte, die das erste Mal darüber zu befinden hatten. Hätte der Richter der ersten Witwe, die auf Auszahlung der Versicherungssumme klagte, erklärt: Du hast aus dem Versicherungsvertrag kein eigenes Recht erworben; die Versicherungssumme fällt in die Erbmasse und davon bekommst du deinen Teil als Erbin, so hätten jene Abmachungen nicht gegolten; und auch der Verband von Einzelgenossenschaften wäre keine juristische Person gewesen, wenn das Gericht diese Verbindung nicht als neue juristische Person anerkannt hätte. Seine Entscheidung ist die entscheidende. Nur die staatliche Behörde kann Recht im eigentlichen Sinn des Wortes (nämlich mit Rechtsverbindlichkeit) anwenden. Richtig ist nur, daß die staatliche Behörde das Recht, dem sie durch ihre Anerkennung Geltung verleiht, nicht selbst erdacht hat; und richtig ebenfalls, daß sie oft tatsächlich beinahe gezwungen ist, nachträglich anzuerkennen, was die Privaten massenhaft und im Vertrauen auf die Gültigkeit abgemacht und be-

tätigt haben (Organisation, S. 230); oder auch das Gesetz nicht mehr anzuwenden, das vom Volke massenhaft und in der Ueberzeugung, daß es nicht verbindlich sei, übertreten wird.

Weil Privatpersonen kein Gewohnheitsrecht begründen können, können es auch Gelehrte nicht tun, und wären ihre Lehren noch so begründet. Die **Wissenschaft** ist keine Rechtsquelle.

Es bleibt also dabei, daß nur der Staat einer Maxime Rechtsverbindlichkeit verleihen kann; sei es ausdrücklich durch die Stimme des Gesetzgebers, sei es stillschweigend durch die Praxis der rechtsanwendenden Behörden.

3. Viel Kopfzerbrechen hat den Gelehrten das **Verhältnis der beiden Rechtsquellen zueinander** bereitet: wenn Recht verbindlich werden kann sowohl durch den Ausspruch des Gesetzgebers wie durch die Gerichts- und Verwaltungspraxis, welches Verfahren geht dem anderen vor? Kann das Gewohnheitsrecht dem Gesetzesrecht derogieren, d. h. sich an seine Stelle setzen? Kann das Gesetz wiederum bestehendes Gewohnheitsrecht aufheben oder gar derogierendes Gewohnheitsrecht verbieten, wie es z. B. das Oesterreichische Allgemeine Gesetzbuch von 1811 (§§ 9 und 10) getan hat? Oder vermag das Gesetz, wie die Geschichte es darzutun scheint, nichts gegen den nagenden Zahn abweichender Gewohnheit?

Wenn, wie oben angenommen, das Gewohnheitsrecht auf der Praxis der rechtsanwendenden Organe (Gerichte und Verwaltungsbehörden) beruht, wird sich die Antwort ergeben aus dem Verhältnis der Rechtsanwendung zur Rechtssetzung. Auch davon war schon die Rede (S. 159). Wir sagten, daß der Richter zwar nach Gesetz und Recht sprechen solle; daß aber sein Spruch formell dem Gesetze vorgehe, d. h., wenn einmal endgültig ergangen, verbindlich sei ohne Rücksicht darauf, ob er dem Gesetz entspreche oder nicht; und (S. 163), daß demgemäß schließlich das Recht gelte, welches von der zuständigen Behörde, in Rechtsprechung und Verwaltung, angewendet und vollzogen werde. Darauf beruht es, daß jede Gesetzesnorm durch widersprechendes Gewohnheitsrecht überwunden werden, d. h. außer Geltung gesetzt werden kann, indem sie nicht angewendet wird; daß das aber allerdings nicht vorkommen sollte, wenn, wie wir als Regel annehmen, der Richter an das Gesetz gebunden ist und sich daran hält. Es ist eine Anomalie, wenn die Praxis der Behörden, welche an das Gesetz gebunden sind, das Gesetz (tatsächlich) abändert; aber die Geschichte lehrt, daß es immer wieder vorkommt, und zwar um so mehr, als das Gesetz altert und ver-



altet. Unbewußt oder halb bewußt macht der Richter aus dem unbrauchbar gewordenen Gesetz etwas anderes als es ursprünglich war. Unbewußt infolge irrtümlicher Auslegung; halb bewußt durch gutgemeinte und tendenziöse Auslegung. Vergleicht man dann nach einigen Jahrzehnten die Praxis mit dem Gesetze, so stellt man fest, daß sie vom Gesetz abgewichen ist. Es sollte nicht geschehen, da ja der Richter an das Gesetz, auch an das mangelhafte, gebunden ist; aber es kann geschehen, weil das Urteil dem Gesetze vorgeht und ein nicht mehr angewendetes Gesetz tatsächlich auch nicht mehr gilt. Es ist auch begreiflich und entschuldbar, daß es geschehe, wenn man bedenkt, daß viele Gesetze, und gerade die großen Gesetzbücher, oft lange hinter der Zeit zurückbleiben, weil der Gesetzgeber sich nicht entschließen kann, sie zu erneuern; und ferner bedenkt, daß es dem Richter schwer fällt, als Recht zu erklären, was die Vernunft nicht mehr billigen kann.

4. In Ländern des Gesetzesrechtes ist man geneigt, diese Form der Rechtsbegründung, die **Rechtssetzung, über die des Gewohnheitsrechtes**, der Begründung durch die Praxis selbst, zu stellen.

a) Vom **logischen Standpunkt** aus ist der Gesetzgebung die Ueberlegenheit nicht abzuspochen: Wenn der Richter nach Rechtsgrundsätzen urteilen soll und nicht selbst solche Grundsätze verbindlich erklären darf, weil er nur einzelne Fälle entscheiden soll (c. c. 5), muß sie ihm ein anderer, der Gesetzgeber, an die Hand geben. Es ist ein Widerspruch, wenn das Recht, auf das sich das Urteil gründet, erst durch dieses Urteil selbst gesetzt wird. Dieser Widerspruch macht sich nicht geltend, solange der Richter sich an die Grundsätze der bisherigen Praxis hält, wohl aber, wenn er, um einer neuen Sachlage gerecht zu werden, seine Praxis ändern will. Der Gesetzgeber kann sein Gesetz jederzeit ändern; aber kann es der Richter tun? Er kann es, da jedes seiner Urteile verbindlich ist; wenn er's tut, ist es getan. Aber er kann es nicht ohne Widerspruch tun: denn wenn der Grundsatz, den er einführen will, bisher noch nicht galt, kann er ihn auch nicht auf den schon gegebenen Fall anwenden; und wenn er schon galt, ist er nicht neu. Dieser logische Widerspruch macht sich tatsächlich wenig bemerkbar, weil der Richter nicht sprungweise und offen von den bisher angewendeten Grundsätzen abweichen wird, sondern nur unmerklich und verdeckt. Aber er besteht doch.

b) Vom **praktischen Standpunkt** muß man der gewohnheitsmäßigen Begründung und Fortbildung des Rechts, namentlich des Pri-

vatrechts, wenn nicht die Ueberlegenheit, so doch manche unverkennbare Vorzüge zuerkennen.

Es war eine doktrinaire Selbstüberhebung des Rationalismus (S. 145) zu glauben, es sei so leicht, das, was man als gerecht und vernünftig erkannt (und oft nur erfüllt) hat, in eine adäquate begriffliche Fassung zu bringen. Das ist vielmehr sehr schwer. Es ist nicht nur die technische Schwierigkeit des Ausdruckes, sondern auch eine sachliche Schwierigkeit. Der Gesetzgeber überblickt nicht alle möglichen Fälle und erfaßt deshalb auch nicht die genaue Tragweite seiner Vorschrift; erst die Praxis zeigt ihm die unerschöpfliche Fülle des Lebens; sie zeigt ihm, an wie viel er nicht gedacht hat und wie anders manches herauskommt, als er gemeint. Dann muß der Richter die unzulängliche Formel des Gesetzes zurechtstutzen, bis sie brauchbar ist. Der Gesetzgeber kann das Recht nie so genau, klar und vollständig formulieren, daß es nur noch in zwingend logischer Schlußfolgerung auf den konkreten Fall brauchte angewendet zu werden, wie man sich das in der Blütezeit der **Kodifikation** vorstellte. Der Richter (und noch mehr der Verwaltungsbeamte) muß vieles zum Buchstaben des Gesetzes hinzutun, bis man, nach längerer Anwendungspraxis, weiß, was in jedem Falle rechtens ist. Auch wenn der Richter das kodifizierte Recht anwendet, schlägt er fortwährend in den Kommentaren und Spruchsammlungen nach, um sich Rechenschaft über das geltende Recht zu geben; nicht viel anders als in Ländern des Gewohnheitsrechtes, wo die Spruchsammlungen sozusagen alles bedeuten.

Ein Vorzug des Gewohnheitsrechtes ist es auch, daß sich das Recht, das nicht an einen Gesetzestext gebunden ist, leichter und unauffälliger weiterbilden läßt als die Gesetzgebung. Die Umbildung des Gesetzesrechtes sollte ja auf dem Wege der Gesetzgebung geschehen; aber die Aenderung des Gesetzes läßt oft lange auf sich warten und, wenn sie beschlossen wird, geht sie um einen ganzen Sprung vorwärts, was die Rechtssicherheit, die besonders dem Privatrecht nottut, beeinträchtigt. Aber eben deshalb ist mitunter, wenn zu neuen Grundsätzen fortgeschritten werden soll, der klare Schnitt des Gesetzes notwendig; und ebenso, wenn die Praxis unübersichtlich und verworren geworden ist oder wenn auf einen bestimmten Zeitpunkt viele lokale Rechte durch ein einheitliches ersetzt werden sollen. Wenn das Gesetz gut durchdacht und abgefaßt ist, veranschaulicht es eben viel deutlicher als die unzähligen Präzedenzfälle, die das Gewohnheitsrecht ausmachen, die Grundlinien des Rechtsgebäudes.



## II. Die Wissenschaft vom Recht.

### § 24. Die Wissenschaft vom positiven Recht.

I. Es gibt theoretische und praktische Wahrheiten. Die theoretischen sagen aus, was ist; die praktischen, was sein soll. Zu den praktischen gehören vor allem die ethischen Wahrheiten, die lehren, wie der Mensch sich verhalten soll ( $\pi\rho\acute{\alpha}\tau\tau\epsilon\iota\nu$  = tun).

1. Die **theoretische** Wissenschaft betrachtet ( $\theta\epsilon\omega\rho\epsilon\iota\nu$ ) also Tatsachen. Ihre Tätigkeit besteht aber nicht nur im Feststellen von Tatsachen. Das wäre bloße Beschreibung, Aufzählung, Berichterstattung. Solche Vorarbeit braucht die Wissenschaft allerdings; aber nützliche Vorarbeit ist es nur, wenn es als planmäßiges Mittel zu den eigentlich wissenschaftlichen Untersuchungen betrieben wird: zur Erforschung der Ursachen. Eine wissenschaftliche Aufgabe ist es z. B., den Einfluß der Umwelt auf die (erbliche) Gestalt der Pflanzen und Tiere zu ermitteln. Dazu muß man viele Tatsachen kennen. Wer aber alle Pflanzen und Tiere und ihre Lebensweise beschreiben würde, könnte wohl manch Neues und Unterhaltendes erzählen; wissenschaftlicher Arbeit (oder Vorarbeit) kann er sich erst rühmen, wenn er das beschreibt, was die Gesetze der Vererbung erkennen läßt. Wissenschaft i. e. S. ist erst die methodische Untersuchung der Ursachen der Tatsachen; die Erkenntnis des kausalen Verlaufes der tatsächlichen Vorgänge; der **Gesetze** dieses tatsächlichen Geschehens. Der Erkennung der Ursachen wegen sind die Tatsachen interessant; um die kausalen Gesetze zu erfahren, stellt sie der Forscher fest.

Auch die theoretischen Wissenschaften bleiben also nicht bei den Tatsachen stehen. Aber an die Tatsachen sind sie gebunden: ein Gesetz, das mit den Tatsachen nicht übereinstimmt, ist falsch. Z. B. das angebliche Gesetz der Einfachheit der Atome oder der Unvererblichkeit erworbener Eigenschaften. Eine theoretische Wissenschaft in diesem Sinn fragt also nach Tatsachen, und nach den kausalen Gesetzen ihrer Entstehung. Nicht nach ihrem Sinn und ihrer Berechtigung.

2. Ganz anders die **praktischen Wissenschaften** der Ethik. Auch der Ethiker muß viele Tatsachen kennen, um das zu Bewirkende richtig zu erkennen. Aber was er erkennen will, ist nicht, was ist,

sondern was sein soll. Wie sich der Mensch verhalten soll, das will er erkennen; nach welchen Maximen er sich zu richten, welche Forderungen er zu erfüllen hat. Es interessiert ihn nicht das, was nach Naturgesetzen notwendig geschieht, sondern was nach Vernunftgesetzen bewirkt zu werden verdient (vorausgesetzt, daß es bewirkt werden kann). Und nicht, daß es bewirkt worden ist oder ob es bewirkt werden wird, beschäftigt ihn, sondern ob es bewirkt werden sollte oder in Zukunft bewirkt werden soll. Die Gründe, nicht die Ursachen des Verhaltens vernünftiger Wesen, erforscht die ethische Wissenschaft; die Gesetze, nach denen sie sich richten sollen. Um diese Gesetze zu erkennen, sind die Tatsachen, d. h. hier das tatsächliche Verhalten der Menschen, keineswegs entscheidend. Die praktischen Gesetze werden nicht induktiv abstrahiert aus dem tatsächlichen Verhalten der Menschen, wie viele Soziologen uns glauben machen wollen, und sie erwahren sich nicht an diesem Verhalten. Wenn eine erworbene Eigenschaft des Tieres sich vererbt oder ein Atom zerfällt, ist das angebliche Gesetz der Unvererblichkeit erworbener Eigenschaften oder das der Einfachheit der Atome widerlegt; aber wenn ein Mensch einen anderen täuscht, ist das praktische Gesetz, daß man andere nicht täuschen soll, keineswegs widerlegt, und wenn auch alle Menschen sich aufs täuschen verlegen sollten. Die praktische Wissenschaft zieht also ihre Wahrheiten nicht aus den Tatsachen, aus der Erfahrung (a posteriori) durch Induktion; sie gründet sich weder auf die Erfahrung, noch wird sie durch die Erfahrung widerlegt. Sie leitet ihre Wahrheiten aus einer von der Erfahrung unabhängigen Quelle ab (a priori). Nach ihren Wahrheiten vielmehr beurteilt sie, bewertet sie kritisch gewisse Tatsachen: das Verhalten der vernünftigen Wesen.

Man argumentiert z. B.: die Erfahrung lehrt, daß die staatlichen Gesetze entstehen aus einem Kampf der Interessen, gewissermaßen nach dem Parallelogramm der gesellschaftlichen Kräfte, wie die Richtung eines bewegten Körpers bestimmt wird durch die auf ihn einwirkenden mechanischen Kräfte; also gelte es, diese Kräfte zu erkennen, um zu erkennen, nach welchen kausalen Gesetzen das Recht entsteht. Aber an dieser Betrachtung des **Rechts** ist alles schief: 1. kann man die Verbindlichkeit eines Rechtsgesetzes nicht erklären aus Ursachen, aus denen es entstanden wäre, sondern nur aus Gründen, aus denen es verdient zu bestehen; 2. wäre ein Rechtsgesetz als die naturnotwendige Wirkung gegebener Tatsachen (gesellschaftlicher „Kräfte“) keine verbindliche Norm, sondern selbst eine gegebene Tatsache, über dessen Gründe und Berechtigung zu streiten ganz



unwissenschaftlich wäre. Die kausal-genetische Erklärung von Tatsachen erklärt nur Tatsachen, und was man so erklärt, ist nur das Tatsächliche. Wenn das die Erklärung des Rechts wäre, wäre das Recht eine nackte Tatsache und von der Verbindlichkeit wäre nicht mehr die Rede, die doch das Wesen des Rechts ausmacht, man verkennt also schon mit der Frage nach den Ursachen den eigentlichen Gegenstand der Untersuchung: das Recht als eine verbindliche, sinnvolle Norm. Wer das Recht kausal erklärt, erklärt nicht das Recht in seinem geistigen Wesen, sondern den psychologischen Vorgang, in welchem die Menschen ihre gesetzgeberischen Beschlüsse fassen, und mit dieser Erklärung wird das Unrecht wie das Recht erklärt, weil der Sinn des Rechts hier außer Betracht bleibt. Uns interessiert aber gerade der Sinn des Rechts, und erklärt ist für uns nur, was sich als sinnvoll ausweist, nicht das Sinnlose. Das ist von der „Wissenschaft“ tausendmal verkannt worden; aber es ist doch wahr.

Es sind also zwei verschiedene Betrachtungsweisen: die theoretisch-kausale und die praktisch-rationale; beide sind möglich, ja unerläßlich; aber sie dürfen nicht vermengt werden. — Und beide müssen selbstverständlich logisch (folgerichtig) vorgehen; die Logik gilt für alles Denken; das beschäftigt uns hier nicht.

II. Die Rechtswissenschaft ist vornehmlich eine praktische Wissenschaft. Ihr Gegenstand sind nur die Normen des Verhaltens; die vom Recht an die vernünftigen Menschen gestellten Forderungen. Diesem Gegenstand muß auch die Aufgabe der Wissenschaft und ihre Methode entsprechen.

1. Wir reden hier immer vom **positiven** Recht; dem Recht wie es in jedem Staate gilt, und nur von den materiellen Normen dieses Rechts. Alle Vorschriften einer solchen Rechtsordnung sind nun in der Tat verbindliche Anweisungen des Verhaltens, also praktische Forderungen. Aber daß sie gelten und so gelten, wie sie lauten, ist eine Tatsache: das tatsäc h l i c h geltende Recht ist zunächst der Gegenstand der Rechtswissenschaft. Also, sagt man, hat sich die Wissenschaft vom positiven Recht doch mit Tatsachen abzugeben, nicht mit Postulaten; nicht ob das Gesetz berechtigt sei, kümmert sie, sondern was es vorschreibe; die Aufgabe und das Ziel der Rechtswissenschaft ist festzustellen, was rechtens ist, nicht was rechtens sein sollte; und was rechtens ist, hat der Gesetzgeber schon entschieden. So sagt man.

Allein das ist nur zum Teil richtig. Was vom Gesetzgeber entschieden worden ist, ist allerdings maßgebend auch für die Wissenschaft vom positiven Recht. Aber erstens ist nicht alles entschieden, und zweitens brauchte man keine Wissenschaft mehr, wenn alles entschieden wäre.

Was diese letzte Behauptung betrifft, so vergegenwärtige man sich einmal die Aufgabe der Wissenschaft in der Annahme, das Gesetz hätte wirklich alles entschieden; alles nämlich, was zur Anwendung des Gesetzes notwendig ist. Eine das Gesetz ergänzende Praxis gäbe es dann auch nicht. Man wüßte dann schon aus dem Gesetz alles, was von praktischer Bedeutung ist und etwas anderes (nämlich Unpraktisches) hat auch die Wissenschaft nicht zu ermitteln. Die Gründe, die den Gesetzgeber geleitet haben, zu untersuchen, mag kulturhistorisch interessant sein, ist aber nicht von aktuellem Interesse. So könnte der Rechtswissenschaft nur noch obliegen, das im Gesetz fertig gegebene Material zu leichterem Gebrauch zu gruppieren, und mit einem Register zu versehen; aber das wäre doch eine recht subalterne technische Hilfsarbeit, keine wissenschaftliche Aufgabe. Wenn dem so wäre und der Wissenschaft nichts anderes zu tun bliebe, wäre das kein Unglück; es bewiese nur, daß die Wissenschaft schon gearbeitet hätte; denn ein solches Gesetz wäre sicher die Frucht früherer wissenschaftlicher Arbeit. Die Wissenschaft kann sich nichts besseres wünschen, als an solchen Gesetzen mitzuarbeiten, die, wenn einmal erlassen, ihr gestatten, die Hände in den Schoß zu legen. Tatsächlich verhält es sich aber nicht so.

Die Erfahrung lehrt, das war die erste Behauptung, daß kein Gesetz vollständig und vollkommen ist. In jeder Gesetzgebung finden sich (leider!) Bestimmungen, die unklar sind; oft widersprechen sie sich oder sie lassen Lücken. Der Praktiker weiß nicht, welche Bestimmung er anwenden soll oder was die anzuwendende bedeutet. Ueber diese Schwierigkeiten soll ihm die Wissenschaft hinweghelfen. Damit geben sich ja auch die wissenschaftlichen Bearbeitungen des positiven Rechts ab, die Kommentare und die Lehrbücher: mit der Beantwortung der praktischen Fragen, die das Gesetz nicht oder nicht eindeutig beantwortet hat.

2. Für die Wissenschaft vom positiven Recht ist also gerade das interessant, was das Gesetz (oder die Praxis) nicht beantwortet hat: die Lücken, Widersprüche, Unklarheiten, kurzum die **Mängel des geltenden Rechts**. Da muß sie sich bewähren.



Und wie soll die Wissenschaft diese offen gebliebenen Fragen beantworten? Wenn zwei Bestimmungen sich widersprechen, welche soll sie verbindlich erklären? Wenn zwei Auslegungen möglich sind, welche soll sie bevorzugen? Wenn das Gesetz schweigt, welche Antwort soll sie geben? Offenbar diejenige, die ein seiner Aufgabe bewußter Gesetzgeber geben würde. Das unvollkommene, unvollendet gebliebene Werk des Gesetzgebers muß so, in dem Geiste und nach den Maximen vollendet werden, wie es ein vernünftiger Gesetzgeber vollendet hätte: so daß das Ganze 1. logisch korrekt, d. h. widerspruchsfrei und lückenlos, und 2. ethisch möglichst richtig, d. h. gerecht und vernünftig ist. Die Wissenschaft, die der Praxis den Weg weisen soll, muß den vom Gesetzgeber beschrittenen Weg zu Ende gehen.

a) Das bedeutet zunächst, daß sie auf dem angefangenen Weg weiterschreiten soll; d. h. in ihren Lösungen an die vom Gesetz schon festgelegten Lösungen, an sein System gebunden ist; in dieser Bindung an das Bestehende unterscheidet sich ihre bescheidenere Aufgabe von der größeren des frei schaffenden Gesetzgebers. Aber ihre Aufgabe beschränkt sich dennoch nicht auf ein logisches Thema, darauf nämlich, aus den vom Gesetzgeber gesetzten Prämissen, die darin schon enthaltenen Schlüsse zu ziehen, wie der Geometer aus einer Basis und zwei Winkeln die fehlenden Seiten des Dreiecks zieht. Die juristische Lösung ist nicht so genau vorbestimmt; sie ist nicht gewissermaßen mathematisch zu errechnen. Die Arbeit des Juristen ist nicht eine bloß logische, verstandesmäßige, sondern auch eine ethische. M. a. W.: mit dem im Gesetz Gegebenen sind in der Regel verschiedene Ergänzungen logisch vereinbar. Unter ihnen die richtige zu finden, ist eine Sache ethischer Abwägung, gleicher Art, wie sie der Gesetzgeber anzustellen hat. Also eine gesetzgebungspolitische Aufgabe im Kleinen. Was z. B. als „Werk“ i. S. 58 OR (S. 58) zu verstehen sei, ist nicht logisch aus den bekannten Daten des Gesetzes abzuleiten, sonst wäre es schon darin enthalten.

Die Aufgabe der Wissenschaft ist also vorerst, das geltende Recht auf seine logische Geschlossenheit zu prüfen: ob es an Widersprüchen, Lücken oder Unklarheiten leide. Ist es nämlich klar, vollständig und widerspruchsfrei, so bleibt der Wissenschaft nichts weiter zu tun. Schon diese einleitende Feststellung ist, wenn auch ein rein logisches, so doch ein kritisches Urteil.

b) Stellt nun aber die Wissenschaft Mängel fest, so muß sie sie **ausbessern**. Sie muß anstatt des unklaren klares Recht ermitteln,

die Widersprüche zugunsten des einen oder anderen Ausspruches des Gesetzes lösen, die offen gelassene Lücke ausfüllen. Das ist, wie vorhin bemerkt, eine ethische, gesetzgebungspolitische, also auch wieder eine kritische Aufgabe.

**Widersprechende** Vorschriften sind solche, die ein widersprechendes Verhalten, d. h. zwei nicht zugleich mögliche Arten, sich zu verhalten, vorschreiben; z. B. eine Bilanz aufzustellen, die sowohl für den Fall des Weiterbetriebes wie der Liquidation richtig sein soll. — **Lücken** im logischen Sinn (echte Lücken) sind die offen gelassenen Fragen, ohne deren Beantwortung das Gesetz nicht angewendet werden kann; z. B. ob dem Eigentümer oder dem Nutznießer einer Aktie das Stimmrecht an der Generalversammlung zukomme (B.Ger. 50, II, 547); oder wer die Kosten der Beseitigung einer Radiostörung zu tragen habe. Ein ethischer Fehler des Gesetzes ist es aber (eine unechte Lücke), wenn man zwar weiß, was rechtens ist, aber richtigerweise etwas anderes rechtens sein sollte; wenn z. B. der Staat nicht haftet für den von seinen Beamten verursachten Schaden oder die Benutzung eines fremden Automobils nicht strafbar ist. Das sind Lücken, die der Gesetzgeber beheben sollte, die aber der Richter nicht zu beheben braucht, um das Gesetz, wie es ist, anzuwenden. — **Unklare** Vorschriften endlich sind Vorschriften, deren Worte nach den Gesetzen der Sprache nicht einen eindeutigen Sinn ergeben; z. B. ob unter „Handel und Gewerbe“ in Art. 31 BV auch die Landwirtschaft; ob unter den „direkten Steuern“ auch die Erbschaftsteuer zu verstehen sei.

Alle drei Aufgaben sind derselben Art. Der Richter, dem das Gesetz eine unklare, eine widerspruchsvolle oder gar keine Anleitung gibt, steht immer vor derselben Aufgabe. Im Falle des Widerspruches zwischen zwei (an sich klaren) Vorschriften wird er zwischen diesen beiden zu wählen haben; im Falle der Lücke zwischen den der Natur der Sache nach möglichen Lösungen; im Falle der Unklarheit des Ausdruckes zwischen den sprachlich möglichen Bedeutungen. Es können ihm mehr oder weniger Wege offen stehen; aber die Wahl wird er immer nach derselben Maxime treffen müssen: er muß die Regel finden, die er **als Gesetzgeber** aufstellen würde (ZGB, 1).

c) Nicht anders verhält es sich mit der sog. **Analogie**. Man wendet ein Gesetz analog (= sinngemäß), per analogiam an, wenn es einen Fall normiert, einen anderen aber, der ihm ähnlich ist, nicht, und man die besondere Regel des Gesetzes auf den ihr zugrunde liegenden allgemeinen Grundsatz zurückführt und daraus die an-



dere besondere Regel ableitet. Wenn z. B. ein Gesetz die Anfechtung der Verträge wegen Irrtums vorsieht, aber nicht die von letztwilligen Verfügungen, kann man sich fragen, ob die Anfechtbarkeit analog auch für diese Rechtsgeschäfte gelten solle. Der Sinn der Worte, nehmen wir an, ist durchaus klar: über die Anfechtung letztwilliger Verfügungen sagt das Gesetz nichts. Deshalb ist das Gesetz nicht eigentlich auszulegen. Es besteht vielmehr eine Lücke. Die Analogie ist ein Verfahren zur Ausfüllung von Lücken, und zwar echter wie unechter. In unserem Falle fragt es sich, ob die für den Fall des Vertrages gegebene Regel auch für den anderen zu gelten habe. Auch das ist nicht sowohl eine Frage der Logik als der praktisch-vernünftigen Abwägung: was hat vernünftigerweise zu gelten, wenn der Testator sich geirrt hat. Besteht ein sachlicher Grund, hier eine andere Lösung zu wählen, als für den Vertrag? Kann man m. a. W. annehmen, daß, was für die Verträge richtig ist, für alle Rechtsgeschäfte richtig ist? Ob diese Prämisse zutrifft, ist die Schwierigkeit; trifft sie zu, so ist die logische Ableitung, daß die Testamente, die auch Rechtsgeschäfte sind, also auch anfechtbar sind, ein Kinderspiel.

Man kann alle diese Fragen als Auslegung im weiteren Sinne bezeichnen. Im engeren Sinn bezeichnet man als Auslegung die Bestimmung des Sinnes unklarer Worte. Davon soll noch die Rede sein.

3. Die **Auslegung unklarer Gesetze** ist nämlich eine Hauptaufgabe der Wissenschaft vom positiven Recht. Wie ist hier vorzugehen?

a) Auslegung ist die Ermittlung des Sinnes **gegebener Worte**. Nur einen bestimmten (geschriebenen) Wortlaut kann man auslegen. Was kraft (ungeschriebenen) Gewohnheitsrechtes gilt, ist nicht eine Frage der Auslegung. Und wenn man des Wortlautes eines Gesetzes nicht sicher ist, muß man vorerst den Wortlaut feststellen, um beurteilen zu können, ob er überhaupt der Auslegung bedarf. Auch diese Ermittlung des Wortlautes ist noch keine Auslegung; z. B. die Ermittlung des authentischen Textes der Digesten Justinians. Eben-  
 ?  
 so wenig die sprachliche Bestimmung des Sinnes der gegebenen Worte; die sog. grammatische Auslegung. Wer nicht weiß, was „voll- und halblütige Geschwister“ sind, kann allerdings Art. 100 ZGB nicht verstehen; aber um ihn zu verstehen, muß er ihn nicht auslegen, sondern deutsch lernen. Wenn aber die Regeln der Sprache nicht einen unzweideutigen Sinn ergeben, muß die (juristische) Auslegung entscheiden.

b) Welcher **Sinn** ist dann der richtige?

In manchen Fällen ergibt der logische Zusammenhang mit anderen Bestimmungen die Antwort: Wenn z. B. Art. 18 BV nach dem 1. Absatz „Jeder Schweizer ist wehrpflichtig“, fortfährt: „Wehrmänner, welche...“, so kann nicht zweifelhaft sein, daß auch der „Schweizer“ des 1. Absatzes im Art. 18 (im Gegensatz zu Art. 4 BV) ein Mann sein muß; oder wenn man weiß, daß das Pfandrecht ein akzessorisches Recht ist, weiß man auch, daß es trotz Eintragung im Grundbuch untergeht, wenn die Forderung erlischt. Die Folgerichtigkeit des Denkens zwingt zu solcher Auslegung.

Wenn aber kein solcher logischer Zwang die Entscheidung vorwegnimmt, soll die sachliche Berechtigung entscheiden. Im Zweifel hat, wie schon bemerkt, das zu gelten, was ein gerechter und vernünftiger Gesetzgeber befehlen würde.

Man stellt dieser Maxime oft die andere gegenüber: das Gesetz sei nach dem „Willen des Gesetzgebers“ auszulegen. Versteht man unter dem „Gesetzgeber“ den idealen Gesetzgeber, die Idee der Gesetzgebung, wie sie sein soll, so ist das nichts anderes als das Gesagte. Versteht man dagegen darunter den historischen Gesetzgeber, d. h. die Personen, welche das Gesetz tatsächlich beschlossen haben, so würde das bedeuten, daß die Meinung entscheiden soll, welche diese Personen damals mit den gebrauchten Worten verbunden haben. Das nennt man die historische Auslegung. Darauf ist aber nicht abzustellen. Nicht nur, weil es oft schwer ist, zu ermitteln, was die beschließenden Personen, z. B. die Mehrheit des Parlamentes oder gar des Volkes, tatsächlich gedacht haben, und nicht immer das Gescheiteste dabei herauskäme, sondern auch weil dieses Zurückgreifen auf Verhandlungen oder gar auf unausgesprochen gebliebene Meinungen mit dem Institut der Gesetzgebung nicht harmoniert. Im geschriebenen Gesetz soll nämlich der Bürger das Recht finden, nicht in Berichten und Protokollen. Und wenn das Gesetz nicht deutlich spricht, ist stets anzunehmen, es habe das Vernünftige, Gerechte gewollt. Die historische Auslegung ist die des Historikers, der den Tatsachen nachgeht, nicht des Juristen, der im Gesetz das Recht sucht. Historisch auszulegen sind Rechtsgeschäfte, weil sie so gelten sollen, wie sie tatsächlich gewollt und gemeint worden sind (ZBJV 71, 425); aber nicht die Gesetze. Am allerwenigsten darf man, wie es häufig geschieht, die beiden Maximen zur Auswahl stellen und dem Richter empfehlen, es mit der „logischen“ Auslegung zu versuchen, wenn die historische nicht zum Ziele führe. Von den beiden verschiedenen Methoden kann nur eine die richtige sein.



Richtig ist aber an jener Meinung, daß die Vorarbeiten des Gesetzes häufig aufschlußreich sind zur Veranschaulichung des **gesetzgeberischen Problems**, das der Gesetzgeber lösen wollte. Aus den Beratungen über das Wasserrechtsgesetz ergibt sich z. B., daß damals (1916) die Sorge um haushälterische Ausnutzung der natürlichen Wasserkräfte im Vordergrund stand, nicht die Sorge um das planmäßige Zusammenarbeiten der Elektrizitätsunternehmen; nach jenem Gesichtspunkt, nicht nach diesem, sind daher die Pläne gemäß Art. 5 zu prüfen. Das Gesetz ist die Antwort auf ein gesetzgebungspolitisches Problem und um die Antwort richtig zu verstehen, muß man wissen, wie die Frage lautete; was allerdings historisch zu ermitteln ist. Der dem Gesetz beim Erlaß einmal zukommende Sinn soll ihm auch gelassen bleiben. Wenn sich das Problem verschiebt, darf man das Gesetz nicht anders interpretieren, um diesem neuen Bedürfnis gerecht zu werden. Man muß es ändern. Dasselbe Gesetz kann nicht, je nach den Umständen, verschiedene Bedeutungen haben, obschon es oft sehr verlockend ist, die Dehnbarkeit der Worte dazu zu benutzen, einen neuen Gehalt zu bekommen, ohne die Gesetzgebungsmaschine in Bewegung zu setzen. Die Genehmigung der Starkstromanlagen nach Art. 15 des Elektrizitätsgesetzes vom 24. Juni 1902 hatte die Bedeutung, die Beobachtung der polizeilichen Vorschriften zu sichern; wenn sich nachträglich das Bedürfnis einstellt, für ein planmäßiges Leitungsnetz zu sorgen, darf man die Genehmigung nicht dazu benutzen, überflüssige, aber ungefährliche Leitungen zu verhindern.

Die Auffassungen hierüber sind aber geteilt, in der Lehre wie in der Praxis. Es mag auch sein, daß die Aufgabe des Richters und seine Stellung zum Gesetz überhaupt nicht in allen Staaten nach Verfassung und Herkommen dieselbe ist. Sie wird namentlich in anglosächsischen Ländern anders aufgefaßt als im kontinentalen Europa.

c) Die gesetzgebende Behörde behielt sich am Anfang der Kodifikationsära vielfach das Recht vor, ihr Werk selbst auszulegen; sei es, weil sie das Gesetz für so klar hielt, daß es keiner Auslegung bedürfe, sei es, weil sie der richterlichen Auslegung mißtraute, oder vielleicht auch in dem an sich richtigen Gefühl, daß die Arbeit des Auslegers im Grunde eine gesetzgeberische sei. In der ersten Annahme irrte sie sich gründlich. Die Anfragen an den Gesetzgeber um Auslegung (*référé législatif*) wurden denn auch so häufig, daß der Gesetzgeber diese Aufgabe den Gerichten überlassen mußte. Heute kann mitunter die gesetzgebende Behörde noch

durch besonderen Beschluß eine Gesetzesstelle (ohne sie im Wortlaut zu ändern) **authentisch** auslegen, z. B. im Kanton Bern der Große Rat; mit der Wirkung, daß seine Auslegung allgemeinverbindlich ist und sogar, als die von jeher richtige, rückwirkend auf alle noch nicht entschiedenen Sachen anzuwenden ist. Aber die Fälle authentischer Auslegung sind verhältnismäßig selten.

## § 25. Rechtspolitik und Rechtsgeschichte.

### I. Rechtspolitik.

Die Wissenschaft vom positiven Recht hat zur Aufgabe die methodische Darstellung des geltenden Rechts. Das Schwierigste und Bedeutsamste daran ist aber die Ausfüllung der Lücken, die Auflösung der Widersprüche und die Abklärung der Unklarheiten des Gesetzes; und das ist nichts anderes als die Vollendung der vom Gesetzgeber nicht ganz oder nicht gut geleisteten Gedankenarbeit. Sie zu leisten ist, wie wir im vorigen § gesehen haben, die Aufgabe der Rechtswissenschaft. Aber was ist denn die Aufgabe der Gesetzgebung selbst?

Wie die Aufgabe des Juristen auch eine gesetzgebungspolitische ist, so ist die Aufgabe des Gesetzgebers auch eine juristische. Sie kann ohne juristische Schulung nicht gelöst werden; sie ist aber auch eine ethische und eine technische. Wir müssen das etwas näher betrachten.

1. Wer sich über ein neues Gesetz schlüssig machen will, muß dreierlei erwägen:

a) ob das, was man anordnen will, unter den gegebenen Voraussetzungen durchführbar ist und welche Wirkungen es haben wird. Das ist eine **tatsächliche Frage**, die nach der Erfahrung, also in kausaler Betrachtung von den Vertretern der Technik, der Natur- oder Gesellschaftswissenschaften zu beantworten ist. Wenn z. B. die vorbeugende Impfung gegen Pocken vorgeschrieben oder den Bäckern die Nachtarbeit verboten werden soll, muß man wissen, ob genug Impfstoff aufzutreiben und die Einhaltung der Vorschrift gesichert werden kann; sodann welche physiologische Wirkung die Impfung und welche geschäftlichen Folgen das Nachtarbeitsverbot für das Bäckergerwerbe haben werden. Wenn ein Zoll erhöht werden soll, muß man sich vergegenwärtigen, welche volks-



wirtschaftlichen Wirkungen auf die Inlandspreise oder die Inlandsproduktion dies haben wird;

b) zu erwägen ist ferner, welche dieser Wirkungen man erzielen will; welche gut und gerecht sind. Das zu erwartende Ergebnis muß **bewertet** und mit anderen, vielleicht besseren verglichen werden. Ist es z. B. ein Gewinn, wenn die Gesamtproduktion gesteigert wird, aber die Großproduktion begünstigt wird auf Kosten der Kleinproduzenten? Darf die persönliche Freiheit durch den Impfwang beschränkt werden zugunsten der Gesundheit anderer?

Das ist eine **ethische Frage**, für die es keine Sachverständigen gibt. Aber es ist keineswegs eine Frage subjektiver Meinung, wie etwa der Geschmack des Gaumens, sondern ein objektives Urteil, das richtig oder unrichtig ist (Methode, 14, 93);

c) und endlich ist die „juristische Form“ zu finden, in welche der gesetzgeberische Gedanke gebracht werden soll. Das ist eine **Frage folgerichtigen Denkens**.

2. Das „Gesetz“, von dessen Wirkungen wir soeben gesprochen, hatte diese Form angenommen: Eltern, so dachten wir es, wurde geboten, ihre Kinder etwa bis zum Eintritt in die Schule impfen zu lassen; den Bäckermeistern, ihre Gesellen nachts nicht arbeiten zu lassen. Die **juristische Form** besteht eben in den Rechtssätzen, deren Anwendung die beabsichtigten Wirkungen hervorbringen soll. Diese Rechtssätze zu finden ist aber nicht immer so leicht. Wenn z. B. gewünscht wird, daß die Verwaltungsräte der AG von den Aktionären für schlechte Geschäftsführung verantwortlich gemacht werden könnten, so muß man, um diesen Gedanken praktisch zu verwirklichen, bestimmen, von wem und gegen wen die Verantwortlichkeit geltend gemacht werden soll und für was; z. B. ob sie von jedem Aktionär oder nur von der Generalversammlung oder von beiden soll geltend gemacht werden können; ob nur gegen alle Verwaltungsräte zusammen oder gegen jeden besonders und gegen jeden fürs Ganze oder nur für seinen Teil; u. a. m. Solange man das aber nicht weiß, weiß man auch nicht, was eigentlich vorgeschlagen ist und von welchem Gesetz die Wirkungen ermittelt und eingeschätzt werden sollen. Wenn man z. B. die Verkehrsteilung zwischen Bahn und Auto zugunsten jener ändern will, muß man sich darüber aussprechen, welche neuen Rechtsnormen man aufstellen will: ob man die Bahn von der Transportpflicht entbinden oder ihr umgekehrt das Transportmonopol verleihen; ob man das Auto besteuern oder konzessionspflichtig erklären will.

Wer keinen solchen gesetzgeberischen Vorschlag macht, hat nicht das Recht mitzureden.

Die beiden ersten Erwägungen können also erst angestellt werden, wenn die dritte durchgeführt ist. M. a. W.: die sogenannte juristische Form ist nicht nur die sprachliche Formulierung eines fertigen Gedankens, sondern das Ausdenken dieses Gedankens selbst. Sie gehört zum Inhalt des erörterten Vorschlages. Sie kann also nicht nach den anderen Erwägungen angestellt werden, sondern muß vor ihnen durchgeführt sein. Man muß es mit verschiedenen ausgedachten und formulierten Vorschlägen versuchen; die Wirkungen jedes ermitteln, jeden nach seinen Wirkungen einschätzen, und dann wählen. Und um nicht zu viel Zeit und Mühe an unbrauchbare Vorschläge zu verlieren, muß der Demiurg, der Bildner des Gesetzes intuitiv die brauchbaren vorweg formulieren und unter ihnen den besten wählen.

Man nennt diese begriffliche Fassung des Gedankens, ohne die er keinen festen Sinn hat, auch etwa **Gesetzestechnik**, im Gegensatz zur Kunst, einen fertigen Gedanken, in Worten wiederzugeben, die denen, die es angeht, verständlich sind, was man auch Gesetzestechnik nennt, und häufig mit der ersten vermengt. Das sind aber zwei ganz verschiedene Dinge.

Man sieht aus dem Gesagten, daß an der Ausarbeitung neuer Gesetze der Fachmann des zu ordnenden Gegenstandes und der Rechtskundige zusammenwirken müssen, und zwar von Anfang an; daß der Jurist nicht erst zuletzt aufgeboten werden darf, um den fertigen Gedanken des Fachmannes, des Nationalökonomen, des Technikers oder Hygienikers in die den Juristen geläufigen Worte zu kleiden, wie man es oft vermeint. Die juristische „Form“ ist nicht bloß eine Redaktionssache, die Wahl richtiger Worte, sondern die Wahl richtiger Begriffe; also eine Entschliebung in der Sache selbst. Der gesetzgeberische Gedanke ist nicht fertig, solange er nicht in Rechtsbegriffen gedacht ist.

3. Welche sachlichen Vorschläge jeweils zu machen seien; wann und wo die Reform einzusetzen habe; in welcher Gestalt sie durchzuführen; welche neuen Einrichtungen zu schaffen wären, das ist, wie schon angedeutet, eine Aufgabe **schöpferischer Intuition**, nicht verstandesmäßiger Deduktion und auch nicht bloß ethischer Beurteilung. Beurteilen kann man nur, was man kennt; hier aber gilt es, ein Unbekanntes zu erdenken (S. 151). Wem die rechtliche Gestalt, die Rechtsfigur aufsteigt, in der die Arbeitslosigkeit ohne Schä-



digung höherer Interessen behoben oder in der die Hilfskassen der Angestellten vor dem geschäftlichen Risiko des Unternehmens, dem sie angehören, konstituiert werden könnten, der kann auch den Weg zur Abhilfe weisen; wer kein neues Gebilde erschaut, vermag auch keine fruchtbaren Vorschläge zu machen, und wenn er hundertmal wiederholt: „man sollte diesen, man sollte jenen Zweck erreichen“. Trifft das zu für die Entwerfung eines Gesetzes, so trifft es noch viel mehr zu für die Umbildung ganzer Rechtsgebiete, z. B. des Wirtschaftsrechts, des Familienrechts, des Kulturrechts. Dafür gibt es keine Muster und Formeln; weder in der Theorie noch in der Geschichte. Wer die Zeichen der Zeit versteht und das ersehnte Recht schöpferisch zu gestalten weiß, der wird das Neue schaffen; nur er wird Neues schaffen. Wer nur das Bekannte kennt, und nur in erworbenen Begriffen denkt, wird nur das Alte flicken. Jene Gabe ist aber nur Wenigen gegeben.

## II. Rechtsgeschichte.

Der Geschichtsschreiber wendet sich zurück und betrachtet, wie frühere Geschlechter diese Aufgabe gelöst haben. Das ist das dem Rechtshistoriker aufgebene Thema.

Was bedeutet das?

1. Es bedeutet zunächst, daß der Rechtshistoriker die sich folgenden Rechtsordnungen und ihre Einrichtungen **feststellen** muß. Welches Recht z. B. in den römischen Provinzen gegolten hat, vor und nach der Völkerwanderung; welches zur Zeit der Karolinger und welches zur Zeit des Lehnswesens. Das sind, oft sehr schwierige, tatsächliche Feststellungen.

2. Sodann aber hat der Geschichtsforscher zu untersuchen, unter welchen psychologischen, technischen und geographischen Voraussetzungen diese Grundsätze galten; m. a. W.: welches rechtspolitische Problem zu lösen war und wie es durch jenes Recht gelöst wurde; auf welche rechtspolitische Frage es die Antwort war. Nicht etwa als ob sich stets ein Gesetzgeber bewußt diese Frage gestellt und sie planmäßig beantwortet hätte; das hat vielleicht gelegentlich Rom oder Karl der Große getan. Oft ist dagegen die rasche oder langsame Umwandlung des Rechts die unbewußte Antwort auf eine unbewußte Frage gewesen. Aber die Frage, die Aufgabe bestand doch, und wie sie lautete und tatsächlich beantwortet wor-

den ist, das ist vom Geschichtsschreiber darzustellen. Als die Germanen den Boden des römischen Reichs besiedelt hatten, mußte ihr Verhältnis zu den bisherigen Besitzern des Bodens und zur römischen Staatsgewalt geordnet werden; in irgend einer Weise, bewußt und planmäßig oder intuitiv und tastend. Aber wie das Problem gelöst wurde und ob es den Anforderungen eines vernünftigen Zusammenlebens unter den neuen Umständen genügte, das hat sich der Darsteller der Rechtsgeschichte zu fragen. — Oder: als nach der Entdeckung Amerikas und seiner Goldfelder der Wert des Geldes in Europa sank und die Preise stiegen, entstand eine neue volkswirtschaftliche Lage; wie ist das Recht ihr gerecht geworden?

Das Recht, das jeweilen gegolten hat, ist also im Zusammenhang mit der gleichzeitigen Sachlage (zu welcher vor allem die Beschaffenheit der Menschen, ihre Technik und die ideelle Ueberlieferung gehören) zu beurteilen, zu verstehen, zu bewerten. Es hat Geschlechter gegeben, welche die ihnen gestellte Aufgabe zu lösen vermochten, und andere, die versagten. Um das Recht einer Zeit zu begreifen, muß man erkennen, welche Aufgaben es unter den damaligen Umständen zu lösen hatte. Die Kenntnis der geltenden Normen allein genügt nicht, um sie als Normen des Rechts zu verstehen.

Das hat die neuere Geschichtsforschung auch begriffen.

3. Es ist eine kritische Beurteilung des tatsächlich festgestellten Rechts. Im Lichte der damaligen Zeit, auf dem Hintergrund der damaligen Begebenheiten muß es beurteilt werden, gewiß; aber es muß **beurteilt**, nicht bloß registriert werden. Verständlich ist es, wenn man versteht, wie unter solchen Umständen Normen, wie die damaligen als der Ausdruck der Gerechtigkeit gelten konnten. Nicht verständlich ist es, wenn es sich, auch im Lichte der Zeit, nicht mehr als eine rechtliche, d. h. irgendwie vernünftige, sinnvolle Ordnung verstehen läßt. Und nicht jede Rechtsordnung, die es gegeben hat, läßt sich so verstehen; es hat willkürliches, ungerechtes, rückständiges, doktrinäres Recht gegeben.

Was aus Gründen verstanden werden kann, das ist erklärt; was grundlos dasteht, ist als Werk der Vernunft nicht zu erklären. Es läßt sich vielleicht kausal erklären, als ein obwohl nicht mehr Existenzberechtigtes, so doch noch Existierendes. Es erklärt sich aus psychologischen Ursachen, wie die Gewohnheit, der Eigennutz, der Aberglaube. In jedem Recht, auch im heutigen, finden sich solche Ueberreste einer früheren Zeit, die stehen geblieben sind,



nicht weil sie noch begründet wären, sondern weil sie früher schon bestanden haben. Man denke an die ständischen Versammlungen des 17. und 18. Jahrhunderts, an die veralteten Formen des Rechtsganges oder der Beurkundung, an historische Privilegien und Gebietsabgrenzungen. Solches, sagt man, ist „historisch“ zu erklären; d. h. hier: es ist die kausale Nachwirkung vergangener Zeiten, aber sachlich nicht mehr begründet. Als Sediment einer vergangenen Zeit, als Zeuge einer früheren, früher berechtigten Einrichtung, ist es interessant.

4. Die Aufgabe der Rechtsgeschichte, wie der Geschichte überhaupt, ist also nicht sowohl darzustellen, wie in genetischer Abfolge nach kausalen Naturgesetzen eine gesellschaftliche Ordnung die nachfolgende erzeugt hat; wie es so kommen „mußte“, nach den „Gesetzen der Geschichte“. Sondern: je für einen Querschnitt der Zeit zu zeigen, welche Gründe die gleichzeitige Rechtsordnung in vernünftiger Betrachtung erklären, d. h. als eine verbindliche Ordnung verstehen lassen. Sonst wäre die Rechtsgeschichte ein Stück Naturgeschichte; und das Recht selbst müßte eine psychologische Tatsache sein, nicht, was es ist, eine Forderung der Vernunft (S. 203, 210).

Wenn das Gesagte richtig ist, ist die geschichtliche Betrachtung des Rechts nicht grundsätzlich verschieden von der rechtspolitischen; es ist nur eine rückblickende rechtspolitische Betrachtung des vergangenen Rechts im Lichte der Vergangenheit. Deshalb haben wir sie neben die Rechtspolitik gestellt.

## § 26. Die Rechtsphilosophie.

Wir haben uns in § 24 klar zu machen versucht, was die Aufgabe und die Methode der Rechtswissenschaft, d. h. der Wissenschaft vom positiven Recht sei. Wenn uns das gelungen ist und wir darüber im Klaren sind, was brauchen wir dann weiter nach Rechtsphilosophie zu fragen? Wissen wir dann nicht alles, was zur Anwendung des Rechts nötig ist? Wenn wir das alles sicher wissen und es begründen können, brauchen wir in der Tat die Rechtsphilosophie nicht mehr; aber wir haben sie sicher schon dazu gebraucht. Denn zu nichts anderem soll sie dienen als zur Begründung der Aufgabe und Methode der Wissenschaft vom praktischen Recht, oder einfacher: zur Methode der Rechtspraxis im weiteren Sinn, nämlich der Rechtssetzung, wie der Rechtsanwendung. Daß

dazu Rechtsphilosophie nötig ist, das allein soll noch erörtert werden; zunächst für die Anwendung des gesetzten Rechts und sodann für die Gesetzgebung. Was die Rechtsphilosophie zu lehren hat, ist im vorhergehenden vorausgesetzt und angedeutet; es systematisch darzulegen würde die Aufgabe einer „Einleitung“ überschreiten.

I. Laien und Praktiker glauben mitunter, zur **Anwendung des positiven Rechts**, wozu die Rechtswissenschaft vor allem anleitet, bedürfe es der Rechtsphilosophie nicht; wenn einer aber noch das Bedürfnis habe, sich in Spekulationen zu ergehen, so möge er in Mußestunden Rechtsphilosophie treiben; das könne zwar nichts schaden, aber es nütze auch nichts, da es ohne Wirkung sei auf die Praxis.

Das ist eine irrtümliche Ansicht. Richtig ist zwar, daß, was der Praxis nicht dient, auch keinen wissenschaftlichen Wert hat, da die Rechtswissenschaft eine praktische Wissenschaft ist (S. 212). Aber unrichtig ist, daß man das, was der Praxis, hier der Anwendung des positiven Rechts, dient, planmäßig erforschen und sicher begründen könne, ohne mehr zu kennen als dieses positive Recht selbst; ohne nämlich zu kennen, was Recht überhaupt ist.

Um z. B. methodisch das geltende Zivilrecht darzustellen, muß man wissen, nicht nur, was im Zivilgesetzbuch steht, sondern auch, was Zivilrecht überhaupt und Recht überhaupt ist. Um das Familienrecht des ZGB's richtig darzustellen, muß man sich z. B. Rechenschaft geben, daß es auch öffentliches Recht enthält und ethische Normen voraussetzt; um wissenschaftlich, d. h. methodisch darlegen zu können, welche Normen als positives Recht gelten, muß man wissen, was Recht überhaupt ist. Aus zwei Gründen:

### 1. um den **Gegenstand** der Wissenschaft zu erkennen.

Die im Lande geltenden **Rechtsnormen** will doch die Rechtswissenschaft darstellen, nicht andere Normen. Sie muß also wissen, was Recht ist, um feststellen zu können, was den Merkmalen dieses Begriffes entspricht. Wer nicht weiß, was Kunst ist, kann keine Kunstgeschichte schreiben; wer im Unklaren ist über die Abgrenzung chemischer und physikalischer Vorgänge, wird auch die chemischen Gesetze nicht sicher erforschen können. Ebenso die Rechtswissenschaft: wer nicht Recht von Moral, Sitte oder Uebung unterscheiden kann, kann nicht zuverlässig wissen, was er als **Recht** darzustellen hat.

Ob solche Irrtümer häufig vorkommen, ist nebensächlich; auch



wenn der Bearbeiter des positiven Rechts ohne theoretische Aufklärung im großen und ganzen gefühlsmäßig das Richtige trifft und als Recht anspricht, was Recht ist, so bestätigt er doch eine Einsicht, die er nicht aus dem positiven Recht schöpft, sondern an das positive Recht heranbringt und darauf anwendet. Wenn er aber Wissenschaft treibt, d. h. methodisch denkt, wird er sich auch fragen, weshalb er das eine Recht anerkenne, das andere nicht. Und damit stellt er sich eine rechtsphilosophische Frage.

Die gefühlsmäßige Einsicht leitet übrigens keineswegs immer sicher: ob kaufmännische Uebung, Gesamtarbeitsverträge (OR 322), ob eine Verweisung auf Billigkeit (wie OR 47, 54), ob eine Auslegungsregel wie ZGB 1 oder eine Bestimmung wie ZGB 275 („Die Kinder sind den Eltern Gehorsam und Ehrerbietung schuldig“), oder Art. 2 BV über den Zweck des Bundes, und Art. 80 BV („Der Ständerat besteht aus 44 Abgeordneten der Kantone“) Rechtsvorschriften enthalten und in welchem Sinn; ob das Völkerrecht Recht sei, das ist keineswegs unbestritten und kann nur an Hand des überpositiven Rechtsbegriffes abgeklärt werden.

Daß die Rechtswissenschaft nicht mit dieser Abklärung angefangen hat, sondern lange vorher positives Recht bearbeitet hat, beweist nicht, daß die Frage nicht logisch der anderen (nach dem Inhalt des Rechts) vorausgehe und nicht beantwortet sein müsse, wenn die andere sicher beantwortet werden soll. Man hat lange Elektrizitätswissenschaft betrieben, bevor man sich über das Wesen der Elektrizität klar war. Wir sprechen nicht vom chronologischen Verhältnis der Untersuchungen, sondern vom logischen Verhältnis der untersuchten Fragen;

## 2. um die ihr eigene **Arbeitsmethode** zu erkennen.

Gegenstand der Rechtswissenschaft ist das positive Recht. Das ist der Stoff, den sie wissenschaftlich bearbeiten soll. Aber worin besteht diese „Bearbeitung“? Hat die Wissenschaft bloß Tatsachen festzustellen? Oder hat sie etwa die Gesetze, nach denen die Tatsachen ablaufen, zu ermitteln? Das oder ähnliches hat man lange gelehrt, weil man glaubte, die Wissenschaft könne sich nur mit Tatsachen abgeben. Wir haben indessen oben (S. 197) angenommen, das Recht sei ein Postulat und die Rechtswissenschaft sei eine Lehre von praktischen Forderungen. Wenn das ist, muß auch ihre Methode eine ganz andere sein, als die der Wissenschaften von Tatsachen, vorab der Naturwissenschaften. Ihr kommt es nicht darauf an, kausal, sie will vielmehr rational erklären; nicht aus welchen

(psychologischen oder soziologischen) Ursachen eine Einrichtung entstanden ist (und entstehen „mußte“), sondern aus welchen Gründen sie sinnvoll zu verstehen ist.

Beides muß folgerichtigerweise feststehen, bevor man in sicherer Methode Rechtswissenschaft betreiben kann: was sie bearbeiten soll und wie sie es bearbeiten soll. Wer das nicht weiß, ist über seine Aufgabe nicht im Klaren.

II. Wenn das vom Gesetzgeber statuierte Recht fehlerlos wäre, fände die Wissenschaft schon getane Arbeit, wie oben (S. 213) bemerkt. Sich nachträglich über die logischen und ethischen Gründe des Aufbaues und Gehaltes solcher Vorschriften Rechenschaft zu geben, wäre sicher eine interessante, aber für die Anwendung dieser Vorschriften nicht mehr erforderliche Betrachtung; also keine praktische Betrachtung mehr.

1. Von praktischer Bedeutung ist aber diese Frage nach dem systematischen Aufbau und dem ethischen Gehalt der Rechtsordnung dann, wenn das positive Recht nicht vollendet und fehlerlos ist wie immer; dann bedarf es des Ausbaues und der Ausbesserung, um **angewendet** zu werden. Der unvollendete Bau muß planmäßig und stilgerecht vollendet werden; die Wissenschaft muß ihn, durch Auslegung und Ergänzung, folgerichtig und richtig zu Ende führen. Der wissenschaftliche Bearbeiter des (stets unvollkommenen) positiven Rechts muß sich also bereits über die an das Recht zu stellenden logischen und ethischen Anforderungen Rechenschaft geben.

2. Noch viel mehr aber der **Gesetzgeber**, der von Grund aus neues Recht schafft, oder der, wie wir annehmen wollen, die ganze Rechtsordnung neu zu schaffen hätte.

a) Er vor allem muß wissen, was das Recht ist; er muß sich Rechenschaft darüber geben, daß es eine ethische (verbindliche) Ordnung ist, aber eine Zwangsordnung. Daraus wird sich ihm ergeben, daß er eine ethische Aufgabe zu lösen hat, aber in gewissen logischen Formen, nach einem vorbestimmten System. Um eine **folgerichtige**, lücken- und widerspruchsfreie Ordnung zu erhalten, muß er seine Vorschriften nach einem festen Plan aufbauen, der ihm vorgezeichnet ist. Um eine **gerechte** Ordnung zu erhalten, muß er unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit methodisch suchen und abwägen, was jeweils das Gerechte ist. Das eine ist die richtige Systematik des Rechts; sie dient der Folgerichtigkeit der Anord-



nungen. Das andere ist die vernünftige Abwägung des Rechts; sie dient der Gerechtigkeit des Angeordneten. Das erste besteht darin, daß der Gesetzgeber sich, in richtiger Reihenfolge, die zu beantwortenden Fragen alle stellt; das zweite darin, daß er die gestellten Fragen richtig beantwortet. Und beide Richtlinien müssen feststehen, bevor das Recht gesetzt ist; damit richtiges, logisch und ethisch richtiges Recht gesetzt werde. Sie bestimmen die Aufgabe des Gesetzgebers selbst.

Wenn z. B. der Gesetzgeber den Gesamtarbeitsvertrag (OR 322 bis 323) einführen will, muß er sich fragen, wie es in das System seines Rechtes paßt: ob der Gesamtarbeitsvertrag eine Norm des Verhaltens begründen soll (so daß abweichende Dienstverträge zu Schadenersatz verpflichten) oder eine Beschränkung der Vertragsfreiheit (so daß abweichende Dienstverträge nichtig sind). Sonst ist man über die Tragweite solcher Gesamtarbeitsverträge nicht im Klaren. Er muß sich aber, nach Abklärung dieser Frage, auch fragen, ob die Parteien solcher Gesamtarbeitsverträge für zukünftige Dienstverhältnisse vernünftige, billige Vorschriften aufstellen werden; sonst ist die Einrichtung, zwar folgerichtig gedacht, aber von unheilvoller Wirkung.

b) Ueber die **logische Richtigkeit**, die Systematik des Rechts, kann die Rechtsphilosophie dem Gesetzgeber zum voraus allgemeingültige Anweisungen geben. Das positive Recht muß dem Begriff des Rechtes überhaupt entsprechen. Jede Rechtsordnung muß einen materiellen und einen formellen Teil haben, gemäß der grundlegenden Unterscheidung zwischen Verwaltungsrecht und Verfassungsrecht; im formellen muß bestimmt werden, wer das Recht setzt, anwendet und vollstreckt; für jede Behörde muß bestimmt werden, aus wem sie bestehen soll, welche Kompetenz ihr zukomme und wie sie verfahren soll. Das sind systematische Anweisungen, d. h. allgemeingültige Forderungen an den Aufbau der Rechtsordnung.

c) Ueber die **ethische Richtigkeit** gibt es kein solches System von Fragen. Die Rechtsphilosophie kann dem Gesetzgeber nur klar machen, was er übrigens immer schon fühlt, daß es seine Aufgabe ist, das Gerechte zu verwirklichen. Viel mehr läßt sich darüber allgemeingültig nicht sagen. Aber diese schlichte Einsicht ist auch schon wertvoll. Sie bewahrt vor falschen Theorien.

Eine naturrechtliche Schule hat lange geglaubt, das Gerechte zum voraus und allgemeingültig für alle Zeiten und Völker ausdenken zu können in einer unbedingt gerechten, fertigen Ordnung,

die für alle unabänderliches Vorbild wäre. Das lehrte z. B. Wilhelm Snell vor hundert Jahren in Bern. „Ewig, unveränderlich, wie die Naturgesetze, sind auch die Gesetze der Vernunft, die Gesetze der Moral und des Rechts.“ Eine andere Richtung des Naturrechts, die katholischer Ueberlieferung entspricht, meint, es wenigstens auf einige Grundsätze bringen zu können, die selbst feststünden, aber je nach Umständen in dieser oder jener Ausführung positivrechtlich zu verwirklichen wären. Z. B. die Achtung von Leben und Ehre, die Einehe, das Privateigentum, die Verbindlichkeit der Verträge. — Allein was jeweilen gerecht ist, kann nur im Hinblick auf die tatsächlichen, historisch gegebenen und erst noch festzustellenden Umstände entschieden werden. Der Gesetzgeber, der von Grund aus neu aufbaut, muß alles, was er vorschreibt, unbefangen daraufhin prüfen, ob es unter den gegebenen Umständen gerecht ist. Ob es z. B. nicht notwendig ist, einen Teil des Grund und Bodens als Gemeinland von privater Aneignung auszunehmen, damit es allen als Weidland diene oder dem Gemeinwesen erlaube, der Land Spekulation entgegenzutreten. Diese Aufgabe kann man dem Gesetzgeber weder durch ein fertiges noch durch ein halbfertiges Vorbild erleichtern, wie man dem Fabrikanten ein Muster des herzustellenden Fabrikates gibt.

d) Man muß sich also hüten zu glauben, der Rechtsphilosoph könne dem Gesetzgeber, der sich fragt, was gerecht sei, ein allgemeingültiges Schema oder ein fertiges Vorbild an die Hand geben. Das gibt es nicht. Rechtsphilosophisch kann kein einziger Rechtsatz begründet werden.

Man muß sich aber auch vor dem noch größeren Irrtum hüten, die Frage, was gerecht ist, lasse sich überhaupt nicht objektiv, sondern nur subjektiv beantworten, sowenig etwa wie die Frage, was jedem angenehm oder bekömmlich sei. Wenn das zuträfe, wäre die dem Gesetzgeber gestellte Frage eine Frage bloßen Befindens und die Antwort, die er gibt, könnte weder als richtig, noch als unrichtig bezeichnet werden. Aber dann hätte es auch keinen Sinn, danach zu fragen; denn eine Frage, auf die es keine objektive, d. h. unabhängig vom Urteilenden richtige oder unrichtige Antwort gibt, kann man als sachliche nicht stellen. Man kann sich darüber streiten, ob das Wasser eine Temperatur von 16 oder 17 Grad habe, weil sich das an einem von den urteilenden Subjekten unabhängigen Kriterium entscheiden läßt; aber nicht, ob es kühl, lau oder warm sei, weil darüber das subjektive Empfinden jedes Einzelnen entscheidet. Im ersten Fall urteile ich: „Das Wasser ist 17 Grad warm,



weil ich annehme, es sei so und mein Urteil stimme damit überein. Im zweiten Fall ist die Empfindung so, und der Empfindung gebe ich Ausdruck; aber über das Wasser ist nichts ausgesagt. Ueber Fragen, die sich nicht beantworten lassen, streiten vernünftige Leute nicht. Wäre die Frage nach der Gerechtigkeit eines Gesetzes dieser Art, wäre sie eine Angelegenheit subjektiven Empfindens, nicht objektiver Beurteilung, so hätte es keinen Sinn, darüber zu streiten, welches Gesetz gerecht sei; es hätte aber auch keinen Sinn, danach zu fragen; das Postulat der Gerechtigkeit hätte seinen Sinn verloren, und mit ihm die Gesetzgebung selbst. Denn als Ausdruck der Gerechtigkeit beansprucht das Gesetz vom vernünftigen Menschen Gehorsam (S. 197). Der Gesetzgeber kann doch nicht sagen: mir b e h a g t das, folglich s o l l s t Du es befolgen.

Es gibt also kein R e c h t, das unbedingt richtig wäre; aber ein regulatives Prinzip, einen allgemeingültigen Richtpunkt, an dem zu erkennen ist, ob ein Recht für die gegebene Lage richtig ist. Der Kompaß zeigt dem Schiffer den Norden; der Norden ist kein Reiseziel; der Schiffer fährt von Hamburg nach New York oder von Genua nach Sidney; keinen dieser Wege zeigt ihm der Kompaß; aber an der Stellung der Nadel erkennt er jeweilen, ob er auf dem richtigen Wege ist.

Wir müssen vielmehr deutlich unterscheiden:

1 die allgemeingültige, unbedingte Forderung an den Staat, das jeweilen gerechte, richtige Recht zu setzen; das ist die Idee des Gerechten, die **Rechtsidee**. Es ist noch keine Norm, kein Rechtssatz, sondern nur ein Richtpunkt, an dem sich der Gesetzgeber orientieren muß, um gutes Recht zu machen, und an dem wir die Richtigkeit j e d e s Rechtes beurteilen;

2 das unter diesem Gesichtspunkt für ein gegebenes Volk in gegebener Zeit **richtige Recht**. Das ist nicht ein und dasselbe für alle Völker und alle Zeiten. Die e i n e Idee des Gerechten fordert vielmehr für verschiedene Völker und Zeiten v e r s c h i e d e n e s Recht, wie die e i n e Idee des Schönen für die Ausschmückung verschiedener Gebäude v e r s c h i e d e n e Bildwerke verlangt. Es gibt nicht e i n richtiges Recht;

3 das **positive Recht**, das richtig oder nicht richtig sein kann; d. h. dem entsprechen oder nicht entsprechen kann, was die Rechtsidee (die Gerechtigkeit) für die gegebenen Umstände fordern würde.

III. Dieser Ansicht hat man die Frage entgegengehalten: was ist denn die **Gerechtigkeit**? was ist gerecht? Und andere haben ver-

sucht, dieses dem Gesetzgeber geltende Postulat begrifflich zu bestimmen; die Gerechtigkeit durch bestimmte Merkmale zu definieren, wie etwa der Geometer den Kreis definiert und der Physiker die Kraft. Wenn das möglich wäre, könnte man an Hand der gefundenen Merkmale deduzierend entscheiden, ob etwas gerecht ist oder nicht; durch verstandesmäßige Vergleichung der Begriffe. Allein der Grundbegriff des Gerechten läßt sich nicht definieren, weil er sich nicht zerlegen läßt, so wenig wie andere einfache Begriffe; z. B. der des Raumes oder der Größe für Geometer und Physiker; oder der des Guten für Ethiker und des Schönen für Aesthetiker. Wenn die Definition die Zerlegung des zu definierenden Begriffes in seine konstituierenden Merkmale und die Bestimmung eines Unbekannten durch Bekanntes ist, so kann wohl das Zusammengesetzte auf das Einfache zurückgeführt werden. Aber einmal muß das Zerlegen aufhören. Wenn alles wieder definiert werden müßte, um erkannt zu werden; wenn nichts als bekannt angenommen werden dürfte, ohne daß es aus schon Bekanntem abgeleitet würde, wäre das methodische Denken zu einem regressus in infinitum, der alles Fragen vergällte. Es muß auch einfache Begriffe (oder Ideen) geben, mit denen das Zerlegen und Definieren beginnen kann. Solche einfachen Grundbegriffe gibt es; sie sind es sogar, die allen anderen ihren Sinn geben. Das Schöne den Begriffen der Aesthetik, das Gute den Begriffen der Ethik, das Gerechte den Begriffen des Rechts, und allgemein das Wahre den Begriffen der Wissenschaft. Man sieht: die Rechtsphilosophie führt auf die allgemeine Philosophie zurück. Alles Erkennbare hängt zusammen. Aber dadurch lasse sich niemand abschrecken.

## § 27. Der Beruf des Juristen.

1. Der Rechtsunterricht soll die Schüler nicht nur über das Recht belehren; er soll sie auch auf ihren zukünftigen Beruf vorbereiten. Dem geschulten Juristen stehen nun verschiedene Berufe offen und jeder stellt seine besonderen Anforderungen. Die Berufe sind verschieden; aber sie haben ihr Gemeinsames. In jedem Beruf dient der Jurist dem Recht; er soll mitwirken, jeder in seiner Weise, an der Verwirklichung der Gerechtigkeit durch das Recht, in seinem Volke vorerst und vielleicht in der Völkergemeinschaft. Bleibt er sich dieser idealen Berufung bewußt, so weiß er auch, daß er nicht bloß ein Handwerk, ein Gewerbe betreibt, sondern einen Beruf; daß er nicht bloß seinen Lebensunterhalt erwirbt,



sondern auch eine ideelle Aufgabe erfüllt. Das macht die Würde des liberalen Berufes aus.

Dies beides zu verbinden: im Beruf das nötige und verdiente Auskommen zu finden und die innere Befriedigung aus der Erfüllung einer höheren Pflicht, ist allerdings nicht leicht; für gewisse Berufe ist es besonders schwer.

2. Die meisten juristischen Berufe dienen der praktischen Verwirklichung des Rechts, d. h. der Rechtssetzung und der Rechtsanwendung; einige der theoretischen Erforschung des Rechts.

Den **praktischen Berufen** gehören die Juristen an, die an der Entwerfung der Gesetze und Verordnungen, also an der Weiterbildung der Rechtsordnung arbeiten: die Mitglieder der vorberatenden Behörden, der beschließenden Parlamente; namentlich aber diejenigen, die beruflich das geltende Recht anwenden, als Richter, Verwaltungsbeamte, Rechtsanwälte und Notare. Die ersten, die Bildner der Rechtsordnung selbst, haben sich darauf zu besinnen, was verdient, Rechtsgrundsatz zu werden; die zweiten darauf, was in jedem Fall nach den geltenden Grundsätzen rechtens ist.

Die **theoretischen Berufe** sind die des Forschers und des Lehrers. Der Forscher sucht zu erkennen, was noch nicht erkannt ist; der Lehrer soll das schon Bekannte den Jüngern beibringen, die es noch nicht kennen.

3. Auch der **Forscher** muß aber in gewissem Sinn lehren; insofern er das von ihm Erkannte den anderen mitteilen und verständlich machen muß, wie es auch sein innerstes Bedürfnis ist, die erkannte Wahrheit weiter zu geben, und seine größte Enttäuschung, nicht verstanden zu werden oder schweigen zu müssen.

Der **Lehrer** soll allerdings in erster Linie dem Neuling das schon bekannte Wissensgut erschließen; er muß also Pädagoge sein. Er wird aber (auf unserm Gebiet sicher) dazu gedrängt, selber zu forschen, weil die Ergebnisse der bisherigen Forschung weder fertig noch unbestritten sind. Er muß also die Spreu vom Weizen sondern und das kann er nicht tun, ohne sich selbst in die Reihe der Forscher zu stellen. Zudem ist nur der Forscher ein lebendiger Lehrer. Wer nicht die noch ungelösten Probleme seiner Wissenschaft aufzeigen kann, kann nicht ihre drängenden Aufgaben darlegen, d. h. eben das, was im Zuhörer die persönliche Teilnahme erweckt und ihn zu eigenem Nachdenken zwingt. Im akademischen Lehrer müssen sich Pädagoge und Forscher verbinden, und, wer

Neues zu lehren hat, wird glücklich sein, sich an die unvoreingenommene Jugend wenden zu können.

Oberstes Gesetz des Forschers und Lehrers ist die Wahrheit; ihr muß er bereit sein, alles andere nachzusetzen: Interesse, Ansehen und Beliebtheit.

4. Von den praktischen Berufen seien zunächst die amtlichen, und zwar die des Richters und des Verwaltungsbeamten erwähnt.

Beide haben das geltende Recht, das staatliche Gesetz, anzuwenden und dienen damit dem öffentlichen Interesse.

a) Am wenigsten problematisch liegt die Aufgabe des **Verwaltungsbeamten** vor uns: er hat die zwingende Norm des öffentlichen Rechts von Amtes wegen anzuwenden und keinem anderen Interesse zu dienen, als dem in dieser Norm verkörperten.

Der Polizeibeamte hat die Bau- oder Gewerbeordnungen anzuwenden; der Steuerbeamte hat die Steuer nach Gesetz zu veranlagern; der Schulvorsteher oder der Armeeinstruktor die ihm gegebenen Regeln seiner Anstalt. Obschon die technische Aufgabe des Verwaltungsbeamten sehr verschieden ist und jedes Fach seine besondere Vorbereitung verlangt, ist doch die juristische Aufgabe grundsätzlich überall dieselbe: von vornherein und von Amtes wegen das anzuordnen, was das Gesetz vorschreibt, und nur das.

Als Spezialist des Verwaltungsrechts ist der Beamte der Gefahr ausgesetzt, vor lauter Fachwissen die allgemeinen Grundsätze des Rechts zu übersehen und das öffentliche Interesse seines Faches über alle anderen zu stellen. Das ist der typische Fehler des guten Beamten: der Schulmann beansprucht das ganze Kind für seine Schule, ohne Rücksicht auf die Rechte der Familie; der Steuerbeamte denkt nur daran, wie er die Staatskasse füllen kann, und beide empfinden die gesetzlichen Normen als lästige Hindernisse ihres löblichen Strebens. Mangels Einsicht in die Zusammenhänge der Rechtsordnung und aus Uebereifer für seine Sache gerät er oft in Streit mit den auf ihre Rechte pochenden Privaten oder mit anderen Verwaltungszweigen. Das ist ein verzeihlicher Fehler. Unverzeihlich wäre die absichtliche Uebergewalt des öffentlichen Interesses zugunsten persönlicher, eigener oder fremder; in der unauffälligen und unfaßbaren Form unsachlicher Entscheidung aus Gefälligkeit oder Abneigung, oder in der krassen Form der Untreue, der Käuflichkeit oder des Amtsmißbrauches.

Wer sich der Verwaltungslaufbahn widmet, mag sich freuen, daß er unbeschwert dem allgemeinen Interesse dienen kann; aber er



möge bedenken, daß er ihm in einem begrenzten Fach und als unselbständiges Glied einer strengen Hierarchie dienen wird.

b) Darin unterscheidet er sich vom **Richter**.

Der Richter urteilt nicht nach Anweisung eines Vorgesetzten, sondern nach eigener Ueberzeugung; und seine Tätigkeit ist in der Regel nicht auf ein technisches Fach beschränkt.

Am nächsten steht dem Verwaltungsbeamten der **Strafrichter**. Auch er hat öffentliches Recht im öffentlichen Interesse anzuwenden; aber in der Form eines dem Zivilprozeß mehr oder weniger nachgebildeten Verfahrens. Der Formalismus des Verfahrens nötigt ihn mitunter zu verurteilen, wo er freisprechen möchte, und öfter freizusprechen, wo er verurteilen möchte.

Den ausgesprochenen Gegensatz zum Verwaltungsbeamten bildet der **Zivilrichter**. Nicht nur soll er in voller Unabhängigkeit urteilen; er hat (in reinen Zivilsachen) auch kein öffentliches Interesse zu verfolgen; das einzige öffentliche Interesse, das er zu wahren hat, besteht darin, das Gesetz anzuwenden, wie es ist; strenge Legalität zu beobachten. Ob der Kläger oder der Beklagte gewinne, berührt nur das Privatinteresse dieser beiden; aber daß nach Recht und allein nach Recht entschieden werde, das verlangt das öffentliche Interesse. Dem Richter fällt die vornehme Aufgabe zu, zwischen zwei streitenden Privaten unparteiisch, unberührt von den sich bekämpfenden Interessen und Personen, lediglich nach Recht zu entscheiden. Er mag mitunter (das ist seine Berufskrankheit) in Formalismus verfallen, indem er nach einem formalen Kriterium entscheiden zu müssen glaubt, obschon das Gesetz ihm gestatten würde, die gegenüberstehenden Interessen materiell abzuwägen. Allein Formalismus, Weltfremdheit sind verzeihliche Fehler. Unverzeihlich wäre für den Richter die Parteilichkeit: das Richten nach Ansehen der Person, die Rechtsbeugung, die Bestechung.

Auch das scheint eine zwar schwierige, aber eindeutige, ideale Aufgabe zu sein. Wer sie übernimmt, bedenke aber, daß nach Gesetz zu urteilen, mitunter eine peinliche Pflicht ist; abgesehen vom Zwange, der in jeder Ordnung des Verfahrens liegt, ist das materielle Gesetz oft unvollkommen, ungerecht; und die öffentliche Meinung, die das Gesetz nicht kennt (und vor dem Richter nicht immer die nötige Achtung hat), erwartet von ihm ein gerechtes, vernünftiges Urteil. Der gute Richter schätzt sich glücklich, wenn ihm das Gesetz selbst, wie in anglosächsischen Ländern, eine gewisse Freiheit gewährt. Aber seine Freiheit ist immer beschränkt; schließlich muß er doch das Gesetz anwenden, wie es ist, auch das

härte, unbillige Gesetz, und dann das Odium der Ungerechtigkeit auf sich nehmen.

Besonders schwer ist das für den Zivilrichter, wenn er nach dem von den Parteien selbst gemachten Gesetz, nach dem sie bindenden Vertrag, entscheiden soll, wie in den meisten Zivilprozessen. Wenn der Vertrag formell gültig ist, muß der Richter ihn anwenden, wie er ist. Aber er ist oft unbillig; dem Mächtigen günstig, dem Schwachen ungünstig; und der Richter muß gegen die Billigkeit dem Mächtigen recht, dem Schwachen unrecht geben, weil der Vertrag so lautet oder ehrlicher Weise so auszulegen ist. Er muß auf sich nehmen, ohne widersprechen zu können, als ungerecht, parteiisch vielleicht beeinflusst verdächtig zu werden. Der Zwiespalt liegt im Wesen des Privatrechtes selbst.

5. Am empfindlichsten macht sich dieser Zwiespalt im Beruf des **Rechtsanwaltes** geltend; ich meine in Zivilsachen.

Der Rechtsanwalt ist der Berater und Vertrauensmann einer Partei; aber er soll sich doch nicht hemmungslos in den Dienst des Privatinteresses stellen, sondern immer auch Diener des Rechtes sein. Wie ist das zu vereinen?

Wenn der Fürsprecher schlechthin nach Auftrag mit allen prozessualisch zulässigen Mitteln das Interesse seines Klienten zu verfechten hätte, könnte er jede Sache übernehmen, ob gerecht oder ungerecht; und die übernommene Sache hätte er in jeder formell zulässigen Weise auftragsgemäß durchzukämpfen: mit wahren oder falschen Behauptungen, nach seiner Rechtsüberzeugung oder gegen sie. Alle tatsächlichen Vorbringen und rechtlichen Gründe wären gut, sofern sie nur zum Siege verhelfen.

Allein das ist nicht der wahre Beruf des Rechtsanwaltes. Er ist nicht das willenlose Werkzeug, sondern der selbständige Berater seines Klienten. Er soll nichts tun, was er als gebildeter Jurist nicht verantworten kann. Zunächst soll er nicht jede Sache übernehmen, sondern nur die, „wo nach seiner Ansicht das Recht auf Seite der ihn beratenden Partei ist“, wie das bernische Gesetz über die Advokaten vom 10. Dezember 1840 sagt; was allerdings nicht immer zum voraus erkennbar ist. Er soll auch nicht zum Prozeß drängen, sondern womöglich den Prozeß vermeiden und zu einem vernünftigen Vergleich raten. Um seine privaten Rechte zu kämpfen, ist mitunter für die Partei ein Gebot der Würde, aber durchaus nicht immer. — Ferner soll er den einmal übernommenen Streit, der mitunter ein erbitterter Kampf ist, ehrlich durchführen. Aller-



dings ist er Vertreter einer Partei; für sie muß er kämpfen, nicht für den Gegner; das Interesse des Gegners zu wahren kann er dem Vertreter der Gegenpartei überlassen. Aber er wird doch nicht jedes Versehen des Gegners ausnützen. Und noch weniger wird er die Interessen seines Klienten mit allen Mitteln verteidigen. Es gibt Regeln des Anstandes, die einzuhalten die Würde des Berufes gebietet, und die auch von den meisten Anwälten eingehalten werden. Der Prozeß soll nicht bloß zum Turnier zweier Virtuosen der Prozeßtechnik werden.

Aber, so hört man immer wieder junge Juristen fragen, muß der Anwalt nicht lügen? Auf eine so einfache Formel darf man die Frage der Wahrheitspflicht des Anwaltes nicht bringen. Wenn sie so lautete, wäre sie unbedingt zu verneinen. Aber die Frage ist nicht so einfach. Das sei noch mit einem Worte angedeutet:

Die Auseinandersetzungen zwischen den Parteien eines Zivilprozesses sind nicht dazu bestimmt, eine tatsächliche Begebenheit historisch getreu darzustellen, sondern die Berechtigung eines Anspruches abzuklären. Was dazu dient, ist berechtigt, wenn es auch der historischen Wahrheit nicht entspricht, und niemand wird dadurch getäuscht. Wenn A von B die Zurückzahlung eines Darlehens verlangt, das der Vater des B soll empfangen haben, und B weiß nicht mehr, wieviel es betrug oder wann es seinem Vater ausbezahlt worden ist, so mag er den Abschluß des Vertrages in seiner Antwort einmal bestreiten, um den Kläger zu nötigen, seine Beweise vorzulegen und um darauf seine Einreden oder Gegenbeweise vorbringen zu können. Schreitet aber der Richter, um diese Tatfrage abzuklären, mangels anderer Beweise zur Befragung der Parteien, so soll er (bezw. sein Klient) wahrheitsgemäß aussagen, was er weiß; z. B. daß sein Vater einmal ein Darlehen empfangen hat. Das allerdings darf er nicht bestreiten, auch wenn es dazu führt, daß er ein Darlehen zurückzahlen muß, das schon einmal zurückbezahlt worden ist, weil er die Quittung dafür nicht hat; und zwar, scheint mir, auch wenn der Gegner die Zurückzahlung wider besseres Wissen leugnet. Er müßte sich sonst der falschen Aussage schuldig machen. Das Ergebnis ist ungerecht; aber man soll den Sieg über einen verlogenen Gegner nicht durch eine Lüge erkaufen.

Der Zivilprozeß ist ein Kampf um subjektive Rechte. Der Anwalt ist rechtlich der Beauftragte einer Partei. Sie, die ihm ihr Vertrauen geschenkt hat, soll er nicht verraten. Der schwerste Verstoß gegen seine Berufspflicht, den er begehen kann, ist der Ver-

trauensbruch; z. B. die Konnivenz mit der Gegenpartei. Aber eine Pflicht der Berufsehre ist es außerdem, nur mit ehrlichen Waffen zu kämpfen. An der Erhaltung dieser hohen Auffassung vom Beruf hat der ganze Stand ein moralisches Interesse. Um solche Auffassung lebendig zu erhalten, genügen gesetzliche Vorschriften nicht. Es gehört dazu neben einer sorgfältigen Vorbereitung eine strenge ehrengerichtliche Aufsicht und vor allem, bei den Berufsgenossen selbst, die Tradition geistiger Bildung und persönlicher Würde.



# Sachregister.

**Abgabe** Seite 171 f.  
**Absicht**, s. Vorsatz!  
**Absolute Pflichten** 26  
 — Rechte 52, 88, 101, 125  
**Abstand** 129  
**Abstrakter Vertrag**, s. dies!  
**Abtretung** von Forderungen 110  
 — der Rechte 12, 21, 80, 85, 88, 89, 100, 104, 112, 153  
**Allmend** 92  
**Amt** 24 f., 150, 233, s. auch Kompetenz!  
**Analogie** des Rechtes 215 f.  
**Anarchismus** 92  
**Aneignung** 95, 197  
**Anfechtung** des Vertrages 69  
**Angebot**, s. Antrag!  
**Animus liberandi** 81  
 — obligandi 37, 45, 47, 66, 96; s. auch Rechtsgeschäft!  
**Anklageprozeß** 180 f.  
**Anknüpfungspunkt** 193  
**Annahme** 67 ff.  
**Anspruch** 20, 127, 131, 149, 189, 236  
**Anstalt** als Person 120  
**Anstaltsrecht** 169 ff.  
**Antrag** 66 f.  
**Antwort** auf Klage 132  
**Anwartschaftsrecht** 90  
**Anwendung** des Rechts, s. Rechtsanwendung!  
**Aquilischer Schaden** 51 f.  
**Armee** 164, 169  
**Audiatur et altera pars** 128, 132  
**Auftrag** 31, 48  
**Ausdrückliche Willenserklärung** 38  
**Ausfertigung** der Gesetze 155  
**Auslegung** des Gesetzes 34, 63, 157, 213 ff., 216 ff.  
 — authentische 219  
 — der Rechtsgeschäfte 32, 45, 78  
**Auslobung** 59 f.  
**Ausübung** des Rechts 21, 23, 40, 46, 81, 104  
**Autonomie** 153, 164, 187  
  
**Beamter** 149 f., 162, 233  
**Bedingung** 34, 56, 64, 65, 100, 139  
**Befugnis** 20, 36, 103; s. auch Kompetenz!  
**Begriff** 22, 51, 52, 66, 75 f., 120, 128, 184 f., 187, 200, 231  
 — einfacher 19, 231  
 — und Wort 22, 37, 43, 44 f., 75, 90, 95, 100, 121, 123, 136 f., 194 f., 216, 221

**Benefiziar** eines Rechtes 116, 120  
**Bereicherung**, ungerechtfertigte, 32  
**Beruf**, liberaler, 231; s. auch Jurist!  
**Besitz** 91, 93, 97 ff., 100 f., 109  
**Besitzesklagen** 93, 110  
**Besitzanweisung** 98  
**Bestandteil** einer Sache 91  
**Betreibung**, s. Schuldbetreibung!  
**Bevollmächtigung**, s. Vollmacht!  
**Beweis** 44, 117, 129, 236  
 — formen 44, 133  
 — last 58, 75, 79, 100, 117, 129, 133  
 — mittel 133 f.  
 — regeln 134  
 — verfahren 133  
 — würdigung 55, 134  
**Billigkeit** 53, 202, 235  
**Bote** 47  
**Brevi manu traditio** 98  
**Bringschulden** 77  
**Bundesstaat** 153 f.  
**Bürgerrecht** 186  
**Buße**, s. Genugtuung! Strafe!  
  
**Casus**, s. Zufall!  
**Condictio** 32  
**Conditio per quam** 56  
 — sine qua non 56  
**Confusio** 13, 81  
**Constitutum possessorium** 98  
  
**Dare** als Vertragsinhalt 75  
**Definition**, s. Begriff!  
**Delegation** der Kompetenz 46, 153 f.  
**Delikt**, s. Unerlaubte Handlung! Rechtswidrigkeit! Strafe!  
**Dereliktion** 95, 97  
**Dienstbarkeit** 83, 103 ff.  
**Diligenz** 53  
**Dingliche Rechte**, s. Rechte!  
**Dolus** 47, 53; s. auch Glaube! Vorsatz!  
**Drohung** 37, 70  
  
**Ehe** 30, 60, 117, 118  
**Ehelichkeit** 134  
**Ehre**, s. Persönlichkeitsrechte!  
**Eigenmacht**, s. Selbsthilfe!  
**Eigentum** 11, 28, 52, 82 ff., 92 ff.  
 — Elastizität 89 f.  
 — Erwerb 94 ff.  
 — geistiges 88, 125  
 — Inhalt 84, 89  
 — Mehrerer, 101 ff.  
 — öffentliches 92  
 — Schutz 93 ff.

**Eigentümergehörigkeit** 13  
**Eigentumsvorbehalt** 98, 109  
**Einmannsgesellschaft** 13  
**Einrede** 81 f., 128, 132  
**Enteignung** 97, 125  
**Entstehung** der Rechtsverhältnisse 27, 29 ff.  
**Erbgang** 97, 117  
**Erblehen** 90  
**Erbrecht** 126  
**Erfindungsschutz** 88  
**Erklärung**, kausale und rationale 28, 210, 226; s. auch Gesetz! Grund!  
**Erklärung** des Geschäftswillens 38 f.  
**Erlöschen** der Rechtsverhältnisse 30, 77, 80 ff.  
**Ermächtigung**, s. Delegation! Vollmacht!  
**Ermessen** der Behörde 151, 188  
**Ersitzung** 96  
**Essentialia negotii** 67  
**Ethik** 14, 56 ff., 174 ff., 198, 210 ff., 220 ff., 227, 237  
**Exequatur** 196  
  
**Fabrikmarke** 88  
**Facere** als Vertragsinhalt 75, 105; s. auch Vertrag!  
**Fahrlässigkeit** 53, 175  
**Fahrnis**, Erwerb 97; s. auch Faustpfand!  
**Fälligkeit** der Schuld 79  
**Familiengüterrecht** 126  
**Familienrecht** 25, 116, 125 f., 129  
**Faustpfand** 109 f.  
**Feststellungsklage** 21, 94  
**Finanzrecht** 171 ff.  
**Finanzverwaltung** 172 ff.  
**Firma** 88  
**Fiskus** 173  
**Folge**, s. Grund!  
**Forderung** 9, 10, 81; s. auch Rechte!  
**Form** des Rechtes 32, 205, 209, 220 f.  
 — des Rechtsgeschäftes 41 ff., 60, 81, 111, 138, 194  
 — und Inhalt, s. dies!  
**Formalisierung** des Rechts 201, 205  
**Formalismus** 234  
**Formelles Recht**, s. dies!  
**Formfreiheit** 42  
**Forum** 131  
**Frage**, methodische, 22, 42, 43, 125, 126, 191, 212, 217, 222, 228, 229, 231  
**Freiheitsrechte** 146 f.  
**Fronarbeit** 105  
**Fund** 95  
**Furcht**, als Willensmangel 17, 70  
  
**Gebiet**, Gebietshoheit 164, 185, 189  
**Gebühr** 171  
**Geburt** 117

**Geistiges Eigentum** 88, 101  
**Geld** 19, 54, 76 f., 79, 81, 99, 105, 108, 135, 171  
**Geltung** des Rechts 137, 147, 159, 163, 176, 187, 190 ff., 200, 203, 204, 212  
**Geltungskraft** 139, 147, 153  
**Gemeinde** 120, 153  
**Gemeinschaft**, s. Rechtsgemeinschaft!  
**Genossenschaft**, s. Körperschaft!  
**Genugtuung** 54  
**Gerechtigkeit** als Postulat 34, 72 f., 129, 140, 175, 180, 188 f., 197, 201, 214, 223, 227, 230 f.  
**Gerichtsbareit** 130 ff., 148, 160, 163, 178 f., 186, 217  
**Gerichtsorganisation** 130 ff., 146, 162  
**Gerichtspraxis**, s. Praxis!  
**Gerichtsstand** 131  
**Gesamte Hand** 80, 101  
**Gesamteigentum** 101  
**Geschäftsfähigkeit**, s. Handlungsfähigkeit!  
**Geschäftsführung** ohne Auftrag 31, 50  
**Geschäftsgehilfe** 47  
**Geschäftswille** 37  
**Geschichte** des Rechts, s. Rechtsgeschichte!  
**Gesellschaftswissenschaft**, s. Soziologie!  
**Gesetz** 114, 204  
 — kausales 27, 29, 74, 157, 165 f., 202, 210  
 — der Natur 27, 29, 74, 114, 157, 183, 203, 210, 224  
**Gesetze** der Wirtschaft 73, 224  
**Gesetzesteknik** 152, 201, 209, 220 f.  
**Gesetzgebung** 143, 146, 148, 152 ff., 204 ff., 209, 214 ff., 227  
 — Weg 155  
**Gesetzgebungspolitik** 62, 160, 167, 209, 214, 217, 219 ff., 227  
**Gestaltungsrecht** 36  
**Gewalten** im Staate 147 ff., 160  
**Gewohnheitsrecht** 204 ff.  
**Glaube**, guter, böser 47, 49, 83, 95, 96 ff., s. auch Treu und Glauben!  
**Gläubiger** 9 f., 80  
**Grund** des Vertrages, s. Causa!  
 — und Folge 27, 29, 198, 202, 203, 211, 223, 226 f.  
**Grundbuch** 91, 96 f., 107, 110 ff.  
**Grunddienstbarkeit** 90, 103 f.  
**Grundeigentum** 96 f.  
**Grundgeschäft** 97 f.  
**Grundgesetz** 146 f., 203; s. auch Verfassung!  
**Grundlast** 103 f., 113  
**Grundpfand** 107, 110 ff.  
**Grundpfandverschreibung** 112  
**Grundstück** 96 f.



**Gült 113**

**Gültigkeit** des Rechts 137, 146; s. auch Zuständigkeit!  
— der Rechtsgeschäfte 41, 43, 70 ff.  
— und Ungültigkeit 43, 69, 70, 153, 155

**Güterrecht**, immaterielles 88; s. auch Familiengüterrecht! Vermögensrecht!

**Haftung** 17, 30, 58, 74, 78, 99, 105, 109, 113, 123 ff., 124, 175

**Handlung**, Begriff 29, 33, 37, 59, 96, 97, 135

— unerlaubte 50 ff.  
**Handlungsfähigkeit** 33, 46, 49, 53, 115 ff., 118 ff., 138, 143, 152

**Heimatsstaat** 186, 190 ff.

**Heirat**, s. Ehe!

**Heteronome Normen** 198, 234

**Hierarchie** der Behörden 131, 152, 154, 162, 234

**Holschulden** 77

**Hypothek** 107, 110

**Identität** der Person 41, 68, 117, 123

**Immaterialgüter** 88 f., 101, 125 f.

**Inhaberpapier** 99, s. auch Wertpapier!

**Inhalt und Form** 42, 137 ff., 221

**Inquisitionsprozeß** 180 ff.

**Instanz** 131, 149, 162

**Interesse** 18, 31, 78, 91, 103, 136, 235; s. auch Treu und Glauben!

— öffentliches 82, 86 f., 92, 126, 129, 167, 202, 233

**Intuition**, schöpferische 151, 221

**Irrtum** 32, 41, 47, 68 f.

**Jurist**, Beruf 158, 221, 231 ff.

**Juristische Person**, s. Person!

**Kauf** bricht Miete 84

**Kausaler Vertrag**, s. dies!

**Kausalzusammenhang** 55 f.

— adaequater 57

**Kautelen** des Rechts 44, 133

**Klagbarkeit** 82

**Klage** 128, 132, 181; s. auch Anspruch!

**Kodifikation** des Rechts 145, 209, 217

**Kommunismus** 72 f., 170 f.

**Kompetenz** 24, 46, 48, 72, 116, 119, 121 f., 141, 146, 149, 152, 158, 164, 187, 203

— der Gerichte 130 ff.

**Kompetenzkonflikt** 130, 196

**Kompromiß** 160

**Kompulsivstrafe** 166

**Konkludentes Verhalten** 39

**Konkretisierung** des Rechtssatzes, s. Rechtsanwendung!

**Konkurrenz**, unerlaubte 51, 52

**Konkurs** 84, 97, 116, 124, 135

**Konsens** 66

**Konstitutionelle Lehre** 145

**Konvention** 14; s. auch Norm!

**Konventionalstrafe** 79, 108, 112

**Körperschaft** 65, 102, 119 ff., 139, 149

**Kredit** 63, 65, 106

**Krieg** 189

**Kriminalpolizei** 180, 183

**Landesrecht** 184

**Legalitätsprinzip** 180, 234

**Legitimation** zur Sache 83, 100

**Legitimus**, Legitimität 146, 185

**Leistungsklage** 21

**Letztwillige Verfügung**, s. Testament!

**Lex domicilii** 192

— imperfecta 17, 199

— originis 192

— posterior derogat eed 152, 207

— rei sitae 192

**Litispizienz** 132

**Locus regit actum** 194

**Logik** im Recht 28, 62, 151, 174, 184, 198, 201, 208 f., 213 ff., 220, 226 ff.

**Lücken** des Gesetzes 188, 193, 204 f., 209, 213 ff., 215 ff.; s. auch Auslegung!

— der Verträge 67, 78

**Mängel** des Vertragswillens 68 ff.

**Materiell** und formell 42, 47

**Mentalreservation** 39

**Methode** des Rechts 62, 75, 121, 122 f., 148, 157, 210 ff., 217, 224 ff., 226 f.; s. auch Begriff! System!

**Militär**, s. Armee!

**Mißbrauch** des Rechts 18, 78, 108

**Miteigentum** 102 f.

**Monopol** 83

**Mündigkeit** 115, 118

**Nachbarrecht** 86 f.

**Nachschußpflicht** 124

**Namen** 88

**Naturalleistung**, erzwingbare 54, 76 f., 79, 165

**Naturalobligation** 17, 21

**Naturrecht** 146, 202, 228

**Naturwissenschaft** 56

**Negotiorum gestio** 31, 50

**Neidbau** 18

**Neuerung** 81

**Neutralität** 190

**Norm** 22, 177, 188, 198, 230; s. auch Rechtssatz!

**Novatio** 81

**Nuda proprietas** 104

**Nutznutzung** 21, 88, 89, 104

**Obligationenrecht** 28, 82, 124 f.

**Obligatorische Rechtsverhältnisse** 28 f.

**Occupatio** 95

**Oeffentliches Recht**, s. Recht!

**Offerte**, s. Antrag!

**Offizialmaxime**, s. Rechtsanwendung!

**Ordnung**, öffentliche 71, 87, 164, 194; s. auch Interesse, öffentliches!

**Ordnungsvorschrift** 43

**Organ** 47, 122, 149 f.

**Organisation** 65, 121 f., 144 ff., 149 f., 187

**Organismus** 150

**Pacta sunt servanda** 62, 70, 189

**Partei** des Prozesses, 129, 180 ff., 235

— des Rechtsverhältnisses 9 ff., 80

— des Vertrages 66, 80

**Pati** 104, s. auch Vertragsinhalt!

**Person** 11, 90, 113 ff.

— juristische 47, 65, 102, 119 ff., 126

— natürliche 117 ff.

**Personenrecht** 124 ff.

**Persönlichkeitsrechte** 55, 71, 88 ff., 119, 123, 125 f., 178

**Pertinenz** 91

**Pfandleihanstalt** 109

**Pfandrecht** 105, 106 ff.

— Rang 111

**Pfändung** 135

**Pflicht** 9, 27 ff., 56, 60, 114, 152, 165, 172, 176, 183

— absolute 26

— gesellschaftliche 14

— konventionelle 14

— in natura 16, 76

— relative 26

— sittliche 14 f., 17

— übertragbare 12, 21, 76, 81

— unbedingte 26

**Politik** 150, 185

**Polizeirecht** 51, 70 f., 86, 93, 127, 167 ff.

**Polizeistrafrecht** 123, 136

**Positivismus** 202, 212, 226

**Praktische Wahrheit** 210

**Präsumtion** 100 f., 129, 133 f.

**Praxis** der Gerichte 51 f., 157 f., 204 ff.

**Preis**, gerechter 73; s. auch Wert!

**Principium divisionis** 29

**Privatautonomie** 33, 60, 72 f., 78, 85, 119, 138, 143, 152, 164, 167

**Privatperson** 15, 24 f., 33, 72, 127, 138, 169

**Privatrecht** 9 ff., 24 f., 30 f., 72, 83, 86, 92, 115, 119, 124 ff., 136 ff., 143, 168, 183, 208

— internationales 184, 190 ff.

**Privatwirtschaft** 59, 72 f., 92, 106 ff., 151, 169 ff.

**Procuratio** 59, 72 f., 92, 106 ff., 151, 169 ff.

**Procurator**, falsus 49

**Prorogatio fori** 132

**Prozeßrecht**, s. Recht, formelles! Straf-, Verwaltungs-, Zivilprozeß!

**Rationalismus** 145 ff., 209

**Recht**, Begriff 197 ff.

— ergänzendes 65, 77, 134, 139

— formelles 13, 42, 69, 79, 127, 129, 135, 137, 143, 197

— geschriebenes 148, 204 ff.

— gesetztes, s. Rechtsetzung!

— internationales 184 ff.

— materielles 42, 75, 79, 116, 127, 135, 137, 143, 197

— nachgiebiges 86, 131, 139

— objektives 19, 22, 150, 188, 197

— obligatorisches 28, 77

— öffentliches 24, 30, 86, 92, 114, 119, 120, 127, 136 ff., 143, 183

— organisatorisches 65, 116, 137 ff., 143, 147

— positives 9, 62, 120, 135, 187, 202, 212, 230

— als Postulat 25, 27, 62, 73, 187, 197

— als praktische Norm 12, 14, 64 ff., 122, 213, 224, 227

— richtiges 202, 223, 230

— als Tatsache 164, 202 f., 207, 223; s. auch Geltung!

— zwingendes 77, 131 f., 139 f.

**Rechte**, Begriff 16 ff., 50 f.

— absolute 52, 88, 101, 125

— akzessorische 108, 112

— Begründung 33 ff.

— beschränkte dingliche 89, 90, 103 f., 106 f.

— dingliche 11, 28, 65, 77, 82 ff., 104, 125, 131

— erzwingbare 15 f., 44, 50, 76, 105, 127, 166, 189

— obligatorische 28, 77

— persönliche 12, 21, 76, 81

— relative, s. Rechtsverhältnis!

— ruhende 20

— subjektive 9, 19, 22 ff., 84 f., 140, 188, 236

— subjektiv-dingliche 104

— übertragbare 12 f., 21, 80, 85, 88, 89, 100, 104, 112, 153

— wohlervorbene 73, 120

**Recht und Wirtschaft**, s. dies!

**Rechtsakt** 36, 81, 97

**Rechtsfähigkeit** 90, 113 ff.

**Rechtsform** 32, 205, 209, 220 ff.



**Rechtsgemeinschaft** 150, 152, 204  
**Rechtsgeschäft** 28 f., 30, 33 ff., 59 ff., 69, 77, 80, 86, 115, 119, 125, 138, 152  
 — Auslegung 34, 45, 78  
 — Begründung 60, 69  
 — ein- und zweiseitiges 35  
 — simuliertes 40  
 — und Rechtsverhältnis 35, 46, 80, 96  
**Rechtsgeschichte** 203, 219, 222 f.  
**Rechtsgut** 174 ff.; s. auch Interesse! Schadenersatz!  
**Rechtshandlung** 36  
**Rechtshängigkeit** 132  
**Rechtsidee**, s. Gerechtigkeit!  
**Rechtskraft** des Urteils 55, 130 f., 134, 142, 150, 196  
**Rechtsmittel** im Zivilprozeß 131, 166  
**Rechtsnachfolge** 12 f.  
**Rechtsordnung** 198  
**Rechtspflicht**, s. Pflicht! Recht!  
**Rechtspolitik** 219 ff.; s. auch Gesetzgebungspolitik!  
**Rechtssprechung**, s. Gerichtsbarkeit! Zivilprozeß!  
**Rechtsquellen** 203 ff.  
**Rechtssatz** 22 f., 137 f., 152, 156, 200, 229  
**Rechtssetzung** 148, 152 ff., 160, 163, 187, 188, 200 ff.; s. auch Privatautonomie!  
**Rechtssicherheit** 38, 40, 41, 49, 68, 82, 91, 98 ff., 109, 111, 129, 189, 193, 201 f., 209  
**Rechtsstaat** 25, 161, 205; s. auch Willkür!  
**Rechtssubjekt** 11, 113 ff.; s. auch Recht, subjektives!  
**Rechtsunterricht** 231  
**Rechtsverhältnis** 9 ff., 27, 35, 124, 128, 132, 149, 188  
 — Aenderung 30, 36  
 — dingliches 28, 125; s. auch Rechte, dingliche!  
 — Einheit 11  
 — Entstehung 27, 85  
 — Erlöschen 30, 77, 80 ff.  
 — Identität 12  
 — obligatorisches 28, 82  
 — persönliches 12, 21, 76, 81  
**Rechtsverweigerung** 132  
**Rechtsverwirklichung** 148, 152, 156, 163, 174, 176, 183, 185, 187, 200 f., 206  
**Rechtswidrigkeit** 50 ff., 71, 93, 177  
 — objektive und subjektive 52  
**Rechtswissenschaft** 56, 62, 193, 207, 210 ff., 224 f., 232  
**Rechtswang** 15 f., 44, 76 f., 78, 108, 127, 135, 137, 143 f., 163 ff., 176 ff., 183, 187, 198 f.

**Referendum** 155  
**Regierung** 162 f.  
**Res judicata**, s. Rechtskraft!  
 — *judicata pro veritate* 130  
**Retentionsrecht** 90, 110  
**Richter**, Beruf 157, 162 f., 218, 234  
**Richterliche Gewalt** 148  
**Rückforderung** 15, 17, 32  
  
**Sache** 11, 76, 83, 88, 90, 114; s. auch Zivilprozeß!  
 — Arten 76  
**Sachenrecht** 11, 28, 82 ff., 125, vgl. 185  
**Sachgesamtheit** 91; vgl. 102, 104, 120  
**Sanktion** der Gesetze 155  
**Schaden** 50, 53 ff.  
**Schadenersatz** 9, 16, 31, 50 ff., 79, 87, 94, 199  
**Scheinprozeß** 133  
**Schiedsgerichtsbarkeit** 130, 143, 160, 187  
**Schikane** 18, 78; s. auch Treu und Glauben! Trölerei!  
**Schmerzensgeld** 54 f.  
**Schuld** 9, 17, 52, 76, 80 ff., 174 ff., 178 ff.  
**Schuldbetreibung** 76, 79, 81, 108, 135  
**Schuldbrief** 113  
**Schuldner** 9, 80  
**Schuldrecht**, s. Obligationenrecht!  
**Selbsthilfe** 93, 164, 189  
**Simulation** 40  
**Sitte** 14  
**Sitten**, gute 14, 71  
**Sittlichkeit** 14, 175; s. auch Ethik!  
**Sklaven** 114  
**Sozialisierung** 72 f., 169 ff.  
**Souveränität** 146, 186  
**Soziologie** 211, 219, 226 f.  
**Spezies**, s. Sache!  
**Spiel** 15, 17  
**Spielschuld** 17, 54  
**Staat** 24, 120, 149, 153, 163, 164, 185, 198, 206; s. auch Verfassung!  
 — als Tatsache 185  
**Staatsanwalt** 180  
**Staatsbürger** 186  
**Staatsvertrag** 188  
**Staatswirtschaft**, s. Gemeinwirtschaft!  
**Statut** 120, 121, 147, 150  
**Statut als anwendbares Gesetz** 191  
**Stellvertretung** 146 ff.  
**Steuern** 172  
**Stiftung** 120 f.  
**Stimmrecht** 25  
**Stipulatio** 75  
**Strafbarkeit** 71 f., 87, 123, 168, 179  
**Strafe** 54, 160, 165 f., 173 ff., 200  
**Strafpflicht** 183  
**Staßprozeß** 144, 187 ff.  
**Strafrecht** 144, 173 ff., 196

**Strafvollzug** 183 f.  
**Streit**, Streitverfahren, s. Verwaltungs-, Zivilprozeß!  
**Subsumtion** 157  
**Sühne** 54; s. auch Strafe!  
**Synallagmatischer Vertrag** 10  
**System** des Rechts 28, 65, 75, 120, 124 f., 127, 136 ff., 142 ff., 148, 197, 214, 227  
  
**Täuschung** beim Vertragsschluß 69; s. auch Dolus! Glaube!  
**Tautologie** 51, 62, 67  
**Territorialität** der Gesetze 156  
**Testament** 34, 42  
**Testamentsvollstrecker** 46  
**Tatbestand** des Rechtssatzes 157 f.  
**Tatsache**, Entstehungsgrund von Obligationen 29, 85  
 — und Recht 203, 207, 210  
 — im Zivilprozeß 133 f., 236  
 — rechtserhebliche 157  
 — als Wirkung des Rechts 219 ff.  
**Theorie** 210  
**Tod** 117, 134; s. auch Rechte, übertragbare!  
 — bürgerlicher 117  
**Tradition** einer Sache 77, 91, 97  
**Treuhänder** 49  
**Treu** und Glauben 69, 78; s. auch Glaube!  
**Trölerei** 82; s. auch Schikane!  
**Typus** 65 f., 75  
  
**Uebereignung** einer Sache 77, 91, 96, 97  
**Uebergabe**, s. Tradition!  
**Uebertragbare Rechte**, s. dies!  
**Umgehung** des Gesetzes 41  
**Unabdingbare Pflichten** 30  
 — Rechte 82  
**Unerlaubte Handlung** 28 f., 50 ff., 115, 118, 123  
**Ungerechtfertigte Bereicherung** 32, 158  
**Universitas personarum**, s. Körperschaft!  
 — rerum 91, 104; s. auch Stiftung! Vermögen!  
**Unmögliche Leistung** 28 f., 50 ff., 115, 118, 123  
**Unmöglichkeit** Vertragsinhalt 73 f.  
**Unterricht**, s. Rechtsunterricht!  
**Untersuchungsprozeß** 180 ff.  
**Urheberrecht** 88 f., 161  
**Ursache** 56 ff.  
**Ursache** und Wirkung, s. Gesetz, kausales!  
**Ursächlicher Zusammenhang**, s. Kausalzusammenhang!

**Urteil** 97, 127 ff., 134 f., 158 f., 160, 178, 183  
**Urteilsfähigkeit** 118  
**Urteilstkraft** 150 f., 157  
**Usucapio** 96  
  
**Verantwortlichkeit** 114, 123, 150, 152, 164  
 — der Behörden 24, 72, 141  
**Verarbeitung** 95  
**Veräußerung**, s. Eigentumserwerb! Uebereignung!  
**Verband**, s. Körperschaft! Staat! Stiftung!  
**Verbandsgerichtsbarkeit** 143, 159  
**Verbindlichkeit** 14, 19, 197, 203, 206, 212; s. auch Giltigkeit!  
**Verbindung** von Sachen 96  
**Vereinigung** (confusio) 13, 81  
**Verfahrensnorm**, s. Recht, formelles!  
**Verfallspfand** 108  
**Verfassung** 121, 145 ff., 150, 187, 203  
**Verfassungsnorm**, s. Recht, organisatorisches!  
**Verfassungspolitik** 150 f.  
**Verfassungsrecht** 144 f.  
**Verfügung** über ein Recht 23, 49, 83, 84, 87, 89, 90, 92, 94, 96, 97, 101, 103, 106, 122, 128, 130, 140, 181, 186  
 — der Verwaltungsbehörde 158, 163; s. auch Rechtsanwendung! Urteil!  
**Verfügungsfähigkeit** 116  
**Vergleich** 129  
**Verhalten**, verbotenes 70  
**Verhaltensrecht** 12, 137, 166 ff., 176, 188, 212  
**Verhandlungsmaxime** 129 ff., 133, 181  
**Verjährung** 17, 21, 82, 96, 137, 142  
**Verkehr**, s. Rechte, übertragbare! Privatwirtschaft!  
**Verkehrssicherheit**, s. Rechtssicherheit!  
**Verkehrswert**, s. Wert!  
**Verletzung** des Rechts 174 ff.; s. auch Rechtswidrigkeit.  
**Vermischung** von Sachen 96.  
**Vermögen** 116, 122; s. auch Sachgesamtheit!  
**Vermögensinteresse** 18, 54  
**Vermögensschaden**, s. Schaden!  
**Vermögensrecht** 123, 125  
**Vermutung** 100 f., 129, 133 f.  
**Vernunftrecht** 146, 208, 228  
**Verordnung** 153 f.  
**Verpflichtung**, s. Pflicht!  
**Verpflichtungswille**, s. Geschäftswille!  
**Verrechnung** 81  
**Versatzpfand** 109  
**Verschollenheit** 117, 134  
**Verschulden**, s. Schuld!



- Versicherung** 59, 64, 65  
**Verstaatlichung**, s. Gemeinwirtschaft!  
**Vertrag** 14, 59 ff., 76, 78, 121, 141, 188 f., 235  
 — abstrakter und kausaler 74, 98, 107  
 — Arten 62 ff.  
 — Begriff 59 ff., 189  
 — Erfüllung 61, 77 ff., 80 ff.  
 — Inhalt, 16, 70 ff.  
 — Schließung 59, 66 ff., 125  
 — synallagmatischer 60  
 — Verbindlichkeit 61, 70, 168  
 — völkerrechtlicher 188  
**Vertragsfreiheit** 69, 70 ff., 125, 138, 143, 167; s. auch Privatautonomie!  
**Vertragsinteresse** 69  
**Vertretung** 31, 46 ff., 122, 186  
 — gesetzliche 46, 118 f.  
 — statutarische, s. Organ!  
**Verwaltung** 147, 156, 161, 233  
**Verwaltungsbeamte** 233  
**Verwaltungsbehörden** 162 f.  
**Verwaltungsgerichtsbarkeit** 142, 163  
**Verwaltungspflege** 169 f.  
**Verwaltungspolizei** 169  
**Verwaltungsprozeß** 129, 142, 161 f., 183  
**Verwaltungsrecht** 144, 166 ff., 196  
**Verzicht** 23 f., 36, 81, 97  
**Verzug** 79  
**Veto** 155  
**Vindicatio** 155  
**Völkerbund** 150, 187  
**Völkerrecht** 184 ff.  
**Volkswirtschaftswissenschaft**, s. Soziologie!  
**Vollmacht** 46, 122  
**Vollstreckung** 16 f., 44, 76 f., 78, 79, 84, 105, 106, 108, 124, 127, 135, 138, 143 f., 148 f., 156, 163 ff., 178, 183, 187, 195; s. auch Rechtszwang!  
**Vollziehung**, s. Vollstreckung!  
**Vollziehende Gewalt** 148  
**Vollzug der Strafe**, s. Strafvollzug!  
**Vormundschaft** 118 f.  
**Vorsatz** 52, 175  
**Vorteilsanrechnung** 51  
**Vorvertrag** 61  
  
**Wahlschuld** 79  
**Wahrheit**, formelle und materielle 129 f., 133 f., 180 f.  
 — objektive 229, 232  
**Wahrheitspflicht des Anwaltes** 336  
**Weg der Gesetzgebung** 155  
**Werkhaftung** 58  
**Wert einer Sache** 55, 73, 108  
**Wertpapiere** 59, 60, 106, 107, 110, 113  
  
**Wettbewerb**, unlauterer 51, 52  
**Wette** 17, 64, 70  
**Widerklage** 132  
**Widerrechtlichkeit**, s. Rechtswidrigkeit!  
**Widerruf** 49, 67, 122  
**Widersprüche im Recht** 193, 213 f., 215 f.; s. auch Logik!  
**Wiedergutmachung** 50 ff., 53  
**Wille**, rechtserheblicher 29, 37  
**Willenserklärung** 38  
**Willensmängel** 68 ff.  
**Willkür** 14, 25, 161, 163, 186  
**Wirkung und Ursache**, s. Gesetz, kausales!  
**Wirtschaft** 63, 64 f., 72  
 — öffentliche und private 59, 72, 151, 169 f.  
 — und Recht 64 f., 72 f., 94, 103, 106 ff., 113, 154, 169 ff., 172  
**Wissenschaft vom Recht**, s. Rechtswissenschaft!  
 — theoretische und praktische 210 ff.  
**Wohlerworbene Rechte** 73  
**Wohnrecht**, dingliches 21, 82, 83, 88, 104  
**Wohnsitz** 131  
  
**Zehnt** 90  
**Zession** 80, 110  
**Zins** 77, 80, 81, 107  
**Zivilgerichtsbarkeit** 130; s. auch Gerichtsbarkeit! Zivilprozeß!  
**Zivilgesetzbuch**, Schweizerisches 126, 144, 156, 190, 203  
**Zivilprozeß** 89, 93, 127 ff., 163, 179 f., 183, 195, 235  
 — und Zivilrecht 44, 127  
**Zivilstand** 117  
**Zufall** 52, 59, 64, 73, 175  
**Zugehör** 91  
**Zugrecht** 90  
**Zurechnungsfähigkeit** 175, 1778; s. auch Urteilsfähigkeit!  
**Zuständigkeit** 24, 121, 130 f., 141, 150, 152, 165; vgl. 115  
 — der Rechte 9, 19, 22 ff., 84, 85, 86, 92, 186  
**Zuständigkeitsordnung** 121, 136 f., 146 f., 150, 153, 164 f., 203 f.; s. auch Verfassung!  
**Zuwendung** 32, 74  
**Zwang im Recht**, s. Rechtszwang!  
**Zwangsverfahren** 166  
**Zweckmäßigkeit der Strafe** 184  
 — der Verwaltung 162  
**Zweikampf** 189



BURCKHARD

CCN  
4156