

RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHE ABHANDLUNGEN

HERAUSGEGEBEN IM AUFTRAGE

DER RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT  
DER DEUTSCHEN UNIVERSITÄT IN PRAG VON DEN PROFESSOREN  
OSKAR ENGLÄNDER, EDGAR M. FOLTIN UND WILHELM WEIZSÄCKER

8. HEFT

---

---

DR. ERNST SWOBODA

O. PROFESSOR DER RECHTE AN DER DEUTSCHEN UNIVERSITÄT IN PRAG

DIE NEUGESTALTUNG DES BÜRGERLICHEN RECHTS

GEDRUCKT MIT UNTERSTÜTZUNG DES VEREINES FÜR RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHE FORSCHUNG AN DER DEUTSCHEN UNIVERSITÄT IN PRAG



1935

VERLAG RUDOLF M. ROHRER

BRÜNN - PRAG - LEIPZIG - WIEN

# DIE NEUGESTALTUNG DES BÜRGERLICHEN RECHTS

VON

DR. ERNST SWOBODA

O. PROFESSOR DER RECHTE AN DER DEUTSCHEN UNIVERSITÄT IN PRAG



1935

VERLAG RUDOLF M. ROHRER  
BRÜNN - PRAG - LEIPZIG - WIEN

Alle Rechte, insbesondere das der Übersetzung in fremde Sprachen, vorbehalten.

Copyright 1935 by Rudolf M. Rohrer, Brünn.

Printed in Czechoslovakia.

---

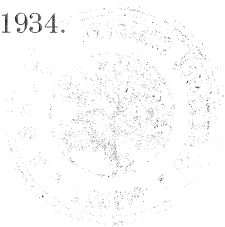
Verlags-Nr. 745.

Gedruckt bei Rudolf M. Rohrer in Brünn.

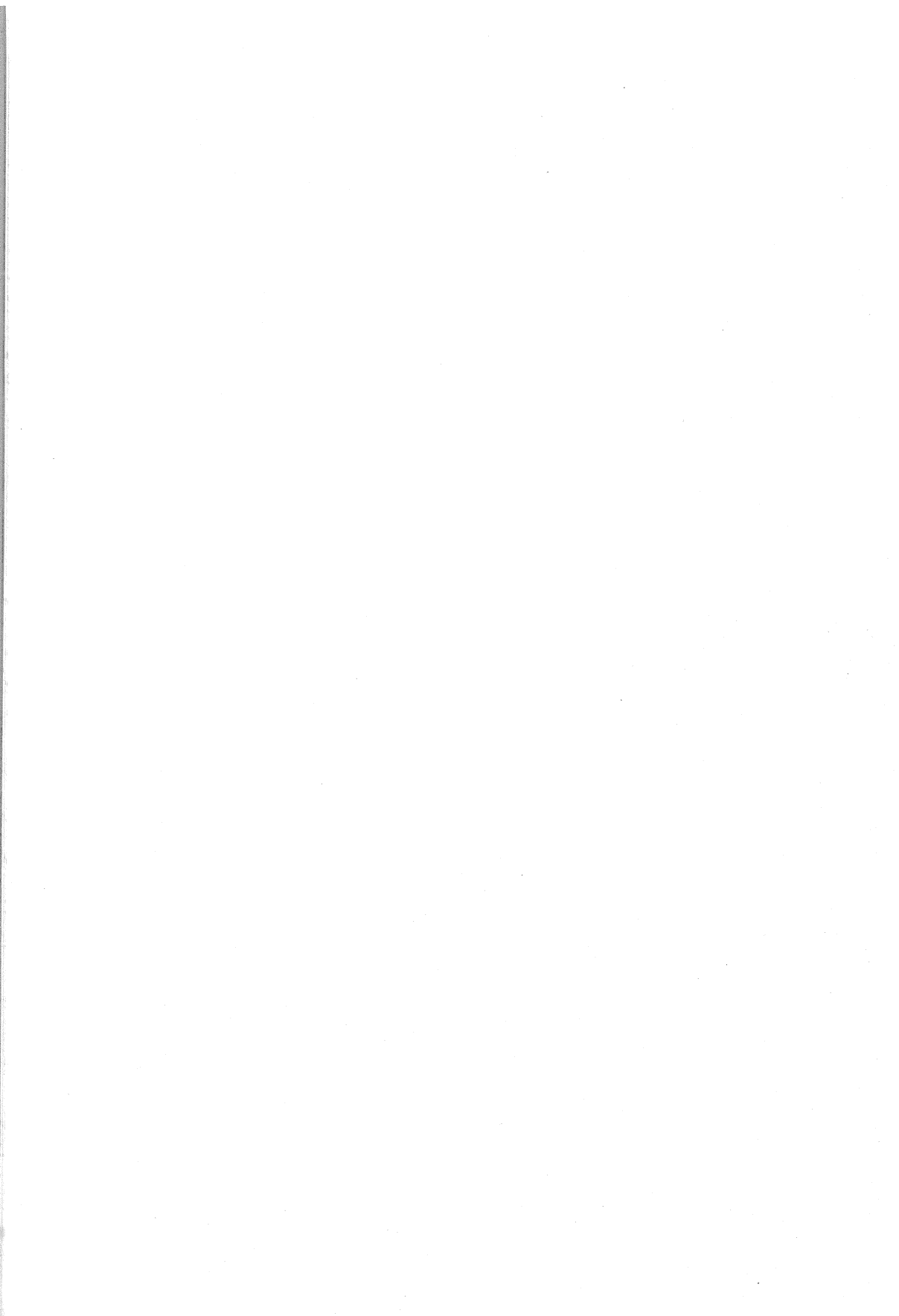
## Vorwort.

Die vorliegende Arbeit ist entstanden aus mehr als 15jährigen Studien über die Notwendigkeit, das Maß und die Art einer dynamischen Gestaltung des Privatrechts. Sie will sich nicht mit theoretischen Untersuchungen allein begnügen, sondern praktisch greifbare Ergebnisse gewinnen, die niemals die Vergangenheit unbeachtet lassen, sondern die Erfahrungen der Rechtsgeschichte zu verwerten suchen, aber doch zugleich aus dem Rechtsdenken unserer Zeit geschöpft und in eine Fassung gebracht sind, deren Schärfe den Zwecken einer gesunden Rechtsprechung zu genügen vermag.

Prag, 17. September 1934.



Ernst Swoboda.



# Inhaltsverzeichnis.

|   | Seite |
|---|-------|
| Vorwort . . . . .   | 5     |
| I. Das veraltete Fundament des Privatrechts . . . . .                           | 9     |
| II. Die Idee des Rechts und ihre Elemente. Die regulativen Prinzipien . . . . . | 17    |
| III. Die Funktionen der regulativen Prinzipien . . . . .                        | 35    |
| IV. Die Neugestaltung der Grundbegriffe des Privatrechts . . . . .              | 44    |
| V. Der Begriff der Persönlichkeit . . . . .                                     | 46    |
| a) Der dynamische Persönlichkeitsbegriff . . . . .                              | 46    |
| b) Die Gestaltung des Ehrechts . . . . .  | 55    |
| c) Die Stellung des unehelichen Kindes . . . . .                                | 58    |
| d) Die juristischen Personen . . . . .  | 59    |
| VI. Der dynamische Sachbegriff . . . . .  | 62    |
| VII. Das Eigentum . . . . .   | 71    |
| a) Die Dynamik des Eigentumsbegriffs . . . . .                                  | 71    |
| b) Das Eigentum im weiteren Sinn . . . . .                                      | 73    |
| c) Die Enteignung . . . . .   | 82    |
| VIII. Gesamtsachen . . . . .  | 86    |
| a) Die gegenwärtige Rechtslage in Deutschland . . . . .                         | 86    |
| b) Die juristische Bedeutung der Gesamtsachen . . . . .                         | 92    |
| c) Das Unternehmen als Rechtsobjekt . . . . .                                   | 93    |
| IX. Der einheitliche Besitzbegriff . . . . .                                    | 97    |
| X. Der Unterschied zwischen Miete und Pacht . . . . .                           | 104   |
| a) Das Unterscheidungsmerkmal der Fruchtziehung . . . . .                       | 105   |
| b) Die Betriebspflicht des Pächters . . . . .                                   | 105   |
| c) Die Betriebspflicht bei Pacht eines Unternehmens . . . . .                   | 108   |
| XI. Das Gebiet von Auftrag und Vollmacht . . . . .                              | 111   |
| XII. Die dynamische Gestaltung des Schadenersatzrechts . . . . .                | 119   |
| XIII. Die Sprache des Gesetzbuches . . . . .                                    | 125   |
| XIV. Schluß . . . . .   | 127   |
| Namensverzeichnis . . . . .   | 129   |
| Sachregister . . . . .  | 131   |



## I. Das veraltete Fundament des Privatrechts.

Überall knistert es im Gebälk des Privatrechts. Die Umwertung der Werte, die unsere Zeit kennzeichnet, hat nunmehr auch dieses Gebiet ergriffen. Das ist begreiflich. Ist doch das Privatrecht in vieler Hinsicht dazu bestimmt, das Wirtschaftsleben zu regeln und zu beherrschen. Dann muß aber auch sein Inhalt durch die Umwälzungen des Wirtschaftslebens entscheidend beeinflußt werden. Allzulange haben die Juristen der historischen Schule diese Zusammenhänge verkannt, obgleich schon Savigny im Recht das Spiegelbild des Lebens erblickte. Dann kann jedoch auch nicht mehr jene Rechtsauffassung für uns maßgebend bleiben, welche die Rechtswissenschaft in der Zeit des Abstieges der antiken Wirtschaft lenkte. Jener Zeit aber entstammt die Gesetzesammlung Justinians und daraus ist es zu erklären, daß sie eigentlich nur der Sammlung und Klärung dienen sollte, aber nicht wahrhaft schöpferisch gedacht war. Sie sollte noch einmal all das Große zusammenfassen, das die vorangegangenen Jahrhunderte und Jahrtausende auf dem Gebiete des Rechts geschaffen hatten und in dieser Art einen Abschluß bilden, der gewiß großartig war, aber keineswegs einen Auftakt zu einem neuen, zukunftsreichen Schaffen geben.

Erst die Zeit nach dem Weltkrieg mit ihrer Erschütterung alles Hergebrachten hat darüber volle Klarheit gebracht. Das wird von größter Bedeutung für die in so vielen Staaten Europas eingeleiteten Versuche einer Neuordnung des Privatrechts. Zumeist reichen die Anfänge dieser Bemühungen zurück bis in die erste Zeit nach dem Ende des großen Völkerringens oder selbst noch in dieses hinein.

Damals glaubten die Vertreter der Wissenschaft gerade auf dem Gebiete des Privatrechts die altüberkommenen, im Geiste der historischen Schule gepflegten Grundauffassungen unverändert übernehmen zu müssen und nur aus Gründen der Vereinheitlichung des Rechts wurden regelmäßig die Gesetzgebungsarbeiten in Angriff genommen.

Infolgedessen vermögen aber diese Entwürfe in ihrer heutigen Gestalt die wichtigste Aufgabe, welche die neue Zeit der Gesetzgebung im Bereiche des bürgerlichen Rechts stellt, noch nicht befriedigend zu lösen. Das gilt sowohl von den Entwürfen in den neuentstandenen Staaten als auch von dem, wieder aus dem Streben nach einer Vereinheitlichung hervorgegangenen französisch-italienischen



Entwurf eines gemeinsamen Obligationsrechts und dem neuen italienischen Entwurf<sup>1)</sup>).

Es ist andererseits begreiflich, daß die Verfasser dieser Entwürfe an dem Ergebnis ihrer Arbeit hängen. Haben sie doch ihre ganze Kraft eingesetzt, um ihrem Volke zu geben, was sie für das beste hielten. Die Umwälzung des Rechtsdenkens im Laufe der letzten Jahre ist auch für sie überraschend gekommen. Es gehört aber ein gewaltiges Maß von Selbstverleugnung dazu, nunmehr diese Entwürfe einer neuen Umarbeitung unter völlig neuen Gesichtspunkten zu unterziehen, die nicht nur eine Änderung einzelner Paragraphen verlangen, sondern eine Umformung der Grundlagen des Rechts selbst mit sich bringen, also dessen innerstes Wesen berühren. Politische Erwägungen drängen zu einem Abschluß der nun schon durch so viele Jahre dauernden Arbeiten. Um so mehr scheint es angezeigt, darauf hinzuweisen, was hier auf dem Spiele steht. Auf die Dauer wird man an den drängenden Forderungen des Lebens der Gegenwart und Zukunft nicht achtlos vorbeigehen können und diese Erkenntnis wird eine Änderung schließlich selbst dann erzwingen, wenn auch die Entwürfe in ihrer heutigen Gestalt Gesetz werden sollten.

Die im vorigen Jahre in Deutschland in Fluß gekommene Bewegung zur Erneuerung des Privatrechts ist durch Entwürfe aus der schon so weit zurückliegenden Übergangszeit nicht beschwert und kann sich daher der Aufgabe einer Umgestaltung der Grundlagen des Privatrechts von vornherein mit aller Entschiedenheit widmen. Sie hat aber große Hindernisse zu überwinden, weil das deutsche bürgerliche Gesetzbuch in seiner Anlage viel römischer gedacht ist als das unter dem Einflusse Kants auf durchaus neuen Grundlagen aufgebaute österreichische Gesetzbuch. Daraus ergibt sich naturgemäß, daß die vorliegende Untersuchung ein besonderes Augenmerk auch der in Deutschland geplanten Privatrechtsreform zuwenden wird, die bewußt eine Neugestaltung von Grund aus zu bringen bestimmt ist und dabei werden auch die Bestimmungen des geltenden deutschen Gesetzbuches einer besonders eingehenden Kritik unterzogen werden müssen, weil gerade dieses Gesetzbuch die Rechtslehre der vergangenen Jahrzehnte entscheidend beeinflusst hat. Wir dürfen auch nicht vergessen, daß die Schaffung eines den Bedürfnissen der Gegenwart und Zukunft genügenden Privatrechts niemals aus dem Gedankenkreise eines Volkes allein erhofft werden kann. Sind doch auch die Bedingungen des friedlichen Zusammenlebens nur dem Zusammenwirken der Kulturnationen zu danken. Meine Betrachtungen sollen sich daher keineswegs nur auf das Gebiet eines Staates beschränken, sondern einen Versuch darstellen, zu zeigen, wie das Rechtsdenken des europäischen Kulturkreises ganz all-

---

<sup>1)</sup> Vgl. Swoboda, Probleme der Neuordnung des Privatrechts, Festschrift für Maurović, 1934, S. 122 ff.

gemein in Einklang gebracht werden kann mit den Forderungen des modernen Wirtschaftslebens, aber auch mit den unaufhaltsam vordringenden neuen Auffassungen über die Bedeutung des öffentlichen Rechts und dessen Einfluß auf das Verhältnis des Einzelnen zur Gesamtheit und die Folgen seiner Eingliederung in diese größere Einheit.

Mit Nachdruck aber muß gleich von Anbeginn an festgestellt werden, daß die Aufgabe der Neugestaltung des bürgerlichen Rechts im Sinne des Rechtsdenkens der Gegenwart nur dann mit Erfolg gelöst werden kann, wenn sie getragen wird von freudiger Lebensbejahung, wenn sie der Gegenwart und Zukunft ihren Blick zuwendet. Es bedarf streng historischer Forschung, um die Erfahrungen der Vergangenheit für unsere Zeit dienstbar zu machen, aber auch einer wahren philosophischen Vertiefung und eines offenen Auges für das Leben und die Wirklichkeit.

In meiner Schrift „Das Privatrecht der Zukunft“ habe ich versucht, die Gründe aufzudecken, die zur Entfremdung der Rechtswissenschaft in den Kreisen des Volkes führten und die Wege anzudeuten, auf denen es gelingen könnte, diese Volksfremdheit zu besiegen, das Recht wieder organisch einzugliedern in das lebendige Geschehen<sup>1)</sup> und es so elastisch zu gestalten, daß die Vorwürfe Kirchmanns über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz und das hilflose Zurückbleiben der Rechtsordnung gegenüber der wirtschaftlichen Entwicklung endgültig überwunden werden könnten<sup>2)</sup>. Daran soll auch diese Arbeit anknüpfen.

Was ungesund ist an der heutigen Geltung römischer Rechtsgedanken in den modernen bürgerlichen Gesetzbüchern und vor allem im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, aber vielfach auch in den veröffentlichten Entwürfen, das liegt in ihrer statischen Einstellung. Hier hat Oswald Spengler das befreiende Wort gesprochen, wenn er auch in der Verurteilung des Bestehenden zu weit geht<sup>3)</sup>. Eine der vorzüglichsten Eigenschaften des klassischen römischen Rechts war seine lebenswarme Elastizität. Vorbildlich war das im Verhältnis von *jus civile* und *jus gentium* zum Ausdruck kommende Zusammenwirken der „beharrlichen und fortbewegenden Kräfte“, das Savigny rühmte<sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> Das Privatrecht der Zukunft, Berlin 1932. Ins Italienische übertragen von Perticone unter dem Titel: *Il Diritto civile dell' avvenire*, *Rivista internazionale di filosofia del Diritto*, X, p. 333 ss.

<sup>2)</sup> Kirchmann, Über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1847.

<sup>3)</sup> Oswald Spengler, *Der Untergang des Abendlandes*, II, S. 69 ff.

<sup>4)</sup> Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung*, 3. Aufl., S. 32; vgl. H. St. Chamberlain, *Die Grundlagen des 19. Jahrhunderts*, 10. Aufl., I, S. 196, und schon Bacons Widmung der *Law Tracts*. Vgl. Reichel, *Gesetz und Richterspruch*, S. 125 f.

Die letzteren waren namentlich im prätorischen Recht zur Geltung gekommen, bevor es zum Edictum perpetuum erstarrte. Zur Zeit Justinians aber, als man an die Kompilation des Corpus juris schritt, war die damalige spätantike Wirtschaft längst im Abstieg begriffen. Daraus erklärt sich ungezwungen bei dem engen Zusammenhang von Wirtschaft und Recht auch der statische Charakter dieser Gesetzesammlung.

Die Welt der Gegenwart und die ganze Denkweise des modernen Menschen ist dagegen nicht statisch, sondern dynamisch gestaltet. Die Anfänge dieser neuen beweglicheren Einstellung unseres Denkens und die Abkehr von den statischen Gedankengängen der Vergangenheit reichen zurück in jene Zeit, in der gewaltige Erfindungen und Entdeckungen der Menschheit neue wirtschaftliche Probleme stellten und damit das wirtschaftliche Leben von Grund aus umgestalteten. Damals ereignete sich im organischen Zusammenhang mit dieser grundlegenden Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse auch ein völliger Wandel der Geister<sup>1)</sup>. Auch auf dem Gebiete des Rechts wurde ein Wandel angebahnt. Allein das Naturrecht, das sich diese Aufgabe stellte, blieb in ihren Anfängen stecken. In der Gestalt, die ihm die Naturrechtslehrer im Sinne Christian Wolffs gaben, konnte es schon deshalb nicht zur dauernden Beherrschung der Lebensverhältnisse geeignet sein, weil es auf dem Axiom der „Unabänderlichkeit“ seiner Bestimmungen aufgebaut wurde und deshalb die Möglichkeit eines kulturellen Fortschrittes leugnete. Damit versündigten sich die Lehrer des Naturrechts an den Forderungen der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Entwicklung, denn das Recht ist nicht Selbstzweck. Es hat dem Leben zu dienen und ist nach den Worten Savignys nichts anderes als das Leben selbst, von einer besonderen Seite angesehen<sup>2)</sup>.

So klar aber diese Erkenntnis Savignys war, so schwerwiegend war andererseits sein Irrtum, nur in dem Vorbilde des antiken Rechts Abhilfe suchen zu sollen. Man hatte wieder einmal das Kind mit dem Bade ausgegossen. Gewiß, die Zeit des Naturrechts im Sinne der Rechtswissenschaft zur Zeit der französischen Staatsumwälzung und der Lehren Christian Wolffs war nach dem Sturze Napoleons abgelaufen. Weil man aber die Gedankengänge der Aufklärung zur Gänze verantwortlich machte für die jahrzehntelangen Verwüstungen und Leiden der Völker Europas an der Wende des Jahrhunderts, suchte man jeder Beschäftigung mit den nunmehr verfehmten Gedanken-

<sup>1)</sup> Swoboda, Das Privatrecht der Zukunft, S. 8 ff.

<sup>2)</sup> Savigny, a. a. O. S. 30. Dagegen versündigt sich der Statiker, der nur ein von den gesellschaftlichen Begebenheiten mehr oder weniger abstrahiertes Recht sieht, während sich das Recht in der Vorstellung des Dynamikers zum sozialen Schicksal, zu einer im Rhythmus des gesellschaftlichen Lebens mitschwingenden Form verwandelt. Haemmerle, Krit. Vjschr., XXV, 2—4.

gängen zu entgehen, wandte deshalb allen damit zusammenhängenden geistigen Richtungen den Rücken und wanderte auf allen Gebieten zurück in die alte Zeit<sup>1)</sup>. Das galt besonders für den Bereich des Rechts und die von Savigny begründete historische Schule. Durch die allzu sehr nach rückwärts eingestellte Betätigung der in ihr herangebildeten Juristen hatte aber im Widerspruch mit den Forderungen des wirtschaftlichen Lebens wiederum das Bekenntnis zum Statischen auf dem Gebiete des Privatrechts scheinbar endgültig gesiegt und diese Richtung sollte durch ein Jahrhundert herrschend bleiben.

Weil aber im Gegensatze dazu die wirtschaftliche Entwicklung immer stürmischer auf ihrer Bahn fortschritt, so mußte auch die Kluft zwischen ihr und dem immer bedenklicher zurückbleibenden Recht immer klaffender werden. Der in den römischen Rechtsvorstellungen zur Herrschaft gelangte Individualismus förderte in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts noch jene Gedankenrichtung, die diese wirtschaftliche Entwicklung völlig einseitig nach den Wünschen des von Jhering<sup>2)</sup> gezeißelten „unersättlichen Egoismus des Einzelnen“ in die Bahnen einer schrankenlosen Selbstsucht zwängte. Die ganze Einstellung jener Zeit des Sattseins der vom Glück begünstigten Kreise, die in ihrer unbegrenzten Vergötterung des Materialismus und der darin begründeten Selbstanbetung den Höhepunkt menschlicher Entwicklung bereits erreicht zu haben glaubten und dabei doch auf das Elend von Millionen Menschen vergaßen, konnte unmöglich ein volkstümliches Recht zutage fördern. In dieser ganzen Einstellung wurzelte auch die Freude an der Zerfaserung der überlieferten großen Rechtsbegriffe, die Freude an der Negation und Abstraktion und im übrigen die von Troeltsch in bitteren Worten verurteilte rein kontemplatorische Behandlung des Gegebenen<sup>3)</sup>, die für die Jurisprudenz jener Zeit der Entartung des Liberalismus charakteristisch geworden war. Sie führte folgerichtig auch zu einer übertriebenen Kasuistik, die sich in behaglichen theoretischen Splitterungen von Einzelfragen verlor und dabei nur zu oft den Blick aufs Ganze zu richten vergaß.

In dieser Zeit aber entstand das deutsche bürgerliche Gesetzbuch, das bei aller darin aufgespeicherten juristischen Feinkunst nie den Weg zum Verständnis und zum Herzen des Volkes gefunden hat, nach dem Zeugnisse Rudolf Sohms abstrakter ausgefallen ist als je ein Gesetzbuch war<sup>4)</sup> und von dem Riezler in begrifflicher Übertreibung gesagt hat, daß es auch dem gebildeten Nichtjuristen ebenso un-

1) Swoboda, a. a. O. S. 13 ff., 33 ff.

2) Jhering, Zweck im Recht, I, S. 520.

3) Troeltsch, Deutscher Geist und Westeuropa, Naturrecht und Humanität, S. 22.

4) Sohm, Bürgerliches Recht, in Hinneberg, Die Kultur der Gegenwart, II/8, S. 17; Kohler, Holtzendorffs Enzykl., 7. Aufl., S. 3.

verständlich bleiben müsse wie das lateinische Corpus juris Justinians<sup>1)</sup>. Es ist bezeichnend für die damalige Richtung der Rechtswissenschaft, daß selbst ein Denker von so großem Format wie Rudolf Sohm dem Irrtum verfiel, für die Beherrschung der Rechtsverhältnisse der neuen Zeit sei eine so abstrakte Gestaltung und eine so abstrakte Ausdrucksweise unentbehrlich, und daß er sich darüber sogar in Worten höchsten Lobes erging<sup>2)</sup>.

In diesem Gesetzbuch lebt noch immer die Weltanschauung des Altertums in jener Gestalt, welche die Zeit seines Niederganges charakterisierte, jener Zeit, die sogar unfähig war, trotz aller heißen Religionskämpfe die Lehrsätze des Christentums im Recht zu verankern und den Begriff der Persönlichkeit so zu gestalten, wie es den Lehren des Evangeliums entsprach, sondern immer noch im reinen Individualismus und in der auf der Unfreiheit von ungezählten Millionen aufgebauten Wirtschaftsordnung das Gerüst des Rechts erblickte<sup>3)</sup>.

Diese Weltanschauung ist uns seit der Aufhebung der Leibeigenschaft fremd geworden. Es gilt, endlich die Weltanschauung unserer Zeit im Recht zu verankern, damit es fähig werde, sich wieder harmonisch einzufügen in die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Zusammenhänge unserer Zeit und dadurch selbst wieder zu vollem Leben zu erwachen.

All die unendliche Gelehrtenarbeit, welche der Erläuterung des deutschen Gesetzbuches seit seinem Zustandekommen gewidmet wurde, konnte der Entfremdung des Rechts in den Kreisen der Bevölkerung nicht steuern. Im Gegenteil, die kasuistische Darstellungsart, welche diese Verarbeitung seines Inhaltes zumeist infolge der dazu zwingenden Anlage dieses Gesetzbuches notgedrungen nahm, mußte diese Entfremdung noch steigern. Niemals aber war die enge Verbundenheit des Rechts mit dem Geiste des Volkes, der nach Perticones treffenden Worten seine „frischeste Quelle“ bleiben soll<sup>4)</sup>, so unerläßlich, wie gerade in unserer Zeit.

Es bedarf der Synthese, die unsere Kulturepoche verlangt, um die Aufgaben, die uns die Gegenwart und Zukunft stellen, mit Erfolg zu meistern.

<sup>1)</sup> Riezler, Die Abneigung gegen die Juristen, S. 10.

<sup>2)</sup> Über die Persönlichkeit der Verfasser besonders Kohler, a. a. O. S. 2. Vgl. Thieme, Aus der Vorgeschichte des BGB., Deutsche Jur.-Z., 1934, S. 967 ff.

<sup>3)</sup> Swoboda, Franz von Zeiller, der große Pfadfinder der Kultur, 1931, S. 16 f.

<sup>4)</sup> Perticone, Besprechung meiner Schrift „Franz von Zeiller“, Archivio di storia della filosofia, 1932, S. 90 f. Es ist bezeichnend, daß § 6/2 des Vorentwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Jugoslawien den Richter anweist, im Bereiche der Lücken des Gesetzes auch „auf das Rechtsbewußtsein des Volkes“ Rücksicht zu nehmen.

Dabei sollen die Vorzüge der bisherigen Methodik keineswegs verkannt werden. Mit Recht hat Hedemann den hohen Wert der Disziplinierung des rechtlichen Denkens gerühmt, die aus der strengen Behandlung der rechtlichen Probleme im Gebiete des Zivilrechts durch die Betätigung der historischen Schule hervorgegangen ist<sup>1)</sup>, und diese Disziplinierung wird der Allgemeinheit auch in Gegenwart und Zukunft noch große Dienste zu leisten haben. Wenn die Rechtswissenschaft aber aus reiner Vorliebe für die anerzogene Systematik an Einzelheiten festhält, die in dieser Gestalt überlebt sind, und die Gebote der Wirklichkeit nicht beachtet, dann werden im jagenden Tempo der Gegenwart die Zügel ihren Händen auch auf dem Gebiete des Privatrechts entrissen, und es entsteht die Gefahr, daß eine völlig disziplinierte Entwicklung die Herrschaft an sich reißen werde, was von den größten Schäden für das ganze Volk begleitet sein müßte.

Bei der engen Verknüpfung des Privatrechts mit dem wirtschaftlichen Leben hat der Privatrechtswissenschaftler auch die Pflicht, im Interesse des Gemeinwohles auf seinem Gebiet wieder die Führung zu übernehmen, um für eine gesunde und zugleich den Bedürfnissen des modernen Wirtschaftslebens entsprechende Gestaltung Sorge zu tragen. Sind doch in der Vergangenheit fast alle Entscheidungskämpfe um den Fortschritt der Rechtswissenschaft auf dem Boden des Privatrechts ausgefochten worden<sup>2)</sup>. Die Wissenschaft hat teilzunehmen am Weltgeschehen, weil sie sonst vor lauter Exaktheit unfruchtbar wird<sup>3)</sup>. Das gilt besonders für unser Gebiet.

Das Privatrecht ist in besonderem Maße dazu bestimmt, das Wirtschaftsleben zu ordnen und zu meistern. Die Privatrechtswissenschaft darf sich aber nicht vermessen, dem Fortschreiten der Wirtschaft aus bloßen konstruktiven Gründen hinderlich zu werden. Ihre Aufgabe ist es vielmehr, der immer neue Formen annehmenden wirtschaftlichen Entwicklung sich anzupassen, soweit nicht das Wohl der Gesamtheit, also nicht etwa bloße Lehrmeinungen dadurch gefährdet werden. Um das zu erreichen, muß auch die in den letzten Jahrzehnten so oft zutage getretene Scheu der Vertreter der Wissenschaft vor der Abgabe von „Werturteilen“ gründlich überwunden werden.

Die von Hedemann vorgenommene Formung des Begriffes „Wirtschaftsrecht“ ist aus der Überzeugung heraus entstanden, daß es ein Gebot der Notwendigkeit sei, das Recht für die Bedürfnisse der Wirtschaft und deren Gedeihen nutzbar zu machen. Die dadurch erzielten Fortschritte und die dadurch begründete Erweiterung und Ver-

<sup>1)</sup> Hedemann, Grundriß des Sachenrechts, 2. Aufl., S. 4.

<sup>2)</sup> Kantorowicz, Aus der Vorgeschichte der Freirechtsschule, S. 40.

<sup>3)</sup> Vgl. Spann, Der wahre Staat, S. 77 ff.; W. Sauer, Grundlage der Wissenschaft und der Wissenschaften, S. 313 f.

tiefung der hier obwaltenden Zusammenhänge sind außerordentlich groß. Das darf uns aber nicht blind machen gegenüber der Tatsache, daß das Wirtschaftsrecht nicht ein streng für sich abgeschlossenes Gebiet bildet. Seine Herausarbeitung zeigt uns vielfach, wie verfehlt die völlige Trennung des Privatrechts vom öffentlichen Rechte war. Ein Eingreifen des öffentlichen Rechts auf wirtschaftlichem Gebiet ist in der Gegenwart oft unentbehrlich. Das darf uns aber wieder nicht dazu verleiten, eine ähnlich scharfe Scheidung des Wirtschaftsrechts vom Bereiche des Privatrechts vorzunehmen, die denn auch Hedemann stets sorgfältig vermeidet<sup>1)</sup>. Der enge Zusammenhang der Wirtschaft mit dem Gebiete des Privatrechts aber bedingt die Eigenschaft der Entwicklungsfähigkeit seiner Bestimmungen und die Fähigkeit ihrer Anpassung an die Bedürfnisse des Lebens. Das muß vor allem gelten für die leitenden Gedanken des Rechts und seine Grundbegriffe.

---

<sup>1)</sup> Vgl. Haemmerle, Weltwirtschaft.-Arch., 1933, 113 f.

## II. Die Idee des Rechts und ihre Elemente. Die regulativen Prinzipien.

Die Abkehr von den Gedankengängen des Materialismus hat die Sehnsucht nach der Wiederbelebung der großen Menschheitsideen unüberwindlich werden lassen. Das übertriebene Spezialistentum, das den Blick aufs Ganze trübte und nur zu oft völlig raubte, muß in den Hintergrund treten. Kant forderte für wahres wissenschaftliches Forschen auf jedem Gebiete eine „architektonische Einheit“, d. h. den Aufbau auf großen einheitlichen Ideen<sup>1)</sup>, die das ganze Gebäude nicht nur tragen, sondern auch in jedem einzelnen seiner Teile durchdringen. Deshalb darf auch die Rechtsidee nicht nur abstrakt über den einzelnen Rechtsinstituten stehen, sondern muß in ihnen selbst zur lebendigen Wirklichkeit und Wirksamkeit gelangen. Erst dann wird jene Übereinstimmung von Theorie und Praxis erreicht, die das Sprichwort von der Weltfremdheit der Theorie Lügen straft. Denn nicht nur eine „geistige“ Architektonik darf das Ziel sein. Die Theorie hat dem Leben zu dienen. Ihre Gültigkeit muß sich daher an den beständig wechselnden Erscheinungen des Lebens erproben und sie erweist sich erst dann als „richtige“ Theorie, wenn sie den Bedürfnissen der Praxis entspricht<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Kant, Kritik der reinen Vernunft, II. Die Architektonik der reinen Vernunft, Philos. Bibl., Bd. 2, S. 640 ff.; vgl. W. v. Humboldt, Philos. Bibl., Bd. 123, S. 40 f.

<sup>2)</sup> Kant, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, Philos. Bibl., Bd. 37. Auch Nietzsche (Der Wille zur Macht) hat mit Nachdruck auf die Gefährlichkeit der „verhängnisvollen“ Unterscheidung zwischen Theorie und Praxis hingewiesen. Dabei muß darauf aufmerksam gemacht werden, daß die Behandlung dieser Frage in den beiden Nietzscheausgaben (Naumannausgabe und Musarionausgabe) völlig verschieden ist, und zwar sowohl hinsichtlich ihrer Einordnung in das ganze Werk als auch ihres Inhalts und sogar hinsichtlich des Gesichtspunktes, unter dem die Stellungnahme erfolgt. Während Nietzsche in der Naumannausgabe (15, S. 165 unter 168) gegen die Theoretiker Stellung nimmt, weil sie sich bei ihrer Tätigkeit von der „ganzen Welt der praktischen Interessen“ abtrennen, verlangt er in der Musarionausgabe (18, S. 325 unter 458), daß sich die Wissenschaft nicht dem „Herdeninstinkt der Massen“ unterwerfe und deshalb nicht zweierlei Maß



Das wird von ausschlaggebender Bedeutung für das Gebiet des Rechts. Erst auf diesem Wege kann eine wahre Systematik, eine „Einheitlichkeit des Rechts“ erreicht werden. Über aller Kasuistik steht der Wert des Systems<sup>1)</sup>. In dieser Einschätzung waren die beiden großen Denker Kant und Leibniz eines Sinnes. Kasuistische Methoden sind zumeist nur als Provisorien erträglich<sup>2)</sup>. Darin liegt der tiefere Grund für die Unzulänglichkeit des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches. Seine Verfasser glaubten, ihre systematische Aufgabe in der Hauptsache dadurch erfüllt zu haben, daß sie der Behandlung der einzelnen Rechtsverhältnisse den allgemeinen Teil „wie ein Ornament“ voranstellten<sup>3)</sup>. Die von der Idee des Rechts bestimmte Systematik hätte es aber erfordert, daß die großen leitenden Grundgedanken, welche diese Idee verkörpern, in allen einzelnen Teilen des Gesetzbuches anschaulichzutage treten. Statt dessen war die sorgfältige Gründlichkeit der Verfasser auf die Herstellung einer äußeren Ordnung und auf die Gestaltung der Form gerichtet<sup>4)</sup>.

Notwendig ist die Rückkehr zur Philosophie, denn im Gegensatz zu der materialistischen Einstellung des 19. Jahrhunderts soll das 20. Jahrhundert gekennzeichnet werden durch eine philosophische Rechtswissenschaft, die immer das Ganze im Auge behält und dabei stets der Wirklichkeit eingedenk bleibt. Nur durch die Rückkehr zur Philosophie aber können die Leitgedanken unseres Rechtsdenkens zur Geltung kommen<sup>5)</sup>.

In den bitteren Zeiten der letzten Jahre haben wir einsehen gelernt, daß das allzu einseitige Bemühen der Rechtswissenschaft

anwende, wenn er auch in beiden Darstellungen die Trennung von Theorie und Praxis verurteilt.

Unsere wesentliche Forderung muß dahin gerichtet sein, daß die Theorie nicht als Selbstzweck behandelt wird. Das bedeutet aber keineswegs Unterwerfung unter den Herdeninstinkt der Masse, sondern Vervollkommnung der Theorie.

<sup>1)</sup> Vgl. E. Heymann, Berlin. Akad. Abh. über Leibniz, Plan einer jur. Studienreform, 1931, S. 17.

<sup>2)</sup> Manigk, Jherings J., 1933, Bd. 83, S. 2.

<sup>3)</sup> Manigk, a. a. O. S. 3.

<sup>4)</sup> Vgl. R. Müller-Erbach, Lassen sich das Recht und das Rechtsleben tiefer und sicherer erfassen? 1934, S. 4 f.

<sup>5)</sup> Deshalb ist es sehr erfreulich, daß nach den wiederholten amtlichen Versicherungen der deutschen Justiz- und Unterrichtsminister seit März 1933 die Rechtsphilosophie in den Mittelpunkt der Rechtsreform und des Rechtsunterrichtes gestellt werden soll und auch die studierende Jugend dringend nach den „leitenden Gedanken“ des Rechts verlangt (vgl. W. Sauer, Arch. f. Rechts- und Sozialphilosophie, 1933, S. 43). Dabei erinnern wir uns des Ausspruches Nietzsches: „Nicht der Sieg der Wissenschaft ist das, was unser 19. Jahrhundert auszeichnet, sondern der Sieg der wissenschaftlichen Methode über die Wissenschaft“ (Der Wille zur Macht, Musarionausgabe, 19, S. 5 unter 466).

des 19. Jahrhunderts, mit Hilfe einer auf die Spitze getriebenen Logisierung die Rechtslehre möglichst „wertfrei“ zu gestalten und die auf dieser Grundlage aufgebaute Isolierungsmethode zur vollen Reinheit auszubilden, nicht ausreicht, um die Aufgaben, die das Leben dem Juristen stellt, zu lösen<sup>1)</sup>. Die Erkenntnis dieser Unzulänglichkeit wurde dadurch erleichtert, daß die durch die geschilderte Methode so üppig entwickelte Dialektik gar zu leicht zu einem bloßen Jonglieren mit Begriffen und damit zu jenem Spiel verleitet, das der Rektor der Amsterdamer Universität Paul Scholten in seiner Gedenkrede über Recht und Gerechtigkeit so treffend gegeißelt hat<sup>2)</sup>. Dabei erinnern wir uns der Mahnung Kants, daß die Logik niemals den Inhalt der Erfahrung zu ersetzen vermöge, daß sie vielmehr nur als Werkzeug (organon), als „letzter Probestein der Wahrheit“ die Ergebnisse der Erfahrung zu untersuchen habe<sup>3)</sup>, aber nicht deren Quelle bilden könne, weil sie eine Vernunftwissenschaft nicht der Materie, sondern der bloßen Form nach sei<sup>4)</sup>.

Das muß der Jurist in erster Linie beherzigen. Nicht das ihm so oft von der breiten Öffentlichkeit vorgeworfene Spiel mit Begriffen darf seine Tätigkeit erschöpfen. Damit kann er die Wirklichkeit nicht meistern. Die bloße Rationalisierung läßt stets einen Rest<sup>5)</sup>. Sie vermag wohl die Form zu beherrschen, aber nicht den wertvollsten Bestandteil des Rechts zu ermitteln und auszugestalten: seinen „Inhalt“.

Erst in der letzten Zeit hat die deutsche Rechtswissenschaft die Unzulänglichkeit dieser Methode erkannt und sich wieder auf die Eigenart des germanischen Rechtsdenkens besonnen, auf dieses „dynamische Denken“, das sich der Vielgestaltigkeit des Lebens anschmiegt und daher auch dem Recht jene Gestalt zu geben vermag, die es im Sinne des weisen Ausspruches Savignys zum Abbilde des Lebens werden läßt<sup>6)</sup>. Deshalb ist aber auch diese Art des Rechtsdenkens nicht nur germanisch, sondern sie entspricht zugleich dem Wesen der Gegenwart. Darin offenbart sich, daß diese Art der Auffassung, diese Art der Gestaltung des Rechts dazu berufen ist, das, was

<sup>1)</sup> Egger, Mißbrauch der Vertretungsmacht, Festschr. für Karl Wieland, 1934, S. 47 f.; Perticone, Archivio di storia della filosofia, 1932, p. 90s.

<sup>2)</sup> P. Scholten, Recht en Gerechtigheid, S. 29. Vgl. neuesten R. Müller-Erbach, a. a. O. S. 146 f., mit seiner Verurteilung aller „anspruchsvollen abstrakten Betrachtungen und spielerischen Spekulationen“, jener „schaumborenen Welt des Geistreichen“, die noch keine Wissenschaft auf eine höhere Stufe der Erkenntnis gehoben habe.

<sup>3)</sup> Kant, Kritik der reinen Vernunft, S. 105 ff.; Swoboda, Das ABGB. im Lichte der Lehren Kants, S. 47 ff.

<sup>4)</sup> Kant, Logik, Philos. Bibl., Bd. 23, S. 17.

<sup>5)</sup> P. Scholten, a. a. O. S. 25.

<sup>6)</sup> Savigny, Vom Beruf unserer Zeit, 3. Aufl., S. 30.

überlebt ist an dem überlieferten antiken Rechtsgebäude, abzutragen und an seiner Stelle einen Neubau aufzurichten, der im Einklange steht mit den Bedürfnissen der Menschheit unserer Zeit.

Angesichts der gewaltigen Entwicklung des neuzeitlichen Verkehrs und der neuzeitlichen Technik ist es bei dem primitiven Charakter der altgermanischen Rechtsinstitute auch in Deutschland nicht möglich, eine Erneuerung des deutschen Rechts darin zu suchen, daß diese Institute einfach wieder ins Leben gerufen werden. Man kann sich nicht nur von ihren Äußerlichkeiten leiten lassen. Auch die unter den deutschen Juristen allzu oft eingerissene Vorliebe für bloße Wortuntersuchungen von Quellenstellen römischer und germanischer Herkunft muß zurücktreten. Wenn die deutschen Juristen die wertvollen Eigenschaften des alten deutschen Rechts wieder erstehen lassen wollen, müssen sie tiefer gehen. Um mit Mommsen zu sprechen, wird uns entsprechend der kulturellen Fortentwicklung auch auf dem Gebiete des Rechts die „alte Aufgabe auf weiterem Felde und in höherem Sinne neu gestellt“<sup>1)</sup>. Nach Gierkes Mahnung soll nicht das deutsche Recht in seiner mittelalterlichen Gewandung das Ziel sein, sondern der Geist dieses Rechts und sein unsterblicher, die ganze Kulturwelt bereichernde Gedankengehalt<sup>2)</sup>. Man muß das Wesen des deutschen Rechts zu erforschen suchen. Dann werden wir zu unserer Verwunderung feststellen können, daß in den alten deutschen Rechtsgedanken Keime ruhen, die sich erstaunlich anpassen an die Bedürfnisse der Gegenwart. Was die alten deutschen Rechtsbegriffe vor allem auszeichnete, war ihre Beweglichkeit, ihre Anpassungsfähigkeit<sup>3)</sup> und die Wiedererweckung dieser Eigenschaft ist eine der dringendsten Forderungen für die rechtliche Beherrschung unseres gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Lebens. Gerade dadurch wird es uns gelingen, die bedeutungsvollsten Fortschritte zu erzielen und das System des Rechts zu versöhnen mit den Gedankengängen unserer Zeit, weil die Dynamik, welche für das alte deutsche Recht im Gegensatze zu der statischen Auffassung Spätroms charakteristisch gewesen ist, auch dem Rechtsdenken der Gegenwart eigentümlich ist und eine glückliche Lösung der großen Grundprobleme des Rechts nur von einer dynamisch gestalteten Rechtsordnung erhofft werden kann. Das wird besonders wichtig für die Neuordnung des Privatrechts.

<sup>1)</sup> Mommsen, Römische Geschichte, I, S. 4. Vgl. Krčmář, Metody právnického badání s ptačí perspektivy, Festschr. für Maurovič, 1934, S. 174.

<sup>2)</sup> O. v. Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, S. 14 f.

<sup>3)</sup> Vgl. Schwerin, Generalbericht zu dem Thema: „Der Einfluß römischer und germanischer Elemente in den modernen Rechtssystemen“ auf dem intern. Kongreß für Rechtsvergleichung im Haag 1932 und Swoboda, Sonderbericht zu dem gleichen Kongreß über das gleiche Thema, Not. Z., 1933, S. 41.

Es gilt schon für die Idee des Rechts selbst. Es war eine schwere Verirrung Radbruchs, daß er auf jede Festlegung der Rechtsidee, die nach dem treffenden Urteil des Griechen Zissis untrennbar verbunden ist mit der Idee der menschlichen Gesellschaft überhaupt<sup>1)</sup>, verzichten wollte. Eine volle Klarstellung der Teilgebiete des Rechts kann erst erhofft werden, wenn über die Grundfragen selbst Klarheit erzielt worden ist, und zwar praktisch greifbare Klarheit. Um diese Fragen zu klären, müssen wir über die Verirrungen eines Jahrhunderts hinweg wieder anknüpfen an die Blütezeit der deutschen Philosophie, an die Rechtsgedanken, die der größte deutsche Philosoph, der Weltweise Immanuel Kant am Ende seines Lebenswerkes der Welt und vor allem dem deutschen Volke geschenkt hat. Es ist naturgemäß, daß der Höhepunkt der deutschen Philosophie und nicht die Zeit der Epigonen zum Ausgangspunkt genommen wird, aber auch nicht die Philosophie der Aufklärung, sondern die Philosophie ihres Überwinders.

Bezeichnend für die Zeit des ungehemmten Materialismus ist es gewesen, daß er selbst die Philosophie, jene höchste Beschäftigung des wissenschaftlichen Geistes, zu seiner dienenden Magd erniedrigte und sogar die Lehren des größten deutschen Philosophen in seinen Dienst zu stellen wußte. Deshalb wurde die Freiheitslehre Kants als Grundlage eines reinen Individualismus gedeutet, und dadurch mit dem entehrenden Stempel einer Einseitigkeit gebrandmarkt, die dem geistigen Weltbeherrscher Kant durchaus ferne lag. Man unterschlug es einfach, daß er eine unbeschränkte, zügellose Freiheit ausdrücklich als „Unding“ bezeichnet hatte<sup>2)</sup>, und beachtete es zu wenig, daß er bei seiner Definition der Freiheit immer die „Allgemeinheit“ und deren Bedürfnisse ins Auge gefaßt und deshalb auch immer wieder die Notwendigkeit der Einfügung ihrer Auswirkungen in ein „allgemeines Gesetz“ betont hatte, daß sie also nach seiner Auffassung eingeschränkt wird nicht nur durch die Rücksicht auf den Nebenmenschen, sondern vor allem durch die Zwecke der Gesamtheit<sup>3)</sup>.

Kant hat die Frage nach der Bedeutung der Freiheit in seiner Rechtslehre überhaupt nicht für sich allein betrachtet, sondern im Rahmen der Untersuchung der Rechtsidee selbst. Er hat als erster den Versuch unternommen, mit Hilfe der vornehmsten Gedanken der vorangegangenen Revolution der Geister durch deren

<sup>1)</sup> Zissis, Soziologie und Rechtsphilosophie, Arch. f. R. und Wirtsch. Phil., XXIII, S. 12, 19.

<sup>2)</sup> Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Philos. Bibl., Bd. 29, S. 74 ff.; vgl. seine Ausführungen gegen die „wilde, gesetzlose Freiheit“, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, § 47.

<sup>3)</sup> Kant, a. a. O. S. 55 ff.; Kant, Rechtslehre, Einleitung, Philos. Bibl., Bd. 29, S. 40; Swoboda, Neugestaltung der Grundbegriffe, 1929, S. 11 ff.

Ausgestaltung zu regulativen Prinzipien und ihre Verbindung zu einer höheren Einheit den Rechtsbegriff selbst auf neue, dauernde Grundlagen zu stellen. Er hat mit klarem Blick den schwerwiegenden Fehler der Aufklärungszeit und der damaligen Naturrechtslehrer erkannt, das Axiom der Unveränderlichkeit in seiner Allgemeinheit fallen gelassen und nur den leitenden Grundgedanken Ewigkeitswert zugestanden, aber auch ihnen nicht als bloßen Schablonen, sondern nur in ihrer dynamischen Funktion, durch die sie dauernd brauchbar werden für die Zwecke der Gesetzgebung und Rechtsanwendung<sup>1)</sup>.

Diese Grundgedanken sind nichts anderes als die Prinzipien der Gerechtigkeit, die Kant so hoch einschätzte, daß er den Ausspruch tat: „Wenn die Gerechtigkeit untergeht, dann hat es keinen Wert mehr, daß Menschen auf Erden leben“<sup>2)</sup>, die durch die Zwecke der Gesamtheit eingeschränkte Freiheit und die Gleichheit vor dem Gesetz. Die Freiheit des Einzelnen wird also eingeschränkt durch die Zwecke der Allgemeinheit, durch die Eingliederung des Einzelnen in das System der Gesamtheit, die selbst wieder wegen ihrer großen gemeinsamen Ziele im gewissen Sinne „als Einheit“ zu gelten hat. Diese soziologische Vertiefung des Freiheitsgedankens<sup>3)</sup> und damit zugleich des Prinzips der Gleichheit vor dem Gesetz wirkt wieder bestimmend auf den Inhalt der Gerechtigkeitsidee, die den höchsten innersten Zweck des Gesetzes zu bilden hat und mit den beiden anderen Leitgedanken die Idee des Rechts im höheren Sinn zur Erfüllung bringt. Was darin zum Ausdruck kommt, ist nicht die wirklichkeitsfernen Träumereien entsprungene Gleichmacherei der Aufklärungszeit, die der von Natur gegebenen Verschiedenheit ins Gesicht schlägt und die Nietzsche deshalb als „die größte aller Lügen“ bezeichnet hat<sup>4)</sup>. Der Inhalt dieser Leitgedanken darf aber auch nicht mit den Schlagworten des engherzigen, hochmütigen Individualismus der späteren Zeit der Entartung des Liberalismus verwechselt werden, die Kant noch nicht gekannt hat, sondern sie helfen uns bereits, das verwirklichen, was Gierke<sup>5)</sup> ebenso, wie heute Perticone<sup>6)</sup> von dem modernen Privatrecht verlangen, daß es erfüllt und getragen sei von sozialem Geist und den schon von Ihering gegeißelten unersättlichen Egoismus des

<sup>1)</sup> Swoboda, Das Privatrecht der Zukunft, S. 16 ff.

<sup>2)</sup> Kant, Rechtslehre, II, § 49, S. 173 f.

<sup>3)</sup> Swoboda, Neugestaltung der Grundbegriffe, S. 11 ff. Auch Binder anerkennt heute ein Hinausstreben Kants aus den Schranken des Individualismus; Jur. Wochenschr., 1928, S. 2199.

<sup>4)</sup> Nietzsche, Der Wille zur Macht, Musarionausgabe, 19, S. 332 unter 464.

<sup>5)</sup> Gierke, a. a. O. S. 12 f.

<sup>6)</sup> Perticone, La proprietà e i suoi limiti, S. 24.

Einzelnen bändige, der den Eigentumsbegriff und das ganze Vermögensrecht des römischen Rechts kennzeichnete, aber in die durch die Zwecke der Allgemeinheit gezogenen Schranken zurückgedrängt werden muß. Und dadurch nähern wir uns doch auch wieder der alten deutschen Vergangenheit, weil schon das alte deutsche Recht ausgesprochen sozial veranlagt war<sup>1)</sup>.

Im Sinne Kants verbinden sich diese leitenden, aber maßvollen Prinzipien zu einer höheren Einheit, zu einem höheren Rechtsbegriff, bleiben jedoch trotz ihrer philosophischen Vertiefung und gerade durch sie, durch die Vermeidung jeder Einseitigkeit, die namentlich in der Philosophie vermieden werden muß, immer eingedenk der Zwecke des Lebens. Es war eine der Großtaten Kants, daß er sich nicht nur zur Erkenntnis der Unzulänglichkeit der von der französischen Revolution auf den Schild erhobenen Schlagworte von den „Menschenrechten“ und der Unbestimmtheit der Leitgedanken des Naturrechts, sondern auch zur Erkenntnis der Unmöglichkeit einer völlig einheitlichen Definition des Rechtsbegriffes durchgerungen hatte, wie sie seit Platon so oft vergeblich versucht worden ist, weil dieser Begriff untrennbar verbunden bleibt mit dem beständig wechselnden Leben, dessen Abbild das Recht zu bilden hat, und daß er deshalb den als Kriterium für die Güte der Einzelbestimmungen unentbehrlichen Begriff der Idee des Rechts in seine Grundelemente zerlegte, die nicht selbst Rechtsnorm sind, sondern nur die „Inspiratoren“ der Rechtsnorm<sup>2)</sup> und deren Regulatoren<sup>3)</sup> und erst in ihrem Zusammenwirken, in ihrer gegenseitigen Beeinflussung die dynamische Natur des Rechts plastisch verkörpern. Diese Grundgedanken haben nicht nur eine bildende, konstruktive Aufgabe, sondern sie erleichtern die kulturelle Fortbildung des Rechts. Sie haben keinen ein für allemal fest bestimmten Inhalt, sondern bedeuten nur die Richtlinien für die Verwirklichung der Idee des Rechts. Ihr Inhalt und Umfang aber wird durch die jeweilige Struktur der menschlichen Gesellschaft und die durch sie erreichte Stufe der Kultur bestimmt.

Dieser konkrete Inhalt muß immer aufs neue erkämpft werden. Allerdings ist der in Kants Rechtslehre unternommene Versuch unfertig geblieben, denn die schweren Schatten seiner Todeskrankheit hatten sich bereits auf seinen Geist gesenkt. Aber die Konzeption neuer und kühner Gedanken, die sich im Aufbau seiner Rechtslehre trotz ihrer Mängel offenbaren, fügt sich würdig in sein übriges Lebenswerk, und das „Selbstdenken“, das Kant von seinen Schülern fordert, und das

1) Gierke, a. a. O. S. 15; Fehr, Recht und Wirklichkeit, S. 102 f.

2) Bonnucci, Die Kritik des positiven Rechts, Arch. f. R. u. W. Philos., VII, S. 249; Tomsa, Právny obzor, 1926, S. 436 ff.

3) Swoboda, Das Privatrecht der Zukunft, S. 17 ff.

auch gegenüber seiner eigenen Schöpfung gelten muß, hilft uns, ihren kostbaren Inhalt von den ihm anhaftenden Schlacken zu befreien<sup>1)</sup>. Die aus der Betrachtung des uns umgebenden lebendigen Geschehens geschöpfte Erkenntnis aber gibt uns die Kraft, diese Ideen unserer modernen Denkweise entsprechend auszubauen, die Ergebnisse anzupassen an die Verhältnisse der Gegenwart und Zukunft und so die Grundlagen eines Rechts zu gewinnen, das nicht nur dem Augenblick entspricht, sondern im Einklang steht mit der Volksüberzeugung und daher dauernde Befriedigung zu gewähren imstande ist.

Der verhängnisvolle Fehler der Naturrechtslehrer vor Kant lag eben darin, daß sie die regulierende Funktion dieser Grundgedanken nicht erkannten, sondern ihre Struktur- mit jener der positiven Rechtssätze verwechselten und aus dieser Verwechslung heraus den Glauben an ein für alle Zeiten und Völker geltendes unabänderliches Vernunftrecht ableiteten. Allerdings schließt der Wechsel der Erscheinungsformen die Ewigkeit der in ihnen ausgeprägten Idee nicht aus<sup>2)</sup>. Aber diese Idee ist keine Schablone, sondern sie hat kraft der ihr innewohnenden Dynamik höhere Aufgaben zu erfüllen und ihre Grundgedanken, ihre Elemente verleihen durch ihre regulative Funktion dem Recht die Fähigkeit, dem Pulsschlag des Lebens zu folgen.

Das bedeutet jedoch keineswegs, daß wir die Disziplinierung der Rechtswissenschaft und Rechtsprechung aufgeben sollen, deren hohen Wert Hedemann so beredt geschildert hat. Im Gegenteil, gerade die dynamische Gestaltung des Rechts wird eine Durchbrechung seines Systems verhüten, die bisher in Deutschland auf verschiedenen Gebieten des Privatrechts zur Meisterung der Probleme des lebendigen Geschehens mitunter nicht entbehrt werden

<sup>1)</sup> Für die Auswertung dieser Grundgedanken wird das österr. allgemeine bürgerliche Gesetzbuch mit seinem erstaunlichen, nach vorwärts gerichteten Ideengehalt von besonderer Bedeutung, denn es ist von der Philosophie Kants entscheidend beeinflusst. Zeiller, sein Verfasser, der größte theoretische und praktische Jurist des alten Österreich, hat mit Hilfe seines umfassenden theoretischen Wissens und seiner reichen praktischen Erfahrung die in Kants Rechtslehre enthaltenen Ideen ausgestaltet, damit für das Gebiet des Rechts den „praktischen Kant“ entdeckt, im Sinne seiner Lehren in diesem Gesetzbuch ein gewaltiges juristisches System errichtet und in diesem Rahmen Grundbegriffe aufgestellt, die völlig verschieden sind von jenen anderer Rechtssysteme und besonders von den uns gewohnten des antiken römischen Rechts. Zeiller war es auch, der den soziologischen Kern der Freiheitslehre bereits in voller Klarheit entwickelte. Es ist einer der wesentlichsten Mängel der Entwürfe der Nachfolgestaaten, daß diese Vorzüge von ihren Verfassern zu wenig beachtet wurden. Vgl. Swoboda, Das ABGB. im Lichte der Lehren Kants, 1926; derselbe, Die Neugestaltung der Grundbegriffe, 1929; derselbe, Franz von Zeiller, Der große Pfadfinder der Kultur auf dem Gebiete des Rechts, 1931.

<sup>2)</sup> Gierke, Recht- und Sittlichkeit, Logos VI, S. 245.

konnte und ebenso wie in der Zeit Justinians eine „Verweichlichung der Justiz“ zeitigte<sup>1)</sup>, die nicht aufrecht erhalten werden darf.

Mit Recht hat Fehr festgestellt, daß die allzu starke Anwendung der „Generalklauseln“ darauf zurückzuführen sei, daß Gesetz und Rechtsprechung in Deutschland zu wenig dynamisch seien und das allzu statische Recht daher nach anderen „Ausgleichsmöglichkeiten“ ringen müsse<sup>2)</sup>, während bei einer dynamischen Ausgestaltung des Rechts die „königlichen Paragraphen“ auf ein vernünftiges Maß zurückgeschraubt werden würden.

Um eine solche Ausgestaltung des Privatrechts zu erreichen, dürfen wir uns aber nach Paul Scholtens Mahnung auch bei der Erforschung des Rechtsbegriffes nicht allein von staatsrechtlichen Vorstellungen leiten lassen, die allzu leicht zum Glauben an die Allmacht der Staatsgewalt führen, sondern nicht minder das Privatrecht vor Augen behalten<sup>3)</sup>, dessen Vorschriften zumeist nur die Aufgabe haben, den Rechtsanschauungen des Verkehrs, den Bedürfnissen des Lebens und des Volkes sich anzupassen.

Es handelt sich aber auch nicht darum, wie zumeist geglaubt wurde, einen Rechtsbegriff zu suchen, der für alle Zeiten gültig ist, der also auch den durch die Sklaverei gekennzeichneten, vor Jahrtausenden geltenden Rechtsordnungen der Römer und Ägypter entspricht. Einen solchen Rechtsbegriff zur Grundlage eines für die Gegenwart und Zukunft bestimmten bürgerlichen Gesetzbuches zu nehmen, wäre kein Fortschritt, sondern ein Rückschritt! Auch im Rechtsbegriff ist die kulturelle Auffassung unserer Zeit und unseres Volkes zu verankern. Die Philosophie Kants und die in seinem Sinne durchgeführte „regulative Deutung“ der großen Grundgedanken des Rechts helfen uns, den richtigen Weg zu finden.

Bei einer solchen Deutung äußert sich die Dynamik des Gerechtigkeitsgedankens wohlütig gegenüber den unzulänglichen Vorschriften des Gesetzes. Er bildet das „Kriterium des Rechts“, seinen Sinn und Gehalt. Ohne Gerechtigkeit kein Recht, keine wahre Rechtswissenschaft und keine Rechtsprechung<sup>4)</sup>. Das Wesen der Gerechtigkeit darf niemals mit dem starren Buchstabenrecht verwechselt werden, das so oft zur summa injuria werden muß. Seine Deutung darf aber auch nicht zur einseitigen Billigkeit führen, die gar zu leicht den Richter verleitet, nur die bedauernswerte Lage des einen

1) Hedemann, Mitteilungen des Jenaer Instituts f. Wirtschaftsrecht, Nr. 16, S. 43 f., 52; derselbe, Die Flucht in die Generalklauseln, eine Gefahr für Recht und Staat, 1933.

2) Fehr, Das kommende Recht, S. 20.

3) P. Scholten, Recht en Gerechtigheid, Rede, gehalten als Rektor der Universität Amsterdam am 8. Jänner 1932, S. 12.

4) Schönfeld, Reichsgerichtspraxis, II, S. 193; ebenso P. Scholten, a. a. O. S. 29.



Teiles ins Auge zu fassen, und dabei auf den anderen Teil zu vergessen<sup>1)</sup>.

Das Volk hat ein überaus feines Empfinden für die Aufgabe, welche die großen Leitgedanken des Rechts zu erfüllen haben. Das spiegelt sich in dem bekannten Sprichwort durch die Verbindung „recht und billig“. Darin kommt deutlich zum Ausdruck, daß die Billigkeit an sich einseitig bleiben kann und deshalb der notwendigen Ergänzung durch die in dem Worte „recht“ liegende strengere Forderung bedarf. Beide Begriffe sollen nach diesem Sprichwort nicht ins Extrem ausarten: Einerseits soll das Recht nicht zu starres Buchstabenrecht bleiben, und andererseits die Billigkeit durch das Recht auf das richtige Maß gebracht werden. Die Billigkeit darf nicht in Gegensatz zum jus treten, sondern jus und aequitas sollen vereint dem Buchstaben und der Spitzfindigkeit gegenüberstehen<sup>2)</sup>.

Der Begriff eines „Gerichtshofes der Billigkeit“ müßte nach Kants Feststellung einen Widerspruch in sich schließen<sup>3)</sup>. Eine einseitige Billigkeit ist für den Richter unzulässig. Eine solche wird, um einen treffenden Ausdruck Schopenhauers zu gebrauchen, zum Feind der Gerechtigkeit, anstatt ihr Helfer zu sein<sup>4)</sup>. Die Gerechtigkeit legt dem Richter die Pflicht auf, niemandem sein Recht aus Ungunst oder aus Mitleid gegenüber anderen zu verweigern oder zu schmälern<sup>5)</sup>. Deshalb hat der ganz im Banne Kants stehende Hugo mit Nachdruck betont, daß unter aequitas doch immer nur aequum jus gemeint sei, denn keine Obrigkeit dürfe auf anderer Leute Unkosten großmütig und barmherzig sein<sup>6)</sup>. Das tritt nirgends so deutlich hervor, wie auf dem Gebiete des Privatrechts, denn im bürgerlichen Rechtsstreit könnten Gnaden immer nur auf Kosten der anderen Partei ausgeteilt werden. Es ist auch nicht wahr, daß die Gerechtigkeit die „Binde“ vor den Augen tragen müsse, wie noch G. Rümelin<sup>7)</sup> meinte. Sie muß im Gegenteil mit scharfen Augen sehen, aber sie muß beide Teile im Auge behalten und darf nicht nur dem einen ihr Augenmerk zuwenden!

Der Richter soll Recht sprechen. Das Jus aequum bleibt doch immer jus und darf nicht zum Ausflusse einseitigen, schwächlichen

<sup>1)</sup> Swoboda, Das ABGB. im Lichte der Lehren Kants, S. 68 ff.

<sup>2)</sup> Kipp, Geschichte und Quellen des röm. Rechts, 2. Aufl., S. 7; vgl. Cicero, Pro Caecina, 61, 81; derselbe, Brutus, 198; derselbe, De offic., 1, 10, 33; deshalb sind auch § 4 des Ungar. Entw. vom Jahre 1928 und § 8 des Jugosl. Vorentw. abzulehnen.

<sup>3)</sup> Kant, Anhang zur Einleitung in die Rechtslehre, I. Ebenso Zeiller, Kommentar zum ABGB., I, 69 f.

<sup>4)</sup> Vgl. dazu Gillis, Die Billigkeit, S. 5, 85.

<sup>5)</sup> Kant, Zum ewigen Frieden, Anhang I; G. Del Vecchio, La giustizia, S. 76 f.

<sup>6)</sup> Hugo, Geschichte des röm. Rechts, § 14, Anm.

<sup>7)</sup> Rümelin, Kanzlerreden, S. 266.

Mitleids herabsinken. Für den Richter ist die *justitia universalis*, die Leibniz predigte, und ihr *summus gradus*, die *sanctitas*, die auch das Mitleid umfaßten, unbrauchbar<sup>1)</sup>. Sobald die Billigkeit einseitig wird, wird sie zur Verneinung der Rechtsidee, während sie doch vielmehr als deren Ausfluß zu gelten hat. Deshalb wäre es schon zuviel gesagt, die Billigkeit mit Nietzsche eine „Fortbildung der Gerechtigkeit“ zu nennen<sup>2)</sup>. Nur soweit dürfen wir gehen, daß wir den starren Buchstaben des Gesetzes nicht zum Götzen erheben. Die Gerechtigkeit ist von feinerem Bau als der Buchstabe des Gesetzes. In ihrem weiten Bereich geht auch der Billigkeitsgedanke in seiner wahren, gesunden Bedeutung restlos auf<sup>3)</sup> und führt zu der notwendigen Berücksichtigung der besonderen Umstände des einzelnen Falles. In dieser Funktion rechtfertigt er den Ausspruch Bodins: „La loi sans l'équité est un corps sans âme d'autant qu'elle ne touche que les choses générales et l'équité cherche les circonstances particulières“<sup>4)</sup>, und entspricht der Auffassung, die man in England von der Aufgabe der equity als eines Aufflusses des Rechtsgewissens des Richters hegt. Erst in dieser geläuterten Bedeutung wird er für die Rechtsprechung brauchbar, denn er entspringt der Idee der Gerechtigkeit im höheren, im dynamischen Sinn.

Dieser geläuterte Gerechtigkeitsgedanke bildet den höchsten Zweck des Rechts<sup>5)</sup>. Erst in der Gerechtigkeitsidee findet das positive Recht als Kulturnotwendigkeit seine Rechtfertigung<sup>6)</sup>. Sie bildet den „Ewigkeitskern“ allen Rechts, denn es gibt nach Radloffs treffenden Worten kein Recht, das nicht mindestens den Anspruch erhebt, gerecht zu sein<sup>7)</sup>. Darum stellt auch Paul Scholten in seiner Gedenkrede fest, daß die Gerechtigkeit der „Sinn des Rechts“ sei<sup>8)</sup>.

<sup>1)</sup> Leibniz, *Opera philosophica omnia*, 1840, XXXII. De notionibus juris et justitiae, S. 119 f., und *Causa Dei asserta per justitiam eius*, S. 656; Nr. 50 f.

<sup>2)</sup> Nietzsche, *Menschliches, allzumenschliches*, II; *Der Wanderer und sein Schatten*, S. 217.

<sup>3)</sup> Darum meint Gierke treffend, daß es sich bei der Deutung von „recht und billig“ überhaupt nicht um zwei verschiedene Begriffe handle, sondern lediglich um verschieden geartete Ausprägungen des einheitlichen Begriffes „Recht“, denn die Billigkeit sei nur ein innerhalb des Rechts ausgebildetes und in ihm eingeschlossenes Prinzip der Normgestaltung (Gierke, *Recht und Sittlichkeit*, S. 252). Deshalb hat schon Thomas von Aquino die Billigkeit als einen „Teil der Gerechtigkeit“ bezeichnet (2, 2 qu. 80 ad 4).

<sup>4)</sup> Bodin, *Six livres de la république*, 713.

<sup>5)</sup> § I (I, I) *Codex Theresianus* bezeichnet die Gerechtigkeit ausdrücklich als „Endzweck“ des Rechts (vgl. Zeillers Vortrag bei Ofner, *Urentwurf und Beratungsprotokolle*, I, S. 5).

<sup>6)</sup> Gysin, *Rechtsphilosophie und Jurisprudenz*, S. 27, 45 ff.

<sup>7)</sup> Radloff, *Jur. Wochenschrift*, 1934, S. 68 ff.

<sup>8)</sup> P. Scholten, *a. a. O.* S. 19.

Es war ein schwerwiegender Irrtum, das Recht als bloße „Friedensordnung“ gestalten zu können. Allerdings lebt der Friedensgedanke auch im Recht, aber der Begriff des Rechts erschöpft sich nicht darin und darf nicht allein darauf gegründet werden, denn eine solche Auffassung muß zwangsläufig dazu führen, daß die Rechtsnorm einfach zur Maskierung des reinen Machtgedankens mißbraucht wird<sup>1)</sup>. Kelsen hat die letzten Konsequenzen daraus gezogen, indem er Staat und Gott gleichstellte, nach dessen Beweggründen der Gläubige nicht zu fragen hat, und er hat deshalb die Gründe und die Grundgedanken des Rechts für „metajuristisch“ erklärt. Aber es ist nur ein Götzenbild, das er damit aufgerichtet hat. Es ist keine Friedensordnung, die er verteidigt, sondern ein nackter Diktatfriede, der auch im Privatrecht mit den Zielen des Rechts nicht in Einklang gebracht werden kann.

In dem Verhältnis der Gerechtigkeitsidee zum geltenden Recht liegt das „Grundproblem des Rechts und der Rechtsprechung“<sup>2)</sup>. Die Idee der Gerechtigkeit soll kein „Urbild“ verkörpern, nach dem die positive Gesetzgebung geformt sein und dem sie gleichen soll, denn ein solches Urbild hat es entgegen dem Märchen vom goldenen Zeitalter niemals gegeben. Auch in Zukunft wird die restlose Verwirklichung des Gerechtigkeitsgedankens dem unvollkommenen Menschen immer unerreichbar bleiben. Aufgabe der Gesetzgebung und Rechtsprechung einer Kulturnation muß es aber sein, der Verwirklichung dieses Zieles nach Möglichkeit nahezukommen.

Um das zu erreichen, ist das Zusammenwirken aller drei Elemente der Rechtsidee, also auch der regulativen Prinzipien der Gleichheit vor dem Gesetz und der durch die Zwecke der Allgemeinheit eingeschränkten Freiheit des Einzelnen mit dem Grundgedanken der Gerechtigkeit unerlässlich. Für sich allein ist jeder dieser Gedanken zur Verwirklichung der Rechtsidee unzulänglich. Erst in ihrer Vereinigung und in ihrem Zusammenwirken, in ihrer „Dreieinigkeit“, werden sie zu wahren Trägern der Idee des Rechts<sup>3)</sup>. Schon Platon hat das *δικαιον* als *ισότης* bezeichnet. Kant aber erblickt weit schärfer im Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetz das „Zünglein an der Wage der Gerechtigkeit“<sup>4)</sup>. Dazu reicht die bloße Abwägung der privaten Interessen allein nicht aus, wie vielfach gelehrt wird. Auch eine Gleichheit der Lebensbedingungen ist unerreichbar. Der von Nietzsche an die Stelle des Schlagwortes der Gleichheit gesetzte höhere Gedanke der Gleichberechtigung<sup>5)</sup> aber — und das ist eben die Gleichheit vor dem Gesetz — muß ein wirksames Mittel

1) Swoboda, Das Privatrecht der Zukunft, S. 22 f.

2) Radloff, a. a. O.

3) Swoboda, a. a. O. S. 20.

4) Kant, Rechtslehre, II, S. 174; vgl. dazu Nelson, System der Philos. Rechtslehre und Politik, S. 85.

5) Moeller van den Bruck, Das dritte Reich, 4. Aufl., S. 139.

bilden, um einer Willkür des Gesetzgebers und des Richters vorzubeugen.

Für den materiellen Inhalt dieses Gleichberechtigungsgedankens wird der Gedanke der Freiheit vielfach bedeutungsvoll. Jeder hat wohl sein volles Recht, aber nur nach der Ordnung des Ganzen<sup>1)</sup>. Das ist nicht die Freiheit, die nur ich meine, die nur mir zugute kommt, sondern allen, die also nicht nur bestimmt wird durch die Rücksicht auf den Nebenmenschen, sondern vor allem durch das Wohl der Gesamtheit. Es ist daher eine „Freiheit im soziologischen Sinn“, ein dynamischer Begriff, für dessen Erkenntnis bereits Kant den Grund gelegt hat<sup>2)</sup>.

Wir brauchen ein Privatrecht, das erfüllt ist von sozialem Geiste. Dadurch vermählt sich die Idee des Rechts mit dem Pflichtbegriff, den Kant aufs höchste unter allen Philosophen gestellt hat. Durch ihn erhält sie erst ihr wahres ethisches Fundament, ohne das die Rechtsidee im Sinne der germanischen Rechtsauffassung, aber auch im Sinne des durch unermessliche Leiden der Menschheit geläuterten Rechtsdenkens unserer Zeit undenkbar ist<sup>3)</sup>.

Aus dieser Erkenntnis heraus folgt die notwendige gegenseitige Ergänzung der Gedanken der Einheit und Allheit. Die Interessen der Allgemeinheit gegenüber dem Einzelnen und umgekehrt, die Interessen des Einzelnen gegenüber der Allgemeinheit müssen beachtet werden. Dabei wird naturgemäß dem Gesamtwohl eine höhere Bedeutung zukommen als dem Wohl des Einzelnen. Das bedeutet aber noch keineswegs, daß das Recht des Einzelnen von der staatlichen Ordnung restlos verschlungen wird, denn erst mit der Wohlfahrt der einzelnen Glieder der Volksgesamtheit wird auch das Wohl des Ganzen verbürgt. Eine erschöpfende Formel für diese gegenseitige Beeinflussung und Abgrenzung wird sich niemals finden lassen. Die Lösung des Problems des Verhältnisses von Persönlichkeit und Gemeinschaft ist nach den treffenden Worten Bruno Bauchs eine „ewige Aufgabe“<sup>4)</sup>. Erst durch die Erkenntnis seines dynamischen Gefüges werden wir fähig, diese Lösung im einzelnen

<sup>1)</sup> Natorp, Vorlesungen über praktische Philosophie, S. 452 f.; Gierke, a. a. O. S. 240; Mussolini schildert die allumfassende Mission des faschistischen Staates dahin, daß er sowohl für die Freiheit der Gesamtheit als auch für die Freiheit des Individuums eintrete.

<sup>2)</sup> Swoboda, a. a. O. S. 25 ff.; vgl. Resch, Zur Soziologie der Freiheit, Arch. f. R. u. Wirtsch. Phil., XXIII, S. 36.

<sup>3)</sup> Vgl. Moeller van den Bruck, a. a. O. S. 90. Deshalb stellt P. Scholten (a. a. O. S. 25) fest, daß die bloße „Rationalisierung“ allzeit einen Rest übrig lasse und das Ethische durch alle logische Form hindurch seine Geltung behaupte.

<sup>4)</sup> B. Bauch, Persönlichkeit und Gemeinschaft, Beitr. z. Philosophie des deutschen Idealismus, II/2, S. 1.

Fall mit Erfolg in Angriff zu nehmen und auf diese Weise das schon von Hegel herausgearbeitete „Zentralproblem des Gegensatzes zwischen Einzelwesen und Gesellschaft“<sup>1)</sup> für die Zwecke des Rechts nutzbar zu machen. In diesem Rahmen wird auch der Friedensgedanke die erforderliche Würdigung finden, ohne in Gegensatz zur Gerechtigkeitsidee zu geraten. Individuum und Gesellschaft sind nach Del Vecchios Ausspruch in einer höheren Synthese zu versöhnen<sup>2)</sup>. Das Individuum darf, wie Schönfeld sagt, nicht erdrückt, nicht ausgelöscht werden, wie es den Lehren des Kommunismus entspricht, aber ebenso entschieden muß die entgegengesetzte Einseitigkeit, der Individualismus der vergangenen Zeit, überwunden werden<sup>3)</sup>.

So wird der Inhalt und Umfang der regulativen Prinzipien des Rechts entscheidend beeinflußt durch die Postulate der praktischen Vernunft. Das durch die Verfassung bestimmte Verhältnis des Einzelnen zur Gesamtheit — und dieses Verhältnis wird auch in den künftigen Verfassungen geklärt werden müssen — liefert uns aber so manchen wertvollen Fingerzeig dafür und zugleich einen Beweis, daß eine strenge Trennung des privaten und des öffentlichen Rechts sich nicht mit den Zielen des Rechts verträgt<sup>4)</sup>. Auch ihre strenge Sonderung ist der römischen Auffassung entsprungen, die zwar der scharfen Herausarbeitung der Gegensätze ihr volles Augenmerk zuwandte, die wertvollen und fruchtbaren „Übergänge“ aber nur zu oft vernachlässigte. Das zeigt der bekannte Ausspruch Ulpians: *publicum jus est, quod ad statum rei romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*<sup>5)</sup>. Aber diese Auffassung, so bestechend sie durch ihre Schärfe klingt, entspricht nicht mehr der modernen Rechtsüberzeugung, genau so wie sie der alten deutschen Rechtsauffassung widersprach, denn bei ihr bleibt ausgeschaltet, was uns für den Begriff und die Bildung des Rechts unentbehrlich scheint: Das Volk und alle engeren Gemeinwesen und Verbände einschließlich der Familien<sup>6)</sup>, die der Allgemeinheit gegenüber als Besonderheiten auftreten, ihren eigenen Gliedern gegenüber aber selbst wieder Gemeinschaften sind, und deren Tätigkeit im Zusammenwirken der einzelnen Glieder eine gesunde organische und wirtschaftliche Ent-

1) Vgl. M. E. Mayer, Rechtsphilosophie, S. 12.

2) G. Del Vecchio, Die Krise des Staates, Arch. f. Rechts- u. Sozialphilosophie, 1934, S. 461.

3) W. Schönfeld, Deutsche Rechtsanschauung, ebendort S. 477.

4) Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts, II, S. 227.

5) Digesten, I, 1 fr., 1, § 2.

6) Hier wird von besonderem Interesse die im Vorentwurf eines bürg. GB. für Jugoslawien (§ 102) im Rahmen der Vorschriften über die juristischen Personen angeführte „Familiengenossenschaft“ (Zadruga).

wicklung des Ganzen erst ermöglicht. Auch hier offenbart sich die innige Verbundenheit des dynamischen deutschen Rechtsdenkens der alten Zeit und des in gleicher Richtung verlaufenden Rechtsdenkens der Gegenwart und der grundlegende Unterschied beider von der statischen Denkart der Römer<sup>1)</sup>.

Bei der Verwertung der regulativen Prinzipien dürfen wir uns nicht von Überschwänglichkeiten leiten lassen, sondern müssen uns der kritischen Methode bedienen. Das bedeutet nicht, daß wir kleinlich werden sollen. Es sind die höchsten Gedanken unserer Kultur, die in diesen regulativen Prinzipien verankert sind. Sie dürfen nicht kleinlich aufgefaßt und zerfasert werden<sup>2)</sup>. Nur dann werden sie entsprechend ihrem Ursprung wahrhaft philosophisch erfaßt. Nur dann erkennen wir ihre dynamische Natur und ihre welthistorische Sendung. Ihr Inhalt und Umfang aber wird bestimmt durch die Stufe der Kultur, welche das Volk in einer bestimmten Zeitperiode erreicht hat und durch die dadurch bedingte Struktur seiner Gesellschaftsordnung.

Der Materialismus hat die Leitgedanken des Rechts als „inhaltsleer“ mit Hohn und Spott überschüttet, weil er ihr innerstes Wesen verkannte und sie daher nicht dynamisch, sondern rein statisch auffaßte und durch den Nachweis der Unmöglichkeit, aus ihnen ein für allemal feststehende Begriffe zu formen, auch den Beweis für ihre juristische Unbrauchbarkeit erbracht zu haben glaubte. Die in der historischen Schule herangebildeten Juristen waren eben gewohnt, nur mit starren Begriffen zu arbeiten und deshalb lag ihnen der Gedanke vollständig fern, Leitgedanken mit dynamischem Inhalt anzuerkennen. Kelsen ist schließlich soweit gegangen, sogar die Gerechtigkeit als einen außerhalb des Rechts stehenden Begriff, als „metajuristisch“ abzulehnen, und es als Aufgabe der Rechtswissenschaft zu bezeichnen, das Recht von diesem Element zu „reinigen“. Das führte naturgemäß zu einer entschiedenen Abkehr der Rechtswissenschaft vom Volk und es ist nur ein Zeichen dafür, daß das Rechtsempfinden der Bevölkerung ein gesundes geblieben ist, wenn sie für solche Abwege der gelehrten Juristen kein Verständnis aufzubringen vermochte. Wieder zeigt sich die Wahrheit des Ausspruches Bacons: *Vox populi habet aliquid Divinum*<sup>3)</sup>. Wie kann man sich vermessen, die Gerechtigkeit aus dem Bereiche des Rechts ausschalten zu wollen, in unserer Zeit, in der die Sehnsucht nach Gerechtigkeit die ganze Welt erschüttert, in der der Ruf nach Gerechtigkeit nach Paul Scholtens treffendem Ausspruch<sup>4)</sup> zugleich der Ruf nach der Möglichkeit eines menschen-

<sup>1)</sup> Vgl. Schönfeld, a. a. O. S. 479.

<sup>2)</sup> Swoboda, a. a. O. S. 30.

<sup>3)</sup> Bacon, *De dignitate et augmentis scientiarum*, VI, 3.

<sup>4)</sup> P. Scholten, a. a. O. S. 30 f.

würdigen Lebens für ganz große Gruppen von Menschen ist und in welcher uns daher das Gewissen selbst die Pflicht auferlegt, über alle mangelhafte Skepsis hinweg unser ganzes Streben dahin zu richten, daß die Gerechtigkeit auf dem Gebiete des Rechts, soweit es uns irrenden Menschen möglich ist, verwirklicht werde.

Es ist eine der wichtigsten Aufgaben unserer Zeit, wieder Einheit herzustellen zwischen Volk und Recht. Dazu hilft uns die Rückkehr zu den leitenden Ideen des Rechts, vor denen das Volk auch heute noch die Ehrfurcht empfindet, die der ehrliche Mensch den höchsten Errungenschaften der Kultur entgegenbringt. Dem Fortschreiten der Kultur dienen auch die großen Grundgedanken des Rechts. Es sind keine weltfremden, sondern weltbewegende Gedanken<sup>1)</sup>. Dessen muß die Rechtswissenschaft eingedenk bleiben. Das Ergebnis der planmäßigen Vernachlässigung dieser Grundgedanken findet einen erschütternden Ausdruck in der Feststellung Schweitzers, daß die Juristen das Recht verkommen ließen<sup>2)</sup>. Dabei erinnern wir uns der von Nietzsche aufgeworfenen Frage: „Wohin, wohin, wozu alle Wissenschaft, wenn sie nicht zur Kultur führen soll?“<sup>3)</sup> Diese Aufgabe muß auch der Rechtsgelehrte und vor allem der Gesetzgeber und der Richter sich vor Augen halten. Sie alle müssen wieder begeisterungsfähig sein, sich aber dabei nicht nur als Stürmer und Dränger gebärden, sondern auch bei der Verwertung der leitenden Gedanken des Rechts die strengste Kritik üben, aber Kritik im Dienste des Lebens, also nicht etwa im Dienste des Skeptizismus, im Dienste des Geistes der Verneinung, den Kant auf das schärfste verurteilte und dem er vorwarf, daß er die Grundlagen aller Erkenntnis untergrabe, um womöglich nirgends Zuverlässigkeit und Sicherheit übrig zu lassen<sup>4)</sup>, sondern, um wieder mit Nietzsche zu sprechen<sup>5)</sup>, im Dienste einer sich selbst bejahenden Macht, einer freudigen Lebensbejahung und nicht im Sinne der aus der Verzweiflung geborenen Stellungnahme Spinozas. In dieser Forderung treffen sich Kant und Nietzsche.

Was darin zutage tritt, entspricht der germanischen Lebensauffassung, aber auch der Lebensauffassung der vorwärts drängenden

<sup>1)</sup> M. E. Mayer, a. a. O. S. 5. Die Verwirklichung der Kulturwerte ist der ideale Endzweck des Staates, Kornis, Arch. f. Rechts- und Wirtsch.-Philos., XXVI, S. 185.

<sup>2)</sup> Schweitzer, Vorrede zum 2. Teil Kultur und Ethik.

<sup>3)</sup> Nietzsche, Unzeitgemäße Betrachtungen, I, S. 55; Potthof, Arch. f. Rechts- und Wirtsch.-Philos., XX/3, S. 457.

<sup>4)</sup> Kant, Kritik der reinen Vernunft, S. 357; Swoboda, Das ABGB. im Lichte der Lehren Kants, S. 46.

Schon Bacon erblickte das größte Hindernis gegen den Fortschritt der Wissenschaften in der herrschenden Hoffnungslosigkeit und Voraussetzung der Unmöglichkeit, weiterzukommen. Bacon, Novum organon, Aph. 92.

<sup>5)</sup> Nietzsche, a. a. O. II, S. 32 f.

modernen Zeit und sie liegt bereits der Feststellung Kants zugrunde, daß das menschliche Geschlecht sich in Ansehung der Kultur beständig im Fortrücken, als dem Naturzwecke desselben befinde und daß dieses zwar bisweilen unterbrochen, aber nie abgebrochen werde<sup>1)</sup>. Darin offenbart sich nach Kinkels<sup>2)</sup> treffender Bemerkung Kants innere Verwandtschaft mit Lessing, der ebenfalls an die sich steigernde Vollkommenheit des Menschengeschlechts glaubte<sup>3)</sup>, aber auch der grundlegende Gegensatz beider zu der Lehre Moses Mendelssohns, daß die Menschheit im Ganzen betrachtet, immer auf der gleichen sittlichen Stufe bleibe<sup>4)</sup>.

Wenn die Menschheit den Glauben an einen kulturellen Fortschritt aufgibt, dann verneint sie damit zugleich ihre Daseinsberechtigung, dann verlieren ihre Führer jede Schwungkraft, denn eine Führung muß aufwärts gerichtet sein. Dann versinkt die Menschheit im niederen Materialismus, dann geht die Ehrfurcht vor der Menschenwürde und ihren Geboten verloren, dann werden alle Urinstinkte der Massen wachgerufen, die nur zum Zusammenbruch führen können. Es ist die Pflicht der geistigen Lenker des Volkes, es vor einem solchen Niedergang zu schützen, ihm kulturelle Hochziele zu zeigen, die des Aufgebotes aller Kraft wert sind, seine Begeisterung dafür wachzurufen und auch auf jedem Gebiete der Wissenschaft sich von diesem Drang nach vorwärts und aufwärts leiten zu lassen.

Das gilt auch für das Gebiet des Rechts. Auch bei der Schöpfung seiner Vorschriften und bei deren Anwendung muß dieser Drang lebendig bleiben und dazu helfen uns die leitenden Prinzipien des Rechts. Immer aber muß unser Bestreben dahin gerichtet sein, nicht bei theoretischen Erörterungen allein Halt zu machen, sondern praktische Ergebnisse und Formulierungen zu gewinnen.

Die Dreieinigkeit dieser Elemente der Rechtsidee bringt uns die Notwendigkeit der einheitlichen Gestaltung des Rechts zum Bewußtsein. Über allem Gegensatz müssen wir nach Gierkes Mahnung die Einheit suchen. Wir können mit dem großen germanischen Gedanken der Einheit alles Rechts nicht brechen, ohne unsere Zukunft aufzugeben<sup>5)</sup>. Aus dieser Einheitlichkeit des Rechts aber ergibt sich auch die Notwendigkeit des harmonischen Zusammenklanges seiner Bestimmungen. Die Eigenschaft der Har-

<sup>1)</sup> Kant, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie usw., Phil. Bibl., Bd. 37, S. 139 ff.

<sup>2)</sup> Kinkel, Kantstudien, 1929, S. 405.

<sup>3)</sup> Lessing, Die Erziehung des Menschengeschlechts, 1780, § 85; Kürschner, Deutsche Nationalliteratur, Bd. 69, S. 368.

<sup>4)</sup> M. Mendelssohn, Jerusalem, II, S. 44 ff. und dagegen Kant, a. a. O. S. 138 ff.

<sup>5)</sup> Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, S. 7, 12 f.



monie gehört zur inneren Güte der Gesetzgebung. Nur durch sie wird auch auf dem Gebiete des Privatrechts jene „Architektonik“ verwirklicht, die Kant als das Ziel jeder wissenschaftlichen Methode bezeichnet. Auch das System des Privatrechts muß gekennzeichnet werden durch die geistige Einheit der mannigfaltigen Erkenntnisse unter einer Idee. Eine solche architektonische Einheit bewirkt erst das Sinnvolle der Rechtsordnung, ohne ihren materiellen Inhalt zu vernachlässigen. Deshalb bildet auch die Eigenschaft der Harmonie eines der regulativen Prinzipien der Gesetzgebung und Rechtsanwendung. Mit den drei großen Ewigkeitswerten der Rechtsidee wird sie entscheidend für die Gestaltung des Rechts<sup>1)</sup>. Auch ihre Funktion greift weit hinaus über das Gebiet des Privatrechts. Auch sie läßt uns erkennen, daß nicht nur die Einheitlichkeit auf dem Gebiete des Privatrechts selbst beachtet werden muß, sondern die harmonische Einfügung in das gesamte System des Rechts<sup>2)</sup>. Sie verbürgt erst den wissenschaftlichen Charakter der Verwertung der Elemente der Rechtsidee und wird zum notwendigen Bestandteil des Fundaments der Rechtswissenschaft. Sie verbürgt uns auch ein gedeihliches Zusammenwirken der dynamischen und der statischen Denkweise. Die dynamische Rechtslehre soll das Statische im Recht durchaus nicht völlig verdrängen, denn der harmonische Ausgleich beider Richtungen unseres menschlichen Denkens ist notwendig, um ein gesundes Ergebnis zu zeitigen<sup>3)</sup>.

---

<sup>1)</sup> Swoboda, Das Privatrecht der Zukunft, S. 31 ff.; Del Vecchio, *Sui principî generali del diritto*, §§ 3 f.; Stammler, *Zeitschrift f. Rechtsphil.*, 1929, S. 25 f.

<sup>2)</sup> Swoboda, Das ABGB. im Lichte der Lehren Kants, S. 155 f.

<sup>3)</sup> Swoboda, Die Neugestaltung der Grundbegriffe, S. 68; Fehr, a. a. O. S. 26; Schmelzeisen, *Arch. f. d. zivil. Praxis*, Bd. 136, S. 43 f. Haesaert (*Pandectes périodiques*, 1933, p. 394): „pour rendre au droit une vitalité qui avait paru, sous l'influence de l'école du droit positif, sinon compromise, du moins ralentié.“

### III. Die Funktionen der regulativen Prinzipien.

Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es, auch die Funktionen, welche die im vorigen Abschnitt geschilderten regulativen Prinzipien zu erfüllen haben, in möglichst plastischer Klarheit und Schärfe herauszuarbeiten. Diese Funktionen umfassen alle 3 Gebiete des Rechts: seine Entstehung, daher das Gebiet der Gesetzgebung, seine Erforschung und Anwendung und daher den Bereich der Auslegung des Gesetzes und schließlich zur Ergänzung des geltenden Rechts jenes Gebiet, auf dem das Gesetz die Antwort überhaupt schuldig bleibt<sup>1)</sup>.

Die drei großen Elemente der Rechtsidee, die sich im Sinne Kants zu einer höheren Einheit, zu einem höheren Rechtsbegriff, verbinden, kennzeichnen den Zweck und den Sinn des Rechts und zu ihnen gesellt sich der weitere Leitgedanke der Harmonie. Diese vier großen Grundgedanken haben für das werdende Recht als regulative Prinzipien zu dienen, als Richtschnur und Schranke der Gesetzgebung;

für das geltende Recht als Mittel der Auslegung auf dem weiten Gebiete des Zweifels, also niemals gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes und

auf dem Gebiete der Lücken des Gesetzes als unmittelbare Rechtsquelle, als unversiegbarer Quell des sich stets erneuernden Rechts<sup>2)</sup>.

Die erste dieser drei Funktionen bietet dem Gesetzgeber selbst den für die Kulturzwecke des Rechts unentbehrlichen obersten Beurteilungsmaßstab<sup>3)</sup>. Nur mit seiner Hilfe gelingt es ihm, die notwendige architektonische Einheit des Rechts zu verwirklichen. Eine Bestimmung über diese Funktion der regulativen Prinzipien gehört aber nicht in den Rahmen des Privatrechts, sondern in das

<sup>1)</sup> Zitelmann, Lücken im Recht, S. 27.

<sup>2)</sup> Swoboda, Das Privatrecht der Zukunft, S. 53 ff., zustimmend Manigk, Jherings J., 83, S. 3. Vgl. meinen Sonderbericht über die Bedeutung der verschiedenen Quellen des Rechts für den intern. Kongreß für Rechtsvergleichung im Haag 1932, Österr. Richterzeitung, 1933, S. 56 ff. Ins Französische übertragen in den Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1934 p. 197 ss.

<sup>3)</sup> Vgl. Gysin, Rechtsphilosophie und Jurisprudenz, S. 27.

Verfassungsrecht. Sie sichert die objektive Verankerung dieser Leitgedanken in der Rechtsordnung.

Für die zweite und dritte Funktion der regulativen Prinzipien müssen wir uns zuerst die Frage vorlegen, ob in das Gesetzbuch überhaupt Bestimmungen über die Anwendung des Rechts aufgenommen werden sollen. Das deutsche bürgerliche Gesetzbuch enthält bekanntlich keine Vorschriften über die Auslegung seiner Bestimmungen. Seine Verfasser waren der Anschauung, daß die Erforschung der bei der Auslegung zu beobachtenden Grundsätze der Wissenschaft zu überlassen sei. Dabei beachteten sie zu wenig, daß die Abfassung eines Zivilgesetzbuches, das sich an jeden Einzelnen wendet und in das Leben jedes Einzelnen so tief und so oft eingreift wie kein anderes Gesetz, keineswegs nur eine rein theoretische, sondern vor allem eine hervorragend praktische Aufgabe bildet.

Die Frage, welche Grundsätze den Richter bei der Auslegung des Gesetzes leiten sollen, wie weit er an das Gesetz gebunden ist und wie er dort vorzugehen hat, wo ihn der Wortlaut des Gesetzes im Stiche läßt, gehört aber zu den wichtigsten Problemen des Rechts und eine klare Stellungnahme dazu im Texte des Gesetzes selbst ist für die praktische Auswirkung seines Inhalts und für die Gestaltung der Rechtsprechung überhaupt von der größten Bedeutung, denn von dieser Stellungnahme hängt es ab, ob der Richter bloß eine rechtsprechende Maschine bleiben soll oder ob für ihn die Vorschriften des Gesetzes nach den Worten Kants nicht bloß „mechanische Werkzeuge“ sein dürfen<sup>1)</sup>, sondern ihm eine wesentlich höhere, durch „Selbstdenken“<sup>2)</sup> veredelte Aufgabe anvertraut ist, um die Fragen, die ihm das Leben vorlegt, in befriedigender Weise zu lösen. Damit hängt aber die weitere Frage zusammen, ob und in welchem Maße dem Richter eine „Rechtsfindung“ über den Rahmen des Gesetzes hinaus gestattet und geboten wird. Aus praktischen Gründen also, um der Rechtssicherheit willen, darf das Gesetz namentlich über die letzte Frage sich nicht in Schweigen hüllen, sondern muß ehrlich Farbe bekennen. Das zeigt uns deutlich die in den letzten Jahren in Deutschland eingerissene, von Hedemann wiederholt bitter beklagte „Verweichlichung der Justiz“, die infolge des Mangels derartiger Vorschriften durch eine allzu ausgiebige Anklammerung an die Bestimmung des § 242 des bürgerlichen Gesetzbuches über Treu und Glauben entstanden ist<sup>3)</sup>. Wegen der großen praktischen Bedeutung einer Richtschnur für den Richter bei der Anwendung des Gesetzes hat auch gerade das vorzüglichste Gesetzgebungswerk der letzten Jahrzehnte auf dem Gebiete des Zivilrechts,

<sup>1)</sup> Darin läge ein Mißbrauch seiner Naturgaben. Kant, Was ist Aufklärung? Philos. Bibl., Bd. 33/I, S. 112; vgl. Kant, Kritik der Urteilskraft, § 40.

<sup>2)</sup> Kant, Was heißt sich im Denken orientieren? Philos. Bibl., Bd. 33.

<sup>3)</sup> Vgl. Hedemann, Mitteilungen, Nr. 16, S. 64 f., 52.

das Schweizer. Zivilgesetzbuch, in seinem berühmten Art. 1 dem Richter vorgeschrieben, wie er die Lücken des Gesetzbuches selbsttätig auszufüllen habe, und es hat für diese Stellungnahme das höchste Lob geerntet.

Vielleicht noch nie aber ist es ein so dringendes Gebot der Notwendigkeit gewesen, im Gesetzbuche selbst Klarheit über diese Fragen zu schaffen, wie in unserer Zeit, in welcher der Streit der Meinungen gerade auf diesem Gebiete zwischen den schärfsten Extremen hin- und herwoht. Während man auf der einen Seite eine völlig freie Rechtsfindung fordert und den Richter zum souveränen Herrscher über das Gesetz zu erheben sucht, will man ihm auf der anderen Seite jede Möglichkeit nehmen, sich den Bedürfnissen des einzelnen Falles anzuschmiegen, indem man das positive Recht als rein geometrisches Gebilde darstellt, selbst den Zweck des Gesetzes als „metajuristisch“ aus der wissenschaftlichen Betrachtung ausgeschaltet wissen will und es dem Richter verbietet, bei der praktischen Handhabung der bestehenden Vorschriften auf ihn Bedacht zu nehmen.

Angesichts einer solchen Zerrissenheit der Lehrmeinungen kann ein Stillschweigen des Gesetzes in diesen grundlegenden Fragen des Rechts nicht verantwortet werden. Welche große Bedeutung dem Zweck des Gesetzes und seinen leitenden Gedanken zukommt, hat die neue Gesetzgebung Deutschlands bereits klar erkannt. Das kommt in den Einleitungen zu dem Reichserbhofgesetz und zu dem Gesetz über die Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten mit wohlthuender Bestimmtheit zum Ausdruck<sup>1)</sup>. Diese Stellungnahme steht im erfreulichen Gegensatz zu der Mißachtung, die so lange Zeit den Gründen der Gesetzgebung galt. Die Wandlung der Auffassung über die Bedeutung der leitenden Gedanken des Gesetzes muß auch zur Richtschnur werden für die Neugestaltung des bürgerlichen Gesetzbuches.

<sup>1)</sup> Diese, die Grundgedanken des Gesetzes in plastischen, kurzen, jedermann verständlichen Sätzen hervorhebende Einleitung, die energisch mit der Irrlehre aufräumt, daß die Gründe eines Gesetzes als „metajuristisch“ nicht zu beachten seien, ist hier besonders zu begrüßen, denn sie macht das Volk selbst vertraut mit den großen Zielen der Gesetzgebung und legt damit zugleich den Grund für die angestrebte Volkstümlichkeit des neuen Erbhofinstituts und des neuen Prozeßverfahrens. Diese Einrichtung zieht aber auch die Konsequenzen daraus, daß eine solche Irrlehre sich entwickeln konnte, denn das war nur möglich, weil sich die Motive bisher einerseits oft auf eine frühere Gestalt, einen Entwurf mit teilweise verschiedenem Wortlaut bezogen, während der endgültige Text des Gesetzes infolge der parlamentarischen Beratungen Veränderungen aufwies, andererseits aber diese Motive auch nicht zur allgemeinen Kenntnis gelangten, sondern im Verborgenen, in den Protokollen und deren Beilagen, ein vergessenes Dasein führten und viel zu umfangreich waren, um dem allgemeinen Verständnis zu dienen (vgl. Swoboda, Die Neugestaltung des Zivilprozesses, Deutsche Richterzeitung, 1934/II).

Überall dort, wo der Wortlaut des Gesetzes keine Zweifel offen läßt, bedarf es keiner besonderen Vorschrift über die Grundsätze, die bei der Anwendung der gesetzlichen Vorschriften zu beobachten sind. Allein dieses Gebiet ist ein außerordentlich beschränktes. Die menschliche Sprache ist nicht so eindeutig und die Auslegung eines Satzes läßt regelmäßig eine ganze Reihe von Zweifeln offen. Auf diesem weiten Gebiete des Zweifels muß der Zweck des Gesetzes die Richtschnur sein. Er bildet die Grundlage des Rechts, denn ohne diese Grundlage wird die Rechtsnorm haltlos und zum beliebigen Spiel der denktechnischen Behelfe. Die Anwendung und Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen darf mit dem Zweck des Gesetzes nicht in Widerspruch geraten. Das wird wichtig für die Frage der Anwendbarkeit der so beliebten Hilfsmittel der Analogie und des Umkehrschlusses. Auch die Benützung dieser logischen Hilfsmittel ist immer bedingt durch die Übereinstimmung mit dem Zweck des Gesetzes<sup>1)</sup>. Ohne Rücksicht auf diesen Zweck werden beide gemeinsam zu jener allzu bequemen und stets bereiten Schaukel, die Jung so heftig getadelt hat<sup>2)</sup> und die gerade in der Zeit der Herrschaft des reinen Positivismus zu den größten Mißbräuchen und zur größten Rechtsungleichheit geführt hat. Durch sie können wir über einen Rechtsanspruch beliebig mit Hilfe der Analogie bejahend und mit Hilfe des Umkehrschlusses verneinend entscheiden und es wird der Willkür, dem Gutdünken des Richters, freie Bahn eröffnet. Das verträgt sich nicht mit dem Begriffe des Rechts und seiner Funktion! Es widerspricht den Aufgaben der Rechtsprechung.

Vor allem darf der höchste Zweck des Rechts nicht unbeachtet bleiben, der der Gerechtigkeit<sup>3)</sup>, und mit ihm sind untrennbar verbunden die beiden anderen großen Leitgedanken des Rechts. Um der Gleichheit vor dem Gesetze willen muß die Einheit des Rechts gesichert bleiben. Deshalb tritt aber auch zu den genannten Prinzipien

<sup>1)</sup> Swoboda, Das ABGB. im Lichte der Lehren Kants, S. 171.

<sup>2)</sup> Jung, Das Problem des natürlichen Rechts, S. 130 f.; Gaupp-Stein, Zivilprozeßordnung, 6., 7. Aufl., II, S. 551; W. Sauer (Reichsgerichtspraxis), I, S. 131, verweist auf die „innere Unwahrheit“, die in der Verwendung der Analogie liege, weil sie nur den „Schein des Rechts“ wahre. Dieses scharfe Urteil trifft aber nur dann zu, wenn sie für sich allein, ohne das Korrektiv der regulativen Prinzipien verwendet wird.

<sup>3)</sup> Darum hat auch P. Scholten in seiner Amsterdamer Gedenkrede über „Recht en Gerechtigheid“ festgestellt, daß die Tätigkeit des Richters allzeit mehr sei als bloß logische Arbeit, daß die logische Analyse allein nicht ausreichen könne, sondern der Gedanke der Gerechtigkeit den Richter auch bei der Rechtsanwendung und somit subjektiv bei seiner konkreten Entscheidung leiten müsse, weil es nicht genüge, daß das Gesetz selbst sie objektiv zu verwirklichen suche (S. 19 f.). Die Frage nach der Gerechtigkeit sei also mit der Festlegung des Gesetzes noch nicht erledigt, sie müsse vielmehr auch für dessen Interpretation maßgebend bleiben (S. 15).

als weitere regulative Idee der Leitgedanke der Harmonie des Rechts. Die Auslegung des Gesetzes muß beherrscht werden von dem Prinzip der Einheitlichkeit des Rechts. Der Richter darf besonders auf dem Gebiete der Lücken des Rechts, wenn er die leitenden Grundgedanken zu Rate zieht, den Fall nicht in das freie Feld der Willkür hinüberzuspielen suchen. Auch in diesen Fällen muß er seine Entscheidung harmonisch einfügen in den ganzen Bau des Gesetzes. Die Eigenschaft der Harmonie gehört zur absoluten inneren Güte des Rechts. Nur durch ihre Beachtung wird auch für das Gebiet der Lücken des Gesetzbuches eine einheitliche Rechtsprechung und damit die Rechtssicherheit und Rechtseinheit gewährleistet, die bei einer völlig freien Rechtsfindung unrettbar verlorengehen muß. Darin liegt aber die Schwäche des sonst so vortrefflichen Art. 1 des Schweizer. Zivilgesetzbuches, der den Richter anweist, so zu entscheiden, wie er selbst als Gesetzgeber den Fall entscheiden würde. Wenn jeder Richter einzig und allein nach seinem eigenen Gutdünken die Lücken des Gesetzbuches ausfüllen dürfte, dann kämen wir nicht nur zu einer Verländerung des Rechts, sondern das Recht würde verschieden gestaltet selbst nach Gerichtsorten und Gerichtsabteilungen. Das darf nicht sein. Es würde dem Grundgedanken der Gerechtigkeit widersprechen, die untrennbar verbunden ist mit jenem der Gleichheit vor dem Gesetz. Der Hinweis auf die bewährte Lehre und Überlieferung des Art. 1 des Schweizer. Zivilgesetzbuches reicht allein noch nicht aus. Das wird auch neuestens in der schweizerischen Rechtswissenschaft wohl erkannt und deshalb von ihr eine verständnisvolle einschränkende Auslegung dieser Ermächtigung des Richters vorgenommen<sup>1)</sup>. Er fällt nicht bloß ein individuelles Urteil, denn nur als „Organ der Gemeinschaft“, die ihm die Macht verleiht, durch seinen Spruch zu binden, findet er in ihrem Namen das Recht<sup>2)</sup>.

Der Richter muß durch die Befugnis zur Verwertung der leitenden Prinzipien des Rechts auf dem Gebiete der Lücken die Möglichkeit, aber auch die Pflicht erhalten, das Recht im Geiste des Gesetzes fortzuentwickeln. Aber eben deshalb darf seine Rechtsfindung

<sup>1)</sup> Deshalb betont Hafter (Personenrecht, in Gmür, Komm. z. schw. ZGB., I, 2. Aufl., S. 48) zutreffend, daß der Richter nach „objektiven Gesichtspunkten“ das richtige Recht suchen, daß seine Entscheidung sich in das positive Recht einordnen und dessen Prinzipien anpassen müsse (vgl. Reichel, Festschrift f. Stammler, S. 337 f.). § 6/2 Jugosl. Vorentw., der sich an Art. 1 schw. ZGB. anlehnt, sucht die Ausdrucksweise zu verbessern und weist den Richter an, eine Rechtsregel zu finden, welche der Gesetzgeber selbst herausgegeben hätte, wenn er diesen Fall im Auge gehabt hätte. Das entspricht völlig der Nikom. Ethik des Aristoteles.

<sup>2)</sup> Vgl. P. Scholten, Algemeen Deel, Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, 2. Aufl., 1934, S. 3.

nicht völlig frei sein, sondern sie muß im Sinne der philosophischen Methodenlehre Kants maßvoll beschränkt werden, denn nur dadurch wird es ihm möglich, selbst in diesen Fällen einen sicheren Gang zu tun<sup>1)</sup>. Diese Einschränkung gewährt der Gedanke der Einheitlichkeit des Rechts und damit der Gedanke seiner Harmonie. Auf diese Weise gelingt es nach den Forderungen Rumpfs die schöpferische Kraft der Einzelpersönlichkeit des Richters möglichst auszuwerten, ihn aber zugleich zu zwingen, der Einfügung seiner Entscheidung in ein großes, überpersönliches, höherwertiges Ganzes stets eingedenk zu bleiben<sup>2)</sup>.

Das gilt nicht nur in jenen Fällen, in denen der Wortlaut des Gesetzes zu eng ist, sondern ganz im Sinne der Nikomachischen Ethik des Aristoteles<sup>3)</sup> ebenso für den Bereich der sogenannten verdeckten Lücken, wenn der Wortlaut des Gesetzes zu weit reicht und seine schrankenlose Anwendung daher wieder in Widerspruch geraten müßte mit dem Zwecke des Gesetzes und den leitenden Grundgedanken des Rechts. Die Macht des Richters muß also vernünftig beschränkt bleiben, um die „architektonische Einheit des Zivilrechts“ nicht zu verletzen<sup>4)</sup>. Der Richter soll eindringen in den Geist des Gesetzes. Das bedeutet nicht, daß er seine Weisheit nur aus den Motiven des Gesetzes beziehen soll. O nein! Das Gesetz lebt sein eigenes Leben. Aber der Zweck einer gesetzlichen Vorschrift läßt sich in jedem Falle ermitteln und dabei werden die leitenden Prinzipien des Rechts häufig die zuverlässigen Wegweiser. Auch auf dem Gebiete der Lücken des Rechts soll der Richter nur als Stellvertreter des Gesetzes und daher in dessen Geist die Norm finden, nach der er entscheidet. Wenn daher die Bedeutung der leitenden Grundgedanken im Gesetze selbst festgelegt wird, dann wird damit eine Vollständigkeit des Rechts im höheren Sinne erreicht, also jenes Ziel, das die Gesetzgebung des 18. Jahrhunderts durch das verfehlte Mittel einer kasuistischen Regelung mit Hilfe allzu umfangreicher Gesetze vergeblich herbeizuführen bemüht war, während es nur durch ein in einheitliche Bahnen gelenktes Selbstdenken des Richters verwirklicht werden kann<sup>5)</sup>. Auf diese Weise erst wird ein wahres System der Rechtsfindung durch den Richter geschaffen und der Jurisprudenz auch auf diesem Gebiete der wissenschaftliche Charakter gesichert<sup>6)</sup>.

1) Kant, Was ist Aufklärung, S. 112.

2) Rumpf, Richter und Rechtsprechung, HWB. der Rechtswissenschaft, V, S. 146; vgl. Svoboda Emil, Sborník věd právních a státních 1927, S. 102 f.

3) Aristoteles, Nikom. Ethik E. 14.

4) Zeiller, Vorbereitung zur Gesetzkunde, I, S. 47.

5) Svoboda, Die Tätigkeit des Richters, Richterzeitung der deutschen Richter in der Tschechoslowakei, 1927, Heft 1; ins Tschechische übersetzt von Krcha, Soudecovské listy, 1930, S. 89 ff.

6) Eine solche durch Selbstdenken geadelte Tätigkeit des Richters war auch dem Gedankenkreise der französischen Revolution fremd. Fried-

Dann wird erreicht, was Kant als fernes Ziel schon in seiner Kritik der reinen Vernunft vorzeichnete durch die Forderung, daß „statt der endlosen Mannigfaltigkeit bürgerlicher Gesetze“ deren „Prinzipien“ aufgesucht werden sollen, um dadurch die Gesetzgebung zu „simplifizieren“<sup>1)</sup>. Hier liegt aber auch das Gebiet, auf dem die Ziele der Rechtsphilosophie und der Jurisprudenz selbst im einzelnen Falle der Rechtsprechung sich vereinigen. Im Bereiche der Lücken des Gesetzbuches arbeiten sie Hand in Hand, sind nicht mehr wesentlich voneinander getrennt<sup>2)</sup> und erfüllen zugleich die Gebote der praktischen Vernunft. Es ist ein Irrtum, wenn Binder meint, daß in den Fällen der Lücken des Rechts die „Billigkeit“ den einzigen Ausweg bilden könne<sup>3)</sup>. Das wäre eine allzu unzuverlässige Stütze und könnte ebenso, wie Sauer für die Entscheidungen nach dem Rechtsgefühl feststellt, bloß „Zufallstreffer“ zeitigen<sup>4)</sup>. Die Entscheidung muß vielmehr mit Hilfe systematischer Erwägungen aus den großen Grundgedanken des Rechts im Einklang mit seiner einheitlichen Gestaltung selbst abgeleitet werden.

Deshalb ist es so erfreulich, daß in dem Reichserbhofgesetz ebenso wie in dem preußischen Erbhöfegesetz der Mangel des Schweizer Art. I bereits abgestreift und die Rechtsfindung des Richters nicht als bloß subjektive Aufgabe, sondern durch die großen Zwecke des Gesetzes, durch seine Grundgedanken näher bestimmt wird und daß auch das Gesetz über die Neugestaltung des Zivilprozesses diesem Beispiel gefolgt ist.

Dadurch erfährt die von Hedemann geforderte Disziplinierung des Rechtsdenkens erst ihre Krönung, ohne die zur Meisterung der Probleme des Lebens unentbehrliche Freiheit der Bewegung allzusehr einzuschränken, ein Ergebnis, das wiederum nur durch das gesunde Zusammenwirken statischer und dynamischer Denkweise erreicht werden kann. Dann wird auch die in der Ver-

---

rich der Große hatte in seiner Ordre vom 14. April 1780 den Richtern und Behörden jede geringste eigenmächtige Abweichung vom Wortlaut der Gesetze im Wege der Auslegung bei Vermeidung höchster Ungnade und schwerer Ahndung überhaupt verboten. Noch schärfer aber erklärt Robespierre: „Le mot de jurisprudence doit être effacé de notre langue. Dans un pays, qui a une constitution, une législation, la jurisprudence n'est autre chose que la loi.“ (Vgl. Renard, La valeur de la loi, 1928, S. 138; P. Scholten, a. a. O. S. 3.) Sogar ein Richterkollegium bezeichnete damals die Interpretation der Kommentare als: „fléaux destructeurs de la loi“. (Fernet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil I, 534.)

<sup>1)</sup> Kant, Kritik der reinen Vernunft, S. 296.

<sup>2)</sup> Swoboda, Franz v. Zeiller, S. 51.

<sup>3)</sup> Binder, Philosophie des Rechts, S. 401.

<sup>4)</sup> W. Sauer, Die Wirklichkeit des Rechts, S. 28 ff. Gegen die Gefahren des bloßen Rechtsgefühls vgl. Haff, Arch. f. Rechts- und Wirtsch.-Philos., XVIII, S. 142; M. E. Mayer, a. a. O. S. 84.



gangenheit nur allzu beliebte Betrachtung der Geschehnisse durch die bloße „Paragrafenbrille“ und die darin wurzelnde Scheu vor dem eigenen Urteil glücklich überwunden werden, die statt dessen dem Volk oft nur kalte logische Deduktionen und dialektische Künsteleien bot, denen es verständnislos gegenüberstand.

Deshalb ist es aber auch unerlässlich, daß das bürgerliche Gesetzbuch die großen Grundgedanken des Rechts und ihre Funktionen in seinem Texte selbst festhält. Dazu genügt eine Bestimmung im Sinne des Art. 1 des Schweizer. Zivilgesetzbuches noch keineswegs. § 7 des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches wollte dieses Ziel durch die Verweisung auf die „natürlichen Rechtsgrundsätze“ erreichen<sup>1)</sup> und ebenso der seinem Beispiel folgende Art. 3 der einleitenden Bestimmungen des Codice civile<sup>2)</sup> durch den Hinweis auf die allgemeinen Prinzipien, der auch im neuen italienischen Entwurf aufrechterhalten worden ist<sup>3)</sup>. Diese Ausdrucksweise ist aber, wie die Erfahrung lehrte, zu undeutlich. Das Gesetz muß deutlicher sein, um dem Streit der Meinungen über seine Auslegung nicht allzuviel Nahrung zu geben, und es muß zugleich gemeinverständlich sein, denn es ist für die praktische Anwendung bestimmt. Hier soll eine solche Formulierung wenigstens versucht werden. Eine derartige Bestimmung könnte etwa folgendermaßen gefaßt werden:

„Bei der Anwendung des Gesetzes hat der Richter nicht am Buchstaben seiner Bestimmungen zu haften. Maßgebend ist der Sinn des Gesetzes. Ob es zulässig ist, in jenen Fällen, die im Gesetze nicht oder nicht klar entschieden sind, eine für andere Fälle bestimmte gesetzliche Vorschrift zur Anwendung zu bringen, oder die Unzulässigkeit ihrer Anwendung aus dem Schweigen des Gesetzes über weitere Fälle zu folgern, ist aus dem Zweck des Gesetzes zu erschließen. Wird auf diese Weise noch keine Sicherheit über die zu treffende Entscheidung gewonnen, so sind die leitenden Grundgedanken der Gerechtigkeit, der durch die Zwecke der Gesamtheit beschränkten Freiheit des Einzelnen und der Gleichheit vor dem Gesetz zur Richtschnur zu nehmen. Immer aber muß sich zur

<sup>1)</sup> Swoboda, Franz v. Zeiller, S. 48 ff. Die gänzliche Streichung des § 7 ABGB. im neuen tsch. Superrevisionsentwurf ohne einen zeitgemäßen Ersatz aber ist ein schwerwiegender Fehler. Vgl. darüber Swoboda, Der Wert der einleitenden Bestimmungen des ABGB. und ihre Gestaltung im künftigen bürgerlichen Recht. Brüner „Juristenzeitung“, 1935, H. 1/2, 3.

<sup>2)</sup> Del Vecchio, a. a. O. § 1.

<sup>3)</sup> Deshalb darf man auch nicht in der „Qualität der Richter“ allein das Heilmittel suchen, wenn auch erfreulicherweise die Erkenntnis von der entscheidenden Bedeutung dieser Qualität immer allgemeiner wird (vgl. Radloff, Jur. Wochenschr., 1934, S. 71).

Aufrechterhaltung der Einheit des Rechts auch in diesen Fällen die Entscheidung befriedigend einfügen in den ganzen Bau des Gesetzes.“

Eine solche Bestimmung läßt deutlich erkennen, daß das Gesetzbuch nicht zurück, sondern vorwärts gerichtet ist. In ihr offenbart sich sein dynamischer Charakter entsprechend der Erkenntnis Savignys, daß es auch für das Recht keinen Augenblick eines absoluten Stillstandes gebe, daß es derselben Bewegung und Entwicklung unterworfen sei wie jede andere Richtung des Volkes und daß auch diese Entwicklung unter dem Gesetze innerer Notwendigkeit stehe.

Eine derartige Vorschrift kann auch den strengen Positivisten befriedigen. Sie wird ihm sogar noch unentbehrlicher sein als einem freier eingestellten Juristen. Gerade die Betonung der Positivität alles Rechts erfordert notwendig ein solches „Sicherheitsventil“, denn auch der mit einem gesunden Blick für das Leben und die Wirklichkeit ausgestattete Positivist kann sich der Erkenntnis nicht verschließen, daß es unmöglich ist, im Buchstaben des Gesetzes das ganze Recht zu umschließen. Durch eine solche Bestimmung aber kann der „Dualismus“ überwunden werden, der sonst zwischen dem geschriebenen und dem „richtigen“ Recht besteht und zu den schärfsten und am schwersten abzuwehrenden Angriffen der Positivisten geführt hat. Ja, es gelingt sogar, was bisher niemals auch nur erhofft wurde, die zwischen ihnen und den Anhängern einer freieren Rechtsauffassung bestehende Kluft zu überbrücken! Durch eine solche Bestimmung wird nämlich die Entscheidung nach den leitenden Grundsätzen des Rechts geradezu zur Entscheidung auf Grund der Vorschriften des positiven Rechts, denn das Gesetz selbst gebietet darin dem Richter, sie in den Fällen des Zweifels und der Lücken des Gesetzes zur Richtschnur zu nehmen. Wenn also der Positivist nicht zum Fälscher des Gesetzes werden will, muß er die Bindung des Richters an diesen ausdrücklichen „Gesetzesbefehl“ anerkennen. Die regulativen Prinzipien gewinnen auf diese Weise für ihn die Bedeutung eines „sekundären positiven Rechts“, und zwar sekundär deshalb, weil sie nicht gegen den klaren Inhalt des Gesetzes verwendet werden dürfen<sup>1)</sup>.

Aufgabe der Rechtswissenschaft wird es sein, die Bedeutung dieser drei Funktionen der regulativen Prinzipien der studierenden Jugend und der Praxis eindringlich vor Augen zu führen und damit abzurücken von dem Geiste der Zerfaserung und Zerstörung, der allzulange unter den Juristen herrschend gewesen ist. Das gilt besonders für das Gebiet des Privatrechts, denn nur so kann es gelingen, das Verständnis des Volkes für die Ziele des Rechts wieder zu erwecken und dessen Achtung vor der Tätigkeit der Juristen wieder zu gewinnen.

<sup>1)</sup> Vgl. V. Kubeš, Positivní právo sekundární v občanských zákonících moderních států se zřetelem k osnově českosl. obč. zákoníka, Antrittsvorl., 1934.

## IV. Die Neugestaltung der Grundbegriffe des Privatrechts.

Ebenso wie bei der Klarlegung der leitenden Grundgedanken des Rechts und ihrer Funktionen muß die dynamische Denkweise auch entscheidend einwirken auf die Gestaltung der Grundbegriffe des Privatrechts. Oswald Spengler hat in seinem „Untergang des Abendlandes“ der Rechtswissenschaft vorgeworfen, daß ihre Arbeit im 19. Jahrhundert uns zwar von der Geltung des Justinianischen Codex befreit habe, nicht aber von dessen Begriffen, die erst in Zukunft mit Hilfe unserer eigenen sozialen und wirtschaftlichen Erfahrung durch andere Begriffe ersetzt werden könnten<sup>1)</sup>. Unsere Erfahrung stehe unter dem Eindruck der funktionalen Begriffe der Arbeitskraft, des Erfinder- und Unternehmergeistes, der geistigen, künstlerischen und organisatorischen Energien, Fähigkeiten und Talente, unser Recht aber bleibe ohnmächtig gegenüber den großen Tatsachen der heutigen Wirtschaft, weil es Personen und Sachen nur als Körper kenne und als juristische Statik seiner Aufgabe nicht gerecht werden könne. Das erinnert zum Teil an die Gedankengänge Wilhelm von Humboldts, der schon im Jahre 1791 feststellte, daß die Menschen um der Sachen, die Kräfte um der Resultate willen vernachlässigt worden seien und der deshalb nach dem Manne rief, der für die Gesetzgebung das zu werden bestimmt sei, was Rousseau für die Erziehung wurde<sup>2)</sup>. Wilhelm von Humboldts Abhandlung hat durch ein eigentümliches Mißgeschick 60 Jahre auf die Drucklegung warten müssen und sie hat auch dann infolge der rein materialistischen Einstellung der damaligen Zeit nur wenig Beachtung gefunden.

Auch die Vorwürfe Spenglers sind in den vergangenen Jahren in der Rechtswissenschaft zu wenig gewürdigt worden, wenn sich auch Namen von bestem Klang damit beschäftigt haben. Ich erwähne beispielsweise das Buch von Fehr über „Recht und Wirklichkeit“ und erinnere daran, daß in den Kantstudien des Jahres 1928 die auf die Rechtswissenschaft bezüglichen Ausführungen Spenglers zum wert-

---

<sup>1)</sup> Spengler, a. a. O. II, S. 95 f.

<sup>2)</sup> W. v. Humboldt, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen, Reclam-Ausg., S. 8 und 49.

vollsten Inhalt seines großen Werkes gezählt werden<sup>1)</sup>. Gewiß hat Spengler in seinem Temperament über das Ziel hinausgeschossen und allzusehr verallgemeinert. Der Grundgedanke seiner Vorwürfe aber ist ein durchaus gesunder.

Der gewaltige Fehler der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts bestand darin, daß sie sich bei der Prägung der Grundbegriffe des Privatrechts vielzusehr von den römischen Rechtsvorstellungen aus der Zeit des Niederganges der spätantiken Welt leiten ließ und in übermäßig betontem juristischem Eigendünkel die Bedürfnisse des modernen wirtschaftlichen Lebens kaum beachtete. Von dieser ungesunden Begriffsjurisprudenz müssen wir uns völlig befreien und versuchen, die überlieferten Grundbegriffe durch ihre Neugestaltung und ihren Einbau in die wirtschaftlichen Zusammenhänge der Gegenwart und Zukunft mit neuem Leben zu erfüllen<sup>2)</sup>. Daraus ergibt sich schon, daß sie anpassungsfähig gestaltet werden müssen. Das bedeutet keineswegs, daß die römischen Grundbegriffe wertlos geworden seien. In jedem von ihnen steckt ein unentbehrlicher Kern, dieser Kern muß jedoch entsprechend den geänderten Lebensbedingungen unserer Zeit aus eigener Erfahrung, aber zugleich unter sorgfältiger Ausnützung der Lehren der Vergangenheit verarbeitet, gewandelt und damit wieder neu gewonnen werden<sup>3)</sup>. Mit Hilfe der getreuen Erfassung der Eigenart unserer Zeit sind auch die Grundbegriffe des Rechts dynamisch zu formen, damit sie die Eignung erlangen, den beständig wechselnden Bedürfnissen der Wirtschaft sich selbsttätig anzuschmiegen. Dann werden wir auch den freudigen Wiederhall der Bevölkerung ernten und jene Volkstümlichkeit des Rechts neu begründen, die eine der kostbarsten Eigenschaften des alten deutschen Rechts gewesen ist<sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> Kantstudien, 1928, S. 272.

<sup>2)</sup> Vgl. Swoboda, Neugestaltung der Grundbegriffe; derselbe, Sonderbericht zu dem Beratungsgegenstand „Der Einfluß römischer und germanischer Elemente in den modernen Rechtssystemen“ für den internat. Kongreß für Rechtsvergleichung im Haag 1932, Not. Z. 1933, S. 38 ff., 62 ff.

<sup>3)</sup> Swoboda, Neugestaltung der Grundbegriffe, S. 119 ff.; Schönfeld, Archiv f. Rechts- u. Sozialphilosophie 1934, S. 469.

<sup>4)</sup> Vgl. den auf Grund meines Referates auf dem 2. Deutschen Richtertag in Karlsbad (1930) einhellig beschlossenen Leitsatz: „Die dynamische Weltanschauung der Gegenwart ist durch den verständnisvollen Ausbau der dynamischen Grundbegriffe im Rechte selbst zu verankern, um dem Richter die Anpassung an die Bedürfnisse des modernen wirtschaftlichen Lebens zu ermöglichen.“ (Verhandlungsschrift, S. 105.)

## V. Der Begriff der Persönlichkeit.

### a) Der dynamische Persönlichkeitsbegriff.

Zutreffend hat Spengler festgestellt, daß der körperlich gedachte Personenbegriff des antiken Rechts mit Notwendigkeit aus der antiken Auffassung des öffentlichen Daseins und der dadurch begründeten notwendigen Verbundenheit der Person mit dem Körper des Staates, der Polis, folgte<sup>1)</sup>. Nach griechischer Anschauung war das Individuum zwar mit eigener Wesenheit, aber nicht mit wahrer rechtlicher Persönlichkeit ausgestattet. Was der Einzelne an Rechten und Pflichten hatte, besaß er nach der damaligen Auffassung nur als „Teil des Ganzen“ kraft der für das Gemeinwesen bestandenen Ordnung<sup>2)</sup>. Das galt noch für den Persönlichkeitsbegriff Platons, denn auch bei ihm geschah die Erklärung dieses Begriffes erst vom Staate her, daher im Rahmen seines Staatsbegriffes<sup>3)</sup>. Aus dieser Einstellung heraus erklärt sich auch im römischen Recht die Einschränkung der Personeneigenschaft auf die Bürger im damaligen staatsrechtlichen Sinn und der uns unbekannt, nach römischem Recht mögliche Übergang der Person zur Sache, denn die Eigenschaft der Person konnte durch *capitis deminutio* verlorengehen und umgekehrt die Sache zur Person werden bei Freilassung eines Sklaven<sup>4)</sup>. Die volle Entfaltung der Rechtssubjektivität auf dem Gebiet des Privatrechts aber blieb auf den *paterfamilias* beschränkt<sup>5)</sup>. Auch diese „*persona*“ war daher ein spezifisch antiker Begriff, der nur innerhalb der antiken Kultur Sinn und Geltung besaß, weil er nur in der damaligen Auffassung des öffentlichen Daseins begründet war. Wie tief diese im Laufe vieler Jahrhunderte gefestigte Überzeugung wurzelte, erhellt daraus, daß selbst die Lehren des Christentums in dem rein christlichen Spätrom keine Änderung darin herbeizuführen vermochten und daher auch im *Corpus juris* die Bestimmungen des antiken Rechts, die einen Großteil der Menschen zum bloßen Rechtsobjekt erniedrigten und ihm daher die Personeneigenschaft verweigerten, aufrechterhalten worden

1) Spengler, a. a. O. II, S. 69.

2) Gierke, *Gen. Recht*, III, S. 11.

3) Stenzel, *Platon der Erzieher*, S. 111.

4) Jörs, *Geschichte und System des römischen Privatrechts*, S. 47 ff.

5) Gierke, a. a. O. III, S. 36 f.

waren, was nach der Rezeption des römischen Rechts in verhängnisvoller Weise dazu benützt wurde, um die Leibeigenschaft vieler Millionen zur vollen Unfreiheit auszubauen<sup>1)</sup>.

Damit haben allerdings die aus den Gedankengängen der Aufklärungszeit geborenen großen Geisteskämpfe gründlich aufgeräumt. Aber der den Forderungen eines schrankenlosen Individualismus angepaßte Personenbegriff des römischen Rechts<sup>2)</sup> wurde auch dann noch aufrechterhalten und ist auch für das Personenrecht des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches und des Schweizer Zivilgesetzbuches charakteristisch geblieben. Er beherrscht aber nicht minder die Entwürfe des künftigen tschechoslowakischen, polnischen, jugoslawischen und ungarischen bürgerlichen Rechts.

Hier gilt es, Wandel zu schaffen. Auch bei dem Aufbau des Begriffes der Persönlichkeit muß die Eingliederung des Einzelnen in das System der Gesamtheit im heutigen Sinn maßgebend werden, die wegen ihrer Ziele als eine „Einheit“ in höherer Bedeutung aufzufassen ist. Denn erst im Zeichen des allem Recht zugrundeliegenden Gemeinschaftsgedankens findet der Begriff der Persönlichkeit seine Vollendung<sup>3)</sup>. Damit treten aber auch die dem Einzelnen gegenüber der Gesamtheit obliegenden Pflichten in den Vordergrund. Schon Kant hat den Begriff der Persönlichkeit durch die Gebote der Pflicht geadelt, die er nach deutscher Rechtsauffassung untrennbar damit verknüpfte. Darum ruft er aus: „Pflicht, du erhabener großer Name, der du nichts Beliebtes, was Einschmeichlung bei sich führt, in dir fassst, sondern Unterwerfung verlangst, doch auch nichts drohest, was natürliche Abneigung im Gemüte erregte und schreckte, um den Willen zu bewegen, sondern bloß ein Gesetz aufstellst, welches von selbst im Gemüte Eingang findet und doch sich selbst wider Willen Verehrung (wenngleich nicht immer Befolgung) erwirkt, vor dem alle Neigungen verstummen, wenn sie gleich insgeheim ihm entgegenwirken, welches ist der deiner würdige Ursprung,

<sup>1)</sup> Swoboda, Das ABGB. im Lichte der Lehren Kants, S. 16, 108. Im Gegensatz dazu hat Eike von Repkows Sachsenspiegel (III, 42) verkündet, daß der nach Gottes Bild geschaffene Mensch frei sei. Hat doch schon Lucanus die Freiheit als „Germanum bonum“ bezeichnet (Lucanus, Bellum civile, VII, 435). Montesquieu hat im Einklange damit die Ursitze der Freiheit in Germaniens Wälder verlegt und ebenso lehrte Guizot, daß die Germanen der Welt die Idee der persönlichen Freiheit brachten, die bei ihnen heimisch gewesen sei, daß sie diesen Gedanken in die Wiege der neueren Zivilisation legten, in der er die herrlichsten Früchte als einer der Grundstoffe dieser Kultur getragen habe (Guizot, Allgemeine Geschichte der Europäischen Zivilisation, 2. Vorlesung; vgl. dazu Goethe in seinem Gespräche mit Eckermann am 6. April 1829).

<sup>2)</sup> Gierke, a. a. O. III, S. 36.

<sup>3)</sup> Vgl. Tartarin-Tarnheyden, Staat und Sittlichkeit, Kantstudien, 1930, S. 53.

und wo findet man die Wurzel deiner edlen Abkunft, welche alle Verwandtschaft und Neigungen stolz ausschlägt und von welcher Wurzel abzustammen, die unnachlässliche Bedingung desjenigen Wertes ist, den sich Menschen allein selbst geben können . . . Es ist nichts anderes als die Persönlichkeit. Der Mensch ist zwar unheilig genug, aber die Menschheit in seiner Person muß ihm heilig sein. In der ganzen Schöpfung kann alles, was man will und worüber man etwas vermag, bloß als Mittel gebraucht werden; nur der Mensch und mit ihm jedes vernünftige Geschöpf ist Zweck an sich selbst.“<sup>1)</sup>

Für Kant ist daher maßgebend der durch die Menschenwürde gegebene Begriff der Persönlichkeit, der durch das Gebot der Pflicht auf eine höhere Stufe gehoben wird<sup>2)</sup> und den er in die Mitte seines Rechtsgebäudes stellt. Deshalb wird nach seiner Lehre die freie Betätigung des Einzelnen im Gegensatz zu den Anschauungen des Liberalismus nicht nur durch die Rücksicht auf den Nebenmenschen, sondern durch die Eingliederung der eigenen Interessen in jene der Gesamtheit eingeschränkt. Darin kennzeichnet sich die dynamische Natur des Persönlichkeitsbegriffes, denn das Maß dieser Einschränkung hängt davon ab, welchen Stand der Kultur die Allgemeinheit erreicht hat und von der dadurch bedingten jeweiligen Struktur ihrer Gesellschaftsordnung.

Damit hat Kant bereits eine Durchgeistigung des Personenbegriffes erzielt, die den Römern vollständig fremd geblieben ist, die aber der moderne Kulturstaat gebieterisch fordert. Dieser neue dynamische Begriff der Persönlichkeit hat nunmehr an die Stelle des rein statisch gedachten Personenbegriffes der Römer zu treten. Aus ihm ist klar zu ersehen, daß Kants Formalismus keineswegs inhaltsleer ist, sondern auch inhaltlich den Begriff der Persönlichkeit neu gestaltet hat<sup>3)</sup>. Kant hat durch dieses Ergebnis aber auch die primitive Auffassung der Naturrechtslehrer, die ein System von bestimmten „angeborenen Rechten“ aufzustellen suchten, und sich in der Aufzählung und Begründung dieser einzelnen angeborenen Rechte erschöpften, die deshalb auch in der Rechtsordnung nichts anderes als ein bloßes „System subjektiver Rechte“ erblickten, siegreich überwunden<sup>4)</sup>. Die dadurch erzielte Vertiefung des Begriffes der Persönlichkeit steht mit der soziologischen Gestaltung des Freiheits-

1) Kant, Kritik der praktischen Vernunft, Philos. Bibl., Bd. 7, S. 104. In dieser „Menschenwürde“ ist es auch begründet, warum wir „Achtung“ nur vor Menschen, niemals vor Sachen empfinden können, mögen diese auch geeignete Gegenstände unserer Zuneigung sein; Kant, a. a. O. S. 92.

2) Swoboda, Das Privatrecht der Zukunft, S. 36 ff.

3) Vgl. Peticone, Il problema morale e politico, S. 121.

4) Das gilt besonders auch gegenüber Achenwall. Vgl. Buchda, Das Privatrecht J. Kants, S. 5 ff., und dazu Swoboda, Jur. Wochenschr. 1930, S. 1841 f., und Arch. f. Rechts- u. Wirtsch.-Philos., XXV, S. 125 f.

gedankens, welche die Freiheit des Einzelnen einschränkt durch die Zwecke der Gesamtheit, im vollen Einklang, entspricht aber auch den Lehren des Christentums durch seine Hochhaltung der Menschenwürde<sup>1)</sup>. Er verpflichtet die Gesetzgeber, die Menschenwürde des Einzelnen zu achten, der im Sinne Kants niemals zum bloßen Objekt, zur bloßen „Maschine“, zur Behandlung als und wie eine Sache entwürdigt werden darf<sup>2)</sup>, wie es der Marxismus in völliger Verkennung des Wertes der Persönlichkeit lehrte, denn nur der Persönlichkeit ist die Welt des Handelns und damit jeder kulturelle Fortschritt zu danken.

Der Begriff der Persönlichkeit erhält aber durch Kant auch einen wahren und positiven Inhalt, der ihn wohlthätig unterscheidet von der in der modernen Rechtswissenschaft üblich gewordenen Definition, daß jeder Mensch „in den Schranken der Rechtsordnung“ Subjekt von Rechten sein könne, denn diese Begriffsbestimmung ist rein negativ und daher für die Ermittlung des Rechts der Persönlichkeit inhaltsleer. Sie bestätigt einzig und allein die Befugnis der Gesetzgebung zur Einschränkung des Rechtsbereiches des Einzelnen, ohne dieser Befugnis irgendwelche Schranken zu ziehen<sup>3)</sup>.

Dieser Persönlichkeitsbegriff kennzeichnet so recht die Entartung der gegen Ende des vorigen Jahrhunderts in der Jurisprudenz herrschend gewordenen Gedankenrichtung. Er ist vor lauter Positivismus rein negativ geworden. Er geht in seiner Überschätzung der Form an den Problemen der lebendigen Wirklichkeit vorbei. Er ist durchaus „geometrisch“ ohne wahren materiellen Inhalt, also ganz im Sinne jener reinen Rechtslehre, nach welcher die Rechtswissenschaft als eine „Geometrie der totalen Rechtserscheinung“ die Rechtsbegriffe nur als „Formen ohne Inhalt“ zu gestalten hat<sup>4)</sup>. Dadurch wird die Definition des Persönlichkeitsbegriffes allerdings überzeitlich. Sie paßt auch für die Zeiten einer fernen Vergangenheit.

Der Personenbegriff des geltenden bürgerlichen Rechts aber muß der lebendigen Gegenwart entsprechen. Deshalb darf er nicht bloß farblos und wertfrei sein, wie es die Technisierungssucht der vergangenen Jahrzehnte erstrebte<sup>5)</sup>. Gerade dieser inhalts-

<sup>1)</sup> Kant, Kritik der praktischen Vernunft, S. 100.

<sup>2)</sup> Kant, a. a. O. S. 104 f.; Fichte, Über die Bestimmung des Gelehrten, Inselbücherei, S. 19.

<sup>3)</sup> Swoboda, Neugestaltung, S. 16. Das gleiche gilt von dem Persönlichkeitsbegriff des neuen tsch. Rev.-E.: „§ 1. Jeder Mensch ist Person im Rechtssinne. § 2. Eine Person im Rechtssinne ist fähig, Rechte und Pflichten in den Schranken der Rechtsordnung zu haben.“ Vgl. darüber Swoboda, Das Recht der Persönlichkeit im künftigen bürgerlichen Gesetzbuch, Richterzeitung der deutschen Richter in der Tschechoslowakischen Republik, 1935/1.

<sup>4)</sup> Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 92 f.

<sup>5)</sup> Kelsen sieht im Recht nur mehr eine „spezifische soziale Technik“



lose, blutleere Persönlichkeitsbegriff bringt uns klar zum Bewußtsein, wie fern uns die Zeit vor dem Weltkrieg liegt, in der niemand ahnte, bis zu welchem Grade der Entrechtung die Einschränkung des Rechts der Persönlichkeit gesteigert werden kann, und die Rechtswissenschaft daher jede Sicherung des positiven Inhalts des Rechts der Persönlichkeit für „überflüssig“ hielt. Wie notwendig eine solche Sicherung ist, haben uns die seither verflossenen Jahre mit erschreckender Deutlichkeit gelehrt und dieser Erfahrung muß auch das künftige bürgerliche Recht Rechnung tragen. Unverkennbar hat die Wertfreistellung der Begriffe zur Übersteigerung der gesetzgebenden Macht, ihrer Umdeutung zur Allmacht beigetragen.

Ein so negativer Personenbegriff widerspricht unserer heutigen Rechtsauffassung. Er widerspricht aber vor allem der Volksüberzeugung. Dabei erinnern wir uns der Feststellung Savignys, daß wir dann, wenn wir beim Suchen des Rechtsbegriffes das Negative an die Spitze stellen, so verfahren, als ob wir vom Zustande der Krankheit ausgehen wollten, um das Gesetz des Lebens zu erkennen<sup>1)</sup>.

Was die Wissenschaft der vergangenen Jahrzehnte als „Begriff des Rechts der Persönlichkeit“ zutage gefördert hat, war wiederum ein Triumph jener aufs höchste gesteigerten Abstraktion, in der sich die Rechtslehre des 19. Jahrhunderts so gern gefiel, die aber dem Volke Steine bietet statt Brot. Auch für sie gilt daher der Ausspruch Porticónes: *È vero, per via di astrazione non si risolvono problemi*<sup>2)</sup>. Was sie festlegt, ist der Personenbegriff, der für alle Zeiten zu brauchen ist, der sich daher gewiß vorzüglich für rechtshistorische Untersuchungen eignet, aber in einem für die Gegenwart bestimmten Gesetzbuch nichts zu suchen hat. Wenn wir diesen Persönlichkeitsbegriff zur Richtschnur nehmen, dann haben wir nicht einmal die Sklaverei überwunden, denn auch für ihre Verwirklichung lassen die unbegrenzten Schranken der Rechtsordnung die Tür offen. Das entspricht allerdings der Rechtsauffassung Kelsens, nach dessen „moderner“ Staatslehre der Staat selbst dann Rechtsstaat bleibt, wenn er dem einzelnen Staatsbürger oder einer ganzen Gruppe von ihnen jede Möglichkeit einer Freiheitsbetätigung raubt<sup>3)</sup>, aber es steht im schneidendsten Gegensatze zu der Rechtsauffassung des Volkes. An diesen Auswüchsen der Lehre Kelsens zeigt sich wieder, wie treffend Paul Scholten urteilte, als er in seiner Gedenkrede feststellte, daß der Begriff des Rechts nicht einzig und allein mit Hilfe staatsrechtlicher Gedankengänge gewonnen werden könne, sondern daß zu seiner befriedigenden Erklärung die Heranziehung

und verwirft im Sinne der „radikal-antiideologischen Tendenz“ der reinen Rechtslehre den Gedanken eines absoluten Rechtswerts völlig. (Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 16 ff.)

<sup>1)</sup> Savigny, Sytem, I, S. 333.

<sup>2)</sup> Perticone, La proprietà e i suoi limiti, S. 74.

<sup>3)</sup> Kelsen, Allgemeine Staatslehre, S. 108.

des Privatrechts unentbehrlich sei<sup>1)</sup>). Es ist also das Zusammenwirken der Lehren aus beiden Rechtsgebieten notwendig, um ein gezieltes Ergebnis zu erzielen. Mit der Aufnahme des oben geschilderten rein negativen Personenbegriffes verleugnen wir alle kulturellen Errungenschaften der letzten zwei Jahrhunderte. Nicht einen so abstrakten, lebensfremden Personenbegriff dürfen wir in ein für die praktische Handhabung bestimmtes bürgerliches Gesetzbuch aufnehmen, sondern jenen Personenbegriff, der dem Rechtsdenken der Gegenwart entspricht und die rechtliche Stellung des Menschen unserer Zeit kennzeichnet. Dazu ist die Festlegung eines positiven Inhalts dieses Begriffes unerlässlich.

Zur Gewinnung eines positiven Inhalts bedarf es einerseits der Aufnahme der „Menschenwürde“ in den Rahmen des Personenbegriffes, andererseits aber einer festeren Verankerung des Rechts der Persönlichkeit mit Hilfe der darauf bezüglichen verfassungsrechtlichen Vorschriften<sup>2)</sup>). In Deutschland sind eine Reihe der sogenannten „Grundrechte“, die in den Art. 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 der Weimarer Verfassung aufgestellt wurden, durch die Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutze von Volk und Staat vom 28. Februar 1933, R.-G.-Bl. S. 83, bis auf weiteres außer Kraft gesetzt worden und einschneidende Änderungen und Einschränkungen auf diesem Gebiete sind auch in anderen Staaten erfolgt. Das ändert nichts daran, daß auch in den künftigen Verfassungen Bestimmungen über das Verhältnis des Einzelnen zur Gesamtheit und damit über den Rechtsbereich des Einzelnen trotz aller durch den Neubau des Staates bedingten Änderungen enthalten sein werden.

Aus dem öffentlich-rechtlichen Charakter dieser Vorschriften folgt durchaus nicht deren Bedeutungslosigkeit für das bürgerliche Recht. Vielfach wird auch die privat-rechtliche Stellung des Einzelnen durch sie entscheidend beeinflußt. Wir müssen auch hier ins Leben greifen, und zwar in das lebendige Geschehen, das uns selbst umgibt.

Wie sehr die den römischen Rechtsanschauungen entnommene völlige Trennung des Privatrechts im Widerspruch steht mit der alten deutschen Rechtsauffassung, aber auch mit der Rechtsüberzeugung unserer Zeit, habe ich schon früher ausgeführt. Hedemann hat zutreffend festgestellt, daß die scharfe Sonderung beider wohl nötig sei für pädagogische Zwecke, daß sich aber die übertriebene Scheidung des öffent-

<sup>1)</sup> P. Scholten, a. a. O. S. 12.

<sup>2)</sup> Schon Gierke hat die Bedeutung der Grundrechte als rechtlich bindende Schranke der Willenssphäre des Staates bezeichnet (Gierke, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, S. 37). Was ihm verborgen blieb, war nur die Bedeutung dieser Grundrechte für das Privatrecht. Darüber die Beratungen des 5. deutschen Juristentages in der Tschechoslowakei in Eger-Franzensbad, S. 337 ff.).

lichen und privaten Rechts als einer der größten und grössten Fehler des vergangenen Jahrhunderts erweise, sobald man sich auf die Höhe einer wahrhaft geschichtlichen oder einer enzyklopädischen Betrachtung erhebe. Wiederrum muß hervorgehoben werden, daß die Schaffung eines bürgerlichen Gesetzbuches keine rein theoretische, sondern vor allem eine praktische Aufgabe ist. Dann kann auch die rein theoretischen Erwägungen entsprungene Sonderung des öffentlichen und privaten Rechts nicht mit abstrakter Schärfe in einem der praktischen Anwendung dienenden Gesetzbuch durchgeführt werden. Das gilt besonders für die innigen Zusammenhänge des bürgerlichen Rechts mit dem Verfassungsrecht. Hedemann hat deshalb bei der Eröffnung der Akademie für deutsches Recht die enge Verbundenheit beider neuerlich mit Nachdruck betont<sup>1)</sup>. Tatsächlich ist ihre strenge Sonderung im bürgerlichen Recht niemals rein verwirklicht worden. Bedeutete doch auch der Art. 11 des Schweizer. Zivilgesetzbuches durch seine Hervorhebung der „Schranken der Rechtsordnung“ nichts anderes als einen Hinweis auf die Beeinflussung des privaten Rechtes durch das öffentliche Recht, denn unter „Rechtsordnung“ war zweifellos auch das öffentliche Recht und vor allem das Verfassungsrecht zu verstehen.

Gewiß wird auch durch die verfassungsrechtlichen Bestimmungen kein ein für allemal unverrückbarer Inhalt des Rechtes der Persönlichkeit festgelegt. Auch sie sind nur Auswirkungen der „regulativen Prinzipien“, welche die Stellung des Einzelnen im Staate bestimmen und eine durch die Zwecke der Gesamtheit eingeschränkte Freiheit verwirklichen wollen. Aber schon die Erkenntnis ihrer Zusammenhänge mit dem bürgerlichen Recht und die Festhaltung dieses Ergebnisses im Texte des Gesetzbuches bedeutet einen wesentlichen Fortschritt gegenüber der bisherigen rein negativen Haltung der Privatrechtswissenschaft in diesen Fragen. Dazu gehört auch die Erkenntnis, daß die regulativen Prinzipien selbst den Inhalt und Umfang des Rechts der Persönlichkeit entscheidend beeinflussen.

Das Verfassungsrecht enthält nun, wie erwähnt, nicht nur Beschränkungen des Rechts der Persönlichkeit, sondern setzt zugleich einen Rechtsbereich fest, der für seinen Inhalt maßgebend sein soll. Das wird auch künftig der Fall sein, denn das Verhältnis zwischen der Gesamtheit und dem Einzelnen und den aus Einzelpersonen gebildeten, zwischen Staat und Einzelperson eingeschobenen Verbänden wird in der Verfassung entsprechend unserer heutigen Rechtsauffassung geklärt werden müssen. In das bürgerliche Recht aber wird im Einklang mit dieser öffentlich-rechtlichen Gestaltung eine Bestimmung aufzunehmen sein, die über die Auswirkungen dieser Gesellschaftsordnung auf den Inhalt des

---

<sup>1)</sup> Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts, II, S. 227.

Rechts der Persönlichkeit keinen Zweifel läßt. Eine solche Bestimmung könnte etwa folgendermaßen gefaßt werden:

„Jedermann ist kraft seiner Menschenwürde als Person im Rahmen des auf Grund der Verfassung festgelegten Rechtsbereiches fähig, Träger von Rechten zu sein. Das Recht der Persönlichkeit wird eingeschränkt durch die Pflichten, die dem Einzelnen gegenüber der Gesamtheit obliegen.“

Eine solche Bestimmung unterscheidet sich sehr wirksam von den allzu unbestimmten „Menschenrechten“ der französischen Revolution, die übrigens auch nur dann als Realität angesehen werden durften, wenn sie durch das öffentliche Recht garantiert wurden<sup>1)</sup>. Durch sie erfährt aber das Recht der Persönlichkeit zugleich die notwendige dynamische Gestaltung. Durch sie wird auch die entscheidende Bedeutung der verfassungsrechtlichen Garantien für den Bereich des Privatrechts festgelegt und ein bedeutungsvoller Fortschritt noch dadurch erzielt, daß die Geltung dieser Garantien auch für das Gebiet des Privatrechts ihre ausdrückliche Bestätigung erfährt.

Die Betonung der Menschenwürde bringt zugleich zum Ausdruck, daß der Genuß des Rechts der Persönlichkeit beeinträchtigt werden kann, wenn der Einzelne selbst seine Menschenwürde in seiner eigenen Person verletzt. Auch damit wird nur die notwendige Übereinstimmung mit der tatsächlichen Rechtslage hergestellt, und wir erkennen, wie treffend Kant die Erfahrungen des Lebens zu verwerten wußte, als er den Imperativ der Pflicht zur Achtung der Menschenwürde in der eigenen Person und in der Persönlichkeit anderer aufstellte. Damit wird auch das Merkmal der „Ehre“ mit dem Begriff der Persönlichkeit verknüpft und die germanische Wurzel dieser Auffassung noch klarer erkenntlich<sup>2)</sup>. Aus ihr ergibt sich mit Notwendigkeit Kants Forderung, daß der Mensch niemals sich selbst wegwerfe und nie sein Recht mit Füßen treten lasse<sup>3)</sup>. Diese männliche Auffassung im Zusammenhang mit der begeisterten Hochstellung der Pflicht aber, zu der Kant in unlösbarer Verbindung mit dem Begriff der Persönlichkeit gelangte, hat durch Vermittlung Fichtes den Opfergeist in der Jugend der Befreiungskriege heranreifen lassen.

Der so gewonnene Begriff der Persönlichkeit ist kein ein für allemal fest begrenzter Begriff. Aber gerade deshalb entspricht er den

1) Quinet, La Revolution, 2. Aufl., S. 194.

2) Dabei erinnern wir uns, daß Montalembert (Geschichte der Mönche des Abendlandes) den Ausspruch tat: „Freiheit und Ehre, das ist es, was Rom und der Welt seit Augustus' Zeiten fehlte und was wir unseren germanischen Vorfahren verdanken.“

3) Windelband, Die Blütezeit der deutschen Philosophie, S. 134.

Bedürfnissen des Lebens. In ihm sind die großen regulativen Prinzipien verankert, die ich früher zu schildern bemüht war.

Durch den Einbau der geschilderten ethischen Werte in den Begriff der Persönlichkeit hat sich Kant weit über den Standpunkt der französischen Revolution erhoben, welche die Menschenrechte nur mit den „physischen Bedürfnissen“ der Menschen begründete, also den Menschen lediglich als „Sinnenwesen“ betrachtete<sup>1)</sup>. Nicht minder offenbart sich aber in diesem Persönlichkeitsbegriff die soziologische Ausgestaltung des Freiheitsgedankens. Im Einklang damit steht die Feststellung Kants, daß die Kultur eigentlich in dem „gesellschaftlichen Werte des Menschen“ bestehe<sup>2)</sup>. Darin kommt bereits seine Erkenntnis zum Ausdruck, daß der Stand der Kultur im gesellschaftlichen Werte des Menschen sich kundgibt. Keine andere Stelle in Kants Werken kennzeichnet vielleicht mit solcher Klarheit seine Überwindung des Individualismus wie dieser schon 1784 in seiner „Idee zu einer allgemeinen Geschichte“ geprägte Satz, denn aus ihm ergibt sich, daß Kant den Wert des Menschen überhaupt nicht mehr vom Standpunkte des Individuums einschätzte, sondern von der hohen Warte der Aufgaben und Ziele „der das Recht verwaltenden bürgerlichen Gesellschaft“<sup>3)</sup>, d. i. also der Gesamtheit des Volkes, und daß er in der Vervollkommnung dieses gesellschaftlichen Wertes zugleich die hohen Ziele der Kultur erblickt, die er mit unübertrefflicher Schärfe von der bloßen „Zivilisation“ unterscheidet, indem er feststellt, daß wir zwar zivilisiert seien bis zum Überlästigen, daß jedoch diese „äußerliche“ Zivilisierung nur auf das „Sittenähnliche“ hinauslaufe, aber nur lauter Schein und schimmerndes Elend zutage fördern könne, solange nicht die wirkliche sittliche Gesinnung (die moralisch gute Gesinnung) erreicht sei<sup>4)</sup>.

In diesem Sinne formt der damals 60jährige Kant die Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht, d. h. der

<sup>1)</sup> Vgl. Moeller vanden Bruck, a. a. O. 4. Aufl., S. 42; Herm. Schwarz, Kant und wir, Greifswalder Universitätsreden, 12, S. 21. Diese Auffassung der französischen Aufklärung äußert sich besonders deutlich bei de la Mettrie (gestorben 1751), der ganz dem Materialismus huldigte, den Menschen nur als sinnliches Wesen gelten ließ, ihn ausdrücklich als „Maschine“ bezeichnete und diese Ansicht in einer besonderen Abhandlung zu begründen suchte (de la Mettrie, Der Mensch eine Maschine, übersetzt von Ritter, Philos. Bibliothek, Bd. 53, S. 17 ff.). Dagegen wendet sich Kant in seiner Schrift: „Was ist Aufklärung? (Philos. Bibliothek, Bd. 33/I, S. 119), weil der Mensch doch „mehr als Maschine“ und „seiner Würde gemäß zu behandeln sei“.

<sup>2)</sup> Kant, Idee zu einer allgemeinen Geschichte, Philos. Bibliothek, Bd. 37/II, S. 8. Auch Spann stellt fest, daß Kant den Lehren der Aufklärung durch seine Pflichtethik, die auf dem bindenden „Über-Dir“ beruhe, überlegen war. (Othm. Spann, Philosophenspiegel, S. 80.)

<sup>3)</sup> Kant, a. a. O. S. 9.

<sup>4)</sup> Kant, a. a. O. S. 14.

Geschichte des kulturellen Fortschritts, und mit der Bescheidenheit des Genies beschränkt er sich darauf, nur einen Leitfadern für die Gestaltung dieser Geschichte liefern zu wollen, während es der Natur überlassen werden sollte, den Mann hervorzubringen, der „ein zweiter Kepler“<sup>1)</sup> imstande sein werde, sie abzufassen. Es ist ein erstaunlicher prophetischer Weitblick, der aus diesen Ausführungen des großen Philosophen hervorleuchtet. Als Sohn seiner Zeit, welche die Bedeutung des völkischen Gedankens noch nicht kannte, zeigte er sich dabei nur insofern, daß er den höchsten Ausdruck der Kultur im „Weltbürgerlichen“ suchte, allein ihm fehlten die Erfahrungen, welche die Menschheit gerade in dieser Richtung seither gemacht hat.

## b) Die Gestaltung des Eherechts.

Dieser geläuterte und durchgeistigte Persönlichkeitsbegriff wird auch von entscheidendem Einfluß auf die künftige Gestaltung des Eherechts werden, denn auch die Familie ist eine Gemeinschaft im kleinen und die dazu gehörigen Einzelpersonen sind nur Glieder eines Ganzen. Auch hier sind daher die gemeinschaftlichen Interessen<sup>2)</sup> zu beachten, die in das richtige Verhältnis zu den Interessen der einzelnen Glieder gebracht werden müssen<sup>3)</sup>. Das Familienrecht der Römer wurde charakterisiert durch die alles beherrschende *Patria potestas*. Die übrigen Glieder der Familie — selbst die großjährigen — konnten deshalb im römischen Privatrecht als selbständige Persönlichkeiten nicht zur Geltung kommen, sondern ihre Persönlichkeit ging, wie Kohler feststellte, in der Familie unter<sup>4)</sup>. Das widerspricht unserer modernen Rechtsauffassung. Es widerspricht ebenso dem oben geschilderten modernen Personenbegriff. Der Gedanke der *Patria potestas* hat sich aus einem praktischen Bedürfnis heraus entwickelt. Er wird auch künftig nicht bedeutungslos werden, denn zur Wahrung der wiederum von Kant mit besonderem Nachdruck hervorgehobenen „gemeinschaftlichen Interessen“ der häuslichen Gesellschaft der Familie ist ein ordnendes Organ unentbehrlich und in der Willensbildung zeigt diese Gemeinschaft eine Besonderheit schon deshalb, weil die werdenden Persönlichkeiten der Minderjährigen ihre Angelegenheiten noch nicht selbständig zu besorgen vermögen und daher gerade im Willen vertreten werden müssen, und zwar kraft

<sup>1)</sup> Kant, a. a. O. S. 4.

<sup>2)</sup> Kant, Rechtslehre, I, § 26.

<sup>3)</sup> Swoboda, Neugestaltung der Grundbegriffe, S. 16 f.

<sup>4)</sup> Kohler, Bürgerliches Recht, Enzykl. der Rechtswissenschaft, 7. Aufl., II, S. 152. Auch hier war die Trennung zwischen Person und Sache noch nicht gefunden, die uns selbstverständlich dünkt, denn darin lag — wie auch Bekker anerkennt — eine „sachenähnliche Behandlung“ der Frauen und Kinder.

Bekker, Zur Lehre vom Rechtssubjekt, S. 8.

rechtlicher Notwendigkeit. Bei der Ehegattin besteht diese Notwendigkeit nicht. Beide Ehegatten sind daher im Gegensatz zu den Lehren des römischen Rechts und zum französischen Recht grundsätzlich als gleichberechtigt anzusehen. Der römische Paterfamilias leitete seine privatrechtliche Selbstherrlichkeit nicht etwa aus seiner Eigenschaft als Haupt eines häuslichen Verbandes der Familie ab, sondern aus dem rein individualistischen Merkmal des homo sui juris<sup>1)</sup>.

Das Verhältnis der Ehegatten zueinander hat bei Kant eine verfehlte, einer Kulturration unwürdige Erklärung gefunden<sup>2)</sup>. Er glaubte, daß die Ehe nur eine Verbindung zur gegenseitigen triebhaften Befriedigung sei. Nach seiner Lehre hat der Mann ein „dinglich-persönliches“ Recht an seiner Gattin und daher den physischen und rechtlichen Besitz an ihr und die Möglichkeit, sie in dieser Beziehung „als Sache“ zu behandeln, wenn sie auch in anderer Beziehung zugleich als Person behandelt werden müsse. Mit dieser Lehre hat Kant gegen die grundlegende Forderung seiner ganzen Philosophie und seiner Rechtslehre im besonderen verstoßen, daß der Mensch niemals bloß als Mittel gebraucht werden dürfe. Er vergaß, daß die Menschenwürde seinem Persönlichkeitsbegriff den sittlichen Charakter verleiht.

Auch das Wesen der Ehe ist ein tief ethisches, und das wird entscheidend für seine rechtliche Bedeutung<sup>3)</sup>.

Das gegenseitige Recht der Ehegatten aneinander ist kein dinglich-persönliches Recht, kein Recht, das die Person irgendwie der Sache gleichsetzt, aber ein Recht nicht nur auf gewisse Handlungen, sondern ein umfassendes Recht auf die Person selbst, aber immer als Person, ohne ihre Menschenwürde anzutasten. Jeder Ehegatte behält daher seine Persönlichkeit, trotz seiner Hingabe an den andern. Durch diese innige Verbindung beider wird keiner von ihnen in irgendeiner Beziehung auf die tiefer liegende und des Menschen unwürdige Stufe der Sache herabgedrückt, sondern im Gegenteil: beide werden höher dadurch gehoben, daß sie „infolge ihrer engen Verbindung“ eine „höhere Einheit der Person“, eine höhere Gemeinschaft bilden. Treffend hat daher auch Savigny auf die „Ergänzung der Individuen durch die Ehe“ und das „in der Familie erweiterte Selbst“ hingewiesen<sup>4)</sup>. Im Sinne der grundsätzlichen Gleichstellung beider Ehegatten wird es liegen, wenn entsprechend den Forderungen einer ganzen Reihe von Juristentagen der Grundsatz der Gütertrennung als gesetzlicher Güterstand festgelegt wird. Die Reformbedürftigkeit des deutschen bürgerlichen Rechts auf diesem Gebiet ist heute all-

1) Gierke, a. a. O. III, S. 39.

2) Kant, Rechtslehre, I, §§ 4, 22, 23, 25, 28 ff.

3) Swoboda, Neugestaltung der Grundbegriffe, S. 26 ff.

4) Savigny, System, I, S. 341, 344.

gemein anerkannt. Beide Ehegatten sollen als freie, gleichberechtigte Menschen ihr vermögensrechtliches Verhältnis zu einander regeln, auch wenn darüber kein dauerndes vertragsmäßiges Übereinkommen zwischen ihnen getroffen worden ist<sup>1)</sup>. Diese Gleichstellung soll aber durchaus nicht zur Lockerung der Bande der Familie führen, deren Festigkeit für den gesunden Aufbau des Staates die größte Bedeutung besitzt.

Es entspricht dem Wesen der ehelichen Gemeinschaft, daß der Mann in der Regel schon aus praktischen Gründen die Verwaltung des Vermögens seiner Frau führt, also gleichsam als „Geschäftsführer“ der zwischen ihnen bestehenden Gemeinschaft. Dieser Tatsache soll auch das Gesetz Rechnung tragen. Es ist nicht gut, wenn allzuviel Vorschriften auf diesem Gebiet getroffen werden und die Unzahl von Bestimmungen, die das deutsche bürgerliche Gesetzbuch dem vermögensrechtlichen Verhältnis der beiden Ehegatten gewidmet hat, trägt vielfach die Schuld daran, daß vermögensrechtliche Streitigkeiten zwischen ihnen so häufig sind. Man muß der Entstehung solcher Streitigkeiten nach Möglichkeit vorbeugen. Je sparsamer das Gesetzbuch dabei mit seinen Vorschriften ist, desto besser wird es sein. Das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch ist mit 5 kurzen Paragraphen ausgekommen<sup>2)</sup> und diese Regelung hat trotz aller Verschiedenheit der Lebensbedingungen zur Zeit seiner Entstehung gegenüber den heutigen Verhältnissen die Zufriedenheit der Bevölkerung in einem Maße gefunden, daß der Wunsch nach einer Änderung eigentlich niemals laut geworden ist<sup>3)</sup>. Ausgehend von dem Grundsatz der Gütertrennung wird die Vermutung ausgesprochen, daß die Frau, solange sie nicht widersprochen hat, die Verwaltung ihres Vermögens dem Manne anvertraut habe. Bei einer Aufkündigung des Verhältnisses seitens der Frau haftet der Mann nur für die Substanz dieses Vermögens, während er andererseits auch keine Aufwendungen darauf aufrechnen darf. Dadurch wird allen unerquicklichen Streitigkeiten ein Riegel vorgeschoben, und

<sup>1)</sup> Vgl. die Beratungen des 5. Deutschen Juristentages in der Tschechoslowakei (Eger-Franzensbad), S. 337 ff. Über die Volksfremdheit des gesetzlichen Ehegüterrechts des deutschen BGB. vgl. Arndt, Deutsches Recht, 1933, S. 99.

<sup>2)</sup> §§ 1237—1241 ABGB.; dazu Swoboda, Neugestaltung, S. 33 ff.

<sup>3)</sup> Und zwar auch nicht bei der Landbevölkerung. Unzufrieden ist die Landbevölkerung nur mit den längst überlebten, vielfach noch aus der Zeit vor dem ABGB. stammenden Formulierungen, welche häufig von Notaren infolge eines unglückseligen Beharrungsvermögens für die Abfassung von ehelich-rechtlichen Verträgen verwendet werden, deren Inhalt nicht selten dem Parteiwillen widerspricht, aber wegen seiner veralteten schwerfälligen Ausdrucksweise von ihnen nicht verstanden wird und dann zu schwerwiegenden Streitigkeiten führt. Das muß ich aus meiner vieljährigen richterlichen Tätigkeit mit Nachdruck bestätigen.



das ist um so wohlthätiger, weil es in der ehelichen Gemeinschaft keine genaue Buchführung zu geben pflegt, sondern das gegenseitige Vertrauen in der Regel auch diese vermögensrechtlichen Beziehungen beherrscht. In ähnlicher Weise sollte die Regelung auch im künftigen deutschen bürgerlichen Gesetzbuch vorgenommen werden. Dann wird das Eherecht entsprechend der germanischen Hochstellung der Frau eine Ausgestaltung finden, die den Römern durchaus fremd gewesen ist, aber das volle Verständnis des Volkes findet.

### c) Die Stellung des unehelichen Kindes.

Die Menschenwürde gebietet auch eine völlig andere Behandlung des unehelichen Kindes, als im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch festgelegt wurde. Schon Kohler hat festgestellt, daß seine Verfasser die Stellung des unehelichen Kindes zu seinem Erzeuger in geradezu erstaunlicher Weise verkannt haben<sup>1)</sup>. Es ist daher begreiflich, daß schon seit Jahren die Bemühungen dahingehen, hier Wandel zu schaffen, aber der von den früheren deutschen Regierungen ausgearbeitete Entwurf<sup>2)</sup> ist geradezu das Muster eines Entwurfes, wie er nicht sein soll. Das zeigt schon seine unerträgliche Langatmigkeit, die volksfremde Sprache, die systemwidrige Einfügung umfangreicher Verfahrensvorschriften, und die gegenüber dem bürgerlichen Gesetzbuch sogar noch gesteigerte Vorliebe für Verweisungen, die im § 1717a ihre Krönung finden, der nicht weniger als 11 Paragraphen und von diesen vielfach wieder nur Absätze „entsprechend“ angewendet wissen will<sup>3)</sup>. Schraut hat auf dem Juristentag in Leipzig die Notwendigkeit einer stärkeren Sorge für das uneheliche Kind betont und dessen vollkommene Gleichstellung mit dem ehelichen, auch in erbrechtlicher Beziehung als wünschenswert bezeichnet, weshalb die der Natur widersprechende Regelung des bürgerlichen Gesetzbuches, wonach das uneheliche Kind nur mit der Mutter, nicht aber mit dem Vater verwandt sei, beseitigt werden müsse und das Kind anderen Kindern des gleichen Vaters gegenüber nicht benachteiligt werden dürfe<sup>4)</sup>.

Mit Genugtuung muß festgestellt werden, daß diese Gleichstellung zum erstenmal im Gesetzbuche des Volkskaisers Josefs II.,

<sup>1)</sup> Kohler, a. a. O. II, S. 4.

<sup>2)</sup> Zuerst erschienen im Reichsarbeitsblatt 1925, S. 459 ff. und dann mit Abänderungen als Regierungsvorlage, IV. Wahlperiode, 1928/29, Nr. 733; vgl. dazu Swoboda, Deutsche Richterzeitung, 1926, S. 343 f.

<sup>3)</sup> § 1717a des Entwurfes lautet: „Auf die im § 1717 bezeichneten Verpflichtungen finden § 1708; Abs. 2, § 1708c; § 1709, Abs. 1, 3; § 1709a, Abs. 1, 3; § 1710, Abs. 1, §§ 1710a; 1711, 1712; § 1713, Abs. 1, Abs. 2, Satz 1; § 1714, Abs. 1, Satz 1, Abs. 2, 4; § 1715 entsprechende Anwendung.“

<sup>4)</sup> Deutsche Richterzeitung, 1933, S. 274.

den man den „Deutschen“ nennt, vom Jahre 1786 ausgesprochen wurde. Das IV. Hauptstück dieses Gesetzbuches bestimmt im § 16: „Hingegen, wenn ein Kind zwar außer der Ehe, doch von zwei unverehelichten Personen gezeuget worden . . . ist das Kind den ehelichen Kindern gleichzuhalten und wird dasselbe von der väterlichen als mütterlichen Seite aller Gerechtsame teilhaft, die den ehelich geborenen Kindern zugestanden sind<sup>1)</sup>.“

Soweit die Vaterschaft anerkannt oder unzweifelhaft festgestellt ist, muß diese Stellungnahme gebilligt werden<sup>2)</sup>.

#### d) Die juristischen Personen.

Die Überwindung der dem antiken Recht angepaßten „Körperlichkeit“ des Personenbegriffes dagegen muß vor allem in der Neuordnung des Rechts der juristischen Personen zum Ausdruck kommen. Schon Zeiller, der Verfasser des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, hat festgestellt, daß für den Begriff einer solchen Vereinigung die „Einheit des Willens“ und „Einheit der Kraft“ maßgebend sei<sup>3)</sup>. Zitelmann erblickte in ihnen „gewillkürte Einheiten“, die der bewußte Einigungswille, d. i. der Wille, eine Einheit zu bilden, charakterisiere und die durchaus wahre Personen seien<sup>4)</sup>. Auch Spengler spricht von den „Einheiten der Kraft und des Willens“<sup>5)</sup>, und die in diesen Verbänden angehäufte Machtfülle hat die märchenhafte wirtschaftliche Entwicklung des vergangenen Jahrhunderts überhaupt erst ermöglicht. Sie sind auch ein unentbehrliches Mittel zum Aufbau des heutigen Staates. Um so größere Aufmerksamkeit muß ihnen der Gesetzgeber zuwenden. Auch auf diesem Gebiete wird wieder eine scharfe Trennung zwischen öffentlichem und privatem Recht unmöglich sein. Im Widerspruch mit der hohen

1) Durch das norwegische Gesetz vom 10. April 1915 wurden die unehelichen Kinder, deren Vaterschaft anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist, den ehelichen Kindern geschiedener Eheleute gleichgestellt, haben Anspruch auf den Namen des Vaters, Unterhalt, Erziehung und Erbteil. Ihr Erbrecht ist nur eingeschränkt hinsichtlich des Anerbenrechts auf Landgüter, des Odelsrechts und eines familienrechtlichen Lösungsrechts auf Landgüter. Das schwedische Gesetz vom 14. Juni 1917 gibt nur dem „Brautkind“ ein Recht auf den Namen des Vaters und ein Erbrecht gegen diesen (vgl. Swoboda, Neugestaltung, S. 23 f.; derselbe, Das ABGB. im Lichte der Lehren Kants, S. 89 ff.).

2) Kant verweist darauf, daß durch den Akt der Zeugung eine Person ohne ihre Einwilligung auf die Welt gesetzt werde, wofür auf den Eltern nun auch die Verbindlichkeit hafte, es, soviel in ihren Kräften sei, mit diesem Zustande zufrieden zu machen. Rechtslehre, I, § 28.

3) Zeiller, Das natürliche Privatrecht, 1802, § 153, S. 163.

4) Zitelmann, Begriff und Wesen der sog. jur. Personen, S. 101 f., 116.

5) Spengler, a. a. O. II, S. 97.

Auffassung, die ihnen die Gegenwart zuteil werden läßt, stand die aus der fernen Vergangenheit übernommene Anschauung Savignys, Puchtas und Windscheids, daß nur die einzelnen Menschen Rechtssubjekte sein könnten, während in der juristischen Person eine bloße „Fiktion“ zu erblicken sei<sup>1)</sup>, eine Lehre, die zuerst im Kirchenrecht durch Innozenz eine scharfe Formulierung gefunden hat<sup>2)</sup>. Das künftige Gesetzbuch muß sich dagegen auf den Boden der organischen Theorie stellen, die in den juristischen Personen „reale Verbandspersönlichkeiten“ erblickt<sup>3)</sup>. Diese Verbandspersönlichkeiten dürfen, abgesehen von den aus dem Fehlen der Körperlichkeit sich notwendig ergebenden Beschränkungen<sup>4)</sup>, in ihrer Rechtsfähigkeit als Rechts- und Willenssubjekt hinter den physischen Personen durchaus nicht zurückstehen<sup>5)</sup>. Sie überragen sie im Gegenteil an Bedeutung und erfordern eine sorgfältige Behandlung im Gesetzbuch, insbesondere auch deshalb, weil ihre Tätigkeit nicht in Widerspruch mit den großen Zielen der Gesamtheit geraten darf, sondern diesen Zielen zu dienen hat. Deshalb wird auf diesem Gebiete der Charakter des sozial durchtränkten Privatrechts viel stärker hervortreten müssen als anderswo. Auch diese im Geiste unserer neuen Zeit gelegene Entwicklung wird im vollen Einklange stehen mit dem germanischen Rechtsdenken und mit seiner unvergleichlichen Vorliebe für das korporative Leben. Gierke hat treffend das Verhältnis des Staates zu den Einzelpersonen und zu den Korporationen dahin gekennzeichnet, daß er die Aufgaben des Schutzes und der Interessenvertretung nach außen, sowie die Verwirklichung und Pflege von Recht und Kultur nach innen im bestimmten Umfang übernehme und löse, somit als höchstes und umfassendstes Gemeinwesen keine Seite des menschlichen Gemeinschaftszweckes grundsätzlich von seiner Wirksamkeit ausschließe, aber die Lebensgebiete der Einzelpersonen und Korporationen auch nicht verkümmern lasse und insoweit nur subsidär in Tätigkeit

1) Vgl. Lehmann, Allg. Teil des BGB., 3. Aufl., S. 381; Schönfeld, Reichsgerichtspraxis, S. 252 f.

2) Innoc. c 57 x, 2, 20, Nr. 5; Gierke, Genossenschaftsrecht, III, S. 279 f.

3) Vgl. Hafter, a. a. O. I, S. 204 f.

4) Namentlich auf dem Gebiete des Familienrechts.

5) Die römischen Juristen haben allerdings den Begriff der juristischen Person in seiner praktischen Bedeutung entdeckt, wenn auch dieser übrigens unzutreffende Name von ihnen nicht geprägt wurde. Das römische Recht stand aber solchen Verbänden aus politischen Gründen nicht günstig gegenüber, obgleich bei der gewaltigen Entwicklung des Verkehrslebens in der Kaiserzeit namentlich die privatwirtschaftlichen Vereine (Korporationen) eine große Rolle im Rechts- und Wirtschaftsleben spielten. Deshalb war auch eine grundsätzliche Gleichstellung der juristischen Personen mit den natürlichen dem römischen Recht ferne gelegen. (Vgl. Baron, Pandekten, 9. Aufl., S. 62; Jörs, a. a. O. S. 52 f.; Mitteis, Römisches Privatrecht, S. 340 ff.)

trete<sup>1)</sup>. Diese engeren Gemeinwesen, die der Allgemeinheit gegenüber als Besonderheiten erscheinen, ihren eigenen Gliedern gegenüber aber selbst wieder Gemeinschaften sind, bieten erst die Möglichkeit, eine große und umfassende Staatseinheit mit einer gesunden Selbstverwaltung und einem gesunden Maß von Freiheit des Einzelnen zu vereinigen<sup>2)</sup>. Dieser Gedanke hat bei den Germanen gleichmäßig das öffentliche und das Privatrecht erfaßt und die gleiche Erkenntnis wird auch in der Gegenwart den gesunden Aufbau des Privatrechts der Kulturnationen gewährleisten. Damit hängt es zusammen, daß solche Organisationen nach Fehrs treffender Feststellung sich „stufenweise“ aufbauen können und daß es daher nicht genügt, entsprechend der statischen romanischen Denkart eine scharfe Trennungslinie zwischen den Begriffen „Gesellschaft“ und „juristischer Person“ zu ziehen, sondern ihrer Funktion das Hauptaugenmerk zuzuwenden, um „wirklichkeitswahrer“ zu denken und so unsere Rechtskenntnis durch die dynamische Erfassung der erstaunlichen Vielgestaltigkeit des lebendigen Geschehens auf diesem weiten Gebiete in früher ungeahntem Maße zu bereichern<sup>3)</sup>.

---

<sup>1)</sup> Gierke, Labands Staatsrecht usw., S. 56. Vgl. Peticone, Appunti di lezioni sulle „persone giuridiche“, p. 53 ss: In questa piramide di sistemi, lo Stato tiene un posto dominante . . . La persona, tanto fisica, che giuridica, soggetto di diritto, è „unità tipica“ reale e storicamente determinata, nel contenuto e nel fine.

<sup>2)</sup> Gierke, Genossenschaftsrecht, I, S. 4 f.

<sup>3)</sup> Fehr, a. a. O. S. 14 f.

## VI. Der dynamische Sachbegriff.

Der streng körperlich gestaltete Sachbegriff des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches hat schon seit der Entstehung des Gesetzbuches zu schweren Vorwürfen Anlaß gegeben. Gierke hat bereits 1889 auf das kulturfeindliche Ergebnis hingewiesen, das die materialistische Beseitigung des dem preußischen allgemeinen Landrecht noch vertrauten Begriffes der unkörperlichen Sache im bürgerlichen Gesetzbuch notwendig mit sich bringen müsse<sup>1)</sup>. Seine Einwendungen wurden aber nicht genügend beachtet. Das war um so bedauerlicher, weil damit ein Ergebnis deutschen Rechtsdenkens aufgegeben wurde, denn nach Gierkes Forschungen hat das deutsche Rechtsbewußtsein den Sachbegriff weit früher und vollständiger von der beengenden Vorstellung der Körperlichkeit losgelöst als das römische<sup>2)</sup>. Auch Bekker hat den § 90 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches, der als Sache im Sinne des Gesetzes nur körperliche Gegenstände erklärt, als die Ausgeburt einer der bösesten Stunden der entwerfenden Kommission bezeichnet<sup>3)</sup>. Bei der starken römischen Beeinflussung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches drängt sich uns die Frage auf, ob sein rein körperlicher Sachbegriff auch im Einklang steht mit den Lehren des römischen Rechts. Spengler hat dem römischen Recht vorgeworfen, daß es auch den Sachbegriff rein körperlich, also „statisch“ geformt habe und der modernen Rechtswissenschaft, daß sie von dieser antiken Vorstellung sich noch immer nicht zu befreien vermochte<sup>4)</sup>. Diese Vorwürfe Spenglers scheinen auf den ersten Blick unberechtigt, weil in den römischen Quellen den *res corporales* die *res incorporales* gegenübergestellt werden. Allein diese Gegenüberstellung darf uns nicht täuschen. Die Anerkennung von *res incorporales* im römischen Recht war nur eine rein äußerliche. Schon Bekker hat die *res incorporales* ein „unnützes Stück“ der römischen Rechtssprache genannt<sup>5)</sup> und Jörs spricht denn auch in seiner ausgezeichneten Darstellung des römischen Privatrechts nur

---

1) Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, S. 27.

2) Gierke, Genossenschaftsrecht, I, S. 61.

3) Bekker, Grundbegriffe des Rechts und Mißgriffe der Gesetzgebung, 1910, S. 2.

4) Spengler, Untergang des Abendlandes, II, S. 69 ff.

5) Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, I, S. 288.

mehr von körperlichen Sachen<sup>1)</sup>. Die res incorporales werden von ihm nicht einmal erwähnt. Auch Pagano<sup>2)</sup> hat in Besprechung dieser Frage zwar auf das Vorkommen der erwähnten Unterscheidung in den römischen Quellen hingewiesen, ihre juristische Bedeutungslosigkeit jedoch durch die Feststellung gekennzeichnet, daß Rechte als Gegenstand von Rechten schon aus logischen Gründen nicht in Betracht kommen könnten. Die Anerkennung von res incorporales und zu diesen müssen naturgemäß auch „Rechte“ gezählt werden, ist aber nur dann von juristischer Bedeutung, wenn sie auch als „Rechtsobjekt“ in Frage kommen.

Das deutsche bürgerliche Gesetzbuch kennt nur körperliche Sachen und hat damit nur die letzten Konsequenzen aus der Stellungnahme des römischen Rechts gezogen. Es kennt zwar auch „Gegenstände“ und erblickt in ihnen einen Oberbegriff gegenüber dem engeren Begriff der körperlichen Sache. Allein die Bildung dieses Oberbegriffes ermöglicht noch nicht deren gleiche rechtliche Behandlung. Und gerade darin liegt das Wesentliche. Nach dem geltenden deutschen Recht sind vielmehr nur Sachen im Sinne des Gesetzes, also körperliche Sachen, grundsätzlich fähig, Gegenstand dinglicher Rechte zu sein. Andere genießen nicht den absoluten Schutz des Eigentums und der übrigen Sachenrechte<sup>3)</sup>. Freilich ist auch die Bezeichnung „Gegenstand“, wie Bekker hervorhebt, unglücklich gewählt<sup>4)</sup>.

Nach Hedemann<sup>5)</sup> liegt vielleicht einer der bedeutendsten Fehler im System des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches darin, daß der Wirkungskreis des Sachenrechts auf körperliche Gegenstände eingeengt wurde, weil dadurch Dinge, die dem einfachen Sinn und der wirtschaftlichen Handhabung unbedingt als zusammengehörig erscheinen, lediglich um der juristischen Konstruktion willen auseinandergerissen worden seien. Diese Erkenntnis ist ein Beitrag zum Verständnis der Entfremdung des bürgerlichen Rechts in den Kreisen der Bevölkerung, denn eine solche Trennung vermag der einfache wirtschaftliche Sinn nicht zu begreifen. Aber nicht nur dem gebildeten Nichtjuristen geht es so. Hedemann stellt fest, daß auf diese Weise eine ganze Reihe von Gütern aus dem Sachbegriff ausgeschieden werden, die sonst, z. B. bei der Steuereinschätzung und in anderen Zusammenstellungen von Hab und Gut des Einzelnen, vor allem bei den großen Kämpfen um Kapitalismus und Sozialisierung ungetrennt neben die körperlichen Gegenstände, neben Haus und Hof, Einrichtungsstücke

1) Jörs, Geschichte und System des röm. Privatrechts, S. 55 f.

2) Pagano, Rivista internazionale di filosofia del diritto, 1929, S. 911.

3) Lehmann, a. a. O. S. 323 f.

4) Bekker, Grundbegriffe des Rechts usw., S. 2 ff.

5) Hedemann, Grundriß des Sachenrechts, 2. Aufl., S. 3.

und Kleidung gestellt zu werden pflegen<sup>1)</sup>. Wie ungesund diese Zerreißung ist, zeigt sich im Einzelnen nur zu deutlich. Dadurch wird z. B. nach deutschem Recht im Widerspruch mit den dringenden Bedürfnissen des Wirtschaftslebens der elektrische Energie der absolute Schutz der Sachenrechte versagt, während sie z. B. nach dem deutschen Stempelgesetz doch als Sache behandelt wird<sup>2)</sup>. Dadurch wird es aber auch wieder notwendig, den Elektrizitätslieferungsvertrag nicht so zu erklären, wie er dem gesunden, praktischen Menschenverstand erscheint, als Kauf, sondern als einen „Arbeitsvertrag vom Typus des Werkvertrages“. Und diese dem Laien unverständliche Konstruktion führt dann notgedrungen dazu, auch den Gaslieferungsvertrag nicht unter die Kaufverträge einzureihen, sondern unter die Werkverträge, obgleich das „speicherfähige“ Gas im Gegensatz zur Elektrizität<sup>3)</sup> auch nach deutschem Recht als Sache aufgefaßt werden kann<sup>4)</sup>. Die formaljuristische Beschränkung des Sachenrechts auf körperliche Sachen, die dem gebildeten Nichtjuristen, aber auch dem Nationalökonom, also dem engeren Fachkollegen unfaßbar erscheinen muß, kann sich auf die Dauer nicht aufrechterhalten lassen<sup>5)</sup>. In ihr spiegelt sich ein weltfremdes, selbstzufriedenes Behagen an gekünstelten Konstruktionen, das dem Verständnis für die Gedankengänge der Jurisprudenz in den Kreisen der übrigen Bevölkerung allmählich den Boden entziehen mußte und den Privatrechtsjuristen schließlich zur Einflußlosigkeit in den Fragen der Wirtschaft verurteilte.

Der von Pagano als selbstverständlich hingestellte Grundsatz, daß es kein Recht am Rechte geben könne, gilt übrigens nach geltendem deutschen Recht durchaus nicht allgemein, sondern erleidet schon nach dem Wortlaut des Gesetzes Ausnahmen. Das Gesetz spricht ausdrücklich von „Nießbrauch an Rechten“ (§§ 1068 f.) und vom „Pfandrecht an Rechten“ (§§ 1273 ff.)<sup>6)</sup>. Gleichwohl ist die Möglichkeit des Rechts an Rechten auch für diese Fälle bestritten. Es wird behauptet, daß hier keine sachenrechtliche Belastung eintrete, sondern nur eine teilweise Abtretung vorgenommen werde, und zwar eine Abtretung der Ausübungsmöglichkeit, so daß es sich eigentlich nur um einen schuldrechtlichen Vorgang handle!

Auch diese gekünstelte Erklärung wird man dem wirtschaftlich denkenden und wirtschaftlich gebildeten Nichtjuristen nicht begreiflich machen können. Hedemann stellt zutreffend fest, daß das wirt-

<sup>1)</sup> Hedemann, a. a. O. S. 2.

<sup>2)</sup> Lehmann, Grundriß, S. 323 f.

<sup>3)</sup> Auch die Elektrizität ist aber in Akkumulatoren aufspeicherbar!

<sup>4)</sup> Hedemanns Betrachtungen über die Weltkraftkonferenz in Berlin, Mitteilungen, Heft 20, S. 32.

<sup>5)</sup> Hedemann, Grundriß, S. 4.

<sup>6)</sup> Hedemann, a. a. O. S. 187, 216.

schaftliche Bedürfnis zur unmittelbaren Anerkennung des Rechts am Rechte dränge, denn nur so werde dem Rechtsinhaber die gleiche und volle Verwertungsmöglichkeit eröffnet, wie dem Sachinhaber<sup>1)</sup>. Rechte an Rechten grundsätzlich zulassen, bedeutet aber nichts anderes als den „Sachbegriff als Rechtsobjekt“ auch auf „unkörperliche Sachen“ ausdehnen, um auf diese Weise zu einem weiteren Begriff der „Sache im rechtlichen Sinn“ zu gelangen. Dieser weite Sachbegriff hat, wenn er den Bedürfnissen des Verkehrslebens der Gegenwart genügend Rechnung tragen soll, alles zu umschließen, was geeignet ist, vom Rechtssubjekt unterschieden zu werden und zugleich als Gegenstand rechtlicher Willensakte zu dienen<sup>2)</sup>. Durch diese Beziehung zum menschlichen Handeln erlangt der weite Sachbegriff den erforderlichen spirituellen Charakter<sup>3)</sup>. Nicht die Beziehungen des Menschen zur Sache werden jedoch vom Recht geregelt, wie schon Kant feststellte, denn zwischen Person und Sache kann kein Rechtsverhältnis entstehen<sup>4)</sup>, sondern nur die Beziehungen der Menschen zueinander über den Gegenstand der Berechtigung.

Auch zum Verständnis der Bedeutung dieses weiten Sachbegriffes, den schon § 285 des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches ausdrücken will<sup>5)</sup>, führt uns die Rechtsphilosophie Kants, obgleich er selbst diese Bezeichnung noch nicht geprägt hat. Es ist der von ihm aufgestellte Begriff des „äußeren Mein und Dein“<sup>6)</sup>, d. i. des „objektiv möglichen“ Mein und Dein<sup>7)</sup>, der uns hier zum Ausgangspunkte dienen kann. Um aus ihm den juristisch wertvollen weiten Sachbegriff zu formen, bedarf es aber einer wichtigen Einschränkung, die auch schon Zeiller vorgenommen hat. Kant verstand unter dem äußeren Mein und Dein auch Personen<sup>8)</sup>. Diese müssen ausgeschieden werden, um den Begriff der „Sache als Rechtsobjekt“ klar und brauchbar zu bestimmen<sup>9)</sup>. Nur Sachen sind die „äußeren Gegenstände unserer Willkür“, von denen Kant spricht<sup>10)</sup>. Dazu gehört aber nur das, was die Vernunft für bloße Mittel zu Zwecken vernünftiger Wesen erklärt<sup>11)</sup>. Der Mensch darf nach der grundlegenden

1) Hedemann, a. a. O. S. 35 f.

2) Perticone, La proprietà e i suoi limiti, S. 73.

3) Perticone, a. a. O. S. 11 f.

4) Kant, Rechtslehre, Einleitung, S. 44.

5) Es ist deshalb warm zu begrüßen, daß der tsch. Superrevisionsentwurf und der neue jugoslaw. Vorentwurf diesen Begriff aufrechterhalten haben.

6) Kant, Rechtslehre, I, §§ 1—10.

7) Kant, a. a. O. I, § 4.

8) Kant, a. a. O. I, § 4c.

9) Swoboda, Neugestaltung der Grundbegriffe, S. 51 ff.

10) Kant, a. a. O. I, §§ 2, 4.

11) Zeiller, Das natürliche Privatrecht, § 46; derselbe, Kommentar zum ABGB. I, S. 102 f.



Forderung Kants entsprechend dem auf der Menschenwürde aufgebauten Begriff der Persönlichkeit „niemals bloß als Mittel gebraucht“ werden, weil er stets Zweck an sich selbst ist<sup>1)</sup>. Er kann daher nur „Rechtssubjekt“ sein.

Mit dieser Aussonderung aber haben wir bereits den weiten Sachbegriff gefunden, der die Körperlichkeit des antiken Sachbegriffes überwindet. Es ist der dynamische Sachbegriff, den die Gegenwart braucht. „Sachen im Rechtssinn“ sind darnach nicht nur körperliche Sachen, sondern auch Rechte, aber nur solche Rechte, die an sich schon einen Gegenstand der Erwerbung und des rechtlichen Verkehrs bilden können, denn das Sachenrecht ist nur ein Teil des „Vermögensrechtes“. Deshalb fallen auch unter den weiten Sachbegriff nicht jene Rechte, die vom Begriff der Person untrennbar sind, also den Inhalt des Rechts der Persönlichkeit selbst bilden, und ebensowenig die reinen Familienrechte, denn sie alle sind keine geeigneten Gegenstände des Rechtsverkehrs. Somit erübrigen nur Vermögensrechte<sup>2)</sup>.

Was aber diese Rechte betrifft, so ist schon der Anspruch, der durch die Annahme des Versprechens eines anderen erlangt wird, Sache im rechtlichen Sinn, obgleich der Gegenstand des Versprechens, das „Versprochene“, noch nicht übergeben worden ist<sup>3)</sup>. Schon über diesen Anspruch kann derjenige, der das Versprechen angenommen hat, verfügen. Sein Gebrauch steht daher in seiner Macht<sup>4)</sup>, gehört nach den Worten Kants als „obligatio activa“ zu seinem „Hab und Gut“, „obgleich die Zeit der Leistung erst noch kommen soll“.

Das bedeutet keineswegs, daß der Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Rechten künftig völlig über Bord geworfen werden soll. Diese Unterscheidung wird auch weiterhin eine überragende Bedeutung behalten, denn die persönlichen Rechte kennzeichnen sich dadurch, daß sie nur Beziehungen eines Rechtssubjektes zu anderen einzelnen Rechtssubjekten zum Gegenstande haben, während die dinglichen Rechte Beziehungen zu allen übrigen betreffen<sup>5)</sup>. Inwiefern die Tragweite dieser Unterscheidung durch das Rechtsdenken der Gegenwart gegenüber den bisherigen Überlieferungen beeinflußt werden soll, und daher eine Abweichung von den Lehren des römischen Rechts wünschenswert ist, soll späterhin ausgeführt werden.

Unter den Begriff der Sache im rechtlichen Sinn gehören jedoch nicht nur Rechte, sondern auch die Arbeitsleistungen von Per-

<sup>1)</sup> Kant, Grundlegung, S. 52 ff.; Kant, Kritik der praktischen Vernunft, S. 105; derselbe, Kritik der Urteilskraft, II, § 84, Philos. Bibl., Bd. 9, S. 320.

<sup>2)</sup> Swoboda, Neugestaltung der Grundbegriffe, S. 58 f.

<sup>3)</sup> Kant, Rechtslehre, I, § 4b.

<sup>4)</sup> Kant, a. a. O. I, § 2.

<sup>5)</sup> Swoboda, a. a. O. S. 53 ff.

sonen<sup>1)</sup>. Auch sie können einen Gegenstand der Erwerbung und des vermögensrechtlichen Verkehrs bilden. Auch ihnen kommt ein Vermögenswert zu. Es ist außerordentlich bedeutungsvoll für die Erkenntnis unseres deutschen Rechtsdenkens, daß schon Leibniz einen Sachbegriff aufstellte, der auch die „Handlungen“ umfaßte<sup>2)</sup>.

Das bedeutet durchaus nicht die völlige Gleichstellung der menschlichen Arbeit mit körperlichen Sachen! Allerdings ist auch sie Gegenstand von Rechtsgeschäften und daher „Rechtsobjekt“. Weil dieses Objekt aber in der Arbeit von Menschen besteht, so versagt die einseitige Behandlung der damit verbundenen Probleme unter dem alleinigen Gesichtspunkte des Rechtsobjektes. Das Recht der Persönlichkeit des Arbeiters hat regulierend einzugreifen, um eine befriedigende Lösung herbeizuführen, damit auch auf diesem Gebiete die „Menschenwürde der Persönlichkeit“, welche die Arbeit leistet, unverletzt bleibe. Der den Begriff der Persönlichkeit beherrschende Grundsatz, daß der Mensch um seiner Menschenwürde willen nicht als „Sache“ behandelt werden dürfe, muß daher auch hier seine volle Wirkung äußern. Nur dann trägt die Rechtsordnung der unvermeidlichen Verknüpfung der Persönlichkeit mit der Leistung, die diesen Fällen eigentümlich ist, in gebührendem Maße und im Sinne des Gemeinwohls Rechnung. Sonst würde die Hochstellung der Persönlichkeit, die aus der Menschenwürde abzuleiten ist und bei der Erörterung des Personenbegriffes so entschieden gefordert wurde, auf einem Umwege wieder vereitelt. Erst auf diese Weise wird die Einheitlichkeit der Rechtsordnung bei der Lösung des Arbeitsproblems verwirklicht und auch auf diesem Gebiete die dynamische Gestaltung des künftigen Privatrechts erreicht, die unserer Rechtsauffassung entspricht. Gerade bei der rechtlichen Behandlung der menschlichen Arbeit muß es sich bewähren, daß das Privatrecht erfüllt werde mit sozialem Geiste. Das Recht der Persönlichkeit gebietet daher die Erlassung von Sondervorschriften zum Schutze der Persönlichkeit, welche die Arbeit zu leisten hat, mag diese Leistung auch auf Grund von Rechtsgeschäften in Erfüllung einer übernommenen Vertragspflicht vorgenommen werden. Damit steht es im Einklang, wenn durch wirksame Vorschriften verhindert werden soll, daß die menschliche Arbeit als „bloße Ware“ behandelt werde. Auch hier aber wird zur vollen Erreichung dieses kulturellen Hochzieles die völlige Trennung von öffentlichem Recht und Privatrecht unmöglich sein.

Zum Rechtsobjekt sind aber auch Unterlassungen geeignet. Allerdings muß hier eine wichtige Einschränkung vorgenommen

<sup>1)</sup> Swoboda, a. a. O. S. 59 ff.

<sup>2)</sup> Leibniz, Neue Abhandlungen über den menschlichen Verstand, Kirchmannausgabe, S. 419.

werden. Es darf sich nicht nur um eine Unterlassung handeln, die auf der allgemeinen Pflicht, dem „Postulat der praktischen Vernunft“, ein fremdes Recht nicht zu verletzen<sup>1)</sup>, beruht, denn diese Verpflichtung vermag noch kein konkretes Recht zu begründen. Sie hat auch keinen besonderen Vermögenswert, sondern kennzeichnet nur die Wirkung einer bereits bestehenden Berechtigung nach außen hin.

Ein besonderes Recht wird unter diesen Umständen erst entstehen, wenn es zur Verletzung kommt, und zwar das Recht auf Ersatz des dadurch entstandenen Schadens.

Wohl aber kann eine besondere Verpflichtung zur Unterlassung einer Betätigung, zu welcher der einzelne an sich berechtigt ist, begründet werden, und diese Verpflichtung bzw. das ihr entsprechende Recht des anderen Teiles kann einen Vermögenswert verkörpern. Deshalb kann das Recht auf diese besonders übernommene Verpflichtung zur Unterlassung zum Gegenstand des vermögensrechtlichen Verkehres werden. Auch eine solche Verpflichtung hat ihren Preis und ist daher „Sache im rechtlichen Sinn“. Dann wird auch die Unterlassung zur „Leistung“, mag sie auch negativer Natur sein und erlangt dadurch den Charakter eines Rechtsobjektes.

Unter den weiteren Sachbegriff fallen schließlich auch „unpersönliche Kraftquellen“, wenn nur das Merkmal der Beherrschbarkeit auf sie zutrifft<sup>2)</sup>. Durch die Einbeziehung dieser Kraftquellen erlangt der Sachbegriff erst jene Elastizität, die ihn in den Stand setzt, selbst mit der früher ungeahnten technischen und wirtschaftlichen Entwicklung unserer Zeit Schritt zu halten. Solange solche Kraftquellen der menschlichen Herrschaft noch nicht unterworfen sind und daher noch nicht dem Gebrauch der Menschen dienstbar gemacht werden können, sind sie auch von dem weiten Sachbegriff, von der Eignung zum Rechtsobjekt ausgeschlossen. Mit dem beständigen Fortschreiten unserer technischen, physikalischen und chemischen Erkenntnis aber erweitert sich auch fortgesetzt und selbsttätig der Umfang dieses Sachbegriffes. Darin liegt also ein Zukunftswert, der immer mehr an Bedeutung gewinnen muß, und dem Gesetz die Fähigkeit verleiht, dem Leben nicht nachzuhinken, sondern seine Wirkung auch über noch unvorhergesehene wirtschaftliche Errungenschaften der Zukunft zu erstrecken. Das liefert die wertvollsten Ergebnisse auf dem Gebiete des Elektrizitätsrechts, wie die Beratungen des 4. Deutschen Juristentages in der Tschechoslowakei, in Teplitz-Schönau, im Jahre 1929 zeigten<sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> Kant, a. a. O. I, § 2.

<sup>2)</sup> Swoboda, a. a. O. S. 66 ff.; vgl. Haesaert, Dynamisch Recht by E. Swoboda, Rechtskundig Weekblad, 1933, Nr. 41.

<sup>3)</sup> Verhandlungen, S. 250 ff., 320 ff. In dieser Richtung besitzt auch das

Die Dynamik dieses weiten Sachbegriffes äußert sich auch darin, daß er selbst Rechte modernen Ursprungs, die sogenannten Immaterialgüterrechte, wie Urheberrecht, Markenrecht, Patentrecht in sich aufnehmen kann, die das Wirtschaftsleben der neuen Zeit erst geschaffen hat, allerdings nur, soweit sie vermögensrechtliche Natur aufweisen, denn der Sachbegriff beschränkt sich nur auf das Gebiet des Vermögensrechts. Deshalb ist die Urheber- und Erfindereigenschaft selbst kein Gegenstand der Übertragung, denn auch sie ist nicht von der Person verschieden, sondern gehört zur „Persönlichkeit“. Sie kann daher keinen Gegenstand des Rechtsverkehres bilden. Geeignete Gegenstände des vermögensrechtlichen Verkehres sind aber die Erzeugnisse dieser Eigenschaften und die vermögensrechtlichen Werte, z. B. das Recht zur Veröffentlichung, Vervielfältigung des Werkes usw., zur betriebsmäßigen Herstellung und Veräußerung des Gegenstandes der Erfindung. Auch ein Fruchtgenußrecht an einem solchen Recht wird begründet werden können<sup>1)</sup>.

Es verdient hervorgehoben zu werden, daß auch die englischen Juristen einen weiten Sachbegriff kennen und daß gerade der Gebrauch des Wortes „thing“ in dieser weiten Bedeutung in der englischen Rechtssprache der bei weitem häufigste ist<sup>2)</sup>. Auch nach englischem Recht werden unter diesen Sachbegriff „Handlungen von Menschen“ eingereiht, insofern sie den Gegenstand eines Rechts ausmachen und ebenso Unterlassungen, die als „beabsichtigte, negative Handlungen“ (forebarance, Enthaltungshandlung) bezeichnet werden<sup>3)</sup>, was völlig im Einklang steht mit der oben gegebenen Erklärung. Den englischen Juristen erscheint es selbstverständlich, daß „Rechte an Rechten“ bestehen können (rights in respect of other rights or rights to rights)<sup>4)</sup>. Auch Immaterialgüterrechte (rights over immaterial property) wie Patentrechte (patent rights), Urheberrechte (copyrights), Markenrechte (rights to trademarks) und dergleichen werden als Sachen angesehen, wodurch die rechtliche Behandlung dieser geistigen Güter wesentlich erleichtert wird, während sie bei dem rein körperlichen Sachbegriff des deutschen Gesetzbuches den größten Schwierigkeiten begegnet<sup>5)</sup>. In allen diesen Richtungen kennzeichnet sich die germanische Denkweise, die das englische Recht oft

Schweizer. Zivilrecht die nötige Elastizität, indem es im Art. 713 auch die Naturkräfte, die der rechtlichen Herrschaft unterworfen werden können, als geeignete Gegenstände des Fahrniseigentums bezeichnet. Davon abgesehen aber haftet es an dem unzulänglichen körperlichen Sachbegriff.

<sup>1)</sup> Vgl. Swoboda in dem von Klang herausgegebenen Kommentar zum ABGB., II/2, S. 613.

<sup>2)</sup> Jenks-Schirrmeister, Das bürgerliche Recht Englands, I, S. 140 f.

<sup>3)</sup> Jenks-Schirrmeister-Prochownik, II, S. 139 f.

<sup>4)</sup> Prof. Salmond bei Jenks-Schirrmeister, I, S. 140.

<sup>5)</sup> Hedemann, Sachenrecht, S. 3.

entscheidend beeinflußt. Was den englischen Juristen auf diesem Gebiete noch fehlt, ist eine wahre philosophische Begründung und die dadurch ermöglichte befriedigende systematische Begrenzung des weiten Sachbegriffes, die durch Verwertung und Berichtigung von Kants Rechtslehre gewonnen werden kann.

Erst diese verschiedenen Ausstrahlungen des weiten Sachbegriffes führen uns zur Erkenntnis seiner Bedeutung für die rechtliche Erfassung unserer Zeit und damit für die Bedürfnisse der Wirtschaft und des Verkehrs. Er verwirklicht bereits jenen Fortschritt, den Spengler auf diesem Gebiete fordert, ohne die wertvollen Errungenschaften der Vergangenheit zu verkennen. Spengler geht zu weit, wenn er sagt: „Das antike Recht war ein Recht von Körpern. Unser Recht ist das von Funktionen. Die Römer schufen eine juristische Statik. Unsere Aufgabe ist eine juristische Dynamik. Für uns sind Personen nicht Körper, sondern Einheiten der Kraft und des Willens, und Sachen nicht Körper, sondern Ziele, Mittel und Schöpfungen dieser Einheiten.“<sup>1)</sup> Auch in der Gegenwart dürfen wir nicht nur ein Sachenrecht an Funktionen und Energien anerkennen, auch für uns wird ein Sachenrecht an Körpern unentbehrlich bleiben, aber darin erschöpft sich das moderne Sachenrecht nicht. Es findet seine Ergänzung in dem Sachenrecht an Gegenständen, die nicht Körper sind, und dazu gehört auch das durch die Entwicklung der neuen Zeit erschlossene Recht an Energien. Auch darin bewährt sich wieder das von Leibniz aufgedeckte „Gesetz der Stetigkeit“<sup>2)</sup>. Vergangenheit und Gegenwart reichen sich die Hände, und im engen Zusammenwirken statischen und dynamischen Denkens offenbart sich der unerläßliche Zusammenhang der Vergangenheit mit der Gegenwart und der in Zukunft zu gewärtigenden Entwicklung. In dem so gewonnenen dynamischen Sachbegriff kommen aber auch alte deutsche Rechtsgedanken im modernen zeitgemäßen Gewande zur Auferstehung. Dazu bedurften die primitiven Vorstellungen des alten deutschen Rechts einer philosophischen Vertiefung und auf dieser Grundlage einer verständnisvollen Ausgestaltung, damit sie geeignet werden, die Bedürfnisse der Gegenwart zu befriedigen und zu einem kostbaren Bestandteil des neuen Privatrechts zu werden.

Im Wortlaute des Gesetzes aber könnte dieser weite Sachbegriff etwa folgende Fassung enthalten:

„Sache im rechtlichen Sinn ist alles, was von der Person verschieden ist, der menschlichen Herrschaft unterliegt und Gegenstand von Rechten sein kann.“

<sup>1)</sup> Spengler, a. a. O. II, S. 97.

<sup>2)</sup> Leibniz, a. a. O. S. 17, 321.

## VII. Das Eigentum.

### a) Die Dynamik des Eigentumsbegriffes.

Die Beschränkung des Sachbegriffes auf körperliche Sachen im deutschen bürgerlichen Recht brachte es notwendig mit sich, daß entsprechend der römischen Überlieferung als geeignete Gegenstände des Eigentums nur körperliche Sachen anerkannt wurden. Es ist kein Zweifel, daß dieser enge römische Eigentumsbegriff auch in der Gegenwart noch große Bedeutung besitzt und wegen seines universalen Charakters eine überragende Stellung gegenüber jeder anderen Berechtigung einnimmt. Aber auch dieser Begriff hat eine einschneidende Umwandlung gegenüber der Auffassung der Römer erfahren, und zwar durch die Herausarbeitung seiner dem römischen Recht unbekanntes, „gesellschaftlichen Funktion“, die eine Einschränkung seines Inhalts mit sich brachte<sup>1)</sup>. Schon Jhering hat diese Wandlung vorbereitet, als er das Eigentum nicht bloß vom Standpunkt des Individuums, der individualistischen Theorie, sondern vielmehr von jenem der Gesellschaft aufgefaßt wissen wollte<sup>2)</sup>. Er hat dabei gegen die „Unersättlichkeit des Egoismus“, die in der alten Auffassung des Eigentums zum Ausdruck kam, mit unerbittlicher Schärfe Stellung genommen<sup>3)</sup>. Otto von Gierke aber hat festgestellt, daß das „pflichtenlose Eigentum“ keine Zukunft habe<sup>4)</sup>. In den letzten Jahrzehnten ist die Überzeugung immer allgemeiner geworden, daß das Eigentum nicht nur ein subjektives Recht des Eigentümers sei, sondern eine soziale Funktion in sich schließe<sup>5)</sup>.

Darin kennzeichnet sich zunächst eine gewisse Verwandtschaft mit der Auffassung des alten deutschen Rechts. Vor allem aber spiegelt sich darin der Kampf gegen die im überlieferten antiken römischen

<sup>1)</sup> Swoboda, Die Wandlung des Eigentumsbegriffes, Österr. Anwaltzeitung, 1931, S. 321 ff.

<sup>2)</sup> Jhering, Zweck im Recht, I, S. 514 ff.

<sup>3)</sup> Jhering, a. a. O. S. 520; vgl. Rumpf, Arch. ziv. Praxis, 117, S. 337 f.

<sup>4)</sup> Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, S. 18.

<sup>5)</sup> Wegen dieser Funktion bezeichnet Mussolini in seinen Ausführungen zum „Korporationsgesetz“ das Eigentum nicht als ein passives, sondern als ein „aktives“. Vgl. Perticone, La proprietà e i suoi limiti, S. 25; W. Sauer, Lehrbuch der Rechts- und Sozialphilosophie, S. 270. Das rumänische Recht spricht ausdrücklich von der sozialen Funktion (functiune sociale) des Eigentums.

Recht verankerte individualistische und vom Rechtsdenken der Gegenwart als antisozial empfundene Rechtsauffassung. Dieser Kampf führte zu einer Beschränkung des Machtbereiches des Einzelnen und hat selbst dem Eigentum im engeren römischen Sinn, dem stärksten Recht des Individuums, den Charakter des Absoluten genommen. Es ist also wieder eine Verknüpfung altgermanischer Rechtsgedanken mit jenen Gedankengängen, die das soziale Gewissen unserer Zeit in uns erstehen ließ. Worauf es aber bei der Lösung dieses Widerstreites zwischen den Interessen des Einzelnen und jenen der Gesamtheit ankommt, ist die Vermeidung ungesunder Extreme. Ein solches liegt in der Feststellung Léon Duguits, daß das Privateigentum nur noch im Sinne einer gesellschaftlichen Funktion zu begreifen sei<sup>1)</sup>. Treffend sagt dagegen Perticone vom Eigentum: „Ha, ma non è funzione sociale“<sup>2)</sup>.

Nach der Erfahrung von Jahrtausenden liegt im Eigentum eine wesentliche Bedingung für das Gedeihen der Allgemeinheit<sup>3)</sup>, was der Marxismus verkannte. Der Inhalt dieses Machtbereiches des Einzelnen aber muß den geänderten Lebensverhältnissen angepaßt und in Einklang gebracht werden mit den Lebensnotwendigkeiten der Gegenwart. Das in den Verfassungen der Vereinigten Staaten von Nordamerika und der französischen Revolution, diesen folgend aber auch in den Verfassungen des 19. Jahrhunderts als „unverletzliches und geheiligtes“ Grundrecht festgelegte Privateigentum hat nach und nach aufgehört, ein individuelles, absolutes und unverletzliches Recht zu sein, und begonnen, statt dessen ein Rechtsverhältnis zu werden, das unter Aufrechterhaltung gewisser Vorrechte dem Eigentümer ganz entsprechend der alten deutschen Rechtsauffassung auch Pflichten auferlegt, die das Gemeinwohl gebietet<sup>4)</sup>.

Es bedeutet auch heute noch ein Machtverhältnis einer Person über eine Sache, das sie dazu berechtigt, ausschließlich über die Sache zu verfügen, aber diese Ausschließlichkeit findet ihre Begrenzung in den Bestimmungen der Rechtsordnung, welche die Beziehungen des Einzelnen zur Gesamtheit regeln.

Auch diese soziale Funktion des Eigentums steht im Einklang mit Kants Lehren, mit seinem aufs höchste gesteigerten Pflichtbegriff. Für ein pflichtenloses Eigentum ist im Staate der Gegenwart kein Raum. Es wird nicht nur beschränkt durch das fremde Recht, sondern auch durch die Pflichten, die dem Eigentümer gegenüber der Gesamtheit obliegen, die aus der Einlagerung seiner Interessen

1) Duguit, Transformations général du droit privé depuis le Codé Napoléon und dagegen Fehr, Das kommende Recht, S. 12.

2) Perticone, a. a. O. S. 129; Swoboda, Die Wandlung des Eigentumsbegriffes, Österr. Anwaltszeitung, 1931, S. 322; Spann, Der wahre Staat, S. 251.

3) Duguit, Droit constitutionnel, 5. Aufl., I, S. 264.

4) Rosenberg, Mythos des 20. Jahrh., S. 566; Perticone, a. a. O. S. 95.

in jene der Gesamtheit sich ergeben und aus der Rechtsordnung ersichtlich sind. Dieses Ergebnis fügt sich harmonisch an den durch das Gebot der Pflicht geadelten Begriff der Persönlichkeit und kennzeichnet die einheitliche Durchgeistigung, welche das künftige bürgerliche Recht aufweisen muß. Deshalb erweist es sich als notwendig, daß auch die Verknüpfung des Eigentums mit den aus dem Verhältnis des Einzelnen zur Gesamtheit erwachsenden Pflichten im bürgerlichen Gesetzbuch selbst zum Ausdruck gebracht wird. Bei aller Abneigung gegen die Aufnahme von Definitionen bleibt es doch unerläßlich, die großen Grundbegriffe, welche die Pfeiler des Privatrechts bilden, dem Rechtsdenken der Gegenwart entsprechend im Gesetzbuche selbst zu bestimmen, um einerseits der Entstehung verfehlter Lehrmeinungen vorzubeugen, andererseits auch dem gebildeten Nichtjuristen ihr Wesen zur Kenntnis zu bringen. Dabei wird es wie beim Begriff der Persönlichkeit wiederum unmöglich, die unbedingte Scheidung von öffentlichem und privatem Recht durchzuführen. Es wird notwendig sein, die Beschränkung durch die aus der Rechtsordnung ersichtlichen Pflichten gegenüber der Allgemeinheit im Wortlaute des Gesetzbuches selbst zum Ausdruck zu bringen. Daraus folgt, daß mit den Änderungen der Rechtsordnung, welche die weitere Entwicklung mit sich bringt, sich auch der Inhalt des Eigentumsrechts ändert, und damit erlangt auch dieser Begriff eine dem römischen Rechtsdenken unbekannt dynamische Natur.

### b) Das Eigentum im weiteren Sinne.

Das moderne Verkehrsleben kann sich mit dem geschilderten engen Eigentumsbegriff des römischen Rechts allein nicht zufrieden geben. Es verlangt, daß über den Rahmen dieses engen Begriffes hinaus ein seinen Bedürfnissen angepaßter, weiterer, wiederum dynamischer Eigentumsbegriff zur Anerkennung gelangt. Wieder hilft uns das Zurückgehen auf den alten deutschen Eigentumsbegriff, einen solchen Eigentumsbegriff aufzubauen<sup>1)</sup>. Der alte deutsche Eigentumsbegriff, der auch im altslawischen Recht verwandte Erscheinungen findet, beruhte auf dem Gedanken der „Zugehörigkeit“. Er kennzeichnete, wie Spengler treffend sagt, das „Eigentum im bedeutendsten Sinne“<sup>2)</sup>. Die Verwertung des Gedankens der „Zugehörigkeit“ hilft uns also, jenen „organischen Zusammenhang des Rechts mit dem Wesen und Charakter unserer Bevölkerung“ herzustellen, den Savigny als eine unerläßliche Eigenschaft des Rechts bezeichnete<sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> Auch Leibniz hat den Begriff Eigentum in einem weiteren Sinne verstanden (Leibniz, Neue Abhandlungen, 4. Buch, 3, § 19, S. 419).

<sup>2)</sup> Spengler, a. a. O. II, S. 423, Anm. 3.

<sup>3)</sup> Savigny, Beruf, S. 4 f. Vgl. Hedemann, Schw. Jur.-Z. 1923/24, S. 272.



Durch die Auswertung dieses Gedankens gelingt es uns, in den Rahmen eines Eigentums im weiteren Sinn jede materielle Berechtigung an körperlichen Sachen einzufügen, zu deren Ausübung die wenigstens teilweise Innehabung dieser Sache erforderlich ist und tatsächlich zur Verwirklichung gelangt<sup>1)</sup>. Eine solche materielle Berechtigung ist also nicht identisch mit dem Begriff des Eigentums im weiteren Sinn, sondern soll nur dessen Objekt bilden<sup>2)</sup>. Ein so weiter Begriff ist Kant vorgeschwebt, wenn er in seiner Rechtslehre von dem „rechtlich Meinen“ sprach<sup>3)</sup> und darunter die „Verbundenheit einer Sache mit einer Person“ verstand, deren Wirkungen er dahin kennzeichnete, daß der ohne Einwilligung dieser Person gemachte Gebrauch seitens eines anderen, also dessen Eingriff, sie, das ist ihr Recht, lädieren würde. Allerdings ist ihm die juristische Herausarbeitung dieses Begriffes noch nicht mit der wünschenswerten Klarheit gelungen, und unsere Aufgabe ist es, das auf Grund der theoretischen und praktischen Erfahrungen eines Jahrhunderts nachzuholen.

Dabei dürfen wir uns nicht nur von den anerzogenen römisch-rechtlichen Anschauungen leiten und uns insbesondere nicht davon abschrecken lassen, daß der weite Eigentumsbegriff über den Rahmen der dinglichen Rechte in dem uns gewohnten Sinne hinausgreift. Gerade in den großen Grundbegriffen müssen wir uns vielfach freimachen von den Fesseln der römischen Jurisprudenz.

Der materielle Anspruch allein, ohne seine Verwirklichung, bildet auch hier nur einen Titel zur Erlangung dieses Eigentums im weiteren Sinne, bringt es aber noch nicht zum Entstehen. Erst durch die Verwirklichung der materiellen Berechtigung, also durch die Verwirklichung jener Verbundenheit mit der körperlichen Sache, die zur Ausübung der materiellen Berechtigung notwendig ist, wird die „Zugehörigkeit“ geschaffen, die das charakteristische Merkmal des Eigentums im weiteren Sinne ist.

Das praktische Ergebnis dieser Zugehörigkeit besteht in der Begründung eines Ausschlußrechts gegenüber unberechtigten Dritten, das durch den bloßen Anspruch noch nicht entstanden war. Es ist ganz ähnlich wie beim Eigentum im engeren Sinne. Durch den Kauf allein erlangt der Käufer nach deutschem Recht im Gegensatz zu der Auffassung des Code civil zwar einen obligatorischen Anspruch auf Überlassung der gekauften Sache, aber noch nicht das Eigentum. Er ist gegenüber einem gutgläubigen Dritten, der nachträglich dieselbe Sache entgeltlich erwirbt und übergeben erhält, noch nicht geschützt. Allerdings begründet auch jedes persönliche Recht an sich eine Unter-

<sup>1)</sup> Swoboda, Neugestaltung der Grundbegriffe, S. 73 ff.

<sup>2)</sup> Swoboda, a. a. O. S. 105.

<sup>3)</sup> Kant, Rechtslehre, I, § 1; Spengler, a. a. O. II, S. 123, spricht hier von dem „Verwachsenheit mit etwas“.

lassungspflicht dritter unberechtigter Personen, dieses Recht nicht zu verletzen. Das ist aber nur ein Ausfluß, eine Erscheinungsform der allgemeinen Unterlassungspflicht, die Kant mit Hilfe seines Pflichtbegriffes als rechtliches Postulat der praktischen Vernunft klargelegt hat<sup>1)</sup>. Sie ist das allgemeine Gesetz, unter dem die Berechtigung des Einzelnen bestehen kann. Ohne eine Übergabe kann aber der Erwerber einer Sache die Entstehung des Rechts eines Dritten an der erworbenen, ihm noch nicht übergebenen Sache nicht verhindern, weil der einzige Grund des allgemeinen Unterlassungsanspruches gegenüber anderen Personen lediglich in deren Nichtberechtigung liegt. Er steht somit der Entstehung der Berechtigung eines andern noch nicht im Wege. Der Vormann des obligatorisch Berechtigten, der Verkäufer, kann daher, solange eine Übergabe der körperlichen Sache nicht erfolgt ist, ohne ihn zu fragen, das gleiche Recht eines andern an der Sache begründen und schon dadurch erlischt dem neuen Erwerber gegenüber der allgemeine, bloß aus dem allgemeinen Pflichtbegriff abgeleitete Unterlassungsanspruch des früheren Erwerbers, weil dann nicht nur dieser ein Recht an der Sache erworben hat, sondern auch der neue Erwerber und erst derjenige, dem die körperliche Sache wirklich übergeben wird, endgültig das Übergewicht über den andern erlangt. Welche Ansprüche dadurch dem früheren Erwerber gegen den Verkäufer erwachsen, kann hier unerörtert bleiben. Das Hindernis gegenüber dritten Personen aber wird erst durch die mit der Übergabe herbeigeführte Verbundenheit der Person mit der Sache und die dadurch bewirkte „Zugehörigkeit“ begründet.

Dieser Gedanke kann ebenso für jede andere materielle Berechtigung an einer körperlichen Sache nutzbar gemacht werden, deren Ausübung die wenigstens teilweise Innehabung der körperlichen Sache voraussetzt. Auch in diesen Fällen entspricht es den Bedürfnissen des modernen Rechtsverkehrs, daß durch die Übergabe ein Ausschlußrecht gegenüber unberechtigten dritten Personen begründet wird, dessen Geltendmachung dem Berechtigten selbst zusteht, auch wenn er nicht Eigentümer der Sache im römischen Sinne ist.

Man hat in letzter Zeit immer energischer eine Verdinglichung der Rechte des Mieters unbeweglicher Sachen begehrt und Löning hat in seinem Werke über die Grundstücksmitte vortreffliche Untersuchungen darüber angestellt<sup>2)</sup>. Der Fehler seiner Stellungnahme beruht nur in der allzuweit gehenden Spezialisierung. Wir dürfen uns nicht auf das Gebiet der Grundstücksmitte allein beschränken. Auch hier müssen wir nach den einigenden Prinzipien forschen, die eine befriedigende Lösung verheißen.

1) Kant, a. a. O. I, § 2; Swoboda, a. a. O. S. 104.

2) Löning, Die Grundstücksmitte als dingliches Recht.

Zweifellos tritt das Bedürfnis nach einem durchgreifenden Schutz am dringlichsten beim Mietvertrag hervor. Er begründet nach der geltenden Rechtslage ein obligatorisches Verhältnis. Der Mieter ist aber doch nicht schutzlos gegenüber Eingriffen Dritter in seine Rechtssphäre. Das folgt schon aus seinem Besitzschutz.

Nach rein romanistischer Rechtsauffassung fehlte ihm dagegen jeder petitorische Rechtsschutz und daher auch jeder unmittelbare petitorische Anspruch gegen einen störenden Dritten. Das Leben hat auch hier in Deutschland und in Österreich mit Hilfe der dem Schadenersatzrecht entnommenen Gedankengänge eine Wandlung erzwungen, die den nach römischem Recht erforderlichen durchaus unpraktischen Umweg über den Hausherrn entbehrlich machte, obgleich auch nach geltendem deutschen Recht der Grundsatz gilt, daß Schuldverhältnisse von außen her durch Dritte nicht verletzt werden können<sup>1)</sup>. Genügt doch nach § 823 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches ebenso wie nach § 1293 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches schon die widerrechtliche Verletzung des „Rechts“ eines andern, um eine Schadenersatzpflicht zu begründen. Der dadurch bewirkte Schutz des Mieters hat allerdings nur eine defensive Aufgabe<sup>2)</sup>. Eine rechtliche Beziehung zum Dritten wird eben erst durch dessen störendes Eingreifen hervorgerufen. Aber selbst dieser Schutz wird erst dem durch die Übergabe „verwirklichten Mietrecht“ zuerkannt, das Löning als „Mietverhältnis im engeren Sinne“, als das „zweite Stadium“ des Rechtsverhältnisses gegenüber dem durch den bloßen Abschluß des Mietvertrages begründeten Vorstadium bis zur Übergabe bezeichnet. Es wird also dieser Übergabe nicht nur eine rein tatsächliche Funktion zuerkannt, sondern an sie die Begründung eines „neuen Rechtszustandes“ geknüpft, wenn auch das Gesetz diesem Zustand die Form und den Namen eines selbständigen Rechtsinstitutes versagt hat<sup>3)</sup>. Die durch die Übergabe des Mietgegenstandes an den Mieter bewirkte „Verbundenheit dieses Gegenstandes mit der Person des Mieters“ hat bereits jene „Zugehörigkeit“ geschaffen, die das alte deutsche Recht im Auge hatte, und eine Verletzung der aus dieser Verbundenheit folgenden materiellen Rechtsstellung des Mieters durch einen Dritten begründet einen unmittelbaren Anspruch gegen diesen auf Beseitigung der Rechtsverletzung<sup>4)</sup>. Diese Lösung erweckt zwar nicht die alte deutsche Zeitleihe mit ihrem ausgesprochen dinglichen Charakter zu neuem

<sup>1)</sup> H. A. Fischer, Rechtswidrigkeit, § 16, S. 155; Löning, a. a. O. S. 153; Planck-Flad zu § 823, S. 1720.

<sup>2)</sup> Löning, a. a. O. S. 52.

<sup>3)</sup> Löning, a. a. O. S. 25.

<sup>4)</sup> Es ist sehr bedeutsam, daß nach schwedischem Recht das durch die Vermietung oder Verpachtung erworbene Nutzungsrecht (Nyttjanderätt) nur dann dinglich wirkt, wenn es im Grundbuch eingetragen oder das Grundstück

Leben. Sie befreit uns aber von den beengenden Fesseln rein romanistischer Begriffsjurisprudenz<sup>1)</sup>.

Darin liegt jedoch zugleich ein weit über den Bereich der Miete hinausreichendes Prinzip<sup>2)</sup>. Es gilt, den allgemeinen Begriff zu finden, den Löning nur für das Gebiet der Grundstücks- miete so treffend als einen „neuen Rechtszustand“, als das zweite Stadium des Rechtsverhältnisses bezeichnet. Ein gleiches Schutz- bedürfnis besteht nicht nur für das Recht des Mieters, sondern all- gemein bei jeder obligatorischen Berechtigung, zu deren Ausübung die Innehabung der fremden Sache notwendig ist, von dem Augenblicke an, in welchem die Innehabung durch Übergabe der Sache verwirklicht wurde, und überhaupt bei jeder berechtigten Innehabung einer fremden Sache, wenn dieses Bedürfnis auch bei Miet- verhältnissen besonders hervortritt, weil sie nahezu die Gesamtheit der Bevölkerung berühren. Wir müssen uns nur befreien von den engen Schranken, welche die römisch-rechtlichen Anschauungen uns gezogen haben und der Gegenwart ihr Recht zuteil werden lassen, ohne den gesunden Kern, welcher der Unterscheidung von dinglichen und persönlichen Rechten zugrunde liegt, aufgeben zu müssen und ohne einer allzufeinen Spezialisierung zu verfallen. Voraussetzung für den petitorischen Schutz ist, daß das Recht nicht nur im Stadium des Anspruches stecken blieb, sondern bereits verwirklicht wurde, daß also bei derivativem Erwerb die Übergabe der Sache, auf welche sich die materielle Berechtigung bezieht, an den Berechtigten stattgefunden hat. Auch das kennzeichnet eine Verwandtschaft mit dem engen, kör- perlich gedachten Eigentumsbegriff der Römer.

Aber nur ein materielles Recht an körperlichen Sachen verbunden mit deren Innehabung kann die Grundlage für das Ausschlußrecht und damit einen unmittelbaren petitorischen Schutz

bzw. die Wohnung bereits übernommen worden ist; vgl. Löning, a. a. O. S. 93; Gottwald, Deutsches Recht, 1934, S. 179.

<sup>1)</sup> Das deutsche BGB. hat auch den Satz des römischen Rechts „Kauf bricht Miete“ nicht übernommen, sondern in den §§ 571—579 das gegenteilige Prinzip festgelegt. Es ist aber bezeichnend, daß auch für diesen Schutz des Mieters die Über- gabe des Mietgegenstandes die unerläßliche Voraussetzung bildet (§ 571), wenn nicht der Erwerber die aus dem Mietverhältnis sich ergebenden Verpflichtungen dem Veräußerer gegenüber übernommen hat (§ 578) und durch diese Willens- äußerung selbst ein Rechtsverhältnis zwischen dem Erwerber und Mieter be- gründet wurde. Auch zur Erklärung des so gewonnenen Grundsatzes „Kauf bricht nicht Miete“, dessen Aufnahme entgegen den Ansichten der Verfasser durch die Volksmeinung erzwungen wurde, verweist man auf alte deutsch- rechtliche Gedankengänge. Auch er durchbricht bereits das rein römische System der obligatorischen Rechte, an dem das BGB. sonst so zäh festhält.

<sup>2)</sup> Raape will den absoluten Schutz auch auf andere Fälle der vertrag- lichen Gebrauchsüberlassung ausdehnen, die nicht nur ein Recht auf fremdes, sondern auch ein Recht zu eigenem Verhalten gibt; Jherings J., 74, S. 179 ff.

gegenüber dritten Personen gewähren. Die bloße Innehabung, die auf kein materielles Recht gegründet ist, vermag noch keinen solchen Schutz zu bieten, denn nur die Verletzung des „eigenen“ Rechts ist dazu geeignet. Der unberechtigte Inhaber darf nicht petitorisch geschützt werden. Schon das Recht des Inhabers auf die bloße Innehabung ohne irgendeine Gebrauchsbefugnis ist aber ein materielles Recht, das schwächste Recht, das für den petitorischen Anspruch auf Beseitigung der Störung in Betracht kommen kann.

Wir müssen daher unterscheiden: die Innehabung als rein tatsächlichen Zustand und die Innehabung, die sich gründet auf das Recht zur Innehabung. Auch der rechtmäßige Inhaber genießt den petitorischen Schutz nicht gegen jedermann, ist nicht dinglich, nicht absolut geschützt, sondern nur persönlich. Voraussetzung für die Entstehung des Anspruches ist eine widerrechtliche Störung des Rechts (§ 823 deutsches bürgerliches Gesetzbuch und § 1293 allgemeines bürgerliches Gesetzbuch).

Der Inhalt des Anspruches ist zunächst der gleiche wie bei der Eigentumsklage. Wurde die Sache entzogen, so geht das Begehren auf Rückstellung der Sache, denn auch dieses Begehren ist in dem Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes mit eingeschlossen<sup>1)</sup>. Dieser bisher bestrittene Inhalt des Anspruches wird im künftigen Recht außer Zweifel gestellt werden müssen dadurch, daß er nicht nur auf Erwägungen des Schadenersatzes allein gegründet wird.

Erfolgt nur eine Verletzung, so ist der frühere Zustand wieder herzustellen, soweit das noch möglich ist und noch eine Bedeutung besitzt. Das schließt nicht aus, daß der Verletzte den Ersatz des darüber hinausgehenden Schadens, also etwa für die Vergangenheit noch außerdem begehrt.

Ein materielles Recht in diesem Sinn hat auch der Verwahrer. Er ist petitorisch nicht geschützt gegen den Hinterleger. Aber die Rechtmäßigkeit seiner Innehabung äußert ihre ausschließende Wirkung gegenüber Dritten, die widerrechtlich sein Recht verletzen. Damit erlangt die Obsorgepflicht, die dem Verwahrer gegenüber dem Hinterleger obliegt, erst ihre volle Wirksamkeit, denn gerade bei einer Entziehung der anvertrauten Sache durch einen Dritten tritt die Notwendigkeit dieser Obsorgepflicht besonders deutlich hervor. Es heißt den Zweck dieser Obsorgepflicht und damit den Zweck der Verwahrung völlig verkennen, wenn man im Sinne römischer Rechtsauffassung in solchen Fällen nur dem Hinterleger einen petitorischen Anspruch gegen den Rechtsverletzer zugesteht. Die Unzweckmäßigkeit eines solchen Umweges tritt besonders klar zutage, wenn der Hinter-

<sup>1)</sup> Löning, a. a. O. S. 158. Dagegen M. Wolff, Sachenrecht, § 16, I, 3, und das Zitat Anm. 4.

leger den Verwahrungsvertrag deshalb abschloß, weil er z. B. wegen einer längeren Abwesenheit nicht in der Lage ist, künftig selbst für die ordentliche Verwahrung der Sache Sorge zu tragen.

Eine Vermögensschädigung des Verwahrers wird durch die Entziehung oder Beschädigung der fremden Sache seitens eines Dritten noch nicht erfolgen, soweit nicht die Voraussetzungen für eine Haftung des Verwahrers gegenüber dem Hinterleger gegeben sind. Das wird oft nicht der Fall sein, schon im Hinblick auf die fehlende Haftung für Zufall. Allerdings kann durch Vereinbarung die Tragung der Gefahr vom Verwahrer allgemein, auch für Zufall übernommen werden. Wenn der Verwahrer aber auch in seinem Vermögen nicht geschädigt wird, die Entfernung der Sache für ihn sogar eine Erleichterung bedeuten würde, so müßte dem Verwahrer dennoch der petitorische Rückforderungsanspruch gegen den unberechtigten Dritten eingeräumt werden, der die Sache aus seiner Innehabung entzogen hat, weil darin doch eine Verletzung seiner „Rechte“ lag. Bei Vernichtung der Sache erlischt dagegen in den Fällen eines unentgeltlichen Verwahrungsvertrages jeder Anspruch des Verwahrers gegen den Dritten, weil dann die Wiederherstellung des früheren Zustandes nicht möglich ist, der Verwahrer aber keinen Anspruch auf Geldersatz hat, weil er keinen bewertungsfähigen Schaden erlitten hat. Auch das steht im Einklang mit dem Wesen des Verwahrungsvertrages. Denn wenn die Sache nicht mehr vorhanden ist, dann fehlt auch der Gegenstand der Obsorgepflicht des Verwahrers. Seine Funktion hat damit ihr Ende gefunden und er muß es, soweit ihn keine Haftung trifft, dem Hinterleger überlassen, sich eine entsprechende Genugtuung von seiten des Schadenstifters zu verschaffen.

Ähnlich ist die Lage beim Werkvertrag, wenn dem Unternehmer eine fremde Sache zur Verarbeitung übergeben wird, da er hinsichtlich dieser Sache eine ähnliche Stellung wie der Verwahrer einnimmt.

Durch die Verwertung des Begriffes der materiellen Berechtigung an körperlichen Sachen und der auf eine solche Berechtigung gestützten Innehabung findet in gewissem Sinne die Funktion der altgermanischen Gewere auf diesem Teilgebiete einen Ersatz, der dem Rechtsbewußtsein der Gegenwart entspricht. Der so gebildete Begriff des Eigentums im weiteren Sinn hat andere Aufgaben zu erfüllen, als der enge Eigentumsbegriff, der dem römischen Recht entstammt und trotz der dem Rechtsdenken der Gegenwart entsprechenden Beschränkungen seines Inhalts auch künftig aufrecht erhalten werden soll. Beide Begriffe sollen im künftigen Privatrecht nebeneinander ihren Platz finden. Dann werden sie nicht zu einer Verwirrung, sondern zu einer wohlthuenden Vereinfachung seiner Bestimmungen führen.

Besonders erfreulich ist dabei die Wiedererweckung deutscher Rechtsgedanken. Die „Vielgestaltigkeit“ der materiellen Be-

rechtigung an einer körperlichen Sache verbunden mit deren wenigstens teilweiser Innehabung erinnert auch in dieser Beziehung lebhaft an den alten deutschen Eigentumsbegriff, dem nach Gierkes Feststellung in seinem Jugendalter der begriffliche Gegensatz zwischen Eigentum und begrenztem dinglichem Recht fehlte<sup>1)</sup>, da er auch ein „Mindereigentum“ in sich schloß, daher mannigfacher Abwandlungen fähig war, sich weder mit dem römischen noch mit dem heutigen Eigentumsbegriffe deckte, sondern als ein „wandelbarer“, wenn auch immer mit einem bestimmten Inhalt ausgestatteter Eigentumsbegriff gestaltet war. Genau so wie bei diesem dynamischen altgermanischen Begriff ist auch der Begriff des Eigentums im weiteren Sinne nach den obigen Ausführungen der Abstufung fähig, denn er umschließt alle an körperlichen Sachen bestehenden und durch die wenigstens teilweise Innehabung daran der Verwirklichung zugeführten materiellen Berechtigungen. Diese nach außen hervortretende Verwirklichung steht wiederum im Einklang mit dem alten, auf einem offensichtlichen äußeren Tatbestand aufgebauten, „dem deutschen Sachenrecht eingeborenen“ Publizitätsgedanken<sup>2)</sup>. Und genau so wie die wandelbare Seite des germanischen Eigentumsbegriffes dabei eine Auferstehung feiert, wird auch in einem gewissen Umfang das „doppelte Eigentum“<sup>3)</sup>, allerdings in einer besonderen, den Bedürfnissen der Gegenwart entsprechenden Umgestaltung, wieder zum Leben erweckt. Es ist niemals eine schablonenhafte Übernahme der alten Rechtsformen, sondern immer ein Zusammenwirken alter deutscher Rechtsgedanken mit den Gedankengängen und den Rechtsbedürfnissen unserer Zeit. Damit ist jenes Rechtsinstitut gefunden, das Löning bei der Grundstückmiete im zweiten Stadium des Rechtsverhältnisses, das ist in dem mit der Übergabe der gemieteten Sache verwirklichten Mietrecht, erblickt, das aber nicht auf dieses Gebiet beschränkt bleiben darf.

Es ist ein allgemeines, den Römern in seinem Wesen noch unbekanntes, aber für den modernen Rechtsverkehr und für die Begründung eines wirksamen Rechtsschutzes unentbehrliches Rechtsinstitut.

Die Bedürfnisse des Rechtslebens der Gegenwart bringen es auch mit sich, daß der enge, uns vertraute Eigentumsbegriff in seiner elastischen, dem römischen Recht entnommenen Gestalt aufrecht erhalten werden soll, also nicht spurlos verschwindet.

<sup>1)</sup> Gierke, Deutsches Privatrecht, II, S. 349 ff.

<sup>2)</sup> Gierke, a. a. O. II, S. 188 ff.

<sup>3)</sup> Gierke, a. a. O. II, S. 370 ff. Wahrhaft prophetisch stellt Gierke die Frage, ob das geteilte Eigentum in Zukunft nicht noch einmal berufen sein werde, eine Rolle zu spielen (S. 373), wobei er allerdings nur an die Aufteilung des Bodens denkt.

Es gilt nun noch jene Fassung zu finden, in die das Gesetz den neugewonnenen Begriff kleiden könnte. § 353 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches hat den weiten Eigentumsbegriff in dem geschil- derten Sinn bereits vor Augen. Er sagt: „Alles was jemandem zugehört, alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen, heißen sein Eigen- tum.“ Das Merkmal der Zugehörigkeit ist darin richtig gekenn- zeichnet. Was den Verfassern des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches aber verborgen blieb, war die Notwendigkeit der Unterscheidung dieses Begriffes von dem Eigentum im römischen Sinn und das Erfordernis der Verwirklichung der Innehabung einer körperlichen Sache als unentbehrliche Voraussetzung für die Entstehung des Eigentums im weiteren Sinn. Das gilt es nachzuholen. Nur dann wird auch eine Ver- wechslung mit dem „Vermögensbegriff“ vermieden werden können, der alle vermögensrechtlichen Berechtigungen und Verpflichtungen einer Person in sich schließt und daher wieder eine andere umfassendere Funktion zu erfüllen hat<sup>1)</sup>. Die Bestimmung über das Eigentum im weiteren Sinn könnte etwa lauten:

„Jede Berechtigung dinglicher oder persönlicher Art an einer körperlichen Sache, welche die wenigstens teil- weise Innehabung dieser Sache in sich schließt, wird mit der Verwirklichung dieser Innehabung dem Berechtigten zu eigen, und infolge der dadurch begründeten Zugehörig- keit Eigentum im weiteren Sinn. Das Eigentum im wei- teren Sinn gewährt ein Ausschlußrecht und daher einen unmittelbaren Rechtsschutz gegen Störungen durch un- berechtigte Personen.“

Der Ausdruck Eigentum im engeren Sinn dürfte sich in einem Gesetzbuch nicht empfehlen, weil er dem Verständnis des gebildeten Nichtjuristen schwerer zugänglich ist. Es wäre besser, statt dessen die Bezeichnung „vollständiges Eigentum“ zu wählen, die der geschicht- lichen Entwicklung entspricht und auch dem gebildeten Nichtjuristen unschwer einleuchtet. Die Bestimmung darüber wäre vielleicht in folgender Art möglich:

„Gegenstand des vollständigen Eigentums kann nur eine körperliche Sache sein. Es ist die völlige Herrschaft über die Sache. Durch die Ausübung der daraus fließenden Befugnisse dürfen fremde Rechte nicht verletzt werden. Sie wird auch eingeschränkt durch die Pflichten, die dem Eigentümer nach den Vorschriften der Rechtsordnung gegenüber der Gesamtheit obliegen.“

<sup>1)</sup> Die völlige Streichung des § 353 ABGB. im neuen tsch. Superrevisions- entwurf ohne einen zeitgemäßen Ersatz aber war wiederum ein schwerwiegender Fehler, weil dadurch einer der großen tragenden Pfeiler aus dem System des Gesetzbuches entfernt wurde.



### c) Die Enteignung.

Die Wandlung des Eigentumsbegriffes hat die Bedeutung des Institutes der Enteignung aufs tiefste beeinflußt. Auch diese Frage soll daher wegen der engen Verbundenheit von öffentlichem und privatem Recht wenigstens gestreift werden<sup>1)</sup>. Der Zeitraum der Vergangenheit, auf welchen der technische Begriff der Enteignung zurückblickt, ist verhältnismäßig kurz. Seine Natur und seine Gestaltung hängt aufs engste mit dem Begriff des Privateigentums zusammen. Ja er ist so innig damit verwachsen, daß er in der von den Verfassungen des 19. Jahrhunderts festgehaltenen Bedeutung ohne die Voraussetzung der damaligen Auffassung des Eigentums unmöglich hätte entstehen können. Die Universalität des Eigentumsbegriffes war allerdings schon dem römischen Recht entnommen. Aber die Anerkennung des absoluten Charakters auch gegenüber der Staatsgewalt ist erst sehr spät erfolgt. Auch sie war das Kind einer Revolutionszeit, geboren im blutigen Morgenrot einer neuen Kulturperiode, als die Ideen der Aufklärung die Welt in Flammen gesetzt hatten. Erst damals war in den auf dem Kongreß zu Philadelphia beschlossenen bills of rights (1774) und nach ihrem Beispiel im Artikel 17 der Menschenrechte der französischen Revolution das Eigentum als „geheiligt und unverletzlich“ erklärt worden, und im Anschlusse daran wurden in dem erwähnten Artikel auch die Voraussetzungen für die Zulässigkeit und die Tragweite der Enteignung festgesetzt. Diese Voraussetzungen: Die Feststellung der Notwendigkeit einer solchen Maßnahme zum Wohle der Allgemeinheit und der vollen Schadloshaltung des Enteigneten, wurden auch in den Verfassungen des 19. Jahrhunderts festgehalten. In der Tat war die Heiligkeit und Unverletzlichkeit des Eigentums so fest in die Herzen der Menschen gegraben, daß selbst zu Beginn des Weltkrieges noch die überwiegende Mehrheit der Bevölkerung sich den Glauben daran bewahrt hatte. Das erklärt sich aus den langen Friedensjahren, die vorhergegangen waren. Die Signatur des Friedens ist ehrliche Arbeit. Da gewinnt der Gedanke der Unverletzlichkeit, der Heiligkeit des Eigentums einen tiefen Sinn. Wenn man sieht, wie der Einzelne im Schweiß seines Angesichtes sich müht, sein Brot zu verdienen und durch Zurücklegung mühsam erworbener Ersparnisse sich und seiner Familie bessere Lebensbedingungen zu schaffen, da entsteht eine an Ehrfurcht grenzende Achtung vor so emsiger, ausdauernder Tätigkeit, und als Ausfluß dieser Achtung wurde dem Ergebnis der angestregten Arbeit ein sakraler Charakter zuerkannt. Der Fleiß und Schweiß des Einzelnen haben sein Lebenswerk geheiligt.

<sup>1)</sup> Vgl. Swoboda, Entwicklung und Begriff der Enteignung, Gerichtszeitung, 1919, S. 241 ff.; Derselbe, Die Wandlung des Eigentumsbegriffes und deren Einfluß auf die Gestaltung der Enteignung, Österr. Anwaltszeitung, 1931, S. 321 ff.

In der schwülen Sumpfluft des Weltkrieges und der Nachkriegsjahre aber wucherten die Schattenseiten der in der Entartung des Liberalismus großgezogenen kapitalistischen Weltordnung, die im Frieden bei etwas weniger Ängstlichkeit erfolgreich zu mildern gewesen wären, ins Maßlose, und damit begann sich auch eine schwerwiegende Wandlung in der allgemeinen Auffassung des Eigentumsbegriffes vorzubereiten. Die Unersättlichkeit des Egoismus, die schon Jhering als wahren Namen an die Stelle der Heiligkeit des Eigentums setzen wollte<sup>1)</sup>, trat in ihrer häßlichsten Gestalt zutage. Auch der gesunde Sinn sträubte sich, jenen Vermögenswerten, die durch eine ins Maßlose gesteigerte Kriegskonjunktur und durch ungerechte Übervorteilung geschaffen wurden, den gleichen sakralen Charakter zuerkennen wie den Früchten der emsigen Arbeit der Friedensjahre. Das erleichterte die Ausdehnung des Herrschaftsbereiches der Enteignung und die Beseitigung des früher als unerläßlich bezeichneten Merkmals der vollen Entschädigung, das gewährleisten sollte, daß auch dann, wenn das Eigentum um des öffentlichen Wohles willen aufgegeben werden mußte, nur der Gegenstand des Eigentums wechseln sollte, ohne daß das Vermögen selbst eine Verminderung erfahren durfte.

Man hat in dieser Umsturzzeit auch in der deutschen Reichsverfassung ebenso wie in der tschechoslowakischen Verfassungsurkunde darauf verzichtet, eine Unterscheidung zwischen der entschädigungslosen Enteignung und jener gegen Entschädigung nach sachlichen Gesichtspunkten zu treffen. Das war ein Mangel und dieser Mangel mußte im Laufe der Jahre immer schwerer empfunden werden. Es war daher zu begrüßen, daß der Lübecker Juristentag im Jahre 1931 diese Frage unter seine Beratungsgegenstände aufgenommen hatte. Eine positive Antwort ist der Juristentag schuldig geblieben. Sie muß aber gefunden werden.

Die rein individualistische Rechtsauffassung ist, wie früher ausgeführt wurde, auf dem Gebiete des Eigentums nicht wieder herzustellen. Darüber dürfen wir uns keinem Zweifel hingeben. Das wirkt aber unvermeidlich zurück auf die Enteignung.

Layer hat mit wohlthuender Entschiedenheit hervorgehoben, daß die *salus publica*<sup>2)</sup>, auf welche die Enteignung gegründet wird, gleichbedeutend sei mit den sozialen Interessen<sup>3)</sup>, die schon in der Zeit vor dem Weltkrieg eine immer größere Ausdehnung und Be-

<sup>1)</sup> Jhering, Zweck im Recht, I, S. 520.

<sup>2)</sup> Der Satz wird regelmäßig in der Form gebracht: *Salus publica suprema lex esto*. Er fand sich zuerst bei Cicero, aber in der ansprechenderen Fassung: *Salus populi suprema lex esto* (Cicero, De legibus, 3, 3, 8). Später ist an Stelle der *Salus populi* die Wendung *salus publica* getreten, die sich den Zielen der Staatspolitik leichter anschmiegt.

<sup>3)</sup> Layer, Grundprinzipien des Enteignungsrechts, S. 222 ff.

deutung gewannen und schon damals eine immer umfassendere Anwendung der Enteignung notwendig gemacht hatten, die Hand in Hand ging mit dem immer schärferen, immer rascheren Vordringen des öffentlichen Rechts gegenüber dem Privatrecht. Diese früher tropfenweise Entwicklung war nach dem Weltkrieg zur Sturmflut angewachsen und drohte, alle im Laufe eines Jahrhunderts sorgfältig aufgebauten Dämme zu durchbrechen.

Auch der überlieferte Begriff der Enteignung war eben nur das Ergebnis einer ganz bestimmten Epoche der Rechts- und Kulturentwicklung<sup>1)</sup>. Nach dem Zusammenbruch der individualistischen Auffassung feierten die alten Ideen des Hugo Grotius über das *dominium eminens* des Staates in verjüngtem, radikalisiertem Gewande ihre Auferstehung.

Das früher so überaus streng als Bedingung der Enteignung geforderte Merkmal der vollen Entschädigung kann auch in Zukunft in dem früheren Umfang nicht mehr aufrecht erhalten werden. Die Aufgaben, die das Wohl der Allgemeinheit dem Staate auferlegt, sind heute so gewaltig, daß eine volle Entschädigung in allen Fällen der Enteignung gar nicht im Bereiche der Möglichkeit liegt. Hedemann hat die Frage der Entschädigung als die „schlimmste Klippe“ der Enteignung bezeichnet<sup>2)</sup>. Um so notwendiger ist es, hier klärend einzugreifen. Eine für alle Zukunft geltende Formel der Abgrenzung zwischen der entschädigungslosen Enteignung und jener gegen Entschädigung wird sich allerdings trotz aller Mühe nicht finden lassen. Auch diese Frage gehört zu den Lebensproblemen des Einzelnen und der Gesellschaft, zur Auseinandersetzung der Betätigungsbereiche der Persönlichkeit und der Gesamtheit und ihre Lösung bildet daher eine „ewige Aufgabe“<sup>3)</sup>.

Schon die Fassung des Art. 153 der deutschen Reichsverfassung und des § 109 der tschechoslowakischen Verfassungsurkunde aber bringt zum Ausdruck, daß eine Enteignung grundsätzlich gegen Entschädigung zu erfolgen habe. Deshalb fordert sie als Voraussetzung für die Zulässigkeit einer entschädigungslosen Enteignung ein besonderes Gesetz, und zwar ein Reichsgesetz. Damit ist allerdings eine positive Lösung des Problems noch nicht angeschnitten worden. Man ist bisher einer allgemein gültigen festen Formel ausgewichen und hat sich damit begnügt, von Fall zu Fall die Frage immer von neuem, aber unter Beschränkung auf das Gebiet, das man gerade in Angriff nahm, zu regeln, wobei die Formeln in der deutschen Gesetzgebung, wie Hedemann feststellte, „immer verschmitzter“ wurden<sup>4)</sup>.

Das Thema für den Lübecker Juristentag stellte der Enteignung im althergebrachten Sinn nicht die entschädigungslose Enteignung, sondern die „ohne Entschädigung zulässigen Eigentumsbeschränkun-

<sup>1)</sup> Layer, a. a. O. S. 65 f., 560.

<sup>2)</sup> Hedemann, Mitteilungen, Heft 19, S. 47.

<sup>3)</sup> Br. Bauch, a. a. O. S. 1.

<sup>4)</sup> Hedemann, Sachenrecht, 2. Aufl., S. 29.

gen“ gegenüber und gab damit die große Achtung vor dem alten Begriff der Enteignung zu erkennen. Diese Ausdrucksweise folgte dem im Entwurf zu einem Baulandgesetz gegebenen Beispiel<sup>1)</sup>). Allein derartige Versuche einer Unterscheidung zwischen voller juristischer Entziehung des Eigentums und bloßen Beschränkungen, mögen sie auch einen schlechthin wertvernichtenden Charakter annehmen, wobei im ersten Fall eine angemessene Entschädigung zu gewähren sei, im anderen Fall aber keine Entschädigung, müssen mit Hedemann als höchst unbefriedigend eingeschätzt werden<sup>2)</sup>), wenn auch das Bestreben anerkannt werden soll, allmählich wieder in gesichertere Bahnen einzulenken.

Auch auf diesem Gebiete wird es maßgebend, daß die Interessen des Einzelnen eingegliedert sind in die Interessen der Gesamtheit und das Gemeinwohl vor das Wohl des Einzelnen zu gehen hat. Jellinek hat in seinem Gutachten zum Lübecker Juristentag zutreffend festgestellt, daß die Schwierigkeiten einer Lösung vor allem in der Formulierbarkeit liegen<sup>3)</sup>). Aber auch er hat die sachliche Klärbarkeit als sicher bezeichnet. Dann aber muß auch der ernste Versuch einer Klärung unternommen werden. Es wäre ein Armutzeugnis für die Rechtswissenschaft, die doch gerade wegen ihrer Kunst der Formulierung gerühmt wird, wenn sie das Ergebnis einer geklärten Frage nicht in die erforderliche Fassung zu bringen vermöchte.

Jedenfalls ist Hedemann beizupflichten, wenn er feststellt, es sei schwer verständlich, warum Maßnahmen, die dem sozialen Ausgleich dienen sollen, mit offenbaren Ungerechtigkeiten verbunden sein müssen, und wenn er den einzigen befriedigenden Ausweg in einer Belastung aller Beteiligten unter rechtlicher Entschädigung an die erblickt, die ein Opfer bringen müssen.

Auf Grund der in den letzten Jahrzehnten gewonnenen Erfahrungen kann aber auch die Art des Erwerbes zu einem entscheidenden Kriterium für die Beurteilung der Entschädigungsfrage werden. Die werterhaltende und wertschaffende Tätigkeit des Einzelnen, die im Interesse der Gesamtheit größte Bedeutung besitzt, und daher das durch ehrliche Arbeit erworbene Eigentum und das „Erbe“ im Sinne des alten deutschen Rechts wird die größte Berücksichtigung erfahren müssen<sup>4)</sup>). Das wird sich wieder harmonisch anfügen an die großen im Erbhofgesetz zum Ausdruck gelangten Gedanken. Eine solche Lösung wird aber auch das volle Verständnis und die warme Zustimmung des Volkes finden.

<sup>1)</sup> Veröffentlicht im Reichsarbeitsblatt; vgl. Hedemann, Mitteilungen, a. a. O. S. 45; Stödter, Öffentlich-rechtliche Entschädigung, S. 145 ff.

<sup>2)</sup> Hedemann, a. a. O. S. 47.

<sup>3)</sup> Jellinek, Gutachten, S. 316.

<sup>4)</sup> Damit steht auch im Einklang der in Aussicht genommene Wegfall der Erbschaftssteuer hinsichtlich des Erbes vom Ehegatten, Kindern und Enkeln.

## VIII. Gesamtsachen.

### a) Die gegenwärtige Rechtslage in Deutschland.

Wie Gierke feststellt, hat das deutsche Recht von je körperliche Gesamtsachen anerkannt<sup>1)</sup>. Landgüter, später auch bewegliche Komplexe, Herden, Bibliotheken, Warenlager, wurden nach dieser Auffassung als „objektive Einheiten“, die mit dem Wechsel der Einzelsachen ihren Charakter noch nicht ändern, Gegenstand von Rechten, ohne jedoch ihre Bestandteile des Sachcharakters zu berauben. Selbst unkörperliche Sachen wurden im Laufe der Zeit in den Begriff solcher Gesamtsachen mit aufgenommen<sup>2)</sup>. Auch hier hat das deutsche bürgerliche Gesetzbuch die alte deutsche Rechtsüberlieferung achtlos beiseite geschoben. Seine Verfasser übersahen, daß auch der Begriff der Gesamtsache aus einem dringenden praktischen Bedürfnisse heraus entstanden ist<sup>3)</sup>. Es waren nicht nur Zwecke der Vereinfachung, die mit dem Gebrauch dieser Bezeichnung verfolgt wurden, sondern sie war zugleich dazu bestimmt, dem Willen der Parteien zum Siege zu verhelfen. Den Verfassern des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches mußte der Begriff der Gesamtsache freilich schon wegen ihrer übermäßigen Neigung zur Abstraktion unwillkommen sein. Bei dieser Einstellung erschien ihnen der Begriff der Gesamtsache nicht nur überflüssig, sondern auch unjuristisch. Er ist aber durchaus nicht unjuristisch, sondern hat im Gegenteil wichtige juristische Aufgaben zu erfüllen. Die Erfahrungen der letzten Jahrzehnte haben uns gelehrt, wie eng Wirtschaft und Recht miteinander verbunden sind. Die Bedürfnisse des wirtschaftlichen Verkehrs aber sind es gewesen, die auch zur Formulierung des Begriffs der Gesamtsache geführt haben. Bei der gewaltigen Steigerung des Verkehrs im Rechtsleben der Gegenwart hat dieser Begriff heute eine noch viel bedeutsamere Aufgabe zu erfüllen als in der fernen deutschen Vergangenheit und daraus erklärt es sich, daß nach dem Zeugnisse Gierkes der Begriff der Ge-

---

<sup>1)</sup> Gierke, Gen.-Recht, I, S. 63.

<sup>2)</sup> Gierke, Deutsches Privatrecht, II, S. 51.

<sup>3)</sup> Swoboda, Die praktischen Auswirkungen des Begriffes der Gesamtsache, Österr. Richterzeitung, 1931, S. 93 ff.

samtsache auch im deutschen Rechtsleben trotz der Stellungnahme des Gesetzbuches nicht überwunden werden konnte<sup>1)</sup>).

Das deutsche bürgerliche Gesetzbuch kennt nur „körperliche Einzelsachen“. Auch die zusammengesetzte Sache ist eine Einzelsache, nämlich eine Mehrheit von Einzelstücken, die allerdings an sich der Selbstständigkeit fähig wären<sup>2)</sup>, aber in der Zusammenfassung, in der sie sich vorfinden, nur eine Einzelsache bilden. Bei Erwerbung einer Gesamtheit von Einzelsachen aber, die nur im Interesse des Verkehrs als eine „Gesamtsache“ bezeichnet werden, die also nicht eine zusammengesetzte Sache sind, und die daher nach dem geltenden deutschen Recht in ihrer Zusammenfassung als Rechtsobjekt, als „Sache“, rechtlich nicht anerkannt werden kann<sup>3)</sup>, verlangt das deutsche bürgerliche Gesetzbuch die Übergabe jeder einzelnen, zu dieser Gesamtheit gehörigen Sache.

Wie Hedemann feststellt, ließ sich jedoch der Grundsatz des körperlichen (effektiven) Herüberreichens jeder einzelnen Sache an den Erwerber aus praktischen Gründen nicht restlos durchführen, sondern das Leben selbst erzwang Durchbrechungen dieses Prinzips. Um gleichwohl wenigstens den Schein der Tradition aufrecht zu erhalten, wurde das Erfordernis der Übergabe für gewisse Fälle derart „vergeistigt“, daß das geltende deutsche Recht auf diesem Gebiete wieder nach dem Urteil Hedemanns ein zwiespältiges, man könnte fast sagen, unwahres Gepräge bekommen hat<sup>4)</sup>.

Zunächst wird, weil es aus praktischen Gründen nicht möglich ist, die letzten Konsequenzen aus dem Begriff der Einzelsache zu ziehen, das sogenannte „Näheverhältnis“ ausgewertet<sup>5)</sup>. Ein Sandhaufen, ein Kilo Reis wird daher als Sacheinheit angesehen<sup>6)</sup>, obgleich es sich auch hier, streng genommen, um eine Vielheit körperlicher Einzelsachen handelt. Schon darin offenbart sich die Erkenntnis, daß es für das Gebiet des Rechts in solchen Fällen nicht auf die physische Einheit, sondern auf die wirtschaftliche Einheit ankommt, die zugleich als „rechtliche“ Einheit anerkannt wird. Allerdings wird diese Erkenntnis in solchen Fällen durch die Gleichartigkeit der Einzelsachen verdunkelt. Es ist dann eigentlich nur mehr ein Schritt zur Anerkennung der Gesamtsache. Weil aber das deutsche bürgerliche Gesetzbuch diesen

<sup>1)</sup> Gierke, a. a. O. II, S. 51.

<sup>2)</sup> Lehmann (allg. Teil, 3. Aufl., S. 324) nennt als Beispiele einer zusammengesetzten Sache einen Baum, einen Kraftwagen, ein Buch und ein Haus.

<sup>3)</sup> Die Ablehnung des Begriffes der Gesamtsache war nur eine logische Konsequenz der Beschränkung des Sachbegriffes auf körperliche Sachen. Endemann, I, § 50, S. 229.

<sup>4)</sup> Hedemann, Sachenrecht, II. Aufl. S. 125.

<sup>5)</sup> Lehmann, a. a. O. S. 321; Kohärenz, von Tuhr, Allg. Teil, S. 128.

<sup>6)</sup> Bei einem Sack Getreide tritt die Zusammengehörigkeit schon sinnfälliger hervor, weil die Zusammenfassung durch den Behälter bewirkt wird.

Begriff ablehnt, so muß der Schritt unterbleiben. Eine Bibliothek ist deshalb für das geltende deutsche Recht nur eine Vielheit von einzelnen Büchern. Sie kann daher nicht als solche, nicht als Bibliothek Gegenstand eines Rechtsgeschäftes sein, obgleich das der allgemeinen Verkehrsauffassung entspricht, sondern nach der Auffassung des Gesetzbuches sind nur die einzelnen Bücher auch bei Veräußerung der ganzen Bücherei die eigentlichen Objekte des Rechtsgeschäftes. Es gibt daher auch keine Eigentumsklage auf Herausgabe einer Bücherei, sondern nur auf die einzelnen zu ihr gehörigen Bücher<sup>1)</sup>.

Das dem gebildeten Nichtjuristen begreiflich zu machen, ist unmöglich. Der Widerspruch zur allgemeinen Rechtsanschauung ist zu groß. Die Auffassung des Gesetzes führt dazu, daß es beim Verkaufe einer Bücherei auch keine Übergabe der Bücherei als solcher geben kann, sondern rechtlich nur eine Übergabe der einzelnen dazugehörigen Bücher. Das läßt sich mit den augenblicklich in der Bibliothek vorhandenen Büchern durchführen. Wie steht es aber mit jenen, die im Augenblicke des Verkaufes entlehnt sind? Regelmäßig sollen doch auch diese nach der Absicht der Parteien mitverkauft sein, besonders dann, wenn es sich um einzelne Bände eines großen Gesamtwerkes handelt. Schon um dem Parteiwillen Geltung zu verschaffen, läge es nahe, die unstreitig vorhandene wirtschaftliche Einheit der Bibliothek auch hier rechtlich auszuwerten. Damit würde aber der grundsätzliche Standpunkt des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches verlassen, und der Begriff der Gesamtsache anerkannt. Deshalb greift das Gesetz zu dem Ausweg der „Ersatzübergabe“ (§ 931). Es läßt als Übergabe auch die Abtretung des Anspruches auf Herausgabe der in der Innehabung eines Dritten befindlichen Sachen, die sogenannte Cessio vindicationis, gelten und kommt damit in Widerspruch mit dem Prinzip, aus welchem heraus das Erfordernis der Tradition entstanden ist, dem Prinzip der „Publizität“.

Erst durch die Abtretung erwirbt der Käufer das Eigentum an den einzelnen entlehnten Büchern. Wenn wir nur vom Wortlaut des § 931 ausgehen, bedarf es dazu einer besonderen auf Abtretung des Anspruches auf Herausgabe gerichteten Vereinbarung. Hier tritt das Weltfremde dieser Konstruktion klar zutage. Bei einer solchen Auffassung würde man zu derartigen Veräußerungen stets einen Juristen brauchen, weil der einfache, wenn auch gebildete Nichtjurist die Notwendigkeit einer solchen juristischen Feinheit nicht zu entdecken vermag. Ohne eine besondere Vereinbarung in dieser Art könnte also der Käufer den Entlehner weder mit der Eigentumsklage, noch mit der Klage aus dem schuldrechtlichen Verhältnis belangen, sondern wäre zum Umweg über den Verkäufer genötigt, dem allein diese

<sup>1)</sup> Lehmann, a. a. O. S. 321.

Ansprüche zustehen. Bei Weigerung des Verkäufers müßte ihn der Käufer, um das entliehene Buch zu bekommen, erst auf Erfüllung des Vertrages klagen, und erst nach der siegreichen Beendigung dieses Rechtsstreites könnte er sein Recht gegen den Dritten geltend machen, sei dies nun bei Abtretung des Herausgabeanspruches im Wege einer unmittelbaren Klage gegen den Dritten oder dadurch, daß der bisherige Eigentümer selbst im Klagsweg gegen den Dritten vorgeht. Das ist wieder ein Umweg von der gleichen Umständlichkeit und praktischen Unbegreiflichkeit, wie er für den Schutz des Mieters gegenüber Störungen Dritter nach römischem Recht nötig war.

Um nun über derartige Konsequenzen der Vorschrift des § 391 hinwegzukommen, muß sich die Praxis einer möglichst nachgiebigen Auslegung des Erfordernisses der Willenseinigung über die Abtretung des Herausgabeanspruches bedienen.

Deshalb wird gelehrt, daß man, wenn an der Absicht, das Eigentum zu übertragen, kein Zweifel obwalte, nicht auf einer klaren Vorstellung der Parteien davon, daß es zugleich gelte, den Herausgabeanspruch abzutreten, werde bestehen müssen<sup>1)</sup>. Es wird also der Rechtsauffassung des Laien, der solche Geschäfte abschließt, Rechnung getragen. Reichel sagt: „Ein verständiger Beurteiler wird die Einigung zweier Veräußerungsparteien über den Übergang des Eigentums an einer im Drittbefund befindlichen Sache nie anders auslegen als dahin, daß ihr stillschweigend zugleich die Abtretung des gegen den Dritten bestehenden Herausgabeanspruches innewohnt“, und er verweist zur Begründung auf § 133 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches, in dem es heißt, daß bei der Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinne des Ausdruckes zu haften sei. Die Ausführungen Reichels treffen sicher den Nagel auf den Kopf, zeigen aber zugleich, wie wenig die ganze Konstruktion des § 931 mit der Wirklichkeit im Einklang steht. § 133 gesellt sich so als Dritter den königlichen §§ 242 und 826 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches, die nach Hedemanns Feststellung zu einer Korrektur der gesetzlichen Regelung des gesamten deutschen Privatrechts geführt haben<sup>2)</sup>.

Andererseits entsteht aber auch die Frage, ob die rei vindicatio für sich abgetreten werden kann. Nach Planck-Brodmann ist neben ihr auch die Einigung, daß dadurch der Zessionar Eigentümer werden solle, unerlässlich<sup>3)</sup>. Das ist begreiflich, denn sonst werden die Grenzen zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten vollständig verwischt. Man behilft sich daher mit einer Vermutung, die aber im Gesetz nicht ausgesprochen wird. Es wird im Zweifel angenommen, daß mit der

<sup>1)</sup> v. Tuhr, a. a. O. § 15/IX; Reichel, Jherings J. 53, S. 149; M. Wolff, Sachenrecht, S. 199.

<sup>2)</sup> Hedemann, Einführung, 2. Aufl., S. 245.

<sup>3)</sup> Vgl. Windscheid-Kipp, §§ 172, 337.



Veräußerungsverfügung über die rei vindicatio im Sinne des § 931 auch über die Sache selbst habe verfügt werden sollen, weil eine Ablösung der rei vindicatio vom Eigentum, wie Brodmann feststellt, immer etwas gekünsteltes an sich habe<sup>1)</sup>. Es wird also sowohl in der einen, wie in der anderen Richtung im Hinblick auf die Bedürfnisse des wirtschaftlichen Lebens und die wirtschaftlichen Anschauungen der Bevölkerung eine einschneidende Abschwächung der Tragweite des § 931 vorgenommen, die seinem Wortlaut eigentlich nicht entspricht.

Die nach § 931 zugelassene Art der Tradition durch Abtretung des Herausgabeanspruches wird aber nicht nur bei Gesamtsachen, die das Gesetzbuch ja nicht kennt, sondern allgemein gestattet. Voraussetzung für diese Art der Übergabe ist also nur, daß ein Dritter Inhaber der Sache ist. Das Gesetzbuch spricht nicht von Innehabung, sondern vom Besitz, weil nach deutschem Recht der Detentor infolge der Teilung des Besitzbegriffes in einen Eigenbesitz und Fremdbesitz Sachbesitz hat, während der Begriff des Rechtsbesitzes abgelehnt wird.

Durch die allgemeine Zulassung der Ersatzübergabe mittelst Abtretung des Herausgabeanspruches gerät jedoch das Gesetzbuch in Konflikt mit dem Grundgedanken, auf dem das Erfordernis der Tradition aufgebaut worden ist und in dem es auch seine Rechtfertigung findet. Dieser Grundgedanke ist die Erzielung einer gewissen „Publizität“ des Aktes der Übertragung. Die Übereignung soll sinnfällig nach außen hervortreten. Bei der Ersatzübergabe nach § 931 genügt aber die bloße Einigung zwischen dem bisherigen Eigentümer und dem Erwerber, ohne daß der dritte Inhaber der Sache davon auch nur verständigt wird. Die Einigung ist auch an keinerlei Form gebunden, sie kann auch durch konkludente Handlungen stillschweigend geschehen. Diese Art der Tradition geht also viel weiter als jene des althergebrachten Constitutum possessorium. Deshalb bemängelt es Hedemann, wie weit hier die „Vergeistigung“ getrieben werde, und bezeichnet den Inhalt der Vorschrift des § 931 als einen „äußerst verschrobenen Ausnahmestatbestand“<sup>2)</sup>. Schon Kohler aber hat festgestellt, daß das deutsche Gesetzbuch hier, ohne es zu wollen, und entgegen seinem Wortlaut, das Traditionsprinzip überhaupt fallen gelassen habe<sup>3)</sup>. Hedemann macht darauf aufmerksam, wie sehr sich die Vergeistigung noch weiter steigern, wenn es unbekannt sei, wer die Sache des Veräußerers besitze, wie meist im Falle des Diebstahles, oder wenn sie niemand besitze, wenn z. B. ein Hund sich verlaufen habe und der Eigentümer einem anderen erkläre, dieser solle den Hund suchen und könne ihn dann behalten, weil er ihn nicht mehr wolle<sup>4)</sup>.

1) Planck-Brodmann, S. 374c.

2) Hedemann, Sachenrecht, S. 99/3.

3) Kohler, Enzyklopädie, 7. Aufl., Bd. 2, S. 54.

4) Hedemann, a. a. O. S. 131 f.; vgl. Schmelzeisen, Arch. ziv. Praxis, Bd. 136, S. 139 ff.

Auch das ist immer noch Übergabe im Sinne des § 931, obgleich z. B. die Abtretung des Anspruches nicht möglich ist, wenn der Dieb die Sache weggeworfen hat und daher gar kein Inhaber der Sache mehr vorhanden ist, gegen den sich die Abtretung des Anspruches richten könnte. Es genügt also in solchen Fällen die einfache bloße Einigung über den Eigentumsübergang. Die Bezeichnung Übergabe ist nur mehr der Schein einer Tradition, weil der letzte Rest einer solchen in Wahrheit verschwunden ist<sup>1)</sup>.

Bei konsequenter Durchführung des damit zum Ausdruck gebrachten Gedankens hätte das Erfordernis der Tradition überhaupt fallen gelassen werden müssen. Deshalb heißt es auch bei Planck-Brodmann, obgleich dort die Bestimmung des § 931 verteidigt wird, daß das Gesetzbuch mit dieser Ausnahmsbestimmung noch nicht vollen Ernst mache<sup>2)</sup>. Das trifft in der Tat zu, und zwar auch für die Fälle des § 931. Auch in diesen Fällen wird zwar vom Erwerber Eigentum erworben, aber doch nur ein eigentümlich beschränktes Eigentum, denn es ist gemäß § 986 trotz seiner grundsätzlichen Dinglichkeit allen, auch rein obligatorischen Einreden des Inhabers ausgesetzt, die dem Rechtsvorgänger hätten entgegengehalten werden können. So wird es erklärlich, daß Hedemann von einer „doktrinären Konstruktion“ spricht<sup>3)</sup>. Das Gesetzbuch ist aber in den Fällen des § 931, obgleich es scheinbar das Erfordernis der Tradition aufrecht hält, noch radikaler als das englische Recht, das zwar das Traditionsprinzip nicht anerkennt, und daher den Übergang des Eigentums schon mit der Willenseinigung eintreten läßt, aber doch immer, wie im ganzen englischen Vertragsrecht, zur Verbindlichkeit des simple contract verlangt, daß die Partei für ihr Versprechen eine „Consideration“ empfängt<sup>4)</sup>, also auch im Falle der unentgeltlichen Übertragung. Hedemann verweist darauf, daß nach der einfachen Volksmeinung das gegebene Wort, die „Einigung“, genügen müsse, daß namentlich das französische Recht neben dem Eigentumsübergang durch tradition réelle auch einen solchen durch bloße Einigung anerkennt<sup>5)</sup>. Das ge-

<sup>1)</sup> Das gemeine Recht kannte wohl eine abtretbare rei vindicatio. Ihre Abtretung übertrug aber nur die Klage, nicht das Eigentum. Windscheid-Kipp, 2, § 337, Nr. 4; Enneccerus, S. 199.

<sup>2)</sup> Planck-Brodmann, S. 374c.

<sup>3)</sup> Ebenso kann nach § 170 der mittelbare Besitz dadurch auf einen anderen übertragen werden, daß diesem der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird (cessio actionis), ohne daß eine Anzeige an den Dritten nötig ist, also wieder durch einen rein internen Vorgang ohne jede Sinnfälligkeit des Vorganges (Hedemann, a. a. O. S. 455).

<sup>4)</sup> Schirrmester-Prochownik, a. a. O. II, S. 35. Das Rechtsinstitut der Consideration hat sich nach Ansicht englischer Rechtshistoriker erst am Ausgange des Mittelalters entwickelt.

<sup>5)</sup> Artikel 1606 CC.

schiebt aber ohne den Versuch, auch diese Erwerbsart in den Rahmen der Tradition zu pressen.

## b) Die juristische Bedeutung der Gesamtsachen.

Was die deutsche Jurisprudenz zur Erfüllung der Bedürfnisse des lebendigen Geschehens auf diesem Gebiete gezeitigt hat, sind trotz allen ehrlichen Bemühens doch nur juristische Kunststücke, die niemals das Verständnis des Volkes finden können, denen sich das Volk in seinem gesunden Rechtsempfinden vielmehr verschließt. Es sind vielfach Fiktionen<sup>1)</sup>, die mit der Wirklichkeit in Widerspruch stehen und die wir daher vermeiden sollen<sup>2)</sup>.

Daraus folgt noch nicht, daß das Erfordernis der Übergabe überhaupt zu verwerfen sei. Es hat eine wichtige Aufgabe zu erfüllen. Gerade der Gedanke der Publizität, dem die Tradition dienen soll, ist dem alten deutschen Rechtsdenken vertraut und er ist besonders deutlich in den Auswirkungen des Grundsatzes „Hand muß Hand wahren“ zur Geltung gekommen. Auch Gierke stellt fest, daß das ältere deutsche Recht zur Übertragung des Eigentums an Fahrnis „Einräumung leiblicher Gewere“ verlangte<sup>3)</sup>.

Wir müssen nach den Ursachen forschen, welche derartige Verkünstelungen im geltenden deutschen Recht notwendig mit sich brachten. Es war wiederum der Hang zur Abstraktion, dem es zu danken ist, daß die Verfasser des Gesetzbuches entgegen den Erfahrungen des wirtschaftlichen Lebens und den Anschauungen des Verkehrs nur körperliche Einzelsachen anzuerkennen vermochten. Sobald wir uns von dieser ungesunden Beschränkung freimachen, wird es auch möglich, die juristische Überfeinerung zurückzudrängen.

Ein vorzügliches Mittel auf diesem Wege ist die Anerkennung der bereits dem alten deutschen Rechtsdenken vertrauten Gesamtsachen, die aus Einzelsachen bestehen, aber wegen ihrer besonderen wirtschaftlichen Aufgaben als ein Ganzes angesehen und mit einem gemeinschaftlichen Namen bezeichnet zu werden pflegen.

Die Anschauungen des Verkehrs, die in einer solchen Gesamtsache eine „wirtschaftliche Einheit“ erblicken, sollen auch maßgebend sein

<sup>1)</sup> Vgl. M. Wolff, a. a. O. S. 199.

<sup>2)</sup> Kohler sagt darüber: „Fiktion ist anerkanntermaßen ein Mittel der Unbehilflichkeit, einen Gedanken auszudrücken, den man nicht geradezu vollkommen verständlich und zutreffend ausdrücken kann, sie führt fast immer zu Unrichtigkeiten und Fehlern der Praxis.“ Kohler, Technik der Gesetzgebung, Arch. ziv. Praxis, Bd. 96, S. 365 f.; vgl. Swoboda, Das ABGB. im Lichte der Lehren Kants, S. 205.

<sup>3)</sup> Gierke, Grundzüge des deutschen Privatrechts, Holtzendorffs Enzyklopädie, I, S. 262.

für deren rechtliche Behandlung. Genau so wie der Verkehr die Gesamtsache als „Rechtsobjekt“ auffaßt und verwendet, kann sie auch von der Rechtsordnung als taugliches Objekt von Rechtsgeschäften behandelt werden. Das ändert nichts daran, daß die Gesamtsache entsprechend der alten deutschen Auffassung aus einzelnen besonderen Sachen besteht und daß jede dieser einzelnen Sachen ein besonderes rechtliches Schicksal erfahren kann, wenn der Wille des Eigentümers darauf gerichtet ist. Der Eigentümer einer Bücherei kann daher beim Verkauf derselben einzelne Bücher davon ausnehmen oder aus seiner Bücherei einzelne Werke verschenken oder entgeltlich veräußern. Dadurch aber, daß die Bedeutung der wirtschaftlichen Einheit auch für die Zwecke des Rechts verwertbar gemacht wird, ist die Möglichkeit gegeben, die Gesamtsache als Ganzes zu veräußern und diese Veräußerung deutlich durch eine Gesamtübergabe kundzutun, die die Einzelübergabe ersetzt. Diese Art der Tradition einer Gesamtsache gerät mit deren Grundgedanken ebenso wenig in Widerspruch als jene des Zubehörs eines Grundstückes, das mit dem Grundstücke übertragen wird. Dem Erfordernis der Publizität wird durch den Übergabsakt Genüge geleistet, und zwar — um bei dem bisher gewählten Beispiel zu bleiben, bei einer Bücherei auch hinsichtlich der im Augenblicke der Veräußerung nicht darin befindlichen, sondern entlehnten Stücke, wegen deren „offensichtlicher Zugehörigkeit zur Gesamtsache“. Die Übertragung des einzelnen entlehnten Stückes ergibt sich also bei der Übertragung der Gesamtsache mit Notwendigkeit schon aus deren Begriff, weil der rechtliche Zusammenhang mit dem Übergabsakt in der Zugehörigkeit des Einzelstückes zur Gesamtsache mit genügender Deutlichkeit zum Ausdruck kommt.

Durch die verständnisvolle Auswertung der schon im älteren deutschen Recht bewährten Einrichtung der Gesamtsachen wird also den Bedürfnissen des praktischen Lebens ohne kunstvolle Auswege in einfacher Form Rechnung getragen und dazu genügt eine Bestimmung im Sinne des § 302 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches<sup>1)</sup>, wenn auch unsere Erkenntnis des wahren Wesens und der Tragweite dieses Begriffes durch die Erfahrungen der letzten Jahrzehnte eigentlich erst gewonnen wurde.

### c) Das Unternehmen als Rechtsobjekt.

Aus der geschilderten Rechtslage erklären sich die besonderen Schwierigkeiten in der Behandlung der Sachgesamtheiten im deutschen Recht, die Oppikofer beklagt<sup>2)</sup>. Die Vorteile des Begriffes der

<sup>1)</sup> Ihrem Wesen nach ist diese Bestimmung auch im neuen tschechoslowakischen und im jugoslawischen Entwurf aufrechterhalten worden.

<sup>2)</sup> Oppikofer, Das Unternehmensrecht, S. 137.

Gesamtsache zeigen sich aber besonders plastisch bei der Behandlung eines Unternehmens als Gegenstand des Rechtsverkehrs, denn auch ein Unternehmen ist als Gesamtsache anzusehen. Dabei wird es besonders wertvoll, daß schon nach der geschichtlichen Entwicklung des älteren deutschen Rechts frühzeitig auch unkörperliche Sachen in die Sachverbände der Gesamtsachen einbezogen wurden<sup>1)</sup>, weil das namentlich beim Unternehmen unentbehrlich ist.

Ohmeyer nennt das Unternehmen treffend eine zur Erreichung eines wirtschaftlichen Zweckes organisierte Vereinigung von Gütern und Vermögenswerten, eine Zusammenfassung bestimmter Vermögensmassen und imponderabler Vermögenswerte zwecks Erreichung eines gemeinsamen wirtschaftlichen Erfolges<sup>2)</sup>. Da das Unternehmen als Gesamtsache nicht nur körperliche Sachen umfaßt, sondern auch Werte, die sich körperlich nicht greifen lassen, die aber vermögensrechtlich die größte Bedeutung besitzen, so war es vom Standpunkte des deutschen Gesetzbuches, das nur körperliche Sachen kennt, auch deshalb unmöglich, den Begriff der Gesamtsache gelten zu lassen und ihn auf ein Unternehmen anzuwenden. Allerdings ist das Unternehmen auch ein organisatorisches Gebilde, dessen Wert oft zum größten Teil in der Persönlichkeit des Unternehmers, in dessen außergewöhnlichen Eigenschaften beruht. Diese Eigenschaften sind aber kein Bestandteil der Gesamtsache. Sie sind nicht von der Person verschieden und können daher nicht zum Unternehmen als „Rechtsobjekt“, als „Gegenstand des Rechtsverkehrs“ gezählt werden<sup>3)</sup>.

Das Unternehmen ist geradezu ein Musterbeispiel eines dynamischen Rechtsbegriffs, der sich nach dem „Leben“ richtet und nicht umgekehrt. Die körperlich-sachliche Grundlage des Unternehmens ist völlig in den Hintergrund getreten<sup>4)</sup>. Seine „sachliche“ Grundlage aber reicht über den Begriff der Körperlichkeit weit hinaus. Sie darf daher mit der körperlichen Grundlage schlechthin nicht verwechselt werden. Was sachlich bleibt, obwohl ihm die „Körperlichkeit“ fehlt, ist die „Geschäftslage“<sup>5)</sup>, in der sich das Unternehmen befindet. Die Geschäftslage wird vornehmlich durch wirtschaftliche Faktoren begründet, die keinen körperlichen Sachcharakter an sich tragen: Kredit, Kundschaft, Geschäftsgeheimnis und den gesamten Organisationsapparat. Darauf beruht die wirtschaftliche Kraft und der wirtschaftliche Wert des Unternehmens und dieser wirtschaftlichen Erscheinung muß auch die Rechtsordnung durch Aufstellung des dynamischen Begriffes der Gesamtsache, die als solche Objekt des Rechtsverkehrs werden kann,

1) Gierke, Deutsches Privatrecht, I, S. 51.

2) Ohmeyer, Das Unternehmen als Rechtsobjekt.

3) Swoboda, Neugestaltung der Grundbegriffe, S. III.

4) Vgl. Fehr, Das kommende Recht, S. 4.

5) Swoboda, a. a. O. S. 112.

Rechnung tragen. Deshalb übernimmt derjenige, der ein Unternehmen veräußert, auch die Verpflichtung, es in der zur Zeit der Veräußerung bestehenden Geschäftslage zu übergeben. Das bedeutet keineswegs, daß die „Kundschaft“ zu übertragen ist, wie oft behauptet wird. Auch die Kunden dürfen ebensowenig wie die persönlichen Eigenschaften des Unternehmers zum „sachlichen Bereich“ des Unternehmens gezählt werden. Das Verhältnis der Kunden zum Unternehmen ist auf der Grundlage des Vertrauens aufgebaut, und die Fortdauer dieses Vertrauens kann der Unternehmer bei Veräußerung seines Unternehmens nicht verbürgen. Er darf aber die Geschäftslage nicht ungünstig beeinflussen und daher nicht trachten, dem Erwerber die Kundschaft zu entziehen.

Daraus ergibt sich, daß der Begriff des Unternehmens erst unter Zuhilfenahme des früher geschilderten weiten Sachbegriffes voll erfaßt werden kann. Was als sachlicher Bereich des Unternehmens erscheint, das bildet auch einen geeigneten Gegenstand des Rechtsverkehrs. Man darf daher den Unternehmensbegriff nicht als reinen Tätigkeitsbegriff auffassen. Die Erfahrung lehrt uns vielmehr, daß ein Unternehmen auch dann das gleiche bleiben kann, wenn der Inhaber wechselt<sup>1)</sup> und gerade in der Übertragbarkeit der Unternehmensorganisation ruht größtenteils der Wert des Unternehmens<sup>2)</sup>. Das deutsche bürgerliche Gesetzbuch ist jedoch, wie Hedemann feststellt, an dem Gedanken, das Unternehmen als Ganzes zu erfassen, vollständig vorübergegangen<sup>3)</sup>. Diese Haltung des Gesetzbuches, die Hedemann als „dürftig und vor allem ängstlich“ bezeichnet, steht im Widerspruch mit der Stellungnahme des deutschen Rechts in den früheren Jahrhunderten. Die Entwicklung des Unternehmens zum Rechtsobjekt im Laufe des Mittelalters wird von Oppikofer sehr anschaulich geschildert<sup>4)</sup>. Neumann-Ettenreich aber hat in seiner hervorragenden Schrift „Zivilrechtliche Fragen“ schon 1896 unter Hervorhebung der Bedeutung des „Unternehmens im objektiven Sinn“ es als unmöglich bezeichnet, die privatrechtliche Bedeutung von wirtschaftlichen Einheiten, wie sie ein Unternehmen darstelle, zu ignorieren und deshalb schon damals eine Revision der herrschenden Lehre gefordert. Auch das Schweizer. Zivilgesetzbuch vermag infolge seines engen körperlichen Sachbegriffes das Unternehmen ebensowenig wie das deutsche bürgerliche Gesetzbuch sachenrechtlich zu erfassen<sup>5)</sup>.

Bei einer Anerkennung des weiten Sachbegriffes und des Begriffes der Gesamtsache ergibt sich naturgemäß die Behandlung

<sup>1)</sup> Oppikofer, a. a. O. S. 5 ff.

<sup>2)</sup> Oppikofer, a. a. O. S. 17; vgl. Neumann-Ettenreich, Zivilrechtliche Fragen, 1896, S. 30 ff.

<sup>3)</sup> Hedemann, a. a. O. S. 133 f.

<sup>4)</sup> Oppikofer, a. a. O. S. 73 ff.

<sup>5)</sup> Vgl. Haff, Reichsgerichtspraxis, II, S. 185.

des Unternehmens als „einheitliches Objekt des Rechtsverkehrs“ entsprechend seiner wirtschaftlichen Einschätzung und die Anwendung dinglicher Rechtsformen auf den Rechtsverkehr mit dem Unternehmen als Ganzes, als „Sache im rechtlichen Sinn“.

Das zeitigt wichtige Auswirkungen für den Bereich der Verbindlichkeiten eines Unternehmens. Daß der Erwerber eines Unternehmens auch für die zum Unternehmen gehörigen Schulden, die er bei der Übergabe kannte oder kennen mußte, unmittelbar verpflichtet wird, folgt schon aus dem Begriff der Gesamtsache. Denn zum Unternehmen als Gesamtsache gehören nicht nur die Aktiven, sondern auch die Passiven. Diese Erkenntnis wird aber von besonderer Bedeutung auch für jene Fälle, in denen es sich nicht um eine Erwerbung unter Lebenden handelt, sondern um einen Erwerb von Todeswegen. Beim Verkehr unter Lebenden wird das Unternehmen ohne besondere abweichende Vereinbarung in der Geschäftslage übernommen, in der es sich zur Zeit der Übertragung befindet. Das gilt auch für den Verkehr von Todeswegen und zwar auch für den Erwerb eines Unternehmens als Vermächtnis, wenn nicht im letzten Willen abweichende Bestimmungen getroffen werden, die hier an Stelle einer abweichenden Vereinbarung im Verkehr unter Lebenden treten. Es widerspräche dem Wesen eines Unternehmens als einer rechtlichen und wirtschaftlichen Einheit, wenn der Erwerber eines solchen bloß die Aktiven erhielte<sup>1)</sup>.

Der dynamische Begriff der Gesamtsache führt also auch in solchen Fällen in der einfachsten Weise zu befriedigenden Lösungen, ohne irgendwelcher kunstvoller Konstruktionen zu bedürfen.

---

<sup>1)</sup> Entsch. d. OGH. in Wien vom 25. Februar 1931, GZ. I, Ob. 658/30, Österr. Not.-Zeitung, 1931, S. 73 f.; vgl. Swoboda, Die Bedeutung des Begriffes der Gesamtsache bei Vermächtnis eines Unternehmens, Zeitschr. f. ausl. u. intern. Privatr., 1931, S. 511 ff.

## IX. Der einheitliche Besitzbegriff.

Nur wegen des rein körperlichen Sachbegriffes war das deutsche bürgerliche Gesetzbuch auch genötigt, das komplizierte Besitzrecht aufzustellen, dessen Verständnis dem Nichtjuristen wiederum völlig verschlossen bleiben muß. Man könnte sich mit der Konstruktion des unmittelbaren und mittelbaren Besitzes, mit seinen mehrfachen Abstufungen, dem „Staffelbesitz“<sup>1)</sup>, den „Besitzstufen“ und „Besitzleitern“<sup>2)</sup> noch befreunden, wenn damit in befriedigender Weise das Auslangen gefunden werden könnte. Das ist aber keineswegs der Fall. Trotz dieses verwickelten Systems vermag auch das bürgerliche Gesetzbuch auf den Rechtsbesitz, der dadurch entbehrlich gemacht werden sollte, nicht völlig zu verzichten, sondern anerkennt ihn bei Grunddienstbarkeiten und beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten (§§ 1029, 1090, 900/2), also wieder in der römischen Beschränkung<sup>3)</sup>, indem es hier die Vorschriften über den Sachbesitzschutz für „entsprechend anwendbar“ erklärt und den Servitutenbesitz als Grundlage der Buchersitzung gelten läßt, wenn es auch die Bezeichnung „Rechtsbesitz“ ängstlich vermeidet. Im weiteren Umfang gilt er auf den dem Landesrecht vorbehaltenen Gebieten und wird in sinngemäßer Anwendung der Bestimmungen über den Sachbesitz behandelt<sup>4)</sup>. Der Eindruck dieses unerquicklichen Vielerlei ist deshalb selbst auf hervorragende Juristen

1) Jul. v. Gierke, Sachenrecht, S. 9.

2) M. Wolff, § 8/II, S. 26. Die Kompliziertheit steigert sich ins Grotleske dadurch, daß ein und dieselbe Person zugleich auf verschiedenen Stufen der Besitzleiter stehen kann. Der das Grundstück erwerbende Aftermieter wird zweitstufiger mittelbarer Eigenbesitzer und bleibt zugleich unmittelbarer Fremdbesitzer. Hat der pfändende Gerichtsvollzieher die Pfandsachen in Gewahrsame des Vollstreckungsschuldners gelassen, so besteht folgende Besitzleiter: Schuldner unmittelbarer (Verwahrungs-) Besitzer; Gerichtsvollzieher erststufiger mittelbarer (Amts-) Besitzer; Gläubiger zweitstufiger mittelbarer (Pfand-) Besitzer; Schuldner drittstufiger mittelbarer (Eigen-) Besitzer. M. Wolff, S. 26.

3) M. Wolff, § 24, S. 63. Der Besitz an Reallasten wird nicht anerkannt. Besitz eines Notwegerechts wird als Sachbesitz gedeutet. Die Möglichkeit eines Besitzes an Realrechten ist bestritten (M. Wolff, S. 67). Bei der großen Bedeutung der Reallasten und Realrechte für die Geschichte der deutschen Rechtsentwicklung ist diese Stellungnahme des Gesetzes besonders zu bedauern.

4) Jul. v. Gierke, a. a. O. S. 21; Hedemann, Sachenrecht, 2. Aufl., S. 445; M. Wolff, S. 67 f.



ein derartiger, daß auch Hedemann die gekünstelte Besitzlehre des geltenden deutschen Rechts als „äußerst verworren“ bezeichnen muß. Er stellt fest, daß man ihre einzelnen Lehrsätze wohl mechanisch erlernen, aber das Ganze nur dann erfassen könne, wenn man sich in die geschichtlichen Unterlagen versenke. Nach seiner vorzüglichen Darstellung schieben sich zwei durchaus verschiedene Bilder des Besitzes, ein germanisch empfundenes und ein romanistisch durchdachtes durcheinander<sup>1)</sup>.

Daß auf dieser verwirrenden Grundlage keine Volkstümlichkeit zu erlangen ist, steht außer Zweifel. Dem Volksempfinden entspricht es, nur einen Eigenbesitz, nicht aber einen Fremdbesitz gelten zu lassen. Das bedeutet keineswegs, daß der Besitzer immer den Willen haben muß, Eigentümer im römischen Sinn zu sein. Die Vorteile des Fremdbesitzes im Sinne des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches lassen sich auf viel einfachere Weise erreichen. Wenn wir uns entsprechend den früheren Ausführungen von den engen Grenzen des rein körperlichen Sachbegriffes und des ebenso engen Eigentumsbegriffes befreien, dann drängt diese Befreiung unwiderstehlich auch zur Formulierung eines einheitlichen, Sach- und Rechtsbesitz umfassenden Besitzbegriffes, der gegenüber der heutigen Regelung als eine Erlösung empfunden werden wird und infolge seiner Einfachheit auch dem Verständnis des gebildeten Nichtjuristen zugänglich gemacht werden kann, darüber hinaus aber auch dem Rechtsbewußtsein der Bevölkerung vertraut werden wird<sup>2)</sup>. Zu diesem Behufe müssen wir aber auch die Unterscheidung zwischen den Begriffen des mittelbaren und unmittelbaren Besitzes, trotz ihrer historischen Herkunft aus den nach der Denkweise Christian Wolffs allzu kasuistisch angelegten Bestimmungen des preußischen Landrechtes fallen lassen. Die erforderlichen Ergänzungen wird uns der Begriff des Rechtsbesitzes geben.

Schon Zeiller suchte auch hier den Forderungen der „rechtlichen Vernunft“ Rechnung zu tragen, die im Geiste der Philosophie Kants durchaus auf Einheit dringe<sup>3)</sup>. Deshalb ist es notwendig, Sach- und Rechtsbesitz einheitlich in eine einzige, aus zwei Sätzen gebildete Formel zusammenzufassen<sup>4)</sup>. Für den Besitz an körperlichen Sachen wird charakteristisch deren Gewahrsame, verbunden mit dem Willen, sie als eigene zu behandeln. Der Gewahrsame bei körperlichen Sachen steht bei „Rechten“ gegenüber das dem Inhalt des Rechts entsprechende Machtverhältnis, das wiederum mit dem Willen der „eigenen“ Berechtigung ausgeübt wird. Der Rechtsbesitz er-

<sup>1)</sup> Hedemann, a. a. O. S. 437 f.

<sup>2)</sup> Swoboda, Neugestaltung der Grundbegriffe, S. 108 ff.

<sup>3)</sup> Zeiller, Vorbereitung zur Gesetzkunde, I, S. 55 f.; Derselbe, Kommentar zum ABGB., I, S. 21.

<sup>4)</sup> Vgl. Keifl, Untersuchungen zur Besitzlehre.

fordert eben nicht immer eine Gewahrsame der körperlichen Sache, auf die sich das Recht bezieht, sondern setzt oft — wie schon bei der Ausübung einer Dienstbarkeit, nur ein beschränkteres Machtverhältnis an der körperlichen Sache voraus. Daß die Störung in der Ausübung einer Dienstbarkeit (z. B. eines Fahrweges) eine Störung im Besitze seines Wegerechts bildet, ist jedem unserer Landwirte geläufig. Die Vorteile, die der Begriff des mittelbaren Besitzes im bürgerlichen Gesetzbuche bietet, gehen keineswegs verloren. Beim Mietverhältnis genießt der Mieter als „Rechtsbesitzer“ den Besitzschutz, der Vermieter aber als Sachbesitzer, der seinen Besitz durch den Mieter als Inhaber der gemieteten Sache ausüben läßt, denn der Mieter will ja über die Sache selbst keinen Eigenbesitz ausüben, sondern er betrachtet, wenn ihm die Mietsache übergeben worden ist, doch nur das „Mietrecht“ als „sein eigen“<sup>1)</sup>, was sich vom Augenblick der Übergabe wieder harmonisch anfügt an den früher entwickelten Begriff des Eigentums im weiteren Sinn. Die Ausdrucksweise, daß das Mietrecht dem Mieter „gehöre“, daß es sein „Eigen“ sei und daß er das Mietrecht besitze, entspricht wieder der Redeweise der Bevölkerung. Sie ist keineswegs unjuristisch. Die Jurisprudenz muß sich dieser Denkweise des Volkes nur anzupassen suchen. Dann braucht sie durchaus nichts von den wissenschaftlichen Errungenschaften auf diesem Gebiete aufzugeben, sondern sie nur in ein einfacheres Gewand zu kleiden. Der durch den Inhaber ausgeübte Sachbesitz des Eigentümers aber ist nichts anderes als der „intelligible Besitz“, den Kant in seiner Rechtslehre festgelegt hat<sup>2)</sup>. So liefert uns wieder die deutsche Philosophie bei aller Anlehnung an das Denken der Bevölkerung die erforderliche einheitliche Erklärung, die auch den strengen Maßstab der Wissenschaft nicht zu scheuen braucht.

Das Gesunde der Regelung des Besitzes im deutschen bürgerlichen Gesetzbuche liegt in seiner Herausarbeitung der notwendigen Beziehung zu körperlichen Sachen. Aber ungesund ist die darin vorgenommene Ausdehnung des Besitzbegriffes über den Bereich des Eigenbesitzes hinaus. Nach dem bürgerlichen Gesetzbuche ist der Besitz nicht als „intelligibler Besitz“ im Sinne von Kants Rechtslehre gestaltet, sondern ganz entsprechend der zur Zeit der Verfassung des bürgerlichen Gesetzbuches herrschenden materialistischen Denkweise als rein tatsächliche Gewalt ohne Rücksicht auf den Besitzwillen. Deshalb mußte im Widerspruch mit der historischen Entwicklung der Gegensatz zwischen Innehabung und Besitz fallen gelassen werden, der im allgemeinen Landrecht (I, 7) durch seine Gegenüberstellung von Gewahrsame und Besitz noch aufrechterhalten war. Auf

<sup>1)</sup> Swoboda, a. a. O. S. 105 f.

<sup>2)</sup> Kant, Rechtslehre, I, §§ 1 ff.

diese Weise ist die „schlimme Zwiespältigkeit“ in der Besitzlehre des bürgerlichen Gesetzbuches heraufbeschworen worden, die Hedemann so bitter beklagt<sup>1)</sup>.

Entsprechend dem deutschen Rechtsgedanken der Gewere soll der Besitzschutz als Schutz des Vertrauens auf die äußere Erscheinung der vom Besitzer beanspruchten Rechtsstellung ausgestaltet werden<sup>2)</sup>, denn dieser Gedanke ist es, der unserem deutschen Rechtsempfinden, aber auch dem modernen Rechtsdenken entspricht und der daher im künftigen Gesetzbuch verankert werden soll. Das nach außen hervortretende Machtverhältnis kennzeichnet sich durch das Merkmal der Innehabung, und zwar sowohl für das Gebiet des Sachbesitzes, als auch für jenes des Rechtsbesitzes. Beim Sachbesitz wird die Innehabung durch die Gewahrsame einer körperlichen Sache verwirklicht, beim Rechtsbesitz durch die Macht über den Inhalt des Rechts, also durch die nach außen erkennbar hervortretende Rechtsausübung und diese beiden Erscheinungsformen des Besitzes werden durch die von Kant geprägte Bezeichnung intelligibler Besitz (*possessio noumenon*) vortrefflich umrissen.

Ein körperliches Substrat muß auch den Fällen des Rechtsbesitzes zugrunde liegen. Das zeigt der Inhalt des prozessualen Schutzanspruches, der wichtigsten Wirkung des Besitzverhältnisses, denn der Anspruch im Besitzprozeß geht immer auf Wiederherstellung der gestörten Sachlage, bei Besitzentsetzung auf Rückgabe der weggenommenen Sache, bei minder umfassenden Besitzstörungen auf Wiederherstellung des früheren Zustandes, also in jedem Fall auf Wiederherstellung einer äußeren Sachlage, die nur durch körperliche Gegenstände charakterisiert werden kann.

Wie ich früher ausführte, soll das Eigentum im weiteren Sinne jede materielle Berechtigung umfassen, die durch die wenigstens teilweise Innehabung einer körperlichen Sache, also durch die wenigstens teilweise Herrschaft über eine körperliche Sache unverkennbar nach außen hervortritt, denn erst dann wird diese materielle Berechtigung dem Berechtigten „zu eigen“ und wegen der dadurch verwirklichten „Zugehörigkeit“ Eigentum im weiteren Sinn.

Genau das gleiche äußere Bild soll den Besitz kennzeichnen. Ist doch der Besitz nichts anderes als das Spiegelbild der verwirklichten materiellen Berechtigung. Das kann das Spiegelbild des Eigentums im engeren Sinne sein, also der universellen Herrschaft über eine körperliche Sache, oder das Spiegelbild einer minder umfassenden dinglichen oder persönlichen Berechtigung an einer solchen Sache.

<sup>1)</sup> Hedemann, a. a. O. S. 438.

<sup>2)</sup> Gierke, Deutsches Privatrecht, II, S. 211 ff.

Da aber der Besitzerschutz auf dem germanischen, durchaus gesunden Gedanken des Vertrauens auf den äußeren Tatbestand aufgebaut werden soll, muß die Besitzausübung in einem unverkennbaren äußeren Tatbestande hervortreten und das ist nur möglich bei der Ausübung eines Rechts über körperliche Sachen. Es entspricht also der historischen Entwicklung der deutschen Vorstellung des Besitzes aus dem Gedankenkreise der Gewere, aber nicht minder den praktischen Erfahrungen und den Bedürfnissen des Rechtslebens, wenn der Besitzbegriff auf diese unzweifelhaften Erscheinungsformen des äußeren Tatbestandes einer materiellen Berechtigung eingeschränkt wird.

Die ganze Kompliziertheit des geltenden deutschen Besitzrechtes wird dadurch entbehrlich. Dabei wird auch jenes Merkmal gerettet, das die Einreihung des Besitzes in das „Sachenrecht“ rechtfertigt, an der das bürgerliche Gesetzbuch festgehalten hat. Auch der Rechtsbesitz muß also die Ausübung von Rechten zum Gegenstande haben, die sich auf körperliche Sachen beziehen, wenn sie auch nur die Ausübung eines Teilrechts dinglicher oder persönlicher Art über diese Sache in sich schließen, und Rechtsbesitz liegt erst vor, wenn die aus der in Anspruch genommenen Berechtigung fließenden Befugnisse wirklich als solche ausgeübt werden, wenn also ebenso wie beim Eigentum im weiteren Sinn das äußere Bild des verwirklichten materiellen Rechts gegeben ist.

Die Beschränkung auf den Eigenbesitz bedeutet allerdings eine Verquickung römischen und deutschen Rechtsdenkens. Aber diese Verbindung ist eine durchaus organische, im geschichtlichen Werden unseres Rechts begründete. Sie entspricht der Rechtsauffassung der Bevölkerung. Das Volk hat bei der Vorstellung des Besitzes immer nur den Eigenbesitz vor Augen, aber nicht nur den Eigentumsbesitz. Deshalb stellt sich nach Gierkes treffenden Worten jede auf die Ausübung eines eigenen Rechts gerichtete Sachherrschaft als Besitz dar<sup>1)</sup>. Das allgemeine Landrecht hat in enger Anlehnung an die deutsche Rechtsauffassung vollständigen und unvollständigen Besitz unterschieden und unter jenem den Eigentumsbesitz verstanden, unter diesem jede andere Sachherrschaft, die mit der Absicht verbunden ist, ein „Recht“ für sich auszuüben<sup>2)</sup>. Daraus ergibt sich auch nach der Vorstellung der Bevölkerung ungezwungen die Teilung zwischen Sach- und Rechtsbesitz. Jeder Laie und sei er auch noch so gebildet, wird dann, wenn er sich für den Eigentümer einer körperlichen Sache hält und die daraus fließenden Befugnisse ausübt, nicht das Eigentumsrecht, sondern die Sache selbst als den Gegenstand des Besitzes bezeichnen. Wer aber ein minder umfassendes Recht an einer solchen

<sup>1)</sup> Gierke, a. a. O. S. 215.

<sup>2)</sup> ALR., I, 7, §§ 6, 7.

Sache ausübt, z. B. ein Fahrrecht, dem fällt es nicht ein, das Grundstück, über das der Weg führt, als Gegenstand seines Besitzes anzusehen, sondern immer nur das beanspruchte Recht, wenn er auch keine juristische Vorbildung genossen hat, genau so, wie er auch nur das Recht „sein eigen“ nennt.

Dieser allgemeinen Rechtsauffassung entspricht es, wenn das bürgerliche Recht die gleiche Unterscheidung trifft und so das Verständnis für seine Vorschriften dem gebildeten Nichtjuristen erleichtert. Das bürgerliche Gesetzbuch hat nach Gierkes Feststellung gerade durch seine Beseitigung des Rechtsbesitzes den Faden der deutschrechtlichen Entwicklung rücksichtslos durchgeschnitten<sup>1)</sup>. Hier gilt es, Wandel zu schaffen. Dann wird auf diesem Gebiete die Volksverbundenheit des Rechts und des Rechtsgelehrten wieder gefestigt und die Ausdrucksweise des für die Allgemeinheit bestimmten Gesetzbuches eine volkstümliche werden, ohne daß sie deshalb an juristischer Schärfe einzubüßen braucht.

Die Einheitlichkeit des Besitzbegriffes bleibt schon durch die ausnahmslose Festlegung des Eigenbesitzes aufrecht, wenn auch die Teilung in Sach- und Rechtsbesitz die ewige Gegensätzlichkeit der lebendigen Wirklichkeit zu erkennen gibt. Diese Teilung ist daher, wie Schönfeld in einer Greifswalder Universitätsrede sich ausdrückte, nur eine Toleranz in der Form, keine Toleranz im Gehalt<sup>2)</sup>. Die Toleranz in der Form aber bedeutet nicht Schwäche, sondern Stärke, wenn wir zugleich, was wir als richtig erkannt haben, aufrecht erhalten<sup>3)</sup>.

Der so gewonnene einheitliche Besitzbegriff und der Begriff des Eigentums im weiteren Sinn führen uns zugleich einen wichtigen Schritt auf dem Wege zur Erkenntnis der großen Zusammenhänge des Rechts, denn der einheitliche Besitzbegriff bedeutet — wie oben ausgeführt wurde —, nichts anderes als das äußere Spiegelbild der verwirklichten materiellen Berechtigungen an körperlichen Sachen und damit des Eigentums im weiteren Sinn, das früher zur Darstellung gelangte. So enthüllt sich uns die folgerichtige Entwicklung beider aus den Erscheinungen des Lebens und die Harmonie der vom Leben selbst geschaffenen Zusammenhänge der großen Grundbegriffe des Rechts.

<sup>1)</sup> Gierke, a. a. O. II, S. 226.

<sup>2)</sup> Schönfeld, Über den Begriff einer dialektischen Jurisprudenz, Greifswalder Univ.-Reden, 20, 19.

<sup>3)</sup> Der neue tschechoslowakische Entwurf (§ 244) hat im Gegensatz zum deutschen BGB. den Besitz nur als „Rechtsbesitz“ gestaltet. Über diese „übermäßige Abstraktion“ und die Notwendigkeit ihrer Zurückführung auf ein gesundes Maß vgl. Swoboda, Der Besitz im neuen bürgerlichen Recht, Randův jubilejní památník (Randa-Gedenkschrift), 1934, S. 234 ff.

Die Bestimmung über den Besitz aber könnte dementsprechend in folgender Weise gefaßt werden:

„Besitzer ist, wer ein Recht an einer körperlichen Sache für sich derart ausübt, daß diese Rechtsausübung nach außen erkennbar hervortritt. Sachbesitz liegt vor, wenn das Eigentumsrecht an einer körperlichen Sache ausgeübt wird, Rechtsbesitz, wenn die Ausübung ein anderes Recht an einer körperlichen Sache zum Gegenstande hat.“

---

## X. Der Unterschied zwischen Miete und Pacht.

Eine der am heißesten umstrittenen Fragen der Nachkriegszeit betrifft die Unterscheidung der Begriffe Miete und Pacht. Die Notwendigkeit einer möglichst scharfen Erfassung dieses Unterschiedes ergab sich zwingend aus dem bestehenden Mieterschutz, der nur dort platzgreifen konnte, wo es sich um Mietverhältnisse handelt. Eine unvollkommene Theorie wird oft geradezu gefährlich. Sie verleitet den Juristen zu Einreihungen, die nur dem Bestreben entspringen, der hergebrachten Theorie zu genügen und manche Erscheinungen des Lebens deshalb in eine Fassung zu zwängen, die den wirtschaftlichen Anforderungen widerspricht und den nur allzuhäufig gebrauchten Satz von der Weltfremdheit der gelehrten Juristen zu erhärten scheint<sup>1)</sup>.

Die ganze Unterscheidung zwischen Miete und Pacht aber ist wirtschaftlichen Ursprunges. Sie ist den Bedürfnissen des wirtschaftlichen Lebens entsprungen und die Jurisprudenz hatte lediglich die Aufgabe, ihre Formeln diesen Bedürfnissen anzupassen. Eine im Wirtschaftsleben durch Jahrhunderte so fest verankerte Unterscheidung, wie jene zwischen Miete und Pacht, kann nicht auf bloßen Zufälligkeiten aufgebaut sein. Wenn die übliche Theorie zu ihrer Erklärung nicht ausreichte, so gilt der Satz Kants, daß die Theorie nicht theoretisch genug war<sup>2)</sup>, daß sie eines Ausbaues, einer Vertiefung bedarf, denn die Theorie ist ebensowenig wie das Recht Selbstzweck. Sie muß ihre Gültigkeit und Richtigkeit am lebendigen Geschehen erproben.

Beide Arten von Verträgen bezwecken die Überlassung des Gebrauches einer Sache auf einen begrenzten Zeitraum gegen ein bestimmtes Entgelt. Deshalb wurden sie in der älteren deutschen Rechtssprache unter dem gemeinsamen Oberbegriff „Bestandvertrag“ zusammengefaßt<sup>3)</sup>. Aber nicht nur diese Bezeichnung, sondern auch die Unterscheidung von Miete und Pacht ist deutschrechtlichen Ursprunges.

---

<sup>1)</sup> Swoboda, Kommentar zum Mietengesetz, 1929, S. 6 ff.

<sup>2)</sup> Kant, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis.

<sup>3)</sup> Dieser Oberbegriff ist im österr. ABGB. noch aufrechterhalten, was unzweifelhafte systematische Vorteile mit sich bringt.

### a) Das Unterscheidungsmerkmal der Fruchtziehung.

Im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch wird der Unterschied dadurch gekennzeichnet, daß die Miete nur den Gebrauch, die Pacht auch die Fruchtziehung zum Gegenstande habe (§§ 535 und 581)<sup>1)</sup>. In der Tat liegt darin das wesentlichste Unterscheidungsmerkmal. Nach den Erfahrungen der letzten Jahrzehnte genügt aber dieses Merkmal allein noch nicht zur völligen Erfassung des Unterschiedes zwischen Miete und Pacht.

### b) Die Betriebspflicht des Pächters.

Für den Pachtvertrag ist es vielmehr charakteristisch, daß er eine Bearbeitung der gepachteten Sache zum Gegenstande hat. Der Vertrag wird also nicht schon dadurch zur Pacht, daß auf dem Bestandgegenstand ein Zweig der Produktion ausgeübt wird, sondern die Produktion muß zugleich eine Bearbeitung der gepachteten Sache enthalten. Diese darf nicht nur den Raum bilden, in dem z. B. ein Gewerbe ausgeübt wird, sondern muß zugleich auch die „Quelle des Ertrages“ sein, gleichviel ob dieser Ertrag in Naturalfrüchten oder in sonstigen Nutzungen besteht. Allerdings ist für diese Erkenntnis wieder der Begriff der Sache im rechtlichen Sinne in der weiten Bedeutung notwendig, die früher ausgeführt wurde. Aber auch das Merkmal der Bearbeitung allein genügt noch nicht für die befriedigende Erkenntnis der Grenzen zwischen Pacht und Miete. Der Pächter ist nämlich nicht nur wie der Mieter berechtigt zum Gebrauche, sondern er ist wenigstens in einem gewissen zeitlichen Umfange zum ordnungsmäßigen Betriebe verpflichtet. Diese Betriebspflicht folgt bei der Pachtung von landwirtschaftlichen Grundstücken unzweifelhaft aus der Verbindlichkeit des Pächters zur Rückstellung der gepachteten Sachen in gewöhnlicher wirtschaftlicher Kultur, gilt aber auch bei allen anderen Pachtverhältnissen. Die Möglichkeit der Rückstellung der gepachteten Sache im ordentlichen Zustand setzt einen, mindestens durch eine gewisse Dauer fortgesetzten ordentlichen Wirtschaftsbetrieb voraus. Die Verpflichtung zur ordnungsmäßigen Bewirtschaftung ist also, wie Enneccerus bei der Pachtung von landwirtschaftlichen Grundstücken zutreffend feststellte, eine indirekte, bedingt durch die Verpflichtung zur Rückgabe im gehörigen Zustand<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Ebenso Art. 253 und 275 schw. O.-R., §§ 1232 und 1282 ungar. Entw., § 994 tsch. Entw. und § 1073 jugosl. Vorentw.

<sup>2)</sup> Enneccerus, Lehrb., I/II, 12.—14. Aufl., S. 404. § 1091 ABGB. sucht diese Betriebspflicht dadurch zum Ausdruck zu bringen, daß er als Unterscheidungsmerkmal des Pachtvertrages die Notwendigkeit der Aufwendung von „Fleiß und Mühe“ bezeichnet. Diese Ausdrucksweise ist zu undeutlich, aber es ist ein



Wo jede Verpflichtung zum wirtschaftlichen Betriebe fehlt, dort kann es sich auch nicht um einen Pachtvertrag handeln. Dadurch erst wird die wirtschaftliche Eigenart dieses aus dem Wirtschaftsleben entstandenen Rechtsinstitutes vollständig erfaßt<sup>1)</sup>.

Man hat mir vorgehalten, daß zahlreiche Pachtverträge über das Obst an Straßenbäumen abgeschlossen würden, die keine Betriebspflicht für den Pächter in sich schließen, nach denen er vielmehr nur das Recht habe, das Obst zu ernten, ohne selbst dazu verpflichtet zu sein. Dann handelt es sich aber überhaupt nicht um einen Pachtvertrag, sondern um eine unrichtige Bezeichnung des Vertragsverhältnisses. Dann haben wir es einfach mit einem „Erntekauf“ zu tun, und die Rechtstellung des Käufers ist die gleiche wie beim Kauf von Früchten auf dem Halm, bei dem es niemandem einfällt, von einem Pachtvertrage zu reden. Es wird ein Glückskauf sein, wenn bloß die erhoffte Ernte um einen bestimmten Preis gekauft wird ohne Rücksicht auf das Maß und Gewicht der Ernte. Es kann aber auch ein gewöhnlicher Kauf sein, wenn die Menge und Güte der Ernte für die Höhe des Kaufpreises maßgebend sein soll. Das Besondere bei allen diesen Verträgen ist nur, daß als „Nebenverabredung“ entsprechend dem Grundsatz der Vertragsfreiheit die Mühe des Aberntens vom Käufer selbst übernommen wird. Das ist aber noch kein Gebrauch der Sache, wie es dem Wesen eines Pachtvertrages entspricht, gibt es doch sogar Holzkäufe, bei denen die Schlägerung vom Käufer besorgt wird.

Das führt uns zur Erkenntnis, daß der länger andauernde Gebrauch das gemeinsame Merkmal beider Arten von Verträgen, von Miete und Pacht, bildet, und daß dieser Gebrauch über die Zeit der Ernte hinausreichen muß, wenn es sich um einen Pachtvertrag handeln soll. Die Fruchtziehung erschöpft daher den Gebrauch des Pächters noch nicht, sondern der Gebrauch der gepachteten Sache muß auch noch in einer weiteren Tätigkeit, verbunden mit der Innehabung der Sache bestehen und diese Tätigkeit ist eben die Bearbeitung der gepachteten Sache. Sie kann auch bei Alleebstbäumen vorkommen. Wenn nicht nur die Fruchtziehung, also die Ernte des Obstes überlassen, sondern auch die Verpflichtung zum Stutzen der Zweige, zu Schutzmaßnahmen gegen Obstschädlinge usw. übernommen wird, dann geht eine solche Verpflichtung über den Begriff des Kaufvertrages hinaus, und stempelt das Rechtsverhältnis zum Pachtvertrag.

Genau so ist es bei der Pachtung einer Wiese. Wenn jemand nur das Recht zum Abmähen einer Parkwiese erwirbt, den Park aber

bedauernswerter Rückschritt, daß der tsch. Entwurf und der jugosl. Vorentwurf nach dem Vorbilde des DBGB, nur mehr das unzulängliche Unterscheidungsmerkmal der Fruchtziehung hervorheben.

<sup>1)</sup> Vgl. Swoboda, Kommentar zum Mietengesetz, S. 11 ff.

außerhalb der Erntezeit nicht betreten darf, dann ist das kein Pachtvertrag, sondern nur Kauf des Heues. Von einer Pachtung für ein Jahr könnte schon deshalb keine Rede sein, weil zur Jahrespacht die Innehabung durch die ganze Dauer der Pachtzeit gehört, und wenn der Vertrag auf 4 Jahre abgeschlossen wird, so haben wir es doch nicht mit einer Pachtzeit von 4 Jahren zu tun, sondern nur mit einem Kauf der Ernte in jedem der 4 Jahre. Bildet es doch ein wesentliches Merkmal des Pachtverhältnisses, daß der Verpächter dem Pächter den Gebrauch der Sache während der ganzen Vertragszeit gewährleistet. Davon kann hier keine Rede sein, ebensowenig wie beim Kaufe des Obstes von Alleebäumen. Wird der Pächter aber auch Inhaber während der übrigen Zeit, dann übernimmt er bei einer Wiese auch die Verpflichtung zur Düngung der Wiese, damit er der Verpflichtung zur Rückgabe in ordentlicher wirtschaftlicher Kultur genügen kann. Damit tritt der Pachtvertrag in Erscheinung.

Die Betriebspflicht steht aber immer im Zusammenhang mit der bereits hervorgehobenen Bearbeitung der gepachteten Sache. Das Bewohnen ist noch kein ordentlicher Wirtschaftsbetrieb. Es hat mit einer Bearbeitung der in Bestand genommenen Sache nichts zu tun. Auch die Pflicht zur Ausbesserung erschöpft den Begriff der Betriebspflicht noch nicht. Sie ist kein wesentliches Unterscheidungsmerkmal der Grenzen zwischen Pacht und Miete. Charakteristisch für den Pachtvertrag ist aber die Betriebspflicht, für die es jedoch schon genügt, daß sie aus der Verpflichtung zur Rückstellung der gepachteten Sache im ordnungsmäßigen Zustand erschlossen werden kann. Es muß nicht ausdrücklich von Betriebspflicht gesprochen werden. Nicht die von den Vertragsteilen gebrauchten Worte, sondern die von ihnen gewollten und genügend deutlich gekennzeichneten Ergebnisse des Vertragsabschlusses sind maßgebend für dessen Charakter. Es ist auch möglich, daß im einzelnen Fall infolge der Kürze des Pachtverhältnisses die Betriebspflicht nicht deutlich in die Erscheinung tritt. Es genügt, wenn sie nur bei längerer Dauer dieses Verhältnisses unverkennbar wird.

Gerade auf diesem Gebiete äußert sich das feine Rechtsempfinden unserer Bevölkerung. Die Landbevölkerung weiß es ganz genau, welche wesentliche Bedeutung der Betriebspflicht zukommt und jedem Richter, der längere Zeit auf dem Lande tätig war, ist es bekannt, daß in den schriftlichen Pachtverträgen über landwirtschaftliche Grundstücke die Verpflichtung zum ordentlichen Wirtschaftsbetriebe als ständige Formel zu finden ist. Bekanntlich ist einer der häufigsten Kündigungsgründe bei Pachtverträgen über landwirtschaftliche Grundstücke der nachteilige Gebrauch der gepachteten Sache durch die Unterlassung des ordentlichen Betriebes. Der Verpächter ist also gegen eine Unterlassung dieses ordentlichen Betriebes bei Pachtverträgen auch vor Beendigung des Pachtverhältnisses durchaus nicht machtlos.

Die Erkenntnis unserer Bevölkerung von der Wesentlichkeit der Betriebspflicht stammt schon aus uralter Zeit. Es handelt sich also um ein bodenständiges Merkmal im besten Sinn<sup>1)</sup>. Es ist bezeichnend, daß sich die gleiche Formel über die Verpflichtung des Pächters zur Bewirtschaftung der gepachteten Grundstücke schon in den ältesten Pachtverträgen des schwedischen Rechts findet<sup>2)</sup>. Man sieht, wie sehr die germanische Landbevölkerung infolge ihrer wirtschaftlichen Einstellung und Erfahrung die Juristen in der scharfen Erfassung des Unterschiedes zwischen Miete und Pacht übertroffen hat. Dieser gesunden Volksüberzeugung hat aber auch das Gesetzbuch Rechnung zu tragen und deshalb das Merkmal der Betriebspflicht in seinen Bestimmungen über den Pachtvertrag deutlich zum Ausdruck zu bringen.

### c) Die Betriebspflicht bei Pacht eines Unternehmens.

Die Verpflichtung zum Betriebe besteht auch bei der Verpachtung eines Unternehmens. Dabei wird uns wieder von größtem Wert der Begriff der Gesamtsache, der für das Unternehmen maßgebend ist, und es zeigt sich die Notwendigkeit und der Vorzug einer harmonischen Durchbildung des neuen Rechts.

Auch bei der Verpachtung eines Unternehmens muß ein ordnungsmäßiger Betrieb durch den Pächter stattfinden, damit er seiner Pflicht zur Rückstellung der gepachteten Sache, d. i. des Unternehmens im ordentlichen Zustande genügen kann. Sonst leidet der Ruf und die Güte der Firma, sonst verlieren sich die Kunden, sonst gehen die geübten Arbeiter verloren usw. Das alles zusammen aber gehört zum Vermögenskomplex des Unternehmens, das den Gegenstand des Pachtvertrages bildet. Durch die Unterlassung des Betriebes erleidet somit der Wert des Unternehmens selbst und seine Substanz eine Einbuße. Das ist also eine Schädigung des Pachtgegenstandes. Von einer Rückstellung des gepachteten Gegenstandes im ordentlichen Zustand kann dann keine Rede mehr sein. Die Verpflichtung des Pächters zum Betriebe wird bei gewerblichen Unternehmungen in der Regel sogar noch schärfer hervortreten als bei der Verpachtung von landwirtschaftlichen Grundstücken. Erst mit Hilfe des Merkmales der Betriebspflicht wird es daher möglich, bei der Grenzziehung zwischen Miete und Pacht streng systematisch vorzugehen und bloß gefühlsmäßige Unterscheidungen auch bei Erscheinungen des modernen Wirtschaftslebens zu vermeiden.

<sup>1)</sup> Swoboda, Das ABGB. im Lichte der Lehren Kants, S. 194 ff.

<sup>2)</sup> In Westmannä und Helsingland hatte der Pächter nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, den Ackerboden zu düngen, in Helsingland auch zu bebauen; v. Amira, Nordgerm. O.-R., I, S. 621.

Wenn ich eine einzelne Maschine in Bestand nehme, so ist das kein Pachtvertrag, denn die Rückstellung der Maschine im ordentlichen Zustand ist nicht bedingt durch ihren Betrieb. Allerdings erfordert auch die Benützung der überlassenen Nähmaschine Fleiß und Mühe; allerdings bildet sie zugleich die Quelle des Erwerbes der armen Näherin, aber die für den Pachtvertrag notwendige Verpflichtung zum Betriebe fehlt. Die einzelne Maschine wird nicht geschädigt durch die bloße Unterlassung des Gebrauches, wenn sie nur sorgfältig aufbewahrt wird. Im Gegenteil, sie leidet dann nicht durch die sonst beim Gebrauch unvermeidliche Abnutzung. Auch der Vertrag über die Überlassung einer einzelnen Maschine, z. B. einer Dreschmaschine, ist also nur Miete, nicht Pacht.

Wenn aber eine Näherin ihr blühendes Geschäft für einige Zeit einem anderen überläßt, dann ist dieser zur ordentlichen Führung des Geschäftes und damit zum Betriebe verpflichtet. Sonst leidet das Geschäft, sonst kann er seiner Verpflichtung zur Rückgabe der überlassenen Sache, d. i. hier das Unternehmen, im ordentlichen Zustande nicht genügen. Der Umstand, daß der Verpächter in einem solchen Falle selbst nur Mieter ist, hindert nicht, daß er einen Pachtvertrag abschließt. Es ist nicht notwendig, daß die sublocatio genau die gleiche juristische Natur aufweist wie die locatio. Wenn ein Unternehmer sein Unternehmen in einem gemieteten Raume mit Maschinen betreibt, die er von anderwärts gemietet hat, so ist er sowohl Mieter des Geschäftsraumes als auch Mieter der einzelnen Maschinen. Die Rückstellung dieser einzelnen Gegenstände im ordentlichen Zustand ist nicht bedingt durch einen gewerblichen Betrieb. Er selbst aber kann das ganze aus diesen einzelnen Gegenständen gebildete Unternehmen, den ganzen Komplex, verpachten und dieses Unternehmen muß dann von dem Pächter ordnungsmäßig betrieben werden, denn hier ist das Unternehmen Gegenstand des Vertrages und durch die Unterlassung des Betriebes wird die Rückstellung im ordentlichen Zustand vereitelt.

Wenn ein bereits im Betrieb befindliches Erwerbsunternehmen in Pacht gegeben wird, handelt es sich nicht nur um die Übernahme des Raumes, sondern auch um die Übernahme der mit den Räumlichkeiten verbundenen, durch die Arbeit des Vorgängers bereits erzielten „Geschäftslage“ und damit der vermögensrechtlichen Grundlage der Erträge. Die bloße Beistellung der Betriebsmittel aber muß noch kein Pachtverhältnis zur Folge haben. Es kommt darauf an, ob nach der getroffenen Vereinbarung der Gebrauch im Betriebe des Unternehmens zu bestehen habe, ob also durch den Vertrag eine Pflicht zum Betriebe des Unternehmens begründet wird. Ohne Beistellung dessen, was wesentlich zum Betriebe eines Unternehmens gehört, kann allerdings die Betriebspflicht allein ein Pachtverhältnis noch nicht begründen, weil dann die Überlassung des Gegenstandes fehlt, der die Quelle des Ertrages bilden soll. Beides

ist also notwendig. Die räumlichen Grundlagen allein lassen sich regelmäßig auch ohne Bearbeitung gebrauchen, mögen sie auch für den Betrieb eines bestimmten Unternehmens eingerichtet sein. Das gilt nicht nur für Verträge über Räumlichkeiten, die für den Betrieb eines Unternehmens geeignet sind, sondern ganz allgemein auch für Verträge über Grund und Boden ohne Baulichkeiten.

Wird aber eine Verpflichtung zum Betriebe des Unternehmens und damit zur Bearbeitung der Sache durch den Vertrag, also durch die getroffene Vereinbarung begründet, dann besteht für den Pächter kein Recht zu einer anderen Art des Gebrauches der übernommenen sachlichen Grundlagen, denn er hat nur das Recht zum vertragsmäßigen Gebrauch. Auf Grund der getroffenen Vereinbarung darf er den überlassenen Gegenstand nur in dieser vereinbarten Art gebrauchen. Darin zeigt sich wieder der früher betonte notwendige Zusammenhang zwischen Betriebspflicht und Bearbeitung der Sache.

Wenn also der Unternehmer durch den Vertrag verpflichtet wird, mit den beigegebenen sachlichen Grundlagen ein Unternehmen bestimmter Art zu betreiben und dieses im Betrieb befindliche Unternehmen seinerzeit bei Auflösung des Vertragsverhältnisses zurückzugeben, dann liegt ein Pachtvertrag vor. Ist das nicht der Fall, dann haben wir es mit einer Miete zu tun, auch wenn die überlassenen sachlichen Grundlagen für den Betrieb eines Unternehmens verwendet worden sind<sup>1)</sup>.

Auf die geschilderte Weise läßt sich durch Verwertung des bodenständigen, unserem Volke vertrauten Merkmales der Betriebspflicht eine möglichst scharfe Grenze zwischen Pacht und Miete ziehen, die dem Rechtsempfinden der Bevölkerung entspricht und zur Volkstümlichkeit des Gesetzbuches wesentlich beitragen wird, die aber auch der Rechtsprechung die Lösung dieser schwierigen Frage wesentlich zu erleichtern geeignet ist.

Die Fassung einer solchen Bestimmung aber könnte etwa lauten:  
 „Bei Miet- und Pachtverträgen wird der Mieter und Pächter gegen Zahlung eines Zinses Inhaber der gemieteten oder gepachteten Sache mit dem Rechte des vereinbarten Gebrauches für die Zeit des Vertragsverhältnisses. Der Pächter hat auch das Recht der Fruchtziehung aus der gepachteten Sache. Ihm obliegt dagegen die Verpflichtung zum ordentlichen Wirtschaftsbetriebe.“

<sup>1)</sup> Auch für die Verpachtung von Jagd- und Fischereirechten gilt diese Betriebspflicht. Die Ausbeute darf nur „nach wirtschaftlichen Grundsätzen“ geschehen, muß sich also im Rahmen eines „ordentlichen Betriebes“ halten.

## XI. Das Gebiet von Auftrag und Vollmacht.

Wie schon mehrmals betont wurde, ist die Abfassung eines bürgerlichen Gesetzbuches vor allem eine praktische Angelegenheit, denn das Gesetzbuch ist zur praktischen Anwendung bestimmt und soll auch dem allgemeinen Verständnis zugänglich sein. In dieser Richtung liegen die schwerwiegendsten Fehler des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches. Besonders mißlich war die Vorliebe seiner Verfasser für Abstraktionen und diese Vorliebe hat auch die Sprache des Gesetzbuches entscheidend beeinflußt, sie so blutleer gemacht, wie Lehmann feststellt<sup>1)</sup>. Wieder muß ich an Perticones Mahnung erinnern. „E vero: per via di astrazione non si risolvono problemi“<sup>2)</sup>. Ein Gesetzbuch, das so tief eingreift in das Leben jedes Einzelnen, muß auch in lebenswarmer Sprache geschrieben sein.

Gegen diese Lebensweisheit hat sich das deutsche bürgerliche Gesetzbuch besonders in seinen Bestimmungen über Auftrag und Vollmacht versündigt<sup>3)</sup>. Die scharfe Unterscheidung dieser beiden Rechtsinstitute ist gewiß zutreffend und die Verdienste Labands um die Erkenntnis ihrer Verschiedenheit sollen in keiner Weise geschmälert werden<sup>4)</sup>. Er hat in dieser Frage bahnbrechend gewirkt und die Ergebnisse der von ihm und seinen Nachfolgern entwickelten Theorie werden auch weiterhin maßgebend bleiben. Der Fehler der Verfasser des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches aber lag darin, daß sie die verschiedenen Erscheinungsformen des Lebens, soweit dabei die Frage von Auftrag und Vollmacht in Betracht kommt, immer nur in eine der beiden Kategorien einzureihen suchten<sup>5)</sup>. Das Leben spottet solcher Bemühungen und der Versuch, um einer Theorie willen — mag deren Entdeckung auch noch so verdienstlich gewesen sein — alle damit zusammenhängenden Erscheinungen in eine einzige Formel zu zwingen, muß hoffnungslos scheitern<sup>6)</sup>.

<sup>1)</sup> Lehmann, Allg. Teil des BGB., 3. Aufl., S. 32.

<sup>2)</sup> Perticone, La proprietà e i suoi limiti, S. 74.

<sup>3)</sup> Swoboda, Bevollmächtigungsvertrag und Auftrag usw. 1932.

<sup>4)</sup> Laband, ZHR., 10, 183 ff.

<sup>5)</sup> Swoboda in dem von Klang herausgegebenen Kommentar zum ABGB., II/2, S. 766 ff.

<sup>6)</sup> Swoboda, Die theoretische und praktische Bedeutung des Bevollmächtigungsvertrages; Schey, Festnummer der Jur. Bl., 1933, S. 123.

Nur die sorgfältige Erfassung aller Verschiedenheiten des wirklichen Lebens kann die befriedigende Lösung bringen. Deshalb braucht der richtige Kern der Lehre von Auftrag und Vollmacht keineswegs angetastet zu werden. Es bedarf auch keineswegs einer kasuistischen Behandlung aller verschiedenen Erscheinungsformen des Lebens. Das wäre wiederum verfehlt. Eine solche Behandlung enthielte eine Herabwürdigung der Wissenschaft und ihrer Aufgabe, die durch das Gesetzbuch nicht gelöst werden kann und auch nicht gelöst werden soll. Wir dürfen nur nicht übersehen, daß es Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens gibt, die sich mit der Unterscheidungsformel Auftrag und Vollmacht allein noch nicht erklären lassen.

Der Auftrag kennzeichnet ein internes Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten. Die Vollmacht dagegen ist für den Verkehr nach außen bestimmt. Das ist zweifellos richtig. Ebenso richtig ist es, daß die Vollmacht an sich nur eine einseitige Willenserklärung bedeutet<sup>1)</sup>. Im täglichen Leben werden aber eine Unzahl von obligatorischen Verträgen abgeschlossen, die sich nicht nur auf das innere Auftragsverhältnis beschränken<sup>2)</sup>, sondern, wie schon Kant feststellte, das Handeln an Stelle und im Namen des Geschäftsherrn zum Gegenstande haben<sup>3)</sup>. Diese Vertragstypen sind sogar eine der wichtigsten Erscheinungen des wirtschaftlichen Lebens und ihre Darstellung gehört daher in das Recht der Schuldverhältnisse.

Dem römischen Recht mußte diese Erkenntnis freilich fremd bleiben, weil es sich noch nicht zur Anerkennung der direkten Stellvertretung auf dem Gebiete des Vertragsrechtes durchgerungen hatte. Diesen Fortschritt erzielten erst die Vertreter des Naturrechts<sup>4)</sup>. Nach römischem Recht galt bei Schuldverträgen der Grundsatz, daß die Rechte und Pflichten aus einem Rechtsgeschäft nur in der Person desjenigen entstehen, der es vornimmt. Derjenige, der das Rechtsgeschäft abschließen will, ist aber nicht immer in der Lage, es selbst vorzunehmen, sondern muß oft einen anderen mit dem Abschluß betrauen. Nach römischem Recht war es in diesem Falle notwendig, daß der Vertreter die zunächst in seiner Person eingetretenen Rechtswirkungen nunmehr auf den Vertretenen übertrug<sup>5)</sup>. Diese Umständlichkeit war bei einem lebhafteren Rechtsverkehr oft sehr lästig. Sie war auch deshalb unbefriedigend, weil der im Namen des Vertretenen handelnde Stellvertreter, wenn er kein Jurist war, die

<sup>1)</sup> v. Tuhr, II/2, S. 378 ff.

<sup>2)</sup> Neubecker, Technisch-terminologische Bem. zum 3. Bd. seiner Übersetzung von Tore Almén, Das skandinavische Kaufrecht, S. XVII.

<sup>3)</sup> Kant, Rechtslehre, I, § 31. Dogmatische Einteilung aller Rechte aus Verträgen.

<sup>4)</sup> Dernburg, I, § 116.

<sup>5)</sup> v. Tuhr, Schw. O.-R., S. 282 f.

Entstehung der Rechtswirkungen in seiner eigenen Person naturgemäß gar nicht beabsichtigte und auch der Vertretene nur die Rechtswirkungen in seiner eigenen Person anstrebte. Das Prinzip der direkten Stellvertretung, das mit diesem unnatürlichen Umweg aufräumte, hat daher dem Parteiwillen, der doch grundsätzlich für das Gebiet der Verträge der entscheidende Faktor sein soll, auch hier zum Siege verholfen.

Nach dem System der direkten Stellvertretung werden die Rechtswirkungen unmittelbar in der Person des Vertretenen herbeigeführt. Diese wohlthätige Vereinfachung stand im Einklang mit dem Rechtsempfinden der Bevölkerung. Sie ist aus dem praktischen Bedürfnis heraus geboren<sup>1)</sup> und gegen den Willen der strengen Juristen durchgesetzt worden. Sie dient der Erleichterung des Rechtsverkehres, und nicht nur, wie Egger meint, für die Fälle der tatsächlichen und der rechtlichen Verhinderung des Vertretenen<sup>2)</sup>, sondern auch zur bloßen Erleichterung des Verkehrs und zur Beschleunigung der angestrebten Rechtswirkungen des Geschäftes. Um aber die Entstehung dieser Rechtswirkungen unmittelbar in der Person des Vertretenen zu ermöglichen, ist es notwendig, daß der Vertreter ausdrücklich oder konkludent — „im Namen des Vertretenen“ tätig gewesen ist. Er muß nach außen hin als Vertreter, als „alter ego“<sup>3)</sup> des Vertretenen hervortreten. Gegenwärtig ist diese Auffassung des Begriffes der Stellvertretung eine allgemeine. Infolgedessen bestehen keine Schwierigkeiten mehr, auch jenen Vertrag, der die Auswirkungen der direkten Stellvertretung zum Gegenstande hat und eine der häufigsten Erscheinungen des wirtschaftlichen Lebens bildet, im Gesetzbuch anzuerkennen.

Eine Künstelei der Juristen lag auch darin, daß der Auftrag im Sinne des Gesetzes nur als „Auftragsvertrag“ aufgefaßt werden soll<sup>4)</sup>. Damit setzte sich das deutsche Gesetzbuch wieder mit dem allgemeinen Sprachgebrauch in Widerspruch und erschwerte so das Verständnis seiner Bestimmungen für den gebildeten Nichtjuristen. Beide Erscheinungen, Auftrag und Vollmacht, sind Institute allgemeiner Natur. Beide sind an sich einseitige Willenserklärungen. Beide können aber durch Annahme von der Gegenseite ein Vertragsverhältnis auslösen, der Auftrag durch die Annahme seitens des Beauftragten den Auftragsvertrag (Mandat), der die Verpflichtung des Beauftragten zur Tätigkeit für den anderen erst begründet; die Vollmacht aber durch Hinzutritt der Zustimmung des Bevollmächtigten jenen Vertrag, der die Befugnis zur Stellvertretung zum Gegenstand hat.

<sup>1)</sup> Endemann, S. 398.

<sup>2)</sup> Egger-Oser, Kommentar, 2. Aufl., V, S. 216.

<sup>3)</sup> Kohler, In Holtzendorffs Enzykl., 7. Aufl., II, S. 36 f.

<sup>4)</sup> Swoboda, Bevollmächtigungsvertrag und Auftrag, S. 9 ff.



In der Regel wird im praktischen Leben bei Zustimmung des Bevollmächtigten zur Bevollmächtigung von diesem auch die Verpflichtung zur Geschäftsbesorgung übernommen. Dieser Vertrag schließt also nicht nur die Erteilung und Annahme der Vollmacht in sich, sondern auch die Übernahme der Verpflichtung zur Stellvertretung und damit zur Geschäftsbesorgung, so daß er zugleich in den Bereich des Auftrages hinübergreift<sup>1)</sup>.

Gegen die Möglichkeit eines derartigen Vertragsinhaltes bestehen auch theoretisch keine Bedenken schon wegen des das Schuldrecht beherrschenden Grundsatzes der „Vertragsfreiheit“.

Andererseits gibt es wieder einen Auftrag als „einseitige“ Willenserklärung, die noch keine Verpflichtung des Beauftragten zur Geschäftsbesorgung begründet, und einen Auftragsvertrag, der durch Erteilung und Annahme des Auftrages zustande kommt, also den Auftrag im technischen Sinne des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches.

In allen diesen Fällen handelt der Geschäftsführer, wenn er im Rahmen des Vertrages oder im Rahmen der von der Gegenseite abgegebenen und noch aufrecht bestehenden Willenserklärung tätig wird, als befugter Geschäftsführer.

Diese Vielgestaltigkeit der Erscheinungen auf unserem Gebiete bestätigt Wellspachers Feststellung, daß eine alleinseligmachende Lehre vergeblich gesucht werde<sup>2)</sup>, aber das soll keineswegs bedeuten, daß eine befriedigende Lösung überhaupt nicht möglich wäre, sondern daß man sich nicht darauf beschränken darf, etwa mit Hilfe der Unterscheidung zwischen Auftrag und Vollmacht allein und durch die Unterstellung aller Fälle unter dieses einfache Schema das Auslangen zu finden. Die Beschränkung des deutschen Gesetzbuches auf die abstrakte Gegenüberstellung von Auftrag und Vollmacht hat aber die Juristen dazu verleitet, die Erscheinungen des Lebens nur auf diese Unterscheidung zurückzuführen. Sie übersahen, daß Auftrag und Vollmacht nur allzuoft lediglich „Elemente“ eines umfassenderen Rechtsinstitutes bilden. Neubecker ist zu dieser Erkenntnis durch die sorgfältige Beschäftigung mit den nordischen Rechten gelangt. Nach seinen Feststellungen wird auf diese Weise vielfach zerrissen, was im Leben zusammengehört. Darin liegt nach seiner Meinung letzten Endes der tiefere Grund, weshalb unter den deutschen Juristen der Streit auf diesem Gebiete ähnlich wie beim abstrakten Vertrag

<sup>1)</sup> Das ist der Bevollmächtigungsvertrag des § 1002 österr. ABGB, zweifellos die häufigste Erscheinungsform auf diesem Gebiete.

Die bloße Verbindung, das „addieren“, des Auftragsvertrages und der einseitigen Willenserklärung der Vollmacht im Sinne des deutschen BGB. bietet noch keine ausreichende Erklärung dieses kombinierten Vertragsverhältnisses, weil sich die Vereinbarung der Parteien nicht nur auf den Auftrag, sondern auch auf die Vollmacht erstreckt und deren Annahme in sich schließt.

<sup>2)</sup> Wellspacher, Vertrauen auf den äußeren Tatbestand, S. 211.

nicht zur Ruhe kommen kann. Sehr richtig verweist Schey darauf, daß, sofern überhaupt ein Auftrag vorliege, notwendig ebensoweit die Ermächtigung des Beauftragten reiche<sup>1)</sup>. Damit steht es dann im Einklang, wenn Art. 396/II, Schweizer. Obligationenrecht ausdrücklich bestimmt, daß in dem Auftrag auch die Ermächtigung zu den Rechtshandlungen enthalten sei, die zu dessen Ausführung gehören. In dieser Bestimmung spiegelt sich wieder der praktische Blick Eugen Hubers. Auch Hedemann ist zur Überzeugung gelangt, daß Vollmacht und Auftrag meist zusammenfallen und daß sie oft in einem und demselben Vorgang ins Leben gerufen werden, insofern der erteilte Auftrag gleichzeitig auch als Bevollmächtigung gemeint sei<sup>2)</sup>. Ebenso hat neuestens Jung festgestellt, daß z. B. der Auftrag, eine Wohnung zu besorgen, notwendig auch eine „stillschweigende Bevollmächtigung“ umfasse<sup>3)</sup>.

Dieser Erfahrung soll das Gesetzbuch Rechnung tragen und sich daher nicht bloß auf die Abstraktion und die dadurch gewonnene Unterscheidung von Auftrag und Vollmacht beschränken, sondern die dem praktischen Wirtschaftsleben entsprechenden Vertragsverhältnisse regeln. Die Rechtswissenschaft aber soll in logischer Harmonie als allgemeines Institut nicht nur die Vollmacht, sondern auch den Auftrag anerkennen. In das Gebiet der obligatorischen Schuldverhältnisse dagegen ist nicht nur ein Auftragsvertrag, sondern es sind auch die bei Annahme einer Vollmacht möglichen Vertragserscheinungen aufzunehmen, und zwar einerseits der engere Vertrag, der nur die Erteilung und Entgegennahme der Vollmacht zum Gegenstande hat, und andererseits der weitere Vertrag, der zugleich die Übernahme der Verpflichtung zur Geschäftsbesorgung und damit zur Stellvertretung im Namen des Vollmachtgebers durch den Bevollmächtigten in sich schließt. Die Aufnahme dieser beiden Vertragsformen in das Gesetzbuch selbst aber ist notwendig, weil die Wissenschaft überhaupt die Neigung zur Abstraktion hat und das für die praktische Anwendung bestimmte Gesetzbuch diese Neigung nicht noch fördern, sondern im Gegenteile aus praktischen Gründen mildern muß. Damit wird auch auf diesem Gebiet jene Dynamik erreicht, die zur Beherrschung des modernen Wirtschaftslebens unentbehrlich ist und anklingt an die anpassungsfähigen Eigenschaften der alten deutschen Rechtsbegriffe. Durch diese Anerkennung wird auch der unerquickliche Streit darüber, ob die einseitige Willenserklärung der Vollmacht empfangsbedürftig sei oder nicht, praktisch seine Bedeutung verlieren.

Notwendig wird es überdies sein, daß das Gesetz die unglück-

<sup>1)</sup> Schey, Oblg. Verh., S. 440.

<sup>2)</sup> Hedemann, Schuldrecht, 2. Aufl., S. 369.

<sup>3)</sup> Jung in Stammer, Das gesamte deutsche Recht, I, S. 657.

selige, dem römischen Recht entnommene Beschränkung auf „unentgeltliche“ Auftragsverträge fallen läßt<sup>1)</sup>. Sowie ein Entgelt vereinbart wird, muß der Vertrag im Sinne der Bestimmungen des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches je nach den Umständen als Dienstvertrag, Werkvertrag oder als ein „anderer“ entgeltlicher Vertrag behandelt werden<sup>2)</sup>. Dadurch wird wieder eine Zerreißung vorgenommen, die die Bevölkerung nicht verstehen kann, die aber auch dem Wesen der Auftragsverhältnisse vielfach fremd ist und selbst dem gebildeten Nichtjuristen nicht verständlich gemacht werden kann. Denn nicht der unentgeltliche Auftrag ist im Leben die Regel, sondern im Gegenteil jenes Rechtsverhältnis, bei dem für die Tätigkeit des Beauftragten ein Entgelt zu leisten ist. Deshalb hat schon Dernburg festgestellt, daß unentgeltliche Aufträge im heutigen Rechtsleben nur eine verschwindende Bedeutung haben und die unmittelbare Anwendung der §§ 662 bis 674 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches daher selten sei<sup>3)</sup>. Das deutsche Gesetzbuch ist mit seiner Auffassung zum klassischen römischen Mandat zurückgekehrt mit dem bekannten Satz: „Mandatum nisi gratuitum nullum est“<sup>4)</sup>. Aber diese Beschränkung paßt nicht für unsere wirtschaftlichen Verhältnisse. Sie war schon zur römischen Kaiserzeit mit ihrem gewaltig entwickelten Geschäftsleben nicht mehr in ihrer Reinheit aufrecht zu erhalten, weshalb sich allmählich die Klagbarkeit eines Honorarversprechens im Extraordinarverfahren durchgesetzt hatte<sup>5)</sup>. In diesem weiteren Begriff konnten auch Honoraransprüche von Ärzten, Rechtsanwälten, Mäklern Aufnahme finden und das blieb auch im gemeinen Recht herrschend. Das deutsche bürgerliche Gesetzbuch hat wieder den engen Begriff des klassischen römischen Rechts<sup>6)</sup>, der nur weit primitiveren Verkehrsverhältnissen genügen konnte, ins Leben gerufen. Das ist unhaltbar. Es kann keine ärgere Verurteilung eines ganzen Abschnittes eines Gesetzbuches geben, als die Feststellung, daß die unmittelbare Anwendung seiner Bestimmungen in der Praxis kaum vorkomme.

Deshalb hat sich das Schweizer. Obligationenrecht wohlweislich gehütet, dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch auf dieser Bahn zu folgen. Nach seinem Art. 394 bildet die Unentgeltlichkeit kein wesentliches

<sup>1)</sup> Swoboda, a. a. O. S. 11 ff.

<sup>2)</sup> Planck-Lobe, S. 1180/4. Über die dadurch entstandenen Streitfragen vgl. außerdem Heck, Grundriß, S. 355; Planck-Lobe, S. 1203 ff.; Dernburg, § 293, IV; Oertmann, S. 1063 ff.; Crome, § 252, I; Endemann, § 172/3; Goldmann-Lilienthal, S. 702; Swoboda, a. a. O. S. 9 ff. Dernburg stellt als Ergebnis fest, daß keine Ansicht der andern gleicht.

<sup>3)</sup> Dernburg, 2/2, S. 145.

<sup>4)</sup> I, 1, § 4 D mand., 17, 1.

<sup>5)</sup> Gierke, III, S. 719.

<sup>6)</sup> Heck, Grundriß, S. 332, 353 f.

Merkmal des Auftragsvertrages, sondern ist ebenso wie nach englischem Recht eine Vergütung dann zu leisten, wenn sie verabredet oder üblich ist<sup>1)</sup>. Auch nach französischem (Art. 1896) und italienischem Recht (Art. 1737) kann das Mandat unentgeltlich oder entgeltlich abgeschlossen werden. Weil im Leben die entgeltliche Vereinbarung die regelmäßige Erscheinung bildet, gewinnen — wie erwähnt — die für den Auftrag im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch enthaltenen Bestimmungen größere theoretische und praktische Bedeutung erst dadurch, daß sie entsprechende Anwendung auch auf entgeltliche Geschäftsbesorgung finden. Ihre Bedeutung liegt daher in Wahrheit auf einem anderen Gebiet: in der entsprechenden Verwertung für Dienst- und Werkverträge<sup>2)</sup>.

Die ungesunde Beschränkung dieses Gesetzbuches auf die im Wege einer übermäßigen Abstraktion gewonnene Gestalt des unentgeltlichen Auftrages ist aber um so mehr abzulehnen, weil gerade sie eine Unzahl von Streitfragen heraufbeschworen hat, die für den ausübenden Juristen niemals völlig befriedigend gelöst werden konnten, sondern das Ergebnis dieses Streites nach Dernburgs treffender Kritik geradezu in die Feststellung gekleidet werden muß: „Quot capita, tot sensus.“

§ 675 bestimmt wohl, daß auf einen Dienst- oder Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, die Vorschriften der §§ 663, 665 bis 670, 672 bis 674 über den Auftrag „entsprechende Anwendung“ zu finden haben, bei einer Berechtigung des Verpflichteten zur fristlosen Kündigung auch jene des § 671/II über die Voraussetzungen der Kündigungen und das Verbot zur Unzeit. Nur beim Dienst- und Werkvertrag wird diese Möglichkeit zugegeben. Es war schon unvorteilhaft, daß in der Anwendbarkeit der Vorschriften über den Auftrag ein Unterschied gemacht wurde und daher nur die Heranziehung bestimmter Paragrafen und auch das wieder in verschiedenem Ausmaße gestattet wurde. Es wäre besser gewesen, die erforderliche Abgrenzung dem Richter zu überlassen. Wie weit die Anwendung nötig ist, wird ohnehin nach den Umständen des einzelnen Falles sorgfältig geprüft werden müssen. Deshalb kommt Hedemann zutreffend zu dem Schluß, daß in jedem Falle besonders zu prüfen sei, wieviel vom Auftragsrecht übertragbar sei, wieviel nicht<sup>3)</sup>. Das wird eben nach dem Wesen des konkreten Vertragsverhältnisses zu beurteilen sein, ergibt sich doch die Notwendigkeit der Heranziehung der Bestimmungen über andere Vertragsformen auch anderswo, ohne daß es im Gesetz selbst ausgesprochen werden muß, so z. B. der Be-

<sup>1)</sup> Schirromeister-Prochownik, a. a. O. II, S. 509.

<sup>2)</sup> Titze, Recht der Schuldverhältnisse, S. 109; Schey, a. a. O. S. 425 f.

<sup>3)</sup> Hedemann, a. a. O. S. 372, Über die dabei entstehenden Schwierigkeiten vgl. auch Leonhard, Besonderes Schuldrecht, S. 254 ff.

stimmungen über den Verwahrungsvertrag bei Werkverträgen, wenn mit der Ausführung des Werkes notwendig die Verwahrung der fremden Sache verbunden ist. Das Leben kennt eben Mischformen, denen sich das Gesetz anpassen muß. Deshalb müssen seine Bestimmungen auch im höheren Grade als bisher anpassungsfähig, „dynamisch“ ausgestaltet werden. Dem widerspricht die nur aus römischen Gedankengängen erklärliche Beschränkung auf unentgeltliche Auftragsverträge im ganz besonderen Maße. Auch hier muß entsprechend der Rechtsauffassung der Gegenwart und im Einklang mit dem historisch entwickelten deutschen Rechtsdenken Wandel geschaffen werden und das ist um so leichter möglich, weil das engherzige, formelle Aktionensystem des römischen Rechts für uns keine Geltung besitzt.

---

## XII. Die dynamische Gestaltung des Schadenersatzrechts.

Ein Problem, mit dessen Lösung heute die Juristen der ganzen Welt beschäftigt sind, ist die Frage nach den Quellen des Schadenersatzrechts<sup>1)</sup>. Gerade hier sind im Laufe der letzten Jahrzehnte gewaltige Umwälzungen eingetreten. Es ist auch nicht leicht ein Rechtsgebiet zu finden, auf dem sich die geschichtlichen Zusammenhänge und die geschichtliche Entwicklung so plastisch darstellen. Den primitiveren Verhältnissen der Naturvölker und jenen einer fernen Vorzeit entsprach das Prinzip der reinen Verursachung, das zugleich untrennbar verbunden war mit strafrechtlichen Vorstellungen und in seiner Überspannung beispielsweise dazu führte, daß bei der Schädigung durch ein Tier nicht dessen Eigentümer oder Aufsichtsperson, sondern das Tier selbst zur Verantwortung gezogen wurde. Eine solche Gestaltung finden wir im altgermanischen Recht. Hervorzuheben ist die damit verwandte, im älteren englischen und schottischen Recht ersichtliche Idee des sakralen Verfehms von schadensstiftenden Tieren und sogar leblosen Sachen<sup>2)</sup>.

Das römisch-rechtliche Prinzip der Schuldhaftung bedeutete dagegen unzweifelhaft einen Fortschritt und eine wirkliche psychologische Vertiefung. Es hat denn auch späterhin einen unvergleichlichen Siegeszug in die Länder der Kulturwelt angetreten. Aber mit der Entwicklung des Verkehrs und der zunehmenden Lebhaftigkeit der gegenseitigen Beziehungen der Staaten und der Einzelmenschen zueinander

<sup>1)</sup> Vgl. Swoboda, Generalbericht zu dem Beratungsgegenstand: „Die allgemeinen Grundsätze über die deliktische Haftung in den verschiedenen Rechtssystemen auf dem intern. Kongreß für Rechtsvergleichung im Haag (3. August 1932), Zentralbl. f. d. jur. Praxis, 1932, S. 889 ff. Über die Zusammenhänge dieser Frage mit jener nach den Entstehungsgründen der Obligationen überhaupt; vgl. Swoboda, Probleme der Neuordnung des Privatrechts in der Festschrift für Maurovic, 1934, S. 146 ff.

<sup>2)</sup> So c. 13 des Gesetzbuches König Alfreds 871—900, daß dann, wenn bei gemeinsamer Bearbeitung eines Baumes im Walde ein Mensch einen anderen unabsichtlich erschlägt, der Baum den Verwandten des Erschlagenen gegeben werden soll (vgl. Holmes, Common Law, 7 ff.; Holmes-R. Leonhard, Das gemeine Recht Englands und Nordamerikas, 18 f.; Riezler, Zeitschrift f. ausl. und intern. Priv.-R., 5, S. 163 ff.

in der neuen Zeit mußten Gesetzgebung und Rechtswissenschaft auch hier Zugeständnisse machen, welche die Geltung des Schuldprinzips wieder wesentlich einschränkten. Nach der Rezeption des römischen Rechts auf deutschem Gebiet und damit auch in den einen Bestandteil des damaligen römischen Reiches deutscher Nation bildenden österreichischen Ländern und trotz des vielfach entscheidenden Einflusses römischer Rechtsgedanken seit dem 18. Jahrhundert auf die nordgermanischen Rechtssysteme zeigt die spätere Entwicklung, daß einzelne, dem Schuldprinzip entgegengesetzte Rechtssätze sich durchzusetzen vermochten, die stark an die altgermanische Rechtsordnung der Kausalhaftung erinnern, aber doch von anderen modernen Gesichtspunkten entscheidend beeinflußt worden sind. Bei einer genaueren Erforschung dieser Zusammenhänge gelangen wir zu der Erkenntnis, daß es sich trotz dieser bedeutsamen Berührungspunkte zwischen Altertum und Gegenwart und trotz der Ergänzung römischer und germanischer Rechtsgedanken doch nicht um bloße Rückfälle in das System einer längst verschwundenen Vergangenheit handelt, sondern eine Verfeinerung des Rechts erzielt wurde, die dazu bestimmt war, die allzuschroffen Auswirkungen des reinen Schuldprinzips zu beseitigen oder doch zu mildern, und damit wieder eine Annäherung an das alte deutsche Recht herbeizuführen, ohne dessen primitive Regelung wieder ins Leben zu rufen.

Diese Verfeinerung wurde erzielt durch die Mitwirkung einer neuen Gedankenwelt. Genau so, wie das pflichtenlose Eigentum nach Gierkes Feststellung keine Zukunft hat, wie sich im gewissen Umfang die Überzeugung einer „sozialen Funktion“ des Eigentums immer mehr durchsetzt, genau so hat der soziale Gedanke auch auf dem Gebiete des Schadenersatzrechts Siege errungen, die immer entschiedener werden. Er ist an die Stelle der reinen Kausalhaftung des altgermanischen Rechts getreten, die uns heute nicht mehr begreiflich dünkt, aber in verfeinerter Gestalt, mit einer neuen Begründung und daher auch einer sinngemäßen Abänderung ihrer Tragweite und ihres Umfanges wieder lebendig wird.

Das deutsche bürgerliche Gesetzbuch hat das Schadenersatzrecht lediglich als Gebiet der „unerlaubten Handlungen“ bezeichnet. Diese auch vom Schweizer. Obligationenrecht gewählte Bezeichnung hat Oertmann in neuester Zeit unter Hinweis darauf scharf getadelt, daß auch die weiteste Auslegung des Begriffes des Verbotenen, z. B. bei der Haftung des Tierhalters und jener des Jagdberechtigten unter allen Umständen als Grundlage versage<sup>1)</sup>.

Über die Frage, welche Rolle dem Verschulden für die Entstehung von Schadenersatzansprüchen zukommt, herrscht ein erbitterter Streit

<sup>1)</sup> Oertmann, Kommentar, 5. Aufl., S. 1366. Dazu schon Mauczka, Der Rechtsgrund des Schadenersatzes, S. 68 ff.

unter den Theoretikern des Erdballes. Während die einen das Schuldprinzip zur Grundlage nehmen, erblicken andere die eigentliche Grundlage in der Gefährdungshaftung, im Principe du risque, und zwar wieder in verschiedenen Abstufungen<sup>1)</sup>.

Was aber für die praktische Lösung des Problems, und nur eine solche kommt für ein Gesetzbuch in Betracht, besonders wertvoll ist, das ist der Umstand, daß jede Theorie der entgegengesetzten Zugeständnisse machen muß, daß sie daher „Ausnahmen“ von ihrem Prinzip anzuerkennen genötigt ist, die der entgegengesetzten Auffassung bis zu einem gewissen Grade Rechnung tragen. Schon das zeigt uns den Weg, den wir zu gehen haben.

Ein Rechtsgebiet, auf dem so bedeutende widerstreitende Interessen aufeinanderstoßen, läßt sich niemals einem durchaus einheitlichen Prinzip unterwerfen. Das ist auch keineswegs zu bedauern. Hier handelt es sich nicht um Fragen der Ästhetik, sondern um eine gerechte Lösung der vielseitigen Probleme, die uns das Leben beschert. Das Leben kennt eben keine Schablone, die mechanisch angewendet werden kann. Deshalb muß der wahre positive Inhalt der leitenden Grundgedanken des Rechts immer aufs neue erkämpft werden. Diese Erkenntnis enthüllt uns zwar die Unvollkommenheit menschlichen Denkens und Forschens, deckt aber zugleich den Adel auf, den der beständige Kampf um die Wahrheit dem ringenden Menschengenossen aufdrückt. Die verschiedenartigen, einander vielfach entgegengesetzten Prinzipien, die für das Gebiet des Schadenersatzrechts gelehrt werden, haben daher die Aufgabe, regulierend aufeinander zu wirken<sup>2)</sup>. Ihr Gewicht und ihre Bedeutung kann sich dadurch auch verschieben, aber gerade darin liegt ein Vorzug, denn nur durch dieses wechselnde Zusammenwirken werden die großen Prinzipien trotz ihres Widerstreites und gerade durch ihn wahrhaft brauchbar für die Zwecke des Lebens und für die praktische Anwendung der in ihnen zum Ausdruck kommenden Gedanken. Nur in ihrem Zusammenhange gewinnen sie jene „Beweglichkeit“, die nach den Bedürfnissen der jeweiligen Kulturepoche das eine oder das andere Prinzip stärker hervortreten läßt, und dadurch die notwendige Elastizität schafft, ohne die Eigenschaft der „Beständigkeit“, die für den Rechtsbegriff unentbehrlich ist, allzusehr zurückzudrängen, so daß auch auf diesem Gebiete die ergänzende Funktion beider Richtungen des menschlichen Denkens, der dynamischen und der statischen Betrachtungsweise, klar ersichtlich wird.

Dem in der historischen Schule mit ihren fest begrenzten Be-

<sup>1)</sup> Swoboda, Generalbericht, a. a. O. S. 896 ff.

<sup>2)</sup> Swoboda, Gutachten über die Abgrenzung zwischen Verschuldens- und Erfolgshaftung im Schadenersatzrecht für den VI. deutschen Juristentag in der Tschechoslowakei (Karlsbad 1933), Gutachtenband, S. 45 ff.



griffen herangebildeten Juristen drängt sich naturgemäß der Wunsch auf, auch eine scharfe einheitliche Abgrenzung zwischen den Gebieten der Schuldhftung und der Erfolgshaftung zu machen. Allein eine so scharfe einheitliche Abgrenzung wäre nicht einmal vorteilhaft. Gerade im Bereiche des Schadenersatzrechts offenbart sich die unendliche Mannigfaltigkeit des lebendigen Geschehens in seltener Deutlichkeit und der Eigenart dieser verschiedenen Tatbestände muß auch das Recht sich anzupassen suchen. Auch hier bewährt sich das Wort Savignys, daß das Recht nichts anderes sei als das Leben selbst, von einer besonderen Seite angesehen.

Daraus ergibt sich die Notwendigkeit einer feinen Differenzierung. Von der Verschuldenshaftung in ihrer reinen Form mit der Beweispflicht desjenigen, der den Anspruch erhebt, führt ein weiter, viel verschlungener Weg zur reinen Erfolgshaftung über die verschiedenen Grade der Gefährdungshaftung, der mit der bloßen Umkehrung der Beweislast beginnt, in weiterer Folge den Entlastungsbeweis mit gewissen Einschränkungen zuläßt, die wieder verschieden gestaltet sind, und sich allmählich verschärfen, um schließlich im Einwirken der höheren Gewalt ihre naturgemäße Grenze zu finden und die deshalb doch nicht absolut wirken. Man kann deshalb das Verschuldensprinzip einerseits und das Verursachungsprinzip andererseits als die beiden „Endpunkte“, als „Extreme“<sup>1)</sup> bezeichnen, ohne daß damit aber ihre Bedeutung und ihre Funktion erschöpft würden. Der überwältigende Siegeslauf der Technik mit seiner Umwälzung der industriellen Produktion und der gigantischen Steigerung des Verkehrs hat die Probleme des Schadenersatzrechts zu einer früher ungeahnten Bedeutung entwickelt. Der große Kongreß im Haag im August 1932 hat die Bedeutung dieser Probleme und die außerordentliche Verschiedenheit der Methoden, mit denen man sie in den einzelnen Rechtssystemen zu meistern sucht, besonders deutlich aufgezeigt.

Der aus römischen Rechtsvorstellungen gewonnene Ausspruch Jherings: „Ohne Schuld keine Verantwortlichkeit für die Tat, d. h. keine Verpflichtung zum Schadenersatz. Nicht der Schade verpflichtet zum Schadenersatz, sondern die Schuld“<sup>2)</sup>, muß heute als überwunden angesehen werden. Die Fälle der Haftung ohne Schuld sind gegenwärtig durchaus keine bloßen Ausnahmefälle mehr. Im Gegenteil, die Haftung ohne Schuld ist charakteristisch für die überwiegende Zahl unserer Schadenersatzprozesse und die Haftung auf Grund eines Verschuldens ist in außerkontraktlichen Verhältnissen zur Ausnahme geworden<sup>3)</sup>. Die Haftung ohne eigene Schuld hat auch deshalb die größere praktische Bedeutung, weil in den vielen Autounfall-

<sup>1)</sup> Mandl, Zivilist. Aufbau des Schadenersatzrechts, S. 4.

<sup>2)</sup> Jhering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht.

<sup>3)</sup> Swoboda, Gutachten, S. 49 f.

prozessen, in denen Lenker und Eigentümer geklagt werden, die Beteiligten in der Regel doch nur der Spruch gegen den meist schuldlosen Eigentümer interessiert, weil der Ersatzanspruch nur gegen ihn durchsetzbar zu sein pflegt. Es ist daher begreiflich, daß in England, wo die Theorie ihre Sätze nur aus der lebendigen Praxis schöpft, hervorragende Rechtslehrer geradezu die umgekehrte Rechtsregel vertreten, als jene, die in den Fällen der Haftung ohne Schuld nur Ausnahmen von dem allgemeinen Schuldprinzip erblickt. Prof. Allen (Oxford) hat z. B. in seinem Sonderbericht für den Haager Kongreß im Jahre 1932 ausgeführt, daß dem Verschulden eine entscheidende Bedeutung gar nicht zukomme, denn begehrt werde der Ersatz des Schadens, nicht Ersatz für das Unrecht. Es gebe aber Fälle, in denen für den Schaden nur derjenige hafte, der ihn schuldhaft herbeiführe. Das ist eben der Eindruck, den ein unbefangener Beobachter der heutigen Schadenersatzprozesse gewinnen muß.

Für uns moderne Menschen kann weder das römische Prinzip der Schuldhaftung, noch jenes der primitiven Erfolgshaftung der altgermanischen Zeit allein maßgebend sein. Keines von ihnen aber ist bedeutungslos geworden. Sie haben die Aufgabe, regulierend aufeinander zu wirken. Auch die verschiedenen Prinzipien des Schadenersatzrechts dürfen nicht bloß statisch aufgefaßt werden, sondern dynamisch, wie alle großen Leitsätze des Rechts, damit das Recht lebendig bleibe und sich dem Wechsel des Geschehens verständnisvoll anpasse<sup>1)</sup>. Nur so wird es möglich, die beiden Formen der Haftung, die reine Schuldhaftung und die reine Erfolgshaftung im Sinne der neuen Gedankenwelt unserer Zeit zu verfeinern und zu vertiefen, die das „soziale Gewissen der Gegenwart“ in uns erstehen ließ.

Um das aber deutlich zum Ausdruck zu bringen, ist es notwendig, in das kommende Gesetzbuch eine Bestimmung aufzunehmen, welche beide Entstehungsgründe des Schadenersatzes gleichwertig nebeneinander reiht. Deshalb wird auch als Überschrift dieses Gebietes nicht mehr die Bezeichnung unerlaubte Handlungen, sondern die objektive Bezeichnung „Schadenersatzrecht“ zu wählen sein.

Der Schuldhaftung wird gleichwohl auch dann noch immer eine ganz andere Bedeutung zukommen, als der Haftung ohne Schuld, denn die schuldhafte Schädigung führt grundsätzlich zur Schadenersatzpflicht. Schuldlose Schädigung dagegen kann nicht mit gleicher Regelmäßigkeit dieselbe Pflicht erzeugen. Erst durch ihren Zusammenhang und durch ihr wechselndes Zusammenwirken wird die erforderliche Elastizität verbürgt, wobei die Einzel-

<sup>1)</sup> Swoboda, Gutachten S. 50. Zustimmend Fehr, Das kommende Recht, 1933, S. 9 ff., und Longchamps de Berier, Przeglad prawa i administracji, 1933, S. 243 f.

bestimmungen es verhindern, daß die Eigenschaft der „Beständigkeit“, die für den Rechtsbegriff unentbehrlich ist, allzusehr zurückgedrängt werde. Erst wenn die Fälle der Haftung ohne Schuld nicht mehr mit dem entwertenden Stempel bloßer Ausnahmen versehen werden, wird die Rechtsprechung ihrer Aufgabe zu genügen vermögen. Eine erweiternde Auslegung der Bestimmungen über eine Haftung ohne eigene Schuld wird auch in Zukunft mit der Entwicklung des Verkehrs und unseres industriellen Fortschrittes zur gerechten Lösung einzelner Tatbestände mitunter unerläßlich sein. Für eine gesunde Weiterentwicklung wird eben bei den ungeahnten Verhältnissen der Zukunft nicht nur der Weg der Gesetzgebung, sondern auch jener der Rechtsprechung unentbehrlich sein. Darin zeigt sich wieder, daß die Formulierung eines Gesetzes eine vorwiegend praktische Aufgabe bedeutet und daß man sich vor allem vor Augen halten muß, welche praktischen Wirkungen die gewählte Fassung auf die Rechtsprechung äußern wird. Der Gesetzgeber hat seine Aufgabe dann mit Erfolg gelöst, wenn seine Bestimmungen die Möglichkeit einer gesunden Weiterentwicklung durch Lehre und Praxis gestatten. Die dynamische Gestaltung des Schadenersatzrechtes wird dazu die geeignete Handhabe bieten.

Auf diese Weise wird es auch gelingen, das bürgerliche Recht selbst auf diesem Gebiet von jeder Fiktion freizuhalten, während das französische Recht für die Zwecke der heutigen Rechtsanwendung genötigt ist, immer wieder die juristischen Vermutungen und Fiktionen bis in die feinsten Abtönungen zu benützen, wodurch eine Unzahl von Streitigkeiten und überkünstelten Erklärungen heraufbeschworen wurde<sup>1)</sup>. Die Vorliebe des französischen Rechts für Vermutungen und Fiktionen erklärt es auch, daß es die römische Figur der Quasidelikte beibehalten hat. Durch die Vermeidung jeder solchen Künstelei wird es gelingen, die einzelnen Vorschriften des Schadenersatzrechtes auch dem gebildeten Nichtjuristen begreiflich zu machen, während die unter Zuhilfenahme der *faute presumée* und ausgesprochener Fiktionen versuchte Aufrechterhaltung des Schuldprinzips in der französischen Rechtsprechung schon infolge ihrer überspitzten juristischen Feinkunst nur dem Juristen zugänglich gemacht werden kann. Der Vorzug der leichten Verständlichkeit hat aber gerade in der Gegenwart, in welcher der Richter dem Volk viel näher steht als je, eine unvergleichlich größere Bedeutung gewonnen, als es in der Vergangenheit je der Fall gewesen ist<sup>2)</sup>.

1) Swoboda, Gutachten, S. 53; Fehr, a. a. O. S. 10.

2) Vgl. Swoboda, Die Neugestaltung des Zivilprozesses, Deutsche Richterzeitung, 1934/II.

### XIII. Die Sprache des Gesetzbuches.

Eine der wichtigsten Aufgaben der Neugestaltung des Privatrechts wird es sein, die Vorschriften des Gesetzbuches in eine Sprache umzugießen, die seiner würdig ist. Eine der größten Versündigungen der Verfasser des deutschen Gesetzbuches lag darin, daß sie nach der Feststellung Sohms bewußt und in vollster Absicht eine abstrakte, volksfremde Sprache wählten, weshalb selbst der Jurist diese Ausdrucksweise erst mühsam erlernen muß<sup>1)</sup>. Ein Gesetzbuch, das so tief eingreift in die Geschicke jedes Einzelnen, muß auch in seiner Sprache warmes Leben enthalten<sup>2)</sup>. Es ist für das Leben bestimmt und nicht nur für die Theorie und soll daher, wie der größte Meister der Gesetzgebung der letzten Jahrzehnte auf dem Gebiete des Zivilrechts Eugen Huber, der Verfasser des Schweizer. Zivilgesetzbuches, und schon lange vor ihm Otto von Gierke<sup>3)</sup> verlangte, nicht nur ein Werk für Gelehrte, sondern vor allem ein „Volksbuch“ sein<sup>4)</sup>. Erst dann kommt die angestrebte „Volksverbundenheit des Rechts“ sieghaft zum Ausdruck.

Das Gesetzbuch hat die Aufgabe, auch dem gebildeten Nichtjuristen die Kenntnis seiner Bestimmungen zu vermitteln<sup>5)</sup>. Dazu ist eine möglichst klare und einfache Ausdrucksweise notwendig. Auch das gehört zur Vollendung der „Architektur des Rechts“. Ohne eine derart deutliche Sprache läßt sich auch der strenge Standpunkt nicht rechtfertigen, daß sich niemand mit der Unkenntnis des gehörig kundgemachten Gesetzes entschuldigen könne.

Man darf aber auch nicht übersehen, daß das Gesetz einen „sollenen“ Ausspruch des Gesetzgebers bedeutet. Deshalb soll eine einfache, ungekünstelte, aber immer des Gesetzgebers würdige Ausdrucksweise gewählt werden<sup>6)</sup>. Sie darf nicht trivial werden. Auf dem Juristentag in Köln 1926 hat der damalige Reichs-

1) Sohm in Hinneberg, Die Kultur der Gegenwart, II/8, S. 17.

2) Swoboda, Neugestaltung, S. 113 ff.

3) Gierke, Das BGB. und der deutsche Reichstag, III.

4) Vgl. Reichel, Festgabe für Stammler, S. 303.

5) Swoboda, Das ABGB. im Lichte der Lehren Kants, S. 161 ff.

6) Zeiller, Vorbereitung, I, S. 65. Schon d'Alembert verlangte in seiner Einleitung (Analyse) zu Montesquieus Geist der Gesetze für den Stil der Gesetze Einfachheit und Würde.

justizminister darauf hingewiesen, daß der deutsche Richter ringen müsse um die Seele des Volkes. Das ist gewiß richtig. Dazu bedarf er aber eines Gesetzbuches, das die Entfremdung zwischen Richter und Volk nicht großzieht, sondern die Brücke bildet, die beide zusammenführt. Denn nach der Sprache des Gesetzbuches muß sich auch die Sprache des Urteils richten. Und wenn das Gesetzbuch rein abstrakt gefaßt ist wie das deutsche bürgerliche Gesetzbuch, dann wird es dem Richter nur zu oft unmöglich gemacht, dem Nichtjuristen verständlich zu werden. Diese Volksfremdheit steht im schroffsten Gegensatze zu der alten deutschen Auffassung, denn noch in der Zeit des Mittelalters war die Kenntnis des deutschen Rechts ein Stück der allgemeinen Lebenskunde jedes Freien, das die Beisassen fanden<sup>1)</sup>. Um den organischen Zusammenhang des Rechts mit dem Volksempfinden, wie er der alten deutschen Rechtsauffassung entsprach, wieder herzustellen, bedarf es einer volkstümlichen Sprache. Daß eine solche Ausdrucksweise auch auf dem Gebiete des Rechts im Bereiche der Möglichkeit liegt und daß sich auch die tiefsten juristischen Gedanken gemeinverständlich ausdrücken lassen, ohne deshalb an Schärfe zu verlieren, zeigt die prachtvolle Sprache der im Reichsgesetzblatt enthaltenen Einleitungen zu dem Reichserbhofgesetz und zu dem Gesetz über die Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten in vorbildlicher Klarheit. Die eindrucksvolle Verständlichkeit dieser Sprache stärkt noch ihre überzeugende Kraft. Eine solche Ausdrucksweise entspricht auch der modernsten Rechtsauffassung, denn die Rechtswissenschaft darf kein weltabgewandtes Dasein führen und erst in der Befriedigung der Forderungen des Lebens findet sie als anzuwendende Wissenschaft ihre volle Rechtfertigung<sup>2)</sup>.

---

<sup>1)</sup> G. Müller, Süddeutsche Monatshefte, 1929, S. 293.

<sup>2)</sup> W. Sauer, Grundlage der Wissenschaft u. d. Wissenschaften, S. 313 f.

## XIV. Schluß.

Es sind nur Ausschnitte, die ich im Rahmen dieser Studie gedrängt zu behandeln vermochte. Ich versuchte zu zeigen, welcher Wert der Aufdeckung und Klarstellung der großen leitenden Prinzipien des Rechts bei der praktischen Aufgabe der Neugestaltung des Privatrechts zukommt und in welchem Maße diese Gedanken auch im einzelnen auf den verschiedensten Rechtsgebieten zu einer höheren Rechtsauffassung und zu einer verständnisvolleren Erfassung der Erscheinungen des Lebens führen können. Bei der sorgfältigen Beschäftigung mit diesen Problemen erkennen wir, daß damit zugleich eine Wiederbelebung verloren gegangener Ideen verbunden ist, die aus der stürmischen Zeit um die Wende des 18. Jahrhunderts durch den großen deutschen Philosophen Kant gewonnen worden waren. Wieder offenbart sich dessen unübertrefflich scharfes Auge für die Wirklichkeit und seine schöpferische Kraft in der Behandlung des Problems einer systematischen Einheit der Erfahrung<sup>1)</sup>. Die aus der Betrachtung des lebendigen Geschehens unserer Zeit geschöpfte Erkenntnis hilft uns, diese Ideen unserer heutigen Denkweise entsprechend auszubauen und die Ergebnisse anzupassen an die Verhältnisse der Gegenwart.

Nur die großen leitenden Prinzipien des Rechts vermögen auch im stürmischen Wandel der Zeiten die Einheit des Rechts aufrecht zu erhalten, die seinem innersten Wesen unentbehrlich ist. Durch sie wird auch das Privatrecht erst zu einem wahrhaft organisch geordneten System, das sich durch seine Dynamik dem beständigen Wechsel des Lebens selbsttätig anzuschmiegen imstande ist. Durch die Gewinnung der großen Prinzipien ersteht die Möglichkeit einer Bereicherung des Rechts „aus sich selbst, eines Wachstums von innen heraus“<sup>2)</sup> ohne die Schattenseiten einer unzulänglichen Kasuistik, welche die „Vorliebe für mikroskopische Beobachtungen“ auf dem Gebiete des Rechts allzusehr wuchern und die Betrachtung von höheren Gesichtspunkten aus allzusehr verdrängen ließ<sup>3)</sup>, aber gerade in dieser Überschätzung der Quantität ihre innere Schwäche offenbarte<sup>4)</sup>.

Der gewonnene philosophische Unterbau führt uns wieder zu der Überzeugung, daß das Recht nicht nur reines Menschenwerk sei, wie die Positivisten lehrten<sup>5)</sup>, sondern daß seine tiefsten Grund-

1) Bruno Bauch, Immanuel Kant, S. 17, 368 ff.

2) Jhering, Geist des römischen Rechts, S. 29.

3) Jhering, a. a. O. S. 9.

4) Jhering, a. a. O. S. 30.

5) Bekker, Das Völkerrecht der Zukunft, S. 14, Sitzungsberichte d. Heidelberger Akad. d. Wissenschaften, phil.-hist. Kl., 1915.

lagen, seine obersten Zusammenhänge und das darin verborgene Geheimnis seiner Harmonie höheren Ursprungs sind und daß durch die Forschung darnach der Rechtswissenschaft und Rechtsprechung erst der wahre wissenschaftliche Charakter verliehen wird, der sie gleichwertig anreicht an das große Forschungsgebiet der Philosophie. Dann begreift man auch, warum die Richter „Priester des Rechts“ genannt werden und warum die Meister des antiken Rechts, die klassischen römischen Juristen, in der Rechtswissenschaft die *ars omnium artium maxima*<sup>1)</sup> erblickten, die Ulpian geradezu mit der Philosophie identifizierte<sup>2)</sup>. Eine solche Kunst darf nicht zur Schablone erniedrigt werden. Das verbietet die Achtung vor der ihr eigenen Würde, aber auch das Interesse der Gesamtheit, die im Schutz der Rechtsordnung ihr sicheres Gedeihen finden soll.

In jedem der geschilderten Grundbegriffe des Privatrechts aber zeigte sich, daß die römische Überlieferung niemals ganz bedeutungslos wird, daß sie jedoch eines Umbaues, einer Ergänzung und Vertiefung im Wege dynamischer Fortbildung bedarf, die mit Hilfe deutscher Rechtsgedanken, also durch eine Vermählung des deutschen und römischen Rechtsdenkens, durch einen Ausbau und eine Beseelung der überlieferten Rechtsinstitute in diesem Sinne, zugleich aber auch mit den vorwärts und aufwärts gerichteten Gedankengängen unserer Zeit gewonnen wird. Unsere moderne Rechtswissenschaft und unser modernes Recht überhaupt darf im Sinne Kants kein bloßer Gipsabdruck der Vergangenheit<sup>3)</sup> und ihrer Lehren sein. Wir haben nicht bloß das zu übernehmen, was die Vergangenheit uns lehrt, wir haben selbst zu denken<sup>4)</sup>, um bei der Anwendung und Auslegung der Bestimmungen des Gesetzes den Bedürfnissen der Gegenwart und Zukunft und den Bedürfnissen des Volkes gerecht zu werden. Darum dürfen wir auch der eigenen Zeit das geschichtliche Daseinsrecht<sup>5)</sup> nicht versagen. Nach den Worten Luthers ist das Leben kein Wesen, sondern ein Werden<sup>6)</sup> und wir sind immer auf dem Wege! Das gilt auch für das Gebiet des Rechts. Dynamik und Statik müssen zusammenwirken, damit Wissenschaft und Recht weder erstarren noch zerfließen. Dieser Art juristischen Denkens wird die Zukunft gehören. Sie wird es ermöglichen, ein Gesetzbuch zu schaffen, das wieder zum Herzen des Volkes spricht, das ihm so vertraut wird, wie einst das deutsche Recht, das der freie Mann im Ring der Volksgenossen finden half.

1) Cicero, Brutus c. 41.

2) Vgl. Puchta, Institutionen, 9. Aufl., S. 273.

3) Kant, Kritik der reinen Vernunft, S. 643; vgl. Swoboda, a. a. O. S. 46.

4) Kant hat im Selbstdenken den eigentlichen Beruf des Menschen erblickt. Kant, Was ist Aufklärung? Phil. Bibl., Bd. 33/I.

5) Jung, Zeitschrift f. Rechtsphilos., 1929, S. 139.

6) Luthers Werke, Weimarer Ausg., VII, 336 f.

## Namensverzeichnis.

Die Ziffern geben die Seitenzahl an.

- Achenwall 48  
d'Alembert 125  
Almèn 112  
Amira 108  
Aristoteles 39 f.  
Arndt 57
- Bacon 11, 31 f.  
Baron 60  
Bekker 55, 62, 127  
Binder 22, 41  
Bodin 27  
Bonucci 23  
Brodmann 90 f.  
Brutus 26, 128  
Buchda 48
- Chamberlain 11  
Cicero 26, 83, 128  
Crome 116
- Dernburg 112, 116  
Duguit 72
- Eckermann 47  
Egger 19, 113  
Endemann 87, 113, 116  
Enneccerus 91, 105
- Fehr 25, 61, 72, 94, 123 f.  
Fernet 41  
Fichte 49, 53  
Fischer, H. A. 76  
Friedrich d. Große 40 f.
- Gaupp 38  
Gierke, Julius v. 97
- Gierke, Otto v. 20, 22 ff., 27, 33, 46,  
51, 56, 60 ff., 71, 80, 86 f., 92, 94,  
100, 116, 125  
Gillis 26  
Goethe 47  
Goldmann 116  
Gottwald 77  
Guizot 47  
Gysin 27, 35
- Haemmerle 12, 16  
Haesaert 34, 68  
Haff 41, 95  
Hafter 39, 60  
Heck 116  
Hedemann 15, 25, 30, 36, 51 f., 63 ff.,  
69, 73, 84 f., 87, 89 ff., 95, 97 f.,  
100, 115, 117  
Hegel 30  
Heymann, E. 18  
Holmes 119  
Hugo 26  
Humboldt, W. v. 17, 44
- Innocenz 60
- Jenks 69  
Jhering 13, 71, 83, 122, 127  
Joers 46, 60, 63  
Joseph II. 58 f.  
Jung 38, 115, 128  
Justinian 9, 44
- Kant 17 ff., 21 ff., 28 f., 32 ff., 40, 47 ff.,  
54 ff., 65 f., 68, 70, 72, 74 f., 99,  
104, 112, 128  
Kantorowicz 15



- Keifl 98  
 Kelsen 31, 49 f.  
 Kinkel 33  
 Kipp 26, 89, 91  
 Kirchmann 11  
 Kohler 13 f., 55, 58, 90, 92, 113  
 Kornis 32  
 Krcha 40  
 Krčmář 20  
 Kubeš 43  
 Kürschner 33  
  
 Laband 51, 61, 111  
 Layer 83 f.  
 Lehmann 60, 63 f., 87 f., 111  
 Leibniz 18, 27, 67, 70, 73  
 Leonhard, Fr. 117  
 Leonhard, R. 119  
 Lessing 33  
 Lilienthal 116  
 Lobe 116  
 Löning 75 ff.  
 Longchamps-Berier 123  
 Lucanus 47  
 Luther 128  
  
 Mandl 122  
 Manigk 18, 35  
 Mayer, M. E. 30, 32, 41  
 Mauczka 120  
 Maurovič 10, 119  
 Mendelssohn 33  
 Mettrie, de la 54  
 Mitteis 60  
 Moeller van den Bruck 28 f., 54  
 Mommsen 20  
 Montalembert 53  
 Montesquieu 47, 125  
 Müller-Erbach 18 f.  
 Müller, G. 126  
 Mussolini 29, 71  
  
 Napoleon 12  
 Natorp 29  
 Nelson 28  
 Neubecker 112  
 Neumann-Ettenreich 95  
 Nietzsche 17 f., 22, 27 f., 32  
  
 Oertmann 116, 120  
  
 Ofner 27  
 Ohmeyer 94  
 Oppikofer 93, 95  
 Oser 113  
  
 Pagano 63 f.  
 Perticone 11, 14, 19, 22, 48, 50, 65,  
 71 f., 111  
 Planck 90 f., 116  
 Platon 28, 46  
 Potthof 32  
 Prochownik 69, 91, 117  
 Puchta 60, 128  
  
 Quinet 53  
  
 Raape 77  
 Radloff 27 f.  
 Randa 102  
 Reichel 11, 39, 89, 125  
 Repkow, Eike v. 47  
 Resch 29  
 Ritter 54  
 Riezler 14, 119  
 Robespierre 41  
 Rousseau 44  
 Rümelin, G. 26  
 Rumpf 40, 71  
  
 Salmond 69  
 Sauer, W. 15, 18, 38, 41, 71, 126  
 Savigny 9 f., 11 f., 19, 43, 50, 56, 60,  
 73  
 Schey 115, 117  
 Schirrmeister 69, 91, 117  
 Schmelzeisen 34, 90  
 Schönfeld 25, 30 f., 45, 60, 102  
 Scholten 19, 25, 27, 29, 31, 38 f., 41,  
 50 f.  
 Schopenhauer 26  
 Schraut 58  
 Schwarz, Herm. 54  
 Schwerin 20  
 Sohm 13  
 Spann 15, 54, 72  
 Spengler 11, 44 ff., 59, 62, 70, 73 f.  
 Spinoza 32  
 Stammler 34, 39, 125  
 Stein 38

Stenzel 46  
 Stödter 85  
 Svoboda, Emil 40

Tartarin-Tarnheyden 47  
 Thieme 14  
 Thomas v. Aquino 27  
 v. Thur 87, 89, 112  
 Titze 117  
 Tomsa 23  
 Troeltsch 13

Ulpian 30, 128

Vecchio, G. Del. 30, 34, 42

Weilspacher 114  
 Wieland 19  
 Windscheid 60, 89, 91  
 Wolff, Chr. 12  
 Wolff, M. 78, 89, 92, 97

Zeiller 14, 24, 26 f., 40 ff., 59, 65, 98,  
 125  
 Zissis 21  
 Zitelmann 59

## Sachverzeichnis.

Abkehr vom Volk 31  
 Abstieg, wirtschaftlicher 9, 12, 45  
 Abstraktion 13, 50, 92, 102, 111, 117  
 abstufungsfähiger Eigentumsbegriff 80  
 Abtretung des Herausgabeanspruchs  
 88 f.  
 aequum jus 26  
 Aftermieter 97  
 Akademie für Deutsches Recht 52  
 Akkumulatoren 64  
 Aktionensystem 118  
 aktives Eigentum 71  
 Allheit 29  
 alter ego 113  
 altgermanische Rechtsinstitute 20  
 Amtsbesitzer 97  
 Analogie 38, 42  
 Anerbenrecht 59  
 angeborene Rechte 48  
 Annahme des Versprechens 66  
 Anpassungsfähigkeit 20, 45, 68 f., 115  
 antisoziale Rechtsauffassung 72  
 Anwendung des Rechts 36 ff.  
 Arbeit als Ware 67  
 Arbeitsleistungen 66 f.  
 Arbeitsproblem 67  
 Architektonik des Rechts 17, 125  
 architektonische Einheit 17, 34, 40  
 ars omnium artium maxima 128  
 Ärzte 116  
 Aufklärung 12, 22, 54, 82  
 Aufklärung, Überwinder der 21  
 Ausgleich, sozialer 85

Auslegung 35 ff.  
 Ausnahmstatbestand 90  
 Ausschlußrecht 74 ff.  
 äußeres Mein und Dein 65  
 äußerliche Zivilisierung 54  
 Axiom der Unveränderlichkeit 12

**Baulandgesetz** 85  
 Bearbeitung der gepachteten Sache  
 105 ff.  
 Begeisterungsfähigkeit 32  
 Beisassen 126  
 Beseelung der Rechtsinstitute 128  
 Besitzerschutz des Mieters 76  
 Besitzleitern 97  
 Besitzstufen 97  
 Beurteilungsmaßstab, oberster 35  
 Billigkeit 25 f.  
 bills of rights 82  
 Binde der Gerechtigkeit 26  
 Blick aufs Ganze 13, 18  
 Bodenständiges Merkmal 108  
 Brautkind 58  
 Buchersitzung 97  
 Buchführung 58  
 Buchstabenrecht 25  
 Bücherei 88, 93

Capitis deminutio 46  
 cessio actionis 91  
 cessio vindicationis 89  
 Christentum 14, 46, 49  
 consideration 91

- constitutum possessorium 90  
 copyrights 69
- Daseinsrecht**, geschichtliches 128  
 defensive Aufgabe 76  
 Deutsches Recht, Wesen des 20  
 Dialektik 19  
 dialektische Künsteleien 42  
 Dienstbarkeit 97, 99  
 Dienstvertrag 117  
 Differenzierung 122  
 Diktatfriede 28  
 dinglich-persönliches Recht 56  
 Disziplinierung des rechtlichen Denkens 15, 24, 41  
 dominium eminens 84  
 doppeltes Eigentum 80  
 Drang nach aufwärts 33, 128  
 Dreieinigkeit der Rechtsidee 28, 33  
 Dualismus des Rechts 43  
 Düngung 107 f.  
 Dynamik des Gerechtigkeitsgedankens 25  
 dynamische Grundbegriffe 44 ff.
- Edictum perpetuum** 12  
 Egoismus, Unersättlichkeit des 22, 71, 83  
 Ehe, Wesen der 56  
 Ehre 53  
 Eigenbesitz 98 ff.  
 Eigentum im bedeutendsten Sinn 73  
 Eigentum, pflichtenloses 72  
 Eigentumsbegriff, wandelbarer 80  
 Eigentum, vollständiges 81  
 Einflußlosigkeit der Juristen 64  
 eingeschränkte Freiheit 22  
 Einheit alles Rechts 33  
 Einheit höhere, der Person 56  
 Einheit und Allheit 29  
 Einheit, wirtschaftliche 87, 92  
 einseitige Billigkeit 25  
 Elektrizitätsrecht 68  
 Entartung des Liberalismus 13, 83  
 Entfremdung der Rechtswissenschaft 11  
 Enthaltungshandlung 69  
 entlehnte Stücke 93  
 Entschädigung 82 ff.
- enzyklopädische Betrachtung 52  
 Erbhofgesetz 37, 85, 126  
 Erbrecht 59  
 Erntekauf 106  
 Ersatzübergabe 88  
 Ertrag, Quelle des 105, 109  
 erweitertes Selbst 56  
 europäischer Kulturkreis 10  
 europäische Zivilisation 47  
 Evangelium 14  
 Ewigkeitswerte 22
- Fahrrecht** 99, 102  
 Familie 55  
 Familiengenossenschaft 30  
 Feinkunst, juristische 13  
 Fiktionen 60, 92, 124  
 Fleiß und Mühe 105 f.  
 forebarance 69  
 Formen ohne Inhalt 49  
 Fortschritt, kultureller 33  
 französische Revolution 12, 40 f., 54, 72, 82  
 französisch-italienischer Entwurf 9  
 Frau, Hochstellung der 58  
 Freiheit der Gesamtheit 29  
 Freiheit, eingeschränkte 22  
 Freiheit, gesetzlose 21  
 Freiheit im soziologischen Sinn 21 ff.  
 Freiheit, Ursitze der 47  
 Freirechtsschule 15  
 Friedensgedanke 28  
 Früchte auf dem Halm 106  
 funktionale Begriffe 44
- Garantien**, verfassungsrechtliche 53  
 Gas 64  
 Gegenstände unserer Willkür 65  
 gekünstelte Konstruktionen 64  
 Gemeinverständlichkeit 42  
 Gemeinwohl 15, 29, 67, 72, 82 f., 85, 128  
 Generalklauseln 25  
 geometrischer Begriff 49  
 Gerechtigkeit 25 ff., 38 f.  
 Gerechtigkeit, Feind der 26  
 Gerechtigkeit, Fortbildung der 27  
 Gerechtigkeit, Ruf nach 31  
 Gerechtigkeit, Teil der 27  
 Gerichtshof der Billigkeit 26

- Germaniens Wälder 47  
 germanische Lebensauffassung 32  
 germanum bonum 47  
 Gesamtübergabe 93  
 Geschäftsgeheimnis 94  
 Geschäftslage 94 f., 109  
 gesellschaftliche Funktion des Eigentums 71  
 gesellschaftlicher Wert des Menschen 54 f.  
 Gewahrsame 98 ff.  
 Gewere 79, 92, 101  
 Gewissen, soziales 72, 123  
 Gipsabdruck der Vergangenheit 128  
 Gleichheit vor dem Gesetz 22, 28 f., 38 f.  
 Gleichmacherei 22  
 Glückskauf 106  
 Gnadenausteilung 26  
 Götzenbild 28  
 goldenes Zeitalter 28  
 Gottes Bild 47  
 Grundelemente der Rechtsidee 23  
 Grundproblem des Rechts 28  
 Grundrechte 51, 72  
 Grundstoff der Kultur 47  
 Güterstand, gesetzlicher 56  
 Gütertrennung 56 ff.
- Hab und Gut** 66  
 Hand muß Hand wahren 92  
 Harmonie 33 ff., 73, 102, 108, 115  
 Herausgabeanspruch 88 f.  
 Herdeninstinkt 17 f.  
 Herz des Volkes 13, 128  
 Heukauf 107  
 historische Schule 9, 13, 15, 31, 121  
 Hoffnungslosigkeit 32  
 Holzschlägerungskauf 106  
 Honoraransprüche 116
- Imperativ der Pflicht** 53  
 Individualismus 13 f., 22, 30, 47, 54, 71 f., 83  
 Innehabung 77 ff., 98 f.  
 intelligibler Besitz 99  
 Isolierungsmethode 19
- Jonglieren mit Begriffen** 19
- Juristentag 51, 58, 68, 83 ff., 121, 125  
 jus civile 11  
 jus gentium 11  
 justitia universalis 27
- Kasuistik, übertriebene** 13, 40  
 Kauf bricht Miete 77  
 Kohärenz 87  
 kompliziertes Besitzrecht 97  
 königliche Paragraphen 25, 89  
 Konstruktion, weltfremde 88  
 Konstruktion, doktrinaire 91, 97  
 kontemplatorische Behandlung 13  
 Körperlichkeit, Überwindung der 59 ff.  
 Korporationen 60  
 Korporationsgesetz 71  
 Korrektur des Privatrechts 89  
 Kraftquellen 68  
 Kriegskonjunktur 83  
 Kredit 94  
 Kriterium des Rechts 25  
 Kritik im Dienste des Lebens 32  
 kritische Methode 31  
 Krönung der Disziplinierung 41  
 Kultur der Allgemeinheit 48  
 kulturfeindliches Ergebnis 62  
 Kulturnotwendigkeit des Rechts 27  
 Kulturzwecke des Rechts 35  
 Kündigung, fristlose 117  
 Künsteleien, dialektische 42  
 Kundschaft 94 f.
- Lebensbejahung** 11, 32  
 Leibeigenschaft 14  
 Liberalismus, Entartung des 13  
 Logik, Aufgabe der 19, 38  
 logische Deduktionen 42  
 Lücken des Gesetzes 35 ff.  
 Lüge, größte aller 22
- Mäkler** 116  
 Mannigfaltigkeit, endlose 41  
 Markenrecht 69  
 Marxismus 49, 72  
 Materialismus 13, 44, 54  
 materielle Berechtigung 74 ff.  
 Mein und Dein 65  
 Meine, das rechtlich 74  
 Mensch als Maschine 54

Mensch als Rechtsobjekt 46  
 Mensch als Sinnenwesen 54  
 Mensch als Zweck an sich selbst 48, 66  
 Menschenrechte 23, 53 f., 82  
 Menschenwürde 33, 48 ff., 67  
 Menschheit 33, 48  
 metajuristisch 28, 31, 37  
 Mietrecht, verwirklichtes 76  
 Mietverhältnis im engeren Sinn 76  
 mikroskopische Beobachtungen 127  
 Mitleid 27

Näherin 109  
 Näheverhältnis 87  
 natürliche Rechtsgrundsätze 42  
 Naturrecht 12, 48  
 Naturzweck 33  
 Negation 13  
 negative Leistung 68 f.  
 Nichtjurist, gebildeter 13, 64, 81, 88,  
 98, 124, 126  
 Nießbrauch an Rechten 64  
 Notwegerecht 97

**Objektive Gesichtspunkte** 39  
 obligatio activa 66  
 Obsorgepflicht 78  
 Obst an Straßenbäumen 106  
 ordnendes Organ 55  
 Ordnung des Ganzen 29  
 Organ der Gemeinschaft 39  
 Organisationsapparat 94

**Paragrafenbrille** 42  
 Passiva 96  
 Patentrecht 69  
 passives Eigentum 71  
 paterfamilias 46, 56  
 patria potestas 55  
 petitorischer Schutz des Mieters 76 ff.  
 Pfandbesitzer 97  
 Pfandrecht 64  
 Pflichtbegriff 29, 47 ff.  
 Pflichten gegenüber der Gesamtheit  
 53 ff., 72 f.  
 pflichtenloses Eigentum 72  
 Philosophie, Rückkehr zur 18  
 positiver Inhalt des Persönlichkeits-  
 begriffes 50 ff.

possessio noumenon 100  
 praktische Aufgabe der Gesetzgebung  
 36  
 praktische Bedeutung der Haftung ohne  
 Schuld 122 f.  
 Praxis und Theorie 17 f., 104, 117  
 Priester des Rechts 128  
 Probiertein der Wahrheit 19  
 Publizitätsgedanke 80, 88, 92 f.

**Qualität der Richter** 42

**Rationalisierung** 19, 29  
 Reallasten 97  
 Realrechte 97  
 Recht am Rechte 63 ff.  
 Rechte modernen Ursprungs 69  
 Rechtsanwältin 116  
 Rechtsbegriff der Gegenwart 25  
 Rechtsbesitz 97 ff.  
 Rechtsfindung 36 ff.  
 Rechtsgewissen 27, 32  
 Recht, Sinn des 27  
 Rechtssicherheit 36  
 rei vindicatio 89 f.  
 Richter als Organ der Gemeinschaft 39  
 Richter, Qualität der 42  
 rights to rights 69  
 rights to trademarks 69  
 Ring der Volksgenossen 128  
 Rosenberg 72  
 Ruf nach Gerechtigkeit 31  
 Rhythmus des gesellschaftlichen Le-  
 bens 12

Sache als Rechtsobjekt 65 ff.  
 sachenähnliche Behandlung 55  
 salus populi 83  
 salus publica 83  
 sanctitas 27  
 Schein des Rechts 38  
 Schein einer Tradition 91  
 schimmerndes Elend 54  
 Schranken der Rechtsordnung 49 ff.  
 sekundäres positives Recht 43  
 Selbstanbetung 13  
 Selbstdenken 23, 36, 40  
 Selbst, erweitertes 56  
 Selbstsucht 13

- Selbstverwaltung, gesunde 61  
 Servitutenbesitz 97  
 Sicherheitsventil 43  
 Sinn des Rechts 27  
 Sittenähnliche, das 54  
 sittliche Gesinnung 54  
 Skeptizismus 32  
 Sklaverei 14, 25, 50  
 soziale Funktion des Eigentums 71,  
 120  
 soziale Interessen 83  
 sozialer Ausgleich 85  
 soziales Gewissen 72, 123  
 soziales Schicksal 12  
 Sozialisierung 63  
 soziologische Freiheit 21 ff., 29, 48 ff.  
 Spezialistentum, übertriebenes 17  
 Spiegelbild der materiellen Berechtigung 100, 102  
 Spiegelbild des Lebens 9  
 spielerische Spekulationen 19  
 spiritueller Charakter 65  
 Spitzfindigkeit 26  
 Splitterungen von Einzelfragen 13  
 Staatseinheit 61  
 Staffelbesitz 97  
 Stellvertreter des Gesetzes 40  
 Stellvertretung, direkte 112  
 Stetigkeit, Gesetz der 70  
 Steuereinschätzung 63  
 Stil der Gesetze 125  
 stillschweigende Bevollmächtigung 115  
 Straßenbäume 106  
 sublocatio 109  
 System der Rechtsfindung 40  
 System, Wert des 18  
  
 Technisierungssucht 49  
 Teil der Gerechtigkeit 27  
 Teilrecht 101  
 thing 69  
 Tierhalterhaftung 120  
 Theorie und Praxis 17 f., 104, 117  
 Traditionsprinzip 91  
 Trennung des privaten und öffentlichen  
 Rechts 16, 30, 33, 50 ff., 59, 67, 73  
  
 Übergabe, Funktion der 76  
 Übergabe, vergeistigte 87, 90  
  
 Überfeinerung, juristische 92  
 überlebte Einzelheiten 15  
 Überschwenglichkeiten 31  
  
 Umkehrschluß 38, 42  
 Umwälzung des rechtlichen Denkens 10  
 Umweg, unbegreiflicher 88 f., 113  
 Umwertung 9  
 Unding 21  
 unentgeltlicher Auftrag 116  
 unerlaubte Handlungen 120  
 Unterlassung als Rechtsobjekt 67 f.  
 Unternehmen im objektiven Sinn 95  
 Untersuchung der Rechtsidee 21 ff.  
 Unwahrheit, innere 38  
 Unzeit 117  
 Urheberrecht 69  
 Urinstinkte 33  
 Ursitze der Freiheit 47  
  
 Verbandspersönlichkeiten 60  
 Verbot der Interpretation 40 f.  
 Verbundenheit einer Sache mit einer  
 Person 74 ff.  
 verdeckte Lücken 40  
 Vereinfachung 86  
 Vereinheitlichung des Rechts 9  
 Verfassungsrecht 51 f., 84  
 verfassungsrechtliche Garantien 53  
 Verfehmung 119  
 Verneinung, Geist der 32  
 Vertrauen auf den äußeren Tatbestand  
 100  
 Verpflichtung zur Geschäftsbesorgung  
 114  
 Vertragsfreiheit 114  
 Verursachungsprinzip 119 ff.  
 Verwahrer 78  
 Verweichlichung der Justiz 36  
 völkischer Gedanke 55  
 Volk und Recht 32  
 Volkstümlichkeit 45, 102, 110, 126  
 Volksverbundenheit 14, 102, 125  
 Vollständigkeit des Rechts 40  
 Vollstreckungsschuldner 97  
 vox populi 31  
  
 Wandel der Geister 12  
 wandelbares Eigentum 80

- weltbewegende Gedanken 32  
 Welt der Gegenwart 12  
 Welt der praktischen Interessen 17  
 Welt des Geistreichen 19  
 weltfremdes Behagen 64  
 Weltfremdheit der Theorie 17  
 Weltgeschehen, Teilnahme der Wissenschaft am 15  
 Weltkraftkonferenz 64  
 Weltkrieg 9, 50, 83  
 Werkvertrag 79, 117 f.  
 Wert der Persönlichkeit 49, 54 f.  
 Wert des Systems 18  
 Wertfreigestaltung 19, 50  
 Wertlosigkeit der Jurisprudenz 11  
 Werturteile 15  
 Wiege der Zivilisation 47  
 Wiese, Pachtung einer 106 f.  
 Willkür 29  
 wirtschaftliche Einheit 87, 92  
 Wirtschaftsrecht 15 f.  
 Wohl der Gesamtheit 15, 29, 67, 72, 82 f., 85, 128  
 Wortuntersuchungen 20  
 Zeitleihe 76  
 Zentralproblem 30  
 Zerfaserung 13, 43  
 Zession 88 f.  
 Ziele der Gesetzgebung 30, 37, 40  
 Zivilisation 47, 54  
 Zufallstreffer 41  
 Zugehörigkeit 73 ff., 93 f., 99 f.  
 Zukunftswert 68  
 zusammengesetzte Sache 87  
 Zusammenwirken der Kulturnationen 10  
 Zusammenwirken statischer und dynamischer Denkweise 11, 34, 41, 70  
 Zweifel, Gebiet des 35, 38  
 Zweck des Gesetzes 37 f., 40  
 Zwecke der Allgemeinheit 21, 23