

# Das entzauberte Gesetzbuch

Autor(en): **Caroni, Pio**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Schweizerische Zeitschrift für Geschichte = Revue suisse d'histoire = Rivista storica svizzera**

Band (Jahr): **41 (1991)**

Heft 3

PDF erstellt am: **20.09.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-81059>

## **Nutzungsbedingungen**

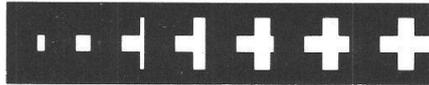
Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

## **Haftungsausschluss**

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.



700 Jahre/ans/anni/onns  
Confœderatio Helvetica

## DAS ENTZAUBERTE GESETZBUCH

Von PIO CARONI

«He said, "I just want to say one more thing".  
But then he could not think what it could possibly be.»

Raymond Carver, *One more thing*\*

### *I. Einleitung*

Auch in der Beurteilung und Darstellung der Kodifikationsgeschichte, die wohl als Kernproblematik der neuzeitlichen Rechtsgeschichte gelten darf, hat es zuletzt starke Wandlungen gegeben; dies habe ich sozusagen in der ersten Person erfahren. Zweimal habe ich mich nämlich bisher zu diesem Thema geäußert, in den Jahren 1971 und 1987, jeweils das hervorhebend, was mir als wesentlich und unerlässlich für das historische Verständnis der kodifikatorischen Entwicklung erschien<sup>1</sup>. Wer die Entstehungsgeschichte der beiden Äusserungen (die immer auch, aber eben nicht nur, höchstpersönlich ist) nicht kennt, der käme bestimmt nie auf den Gedanken, sie stammten vom gleichen Verfasser. Zu verschieden erscheinen die Gesichtspunkte bzw. die Brillen, mit denen die Landschaft der Kodifikation gemustert wurde; mit dem zwangsläufigen Ergebnis, dass jeweils grundverschiedene Dinge – bislang unbekannt oder als blosse loca recondita übersehen – plötzlich im Vordergrund standen und als das erschienen, was erst Sinn und Richtung der Entwicklung deutete.

Dieser Befund wirft einige Probleme auf. Die autobiographischen unter ihnen sind nicht die geringsten, sollen aber vorliegend, sozusagen wegen Unzuständigkeit des Gerichts, mit einem befreienden Hinweis auf die Beschwörung von M. Foucault beiseitegelassen werden: «Plus d'un, comme moi sans doute, écrivent pour n'avoir plus de visage. Ne me demandez pas qui je suis et ne me dites pas de rester le même: c'est une morale d'état-civil; elle régit nos papiers. Qu'elle nous laisse libres quand il s'agit d'écrire»<sup>2</sup>.

Die übrigen aber, die eine breitere Valenz haben, weil sie möglicherweise gesamtgesellschaftliche Zusammenhänge involvieren könnten, sollen hier direkt angesprochen werden. Zuvor gilt es aber, die Wandlung an sich darzustellen. Dies soll dadurch geschehen, dass die früher vorwiegend behandelten Themen, sowie die ihnen zugrundeliegenden methodischen Optionen, den Themen und Optionen gegenübergestellt werden, die eher der heutigen Forschung eigen sind. Dabei sind jedoch stets zwei Einschränkungen zu berücksichtigen. Denn einerseits werde ich mich ausschliesslich

\* RAYMOND CARVER, *One more thing*, aus dem erstmals 1981 veröffentlichten Band von Erzählungen *What We Talk About When We Talk About Love*.

<sup>1</sup> Die angegebenen Daten beziehen sich auf die Entstehungszeit der beiden Manuskripte. Beide wurden erst später veröffentlicht. Vgl. P. CARONI, *Kodifikation*, Stichwort im *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, II, Berlin 1978, Sp. 907–922; P. CARONI, «*Privatrecht*»: *Eine sozialhistorische Einführung*, Basel/Frankfurt a.M. 1988, S. 53–75.

<sup>2</sup> M. FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, Paris 1969, S. 28.

der Kodifikation des Privatrechts zuwenden, was die schriftliche und systematisierende Aufzeichnung übriger Rechtsbereiche (etwa des Handelsrechts, des Prozessrechts oder des Strafrechts) praktisch unberücksichtigt lässt. Dafür sprechen allerdings wichtige Gründe, die sich von selbst aufdrängen, wenn man auch nur an die konstituierende Bedeutung der zivilrechtlichen Kodifikation für die erstmals autonom wirtschaftende Gesellschaft denkt. Andererseits wird meine Berichterstattung hier nur zusammenfassender Art sein. Wer daher mit meinen *bloss exemplarischen Zitaten* und Belegen nicht ganz zufrieden sein sollte, wer zudem eine ausführlichere Darstellung der zahlreichen historischen Kodifikationsbegriffe erwartet, die die Rechtshistoriker oft vage und undifferenziert einsetzen, weil auch sie offenbar übersehen, dass «le nozioni (...) si cambiano colle rivoluzioni del tempo che fa sopravvivere i nomi alle cose»<sup>3</sup>, wird zuerst möglicherweise enttäuscht sein<sup>4</sup>. Er soll aber durch Berücksichtigung der einschlägigen und leicht verfügbaren Literatur entschädigt werden<sup>5</sup>.

## II. Die traditionellen Antworten

### 1. Das Ergebnis einer Gelehrten Diskussion

Die Vorstellung einer möglichen autoritativen Neuordnung des zivilrechtlichen Stoffes (worunter bereits recht vage Kodifikation verstanden werden kann) geht auf das 18. Jahrhundert zurück und wurzelt in der Gedankenwelt des profanen Naturrechts (Vernunftrechts) sowie der Aufklärung. Sie ergab sich aus einer zwar vielstimmigen, aber zuerst ausschliesslich gelehrten Debatte, die eigentlich schon zur Zeit des Humanismus eingesetzt hatte und in deren Laufe die überlieferten Rechtszustände kritisch unter die Lupe genommen worden waren. An ihr hatten sich Juristen, Philosophen und Theologen der verschiedensten Richtungen beteiligt, welche die Unübersichtlichkeit und Verworrenheit der gemeinrechtlichen Praxis beklagten, bald aber auch den Wunsch nach materieller Erneuerung des Rechts in Kritiken und Vorschlägen formulierten, die alle im Wunsche nach Neuordnung, eben *Kodifikation* des Rechts, mündeten<sup>6</sup>.

Die besondere, beinahe kontrapunktische Entstehungsgeschichte dieser Kodifikationsidee wird greifbarer, wenn man an die historische Herkunft ihrer Hauptaspekte denkt:

3 C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), a cura di F. Venturi, Torino 1970, S. 21. Ähnlich M. BLOCH, *Apologia della storia o Mestiere di storico*, Turin 1969, S. 47.

4 Eine Aufzählung der disparatesten und alle in einem bestimmten Sinne treffenden historischen Begriffe bieten etwa J. VANDERLINDEN, *Le concept de code en Europe occidentale du XIII<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle*, Brüssel 1967; LOKIN / ZWALWE, *Hoofstukken uit de Europese Codifikatiegeschiedenis*, Groningen 1990.

5 Soweit diese Literatur im vorliegenden Aufsatz nicht ausdrücklich erwähnt und besprochen wird, ergibt sie sich etwa aus folgenden lehrbuchartigen Darstellungen: H. CONRAD, *Deutsche Rechtsgeschichte*, II (Neuzeit bis 1806), Karlsruhe 1966, S. 374–405; H. SCHLOSSER, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, 6. Aufl., Heidelberg 1988, S. 91–195; G. WESENBERG / G. WESENER, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte*, 4. Aufl., Wien/Köln/Graz 1985, S. 156–169.

6 Zusammenfassend zur Begriffsgeschichte P. CARONI, «Privatrecht», S. 58–61. Zur aufklärerischen Kritik des gemeinen Rechts zuletzt R. BONINI, *Giustiniano nella storia: il mito e la critica nel Settecento illuminista*, Torino 1991.

a) *Naturrechtlicher Herkunft* war die Betonung und dann auch die tatsächlich zentrale Bedeutung des *systematischen Postulats*. Die Kodifikation sollte danach nicht nur eine globale und vollständige Sammlung des bislang verstreuten Rechtsvorrates herbeiführen, sondern ebenso entschieden und selbstbewusst auch das Gesammelte systematisch gestalten, und zwar als treues Abbild jener neuen formellen Ordnung, über die die Naturrechtler so intensiv wie kontrovers nachgedacht hatten. Sie «entlehnt der Wissenschaft einen Plan, eine in sich geschlossene, logische, erschöpfende Disposition und bietet in diesem formellen Rahmen möglichst eine in sich geschlossene, erschöpfende Neuregelung des positiven Rechts»<sup>7</sup>. Dass diese Strategie auch eine rechtspolitische Dimension aufweisen mochte, scheint mir evident. Denn je systematischer und damit geschlossener das Gesetzbuch geriet, desto kräftiger wirkte sich das Gesetz der Interdependenz aus, nach welchem Sinn und Wert einer gesetzlichen Bestimmung erst auf dem Umweg über die systematische Einstufung genau zu bestimmen waren. Wie auch jeder Sammler wird bestätigen können, dem das fehlende Stück nicht wegen seiner inhaltlichen Eigenschaft begehrenswert erscheint, sondern weil es das ausfüllt, was nur vom Ganzen her als solches erkannt werden kann, nämlich eine Lücke. Das erklärt auch, warum das Gesetz der Interdependenz dazu führen konnte, dass überlieferte Normen einen anderen Sinn erhielten, sobald sie einem Gesetzbuch einverleibt wurden: was vielleicht als kodifikatorischer Fetischismus bezeichnet werden könnte.

b) Der *Rechtslehre der Aufklärung* entstammte sodann jene Vorstellung – welche erst durch das systematische Postulat ermöglicht wurde<sup>8</sup> –, wonach das zu erlassende Gesetzbuch materielle Vollständigkeit aufweisen sollte und in diesem Sinne mit der Rechtsordnung tout court gleichgesetzt werden könne. Wobei dieses Ziel sowohl durch ausdrückliche Vorausregelung aller (gegenwärtigen und künftigen) Rechtsfragen, als auch durch Verhinderung aller jener Operationen offenbar schöpferischer Art (Auslegung, Lückenfüllung, Kommentierung) anzustreben war, durch welche Richter und Anwälte die Dauer und Beständigkeit des Gesetzes gefährdeten. Dass dieser Wunsch nach materieller Vollständigkeit durch die preussische Kodifikation von 1794 versuchte Wirklichkeit wurde, ist auf die Wirkung vielfältiger Faktoren zurückzuführen, die zu einer glücklichen Konvergenz führten. Er entsprach nämlich sowohl dem justizpolitischen Anliegen der Aufklärer (denen der Schutz der Untertanen vor jeder Art Willkür am Herzen lag) als auch den politischen Erwartungen des absoluten Herrschers (dem die Vollständigkeit der von ihm erlassenen Kodifikation als Beweis seines konkurrenzlosen Majestätsrechts diene).

## 2. Folgen der erstrebten materiellen Vollständigkeit

a) Bedenkt man, dass mit der Kodifikation des Rechts stets etwas mehr als nur eine bloss formelle Neuordnung bislang disparater und zersplitterter Rechtsquellen zu erzielen versucht wurde, nämlich auch (und sogar primär) die Überwindung des Rechtsquellensystems des gemeinen römischen Rechts, so erhält der Wunsch nach (einer auch praktisch erreichbaren) Vollständigkeit zusätzliche Rechtfertigung. Denn nur eine Quelle, die so vollständig war, um sich selbst als Zentrum einer neuen Rechtsordnung zu etablieren, und die in diesem Sinne auch eine universelle Geltung hatte, vermochte den Universalismus des römischen Rechts zu überwinden. Mit anderen Worten waren

<sup>7</sup> So anschaulich A. EGGER, *Entstehung und Inhalt des Schweizerischen Gesetzbuches von 1907*, Zürich 1908, S. 9.

<sup>8</sup> Tiefgründig dazu M. WEBER, *Rechtssoziologie*, aus dem Manuskript hg. und eingeleitet von J. WINCKELMANN, Neuwied 1960, S. 101–103, 252–253.

gemeines und kodifiziertes Recht nicht bloss (verschiedenartige) Rechtsquellen, sondern zugleich Grundlage jeweils von ihnen geprägter Rechtsquellensysteme, die sich auf dem Kontinent im 19. Jahrhundert praktisch überall abgelöst haben. Dieser Umstand mag auch erklären, warum das Streben nach Vollständigkeit der privatrechtlichen Kodifikation sowohl die übersetzten Erwartungen der Aufklärer als auch die nüchterneren Befunde der Praxis überdauerte. War es schier unmöglich, ihm durch materielle Vorausregelung *aller* Fragen zu entsprechen, dann eben durch Ausweitung des Quellenbestands, d. h. durch Heranziehung subsidiärer, dem kodifizierten Gesetz hierarchisch zugeordneter und sich deshalb widerspruchslos einfügender Rechtsquellen.

b) Geht man davon aus, das Gesetzbuch habe das im konkreten Fall anwendbare Recht im voraus deutlich und lückenlos zu bestimmen – in diesem Sinne wurde ursprünglich der Wunsch nach materieller Vollständigkeit verstanden –, so wird dadurch dem Richter von vornherein eine Aufgabe zugewiesen, die ausschliesslich vollziehender bzw. repetitiver Art ist. Dies hob bereits Montesquieu deutlich hervor: «Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur»<sup>9</sup>. Die damit offenbar angestrebte Neutralisierung bzw. Entlastung (auch im Sinne einer rechtspolitischen déresponsabilisation) des Richters, die denkende Menschen zum reinen Vollzugsorgan umfunktionierte, konnte sich im 18. Jahrhundert mühelos durchsetzen, weil sie den zufällig übereinstimmenden Erwartungen sowohl des absoluten Herrschers als auch seiner aufklärerischen Antagonisten entsprach.

c) Was an den aufklärerischen Kodifikationsplänen schliesslich besonders auffällt, ist der Versuch, einen bisher unabgegrenzten, ungeordneten und damit auch widersprüchlichen Rechtsvorrat, der wegen dieser formellen Mängel auch frei verfügbar und beliebig verwertbar war, durch umfassende schriftliche Fixierung abzusichern und der freien Disposition (der Rechtsvermittler, der überlegenen Partei wie auch des Staates) zu entziehen<sup>10</sup>. Am Ende der naturrechtlichen Parabel tritt jedenfalls jene Immobilisierung des Rechtsstoffes ein, die schliesslich den Rechtspositivismus einleitete<sup>11</sup>, in dem auch Tod und Verwandlung des Naturrechts erblickt werden können<sup>12</sup>.

### 3. Das Verhältnis zur Geschichte

Es versteht sich von selbst, dass ein letztlich derart ambivalenter Plan in vielfältige Beziehung zur Geschichte treten musste. Einige Beispiele mögen daher zeigen, worüber besonders nachgedacht wurde.

a) Seit der apodiktischen Verurteilung von F. C. von Savigny im Jahre 1814 gilt die Kodifikation des Rechts sprichwörtlich als Eingriff in dessen Geschichte, genauer noch als Störung seiner organischen Entwicklung<sup>13</sup>. Wobei hier gleichzeitig an zweierlei

9 MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre XI, chap. 6. Ähnlich (unter vielen) C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § 4, S. 17.

10 R. AJELLO, *Arcana Juris, Diritto e politica nel Settecento italiano*, Neapel 1976, *passim*, bes. S. 275ff., 311ff.; P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, Bologna 1974, S. 55.

11 Z. B. A.-J. ARNAUD, *La paix bourgeoise*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 2 (1973), S. 147ff., bes. 157–159.

12 G. D'AMELIO, *Illuminismo e scienza del diritto in Italia*, Mailand 1965, S. 7, 83ff.

13 Zur umstrittenen Frage P. CARONI, *Savigny und die Kodifikation, Versuch einer Neudeutung des «Berufes»*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung, 86 (1969) S. 97–176, bes. 140ff.; P. CARONI, *La cifra codificatoria nell'opera di Savigny*, Quaderni fiorentini 9 (1980), S. 71–111, bes. 81ff.

gedacht wird: sowohl an die auf den Moment bezogene Unterbrechung dieser Entwicklung (weil der Kodifikation eine Sichtung und Neuordnung des überlieferten Rechtsvorrates in einem bestimmten Augenblick vorausgeht), als auch an die Lähmung der künftigen Entwicklung (weil das kodifizierte Recht erstarrt, so dass auch fällige Reformen oder Anpassungen erschwert, wenn nicht gerade verunmöglicht werden). Wenn es auch leicht übertrieben wäre, in der daraus abgeleiteten Ablehnung der Kodifikation das Grundbekenntnis des juristischen Historismus zu erblicken, so bleibt doch eines als Tatsache: Während des ganzen 19. Jahrhunderts ist gerade diese geschichtswidrige, weil immobilisierende Wirkung generell als rechtspolitisches Argument eingesetzt worden, um an sich fällige Kodifikationen aus den vielfältigsten Gründen zu bekämpfen. Diesem Argument haftet mit anderen Worten daher eine polygame Berufung an, wofür sich mühelos auch Schweizer Beispiele anführen lassen<sup>14</sup>.

b) Da sich die aufklärerische Kodifikation im wesentlichen mit der Erfassung und systematischen Neuordnung vorbestehender Elemente begnügte – für die Leibniz im Jahre 1688 den vielsagenden Ausdruck «reconcinnatio» verwendete – und in diesem Sinne doch wieder an die Überlieferung anzuknüpfen schien, ist seitdem immer wieder die Frage nach der genauen historischen Herkunft der einzelnen kodifikatorischen Bestandteile gestellt worden. Eine Frage, die durch die Zweiteilung der historischen Schule in Germanisten und Romanisten, welche bis heute dem rechtshistorischen Unterricht auch unserer juristischen Fakultäten zugrundeliegt und dies mit pädagogischen Folgen, über die sich die Rechtshistoriker selbst leider nicht ganz im klaren zu sein scheinen, zusätzliche Brisanz erhielt. Was mitunter erklären mag, warum diese tralatizische Fragestellung immer noch ihre eifrigen und überzeugten Adepten hat. Dass dabei die Erforschung der Beziehung der Kodifikation zum gemeinen Recht im Vordergrund stand, versteht sich – wie ich glaube – von selbst. Denn es ging nicht nur um möglichst vollständige Inventarisierung der gemeinrechtlichen «Entlehnungen», sondern wohl auch um die Frage, ob die gewünschte Ablehnung der Subsidiarität des gemeinen Rechts in der Praxis gelungen war, bzw. was eine fallweise noch geduldete Subsidiarität bedeuten mochte<sup>15</sup>.

#### 4. Kodifikation und Rechtswissenschaft

«Jede Kodifikation ist ein Werk der Wissenschaft»<sup>16</sup>. Damit mag dreierlei ausgesagt werden, nämlich:

a) dass nur eine bereits etablierte Rechtswissenschaft in der Lage und auch willens sein kann, Kodifikationen vorzubereiten und zu verwirklichen. Dies belegen nicht zuletzt die kantonalen Kodifikationen, die im wesentlichen zwischen 1830 und 1870 erlassen wurden und ausnahmslos Vertretern der noch jungen einheimischen Zivilistik zu verdanken sind;

14 P. CARONI, *Rechtseinheit, Drei historische Studien zu Art. 64 BV*, Basel / Frankfurt a. Main 1986, S. 108ff., 42ff.

15 Zusammenfassend dazu P. CARONI, «Privatrecht», S. 71–73.

16 So P. LIVER, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Kodifikation und Rechtswissenschaft*, in *Privatrechtliche Abhandlungen*, Bern 1972, S. 85ff., Zitat S. 86; derselbe, *Berner Kommentar zum Schweiz. Zivilrecht*, I, Einleitung (Art. 1–10 ZGB), Bern 1962, Allgemeine Einleitung, S. 60, N. 140. So auch etwa A. EGGER, *Ausgewählte Schriften und Abhandlungen*, Zürich 1957, I, S. 129ff.

b) dass die praktische Anwendung des kodifizierten Rechts ohne Mitwirkung der Wissenschaft unerwünscht und unzwecksmässig ist und mit der Zeit zur Verkümmern eben dieses Rechts führen müsste;

c) dass die Kodifikation schliesslich, gerade weil sie – anders als beim bisherigen Rechtsquellensystem – das geltende Zivilrecht autoritativ festlegte und systematisch erfasste, unweigerlich die Entstehung einer neuen Zivilistik bewirken würde. Auch dafür liegt das einheimische Beispiel zur Hand: Eine schweizerische Privatrechtswissenschaft ist eigentlich erst durch das Schweizerische ZGB, das anfangs 1912 in Kraft trat, ermöglicht worden<sup>17</sup>.

### 5. Kodifikation als geistige Form

Fragt man abschliessend, welche konkrete Kodifikationsvorstellung allen diesen Themen zugrunde lag, so wird man möglicherweise folgendes feststellen: eine Vorstellung, in deren Mittelpunkt formelle bzw. systematische Momente standen<sup>18</sup>, die daher auch als ausschliesslich gelehrte und rein geistige Form zu gelten hatte. Genauer noch als Form, die sich jenseits von Raum und Zeit ausgebildet hatte, infolgedessen universelle Geltung beanspruchte und eine objektive Wahrheit zu verkünden meinte. Wer heute noch dieser legitimen, aber zweifellos auch idealisierenden (wenn nicht gerade kontemplativen) Vorstellung folgt, fragt daher weder nach der konkreten historischen Gesellschaft, die die Entstehung dieses Kodifikationsbildes doch miterlebt hat<sup>19</sup>, noch nach der tatsächlichen Verwirklichung dieses Planes<sup>20</sup>. Er versucht vielmehr – auch das ist übrigens sein gutes Recht –, die Geistigkeit (und in diesem Sinne gewiss auch Höherrangigkeit) dieser Vorstellung dadurch zu retten, dass er jeder Berührung mit politischen, sozialen, insbesondere aber wirtschaftlichen Momenten ängstlich aus dem Weg geht<sup>21</sup>. Um dann mit Sicherheit zu betonen, dass eine derart auf das Wesentliche zurückgeführte Kodifikation, gerade weil sie ausserhalb der Geschichte lebt, bestimmt auch heutige Krisen ohne wesentliche Verluste überdauern wird<sup>22</sup>.

17 P. LIVER, *Allgemeine Einleitung*, S. 66, N. 155.

18 Vgl. etwa die Umschreibungen bei H. COING, *Zur Vorgeschichte der Kodifikation: die Diskussion um die Kodifikation im 17. und 18. Jahrhundert*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Atti del terzo congresso internazionale della società italiana di storia del diritto, Florenz 1977, II, S. 797ff., bes. 798; derselbe, *Handbuch der Quellen und Literatur der Neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Dritter Band, Erster Teilband, München 1982, S. 4–5; P. LIVER, *Allgemeine Einleitung*, S. 8, N. 2; P. CARONI, *Kodifikation*, Sp. 907–909.

19 Das war die noch ständisch aufgefächerte Gesellschaft der Aufklärung, vgl. dazu vor allem D'AMELIO, *Illuminismo*, S. 65ff.

20 Wofür höchstens ein Beispiel angeführt werden könnte, jenes des preussischen Allgemeinen Landrechts (ALR) von 1794. Wobei allerdings nicht zu übersehen ist, dass auch das ALR in den preussischen Provinzen bloss subsidiäre Geltung hatte.

21 So etwa H. Coing, der am Schluss seiner Darstellung der Vorgeschichte der Kodifikation unvermittelt und ohne nähere Analyse jeglichen Zusammenhang mit der industriellen Revolution leugnet (H. COING, *Vorgeschichte*, S. 816–817).

22 H. COING, *Vorgeschichte*, S. 817; E. E. HIRSCH, *Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge, Beiträge zur Rechtssoziologie*, Berlin 1966, S. 159; K. SCHMIDT, *Die Zukunft der Kodifikationsidee – Rechtssprechung, Wissenschaft und Gesetzgebung vor den Gesetzeswerken des geltenden Rechts*, Heidelberg 1985, passim (sowie meine Besprechung in der Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 10, 1988, S. 126–127). Tiefschürfend und differenzierend zur ganzen Thematik P. JAEGGI, *Privatrecht und Staat, Gesammelte Aufsätze*, hg. von P. GAUCH und B. SCHNYDER, Zürich 1976, S. 68ff.

### III. Das Aufkommen einer neuen Sichtweise

#### 1. Ausweitung, Ergänzung, Entzauberung

Seit ungefähr dreissig Jahren sind in der europäischen Kodifikationsgeschichte aber auch andere Töne zu vernehmen. Unbemerkt sind andere Notenblätter verteilt worden, werden allmählich andere Instrumente eingesetzt. Die ersten Eindrücke sind – wie könnte es anders sein – gespalten, warten auf Bestätigung und Vertiefung. Die eingeleitete Wandlung hat jedoch eine Erweiterung der Thematik veranlasst, die man vorerst etwa so umreissen kann: war das bisherige Kodifikationsbild von der Dominanz rein rechtlicher, formeller, systematischer Aspekte geprägt, so gelangen nun allmählich andere, materielle und ausserrechtliche Momente unter die Lupe des Rechtshistorikers. *Politische und soziale Begleitumstände der Kodifikation* werden mitberücksichtigt, weil man offensichtlich zu erkennen beginnt, dass sie *Wesentliches* über die historische Erscheinung und Bedeutung der Kodifikation zu verraten imstande sind, bzw. dass erst durch ihre Berücksichtigung eigentlich ersichtlich wird, wozu der Einsatz dieser neuen Organisationsform des Privatrechts tatsächlich geführt hat. Dass dies nicht durchwegs reibungslos vor sich gehen konnte, versteht sich von selbst. Denn was den einen als fällige Ausweitung zur Rückgewinnung oder Wiederherstellung einer verlorengegangenen Einheit vorkommen musste, galt anderen als Verunreinigung oder Entzauberung einer geistigen Form (woran die Überschrift des vorliegenden Berichtes erinnern soll).

#### 2. Das politische Umfeld

Fragt man zuerst gezielt nach den politischen Begleitumständen der Verwirklichung kodifikatorischer Pläne, so entdeckt man bald, dass diese Begleitumstände eigentlich mehr als das, mehr als zwar zeitgenössische, aber zufällige Nebengeräusche sind. Sie erscheinen vielmehr als *Rahmenbedingungen*, ohne die kaum verlässliche Aussagen über Inhalt, Ziele und Tragweite des kodifikatorischen Vorganges gewagt werden können. Dafür sollen im folgenden nur einige konkrete Beispiele angeführt werden, die in den letzten Jahren besonders intensiv thematisiert worden sind.

a) Wie die aufklärerischen Kodifikationen eine (noch) ständische Organisation voraussetzten und zugleich reflektierten<sup>23</sup>, sind auch bürgerliche Kodifikationen (deren Zeit mit dem französischen Code civil von 1804 einsetzt) Kinder einer bestimmten politischen Entwicklung. Und zwar einer Entwicklung, die jene Strukturen herbeigeführt hat, ohne die die kodifikatorische Botschaft bloss auf dem Papier und ohne jedes Echo geblieben wäre. Erst die Französische Revolution, das Paradebeispiel einer bürgerlichen Revolution, führte nämlich jene (gedanklich möglicherweise bereits früher schon erwogene bzw. entworfene) feudale Destrukturierung (Entfeudalisierung, Entgenossenschaftlichung) *tatsächlich* herbei, die eine politische Neutralisierung der Stände sowie der übrigen corpora intermedia ermöglichte. Erst sie schuf damit eine Gesellschaft, in der «der Einzelne losgelöst von den Naturbanden usw., die ihn in früheren Geschichtsepochen zum Zubehör eines bestimmten, begrenzten menschlichen Konglomerates» gemacht hatten, nun als Individuum lebte<sup>24</sup>, und erst in dieser Gesellschaft war soziale Vereinheitlichung ein durchführbares Programm geworden.

23 Vgl. vorne, Fussnote 19.

24 K. MARX, *Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie*, Berlin 1974, S. 5.

Nicht mehr einer feudalen, offen hierarchischen, sondern einer homogenen «società di individui»<sup>25</sup> galt daher 1804 der Code civil, der allen Franzosen erstmals seine einheitliche Botschaft gleichmässig zukommen liess. Allerdings soll damit nicht behauptet werden, dass bürgerliche Gesetzbücher jeweils immer erst nach bürgerlichen Revolutionen verkündet worden wären. Gegenbeispiele fehlen nämlich keineswegs, wie das österreichische ABGB von 1811 belegt. Diese beweisen umgekehrt aber auch, dass sich bürgerliche Gesetzbücher, wenn die geeigneten politischen Strukturen fehlten, kaum entfalten konnten, bzw. dass ihre fortschrittlichsten Teile erst in späteren Zeiten aktiviert werden konnten<sup>26</sup>.

b) Man kann sogar noch weiter gehen und ganz allgemein die These aufstellen, dass – auch nach dem Auseinanderleben von Staat und Gesellschaft sowie der damit erstmals bewirkten Übertragung der Verantwortung für die Gestaltung der Wirtschaft an die Gesellschaft – deren typisches Recht sich kaum verselbständigt, sondern vielfache Übergänge und Verbindungen aufweist, wie wir übrigens noch sehen werden. Das wird besonders anschaulich, wenn man die genaue Beziehung zwischen Kodifikation und Verfassung untersucht bzw. deren genaue Rangordnung zueinander zu bestimmen versucht. Dies geschieht heute im In- und Ausland vermehrt<sup>27</sup>, und zwar mit recht eindrücklichen Ergebnissen.

c) Kodifikationen haben immer auch – neben der systematischen und sozialen – die *territoriale* Vereinheitlichung des Privatrechts und damit einen Zustand herbeigeführt, der in unmittelbarer Beziehung zur politischen Geschichte des Landes stand. Dank der Annahme einer naheliegenden, wenn nicht gerade zwangsläufigen Kongruenz zwischen Staatsform und Rechtsorganisation konnten nämlich die Gesetzbücher *vielfach* eingesetzt werden, um den Einheitsstaat vorzubereiten, zu besiegeln oder zu verstärken. Dies liess sich weder der absolute Herrscher im 18. Jahrhundert (wie abermals die emblematische Entstehungsgeschichte des österreichischen ABGB von 1811 belegt)<sup>28</sup> noch das Bürgertum im 19. Jahrhundert nehmen, das wiederholt die Privatrechtseinheit als Folge und Aufwertung gerade entstandener Nationalstaaten betrachtete und daher auch ohne Verzögerung verwirklichte<sup>29</sup>. Dass diese Strategie in einem Bundesstaat weit weniger überzeugte, weil sie hier mit einer Teilung der Souveränität konfrontiert war, ist offenkundig. Dies macht darauf aufmerksam, dass die möglichen Umsetzungen zwischen Verfassung und Kodifikation nicht unbeschränkt sind, auch nicht immer vorbehaltlos gelten, und lässt zugleich ahnen, mit welchen – teils recht ungewöhnlichen – Schwierigkeiten die Vereinheitlichung des Privatrechts hierzulande zu rechnen hatte<sup>30</sup>.

25 C. CATTANEO, *Interdizioni israelitiche* (1837), Turin 1987, S. 158 (aber auch 164–165).

26 Zu diesem Problemkreis P. CARONI, «Privatrecht», S. 70–71; derselbe, *Liberale Verfassung und bürgerliches Gesetzbuch im XIX. Jahrhundert*, Rektoratsrede, Bern 1988, S. 16ff., mit dortigen Zitaten. Eindrücklichstes Beispiel dürfte hier die versuchte, aber misslungene Einführung des Code civil in den Rheinbundstaaten sein, der ELISABETH FEHRENBACH (*Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht*, 3. Aufl., Göttingen 1983) eine klassische Studie gewidmet hat.

27 Vgl. etwa die Werke, die unten erwähnt werden sollen.

28 Wofür auf H. STRAKOSCH verwiesen sei, dessen Werke unten (Anm. 71) ausführlich zitiert werden sollen.

29 Vgl. etwa H. GETZ, *Die deutsche Rechtseinheit im 19. Jahrhundert als rechtspolitisches Problem*, Bonn 1966; D. GRIMM, *Historische Erfahrungen mit der Rechtsvereinheitlichung – das frühe 19. Jahrhundert in Deutschland*, in Rabels Zeitschrift 50 (1986), S. 61–76; S. BUCHHOLZ, *Zur Rechtsvereinheitlichung in Deutschland in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, in Rabels Zeitschrift 50 (1986), S. 77–110; C. GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia, La codificazione del diritto nel Risorgimento*, Rom/Bari 1979.

30 Dazu ausführlich P. CARONI, *Rechtseinheit*, passim, bes. S. 34ff. und 85ff.

### 3. Das soziale, besonders wirtschaftliche Umfeld

Kodifikationen sind umfassende Regelungen, mit denen die Gesetzgeber jeweils versuchten, zwischenmenschliche Beziehungen einer erstmals selbstverantwortlichen (und wohl nur in diesem Sinne autonomen) Gesellschaft umfassend, abschliessend und gleichmässig nach bestimmten, nicht immer vordergründigen Modellen im voraus zu regeln. Zu behaupten, dass sie nur vor diesem sozialen und primär wirtschaftlichen Hintergrund ganz verstanden werden können, dass nur dessen Berücksichtigung eine fundierte historische Darstellung der Kodifikationsentwicklung gewährleistet, müsste demnach beinahe als Selbstverständlichkeit gelten. Gleichwohl ist gerade dieser Schritt lange genug und aus vielerlei – teils durchaus verständlichen – Gründen nicht getan worden. Weshalb dies so gewesen ist und wie sich das zuletzt geändert hat, mögen folgende Ausführungen beweisen, die jedoch abermals keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben.

a) Wenn (was allerdings heute nicht mehr so oft geschieht) undifferenziert behauptet wird, die Kodifikationen des bürgerlichen Rechts seien für die kapitalistische Entfaltung des 19. Jahrhunderts von zentraler Bedeutung gewesen, so hat man es mit unbequemen Gegenbeispielen zu tun, die diese These scheinbar radikal widerlegen. So kann man nämlich nicht leugnen, dass die wichtigsten Privatrechtskodifikationen eigentlich vorindustrielles Privatrecht enthalten, und zwar genauer noch das Recht einer Gesellschaft, der die Transport-, Agrar- und industrielle Revolution erst bevorstanden<sup>31</sup>. Ebenso wenig kann geleugnet werden, dass England – das klassische Land der industriellen Revolution – eine Kodifikation des Privatrechts bis auf den heutigen Tag abgelehnt hat<sup>32</sup>. Aber auch der nationalen Rechtsgeschichte entstammen verunsichernde Gegenbeispiele: ich denke hier etwa an die frühe und massive Industrialisierung einiger Ostschweizer Kantone, deren Privatrecht zur Zeit jener Umwälzungen im wesentlichen noch den altüberlieferten Landbüchern entstammte<sup>33</sup>. Und nicht unerwähnt soll auch die Tatsache bleiben, dass die Entfaltung der industriekapitalistischen Wirtschaft in der Schweiz lange vor der Vereinheitlichung des schweizerischen Privatrechts stattgefunden hat, also einer gesamtкодifikatorischen Grundlage entbehren musste<sup>34</sup>.

b) Diese Gegenbeispiele sind insofern von Belang, als sie uns zwingen, die Frage nach der Relevanz der bürgerlichen Rechtsordnung für den modernen Kapitalismus gezielter zu stellen und differenzierter zu beantworten. Eines scheint mir dabei von vornherein klar zu sein: Die Rolle des Privatrechts bei der Herbeiführung jener Umstände, die die Industrialisierung, insbesondere den Übergang zur mechanischen Produktion ermöglicht haben, ist sicher eine sehr bescheidene, höchstens flankierende gewesen. Ganz andere Faktoren – nämlich solche technischer, physikalischer, demographischer,

31 Dazu etwa D. GRIMM, *Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Privatrechtsgesetzgebung*, in *Handbuch der Quellen und Literatur der Neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Hg. von H. COING, III/1, München 1982, S. 17–173, bes. 73–74; H. STEINDL, *Überlegungen zum Verhältnis von Privatrecht, Gewerbefreiheit und Industrialisierung*, Jus commune, Sonderheft N. 15, Frankfurt a. Main 1981, S. 76–107; J. MAILLET, *Codifications napoléoniennes, développement économique et formation de la société française capitaliste*, in *Quaderni fiorentini* 2 (1973), S. 111–145. Eine frühe Aussage in gleichem Sinne bei G. FAZY, *La centralisation et l'unification du droit en Suisse*, Genf 1890, S. 36.

32 Vgl. etwa den Hinweis bei H. COING, *Vorgeschichte*, S. 816–817.

33 F. v. WYSS, *Ist die Centralisation des Schweizerischen Privatrechts möglich und wünschenswerth und eventuell in welchem Umfang?*, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 15 (1867) I, S. 9–40, bes. 36–37.

34 P. CARONI, *Rechtseinheit*, S. 15ff.

finanzieller Art – wirkten dabei viel entscheidender mit. Das Recht konnte nur relativ untergeordnete Dienste leisten und brauchte dazu nicht einmal kodifiziert zu sein: insbesondere konnte es etwa durch Regelung der Kapitalgesellschaften oder durch optimale Kreditsicherung Rahmenbedingungen zur Förderung der Investitionstätigkeit schaffen<sup>35</sup>. Aber im übrigen war es – wie die kapitalistische Wirtschaft auch – «le visiteur du soir»<sup>36</sup>: als es kam, waren die entscheidenden strukturellen Umwälzungen bereits abgeschlossen, waren die Bedingungen zur Entfaltung des neuen Wirtschaftssystems, im wesentlichen ohne rechtliche Unterstützung, alle schon erfüllt. Kam es dann einfach zu spät?

c) Auch vom abendlichen Besucher sagen wir nicht, er käme zu spät, nur weil er nicht dabei war, als tagsüber Vorbereitungen allerlei Art getroffen wurden. Er kommt rechtzeitig für den eigentlichen Anlass und verleiht ihm durch seine Gegenwart erst den festlichen Rahmen. Dasselbe geschah aber auch mit dem Privatrecht: Meist in Form eines bürgerlichen Gesetzbuches stellt es nämlich jene Mittel zur Verfügung, die das reibungslose Funktionieren des bereits *etablierten* Systems ermöglichen bzw. garantieren. Es ist das Schmiermittel, ohne welches der Marktmechanismus sich gar nicht in Bewegung setzen oder zumindest unsäglich quietschen würde. Es regelt Zulassungsvoraussetzungen und Austragungsmodalitäten des Konkurrenzspieles. Es stellt dem Sieger die gewährleistend-vollziehende Hilfe des staatlichen Apparates zur Verfügung<sup>37</sup>. Es tut dies alles schliesslich auf unscheinbare und diskrete Art, ohne je etwas aufzuzwingen und ohne je seine unpersönliche Stimme zu erheben. So, dass wir tatsächlich mehr als versucht sind, daraus abzuleiten, dieses Recht stünde dem sozialen Geschehen so neutral-gleichgültig-objektiv gegenüber, wie ein erfahrener Schiedsrichter seinen Spielern.

#### 4. Inhalt und Form: Externität und Abstraktion

Inhalt und Form der bürgerlichen Privatrechtskodifikationen – deren summarische Prüfung mag hier vorerst genügen – scheinen in die gleiche Richtung zu weisen und primär die indifferente Distanz des bürgerlichen Privatrechts gegenüber den Rechtssubjekten zu belegen.

a) Der Inhalt der Gesetzbücher zeichnet sich durch *Externität* aus, d. h. durch Verzicht auf die Verwirklichung vorausbestimmter, ranghöherer Ziele staatlicher Herkunft. Bürgerliches Privatrecht ist im wesentlichen ein Recht der Chanceneröffnung<sup>38</sup>: es stellt Mittel und Wege zur Verfügung, überlässt aber den einzelnen Rechtssubjekten die Entscheidung der Frage, ob sie effektiv davon Gebrauch machen können bzw. wollen, weil es sich ganz im kantischen Sinne mit der Gewährleistung jener äusseren Bedingungen begnügt, die eine optimale, gegenseitige Ausbeutung der Privatautonomie der Rechtssubjekte ermöglichen. Sein Einflussbereich hört dort auf, wo die Privatautonomie der einzelnen beginnt. Externität ist daher eine notwendige Folge der Subjektivierung der Rechtsordnung<sup>39</sup>.

35 Zum letzten Punkt etwa A. LEIST, *Privatrecht und Kapitalismus im XIX. Jahrhundert*, Tübingen 1911.

36 So die schöne Metapher von F. BRAUDEL, *La dynamique du capitalisme*, Paris 1985, S. 76–78.

37 Zusammenfassend dazu M. WEBER, *Rechtssoziologie*, S. 81–83.

38 M. WEBER, *Rechtssoziologie*, S. 57.

39 Einzelne bedeutende Belege dazu in P. CARONI, *Quellen und Texte zur rechtshistorischen Vorlesung, II, Geschichte des Privatrechts*, Bern 1987, N. 35, 36, 125.

b) Die Form des kodifizierten Privatrechts ergibt sich aus dessen Inhalt und wird im wesentlichen durch Abstraktion und Entstofflichung gewonnen<sup>40</sup>. Da dieses Recht erstmals generelle Geltung hat, somit Normen verkünden muss, die für alle (recht unterschiedlich gestellten) Bewohner eines Landes in gleicher Weise zu gelten haben, muss es alle Ungleichheiten ausschalten und unberücksichtigt lassen und sich auf jene Aspekte zurückziehen, die gerade noch der Generalisierung zugänglich sind. Das sind aber nur noch die formellen Aspekte, die bloss Möglichkeiten umreißen und zuweisen. Das ist der Weg, der zur Verallgemeinerung der Rechtssubjektsqualität führt, damit auch zum Primat der Privatautonomie, der subjektiven «Willkür», somit eigentlich zum Kern der bürgerlichen Gesetzbücher<sup>41</sup>.

### 5. Die «Realität» der Kodifikation

Daraus geht hervor, dass das bürgerliche Recht bloss formell Entfaltungsmöglichkeiten eröffnet, die es deswegen auch generell zuweisen kann. Es erteilt noch keine Auskunft über die *effektive Beanspruchung* dieser Möglichkeiten durch die Rechtssubjekte. Daher kann es auch – wenn man sich bloss auf seinen Text verlässt – mit den verschiedensten wirtschaftlichen Systemen verbunden werden<sup>42</sup>, wie dies das Beispiel des Art. 544 des Code civil belegt. In dieser wahrlich epochemachenden Bestimmung wurde erstmals das bürgerliche Eigentum umrissen, und zwar als «droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements». Damit war eine so abstrakte Definition des Eigentums gegeben worden, dass von ihr nicht zu Unrecht gesagt werden konnte, sie könne «auch von jedem Kommunisten ruhig unterschrieben werden»<sup>43</sup>.

Begnügt man sich indessen nicht mit der (womöglich sogar vollständigen) Kenntnis dieser abstrakten Betätigungsmöglichkeiten, sondern stellt zudem noch die Frage *nach ihrer tatsächlichen Verwirklichung*, so bleibt einem die Suche nach der konkreten Gesellschaft, in der sich das kodifikatorische Programm auswirken sollte, nicht erspart. Eine Dechiffrierung der privatrechtlichen Botschaft führt daher notwendigerweise auf das soziale Hinterland des Gesetzbuches zurück. Zwei entscheidende Feststellungen eröffnen uns dabei eine konkrete Perspektive und erlauben ein Urteil über die Realität der Kodifikation.

Erstens: Die bürgerlichen Revolutionen hatten nur einige Ungleichheiten beseitigt, jene nämlich, die dem bürgerlichen Wirtschaftsprogramm hinderlich waren. Alle übrigen Ungleichheiten blieben weiter bestehen, schon weil sie diesem Programm förderlich sein konnten. Daher umfassten die Gesellschaften, denen bürgerliches Recht zugeordnet wurde, im wesentlichen ungleiche Menschen: «depuis 1789 la France essaie de faire croire, contre toute évidence, aux hommes qu'ils sont égaux»<sup>44</sup>. Zweitens: Das auf dem Markt stattfindende Konkurrenzspiel wies eine entscheidende

40 Dazu P. CARONI, «Privatrecht», S. 64–65.

41 Einzelne wichtige Belege kantscher Herkunft bei P. CARONI, *Quellen und Texte*, II, N. 125, S. 165–166.

42 M. WEBER, *Rechtssoziologie*, S. 79, 284ff.; F. WIEACKER, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt a. Main 1974, S. 9–10; P. BARCELLONA, *Gli istituti fondamentali del diritto privato*, Neapel 1971, S. IX–XI, XXV–XXVI, XXXI.

43 H. v. SCHEEL, *Das Recht und die Pflichten des ländlichen Grundeigentums*, in *Landwirtschaftliche Jahrbücher* (Organ des preussischen Landesökonomiekollegiums), Juliheft 1874, S. 463ff., Zitat S. 466.

44 BALZAC, *Les paysans*, Vorwort von L. Chevalier, Paris. 1975, S. 148.

Eigentümlichkeit auf: es war vom Prinzip des Spielzwanges beherrscht, in dem sich möglicherweise die Ausschliesslichkeit und Globalität der Institution «Markt» reflektierten. Im Grunde genommen war die Anpassung des Einzelnen an die Gesetze des Marktes nicht seiner Willkür überlassen, sondern regelrecht unvermeidlich<sup>45</sup>. Berücksichtigt man diese historischen Tatsachen, so lässt sich über die Umsetzung des kodifikatorischen Programmes in der Wirklichkeit folgendes beobachten:

a) Abstraktheit und Externität waren nicht aus Versehen oder Verlegenheit programmiert worden, sondern die Folge einer klaren rechtspolitischen Option. Sie setzten materielle Unterschiede unter den Menschen voraus, und zwar genau jene Unterschiede, ohne die die kapitalistische Wirtschaft nicht funktionieren konnte<sup>46</sup>. Sie ermöglichten jenen, die über die entsprechenden Mittel verfügten, diese Unterschiede im eigenen Interesse zu verwerten. Mit anderen Worten ermöglichten und legalisierten sie zugleich durch Hervorhebung der Privatautonomie und des Vertragsgedankens – in einer egalitären und bereits rechtsstaatlichen Gesellschaft – die Ausbeutung vorhandener Energien, die menschliche Arbeitskraft nicht ausgeschlossen.

b) Der Konflikt mit der materiellen Gerechtigkeit, der sich daraus ergab, war eine unvermeidliche Folge<sup>47</sup>. Er liess sich nämlich mit logischer Zwangsläufigkeit aus der Tatsache ableiten, dass einer Gesellschaft von Ungleichen formell gleiches Recht auferlegt wurde. Automatisch musste sich daraus die Begünstigung derjenigen ergeben, denen die Regeln des Konkurrenzspieles besser vertraut waren und die dazu noch über genug Ausdauer verfügten, um etwaige – aber meist nur vorübergehende – Widerstände zu überwinden. Ebenso automatisch musste sich die Benachteiligung jener einstellen, deren Ansprüche an sich nicht marktzugänglich waren, die aber dennoch von der fangarmartigen Organisation des Marktes nicht verschont wurden, mögen sie im einzelnen Proletarier oder Bauern gewesen sein. Damit ist der historische Beweis dafür erbracht worden, dass eine eigentliche Berücksichtigung sektorieller Interessen innerhalb der bürgerlichen Kodifikation aussichtslos war und bleiben musste.

c) Damit ist aber auch die weitere Frage bereits beantwortet, ob es nämlich dem kodifizierten Recht gelungen sei, die auch von ihm mitbewirkten bzw. beibehaltenen Missverhältnisse auszugleichen. Dieser hierzulande beliebten Frage nach Möglichkeit und Grenzen eines «sozialen Privatrechts» kann in diesem Rahmen nicht ausführlich nachgegangen werden. Wenn ein blosser Hinweis genügen muss, dann der zur Dämpfung jeglicher «sozialen Euphorie»<sup>48</sup>. Denn im Grunde genommen lag es gänzlich ausserhalb des Aufgabenbereiches der Kodifikation, jene sozialen Zustände zu bewältigen, die durch die Verwirklichung ihrer abstrakt eingeräumten Möglichkeiten herbeigeführt worden waren.

d) Zusammenfassend erhält das abstrakte Privatrecht der Gesetzbücher plötzlich recht konkrete Konturen, wenn es als Mittel zur Verwirklichung des bürgerlichen Wirtschaftsprogrammes, was es zweifellos sein wollte, auch verstanden wird. Insbesondere wird dann zweierlei besonders deutlich erkennbar: dass die Externität der optimalen Entfaltung bereits vorhandenen Möglichkeiten zugeordnet war, daher weder neutral noch indifferent sein konnte. Und dass weiter all die Freiheiten, um die sich das bürgerliche Gesetzbuch drehte – Vertragsfreiheit, Eigentumsfreiheit, Testamentsfreiheit – nicht prinzipiell und auch nicht unbeschränkt verkündet wurden, waren sie doch bloss formeller Art und erlaubten keinen Schluss auf die materielle Freiheit ihrer

45 Abermals klar M. WEBER, *Rechtssoziologie*, S. 172.

46 Zusammenfassend dazu F. BRAUDEL, *La dynamique du capitalisme*, S. 76–78, 96–97; I. WALLERSTEIN, *Le capitalisme historique*, Paris 1985, *passim*, bes. S. 31.

47 Tiefgründig M. WEBER, *Rechtssoziologie*, S. 169–172, 219–223.

48 Zusammenfassend dazu P. CARONI, «Privatrecht», S. 92–94.

Adressaten<sup>49</sup>. Zudem konnten sie auch nur soweit beansprucht werden, als sie inhaltlich bürgerlichen Erwartungen entsprachen<sup>50</sup>. Jede funktionswidrige Berufung darauf wurde regelmässig unterbunden, so dass im Zentrum des freiheitlichen, ungebundenen, ja grosszügigen Gesetzbuches plötzlich repressive Züge sichtbar werden<sup>51</sup>.

#### 6. Ein Plan bürgerlicher Herkunft

Die neue Sichtweise, die soeben dargelegt worden ist, hat die bisherige Kodifikationsthematik von den selbstauferlegten Fesseln befreit und die Berücksichtigung ausserrechtlicher Aspekte durchwegs bejaht. Die dadurch ermöglichte Begegnung mit der historischen Gesellschaft, in der schliesslich die Kodifikation zu leben hatte und sich auswirken sollte, hat zwar zu einer Trübung des bisher klaren, vergeistigten Bildes geführt, dafür aber neuartige Dimensionen der kodifikatorischen Entwicklung augenfällig gemacht. Diese sind alle rechts- und wirtschaftspolitischer Art und verraten so den genauen historischen Hintergrund der Strategie: die Kodifikation war, mitten in einer antagonistischen Gesellschaft, sicher nicht «der schroffe, ungemilderte, unverfälschte Ausdruck der Herrschaft einer Klasse»<sup>52</sup>. Ihre Schichtspezifität war vorerst durch die abstrakte Fassung verschleiert, wurde aber bald genug evident. Trotz Kompromissen, Mentalreservationen und sonstiger Vorbehalte, war die Kodifikation ein Plan bürgerlicher Herkunft und sollte daher primär bürgerlichen Interessen dienen, ohne deswegen prinzipiell Nebenwirkungen auszuschliessen. Und dass sich schliesslich *dieser* (und nicht ein anderer) Plan durchsetzte, hängt möglicherweise nicht mit seiner «inneren Wahrheit», sondern mit seiner Eignung zusammen, den rechtlichen Erwartungen des siegreichen Bürgertums entsprochen zu haben.

#### IV. Eine zusammenfassende Deutung

Stellt man beide (vielleicht etwas überzeichneten) Sichtweisen einander gegenüber, kann nun die stattgefundene Wandlung besser übersehen werden. Diese lässt sich in vielfältiger Art deuten:

- als Übergang von einer Vision, die begriffsjuristisch dominiert und bereits aus diesem Grunde auf die Feststellung der Kontinuität ausgerichtet war, zu einer Vision, die sozialhistorisch geprägt ist und daher immer wieder die Geschichtlichkeit der untersuchten Entwicklung betont. Dies könnte auch als Übergang von der Diachronie zur Synchronie bezeichnet werden. Oder
- als Übergang von einem aufklärerischen zu einem bürgerlichen Kodifikationsbegriff, wofür das preussische ALR von 1794 und der französische Code civil von 1804 die Schulbeispiele geliefert haben. Oder schliesslich noch

49 M. WEBER, *Rechtssoziologie*, S. 169–172.

50 P. CARONI, *Glanz und Untergang des bourgeois riche vaudois – Studien zur kantonalen Gemeindegeschichte des 19. Jahrhunderts*, in *Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979*, Bern/Stuttgart 1979, S. 51ff., bes. S. 76 Anmerkung 143.

51 Das ist die These von A.-J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français – La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris 1973, S. 35–36, 47, 55, 70, 147–149, 154.

52 So F. Engels in einem Brief an C. Schmidt in Berlin, vom 27. Oktober 1890, in K. MARX / F. ENGELS, *Ausgewählte Schriften in zwei Bänden*, Berlin 1970, II, S. 462.

- als Übergang von einem System der objektiven Verhaltensanforderungen, wie es noch dem vorkantischen Naturrecht eigen war, zu einem System der subjektiven Rechte bzw. der privatautonomen Handlungsfreiheit.

Schliesslich wird dadurch, dass wir diese Wandlung erkennen und als solche schon deswegen gelten lassen müssen, weil sie einer historisch stattgefundenen Wandlung entspricht, erst möglich, den inneren und nicht immer gradlinigen Verlauf des Kodifikationsweges zu erkennen, wofür nun ein abschliessendes Beispiel geboten werden soll. Kodifikation wurde zuletzt im wesentlichen als Ergebnis einer vereinheitlichenden Strategie erkannt, durch die eine dreifache (scil. territoriale, systematische und ständische) Zersplitterung des Rechts überwunden werden sollte<sup>53</sup>. Werden diese Momente – ohne Sinn für ihre konkrete Geschichte – als blosse Bestandteile eines historischen Kodifikationsbegriffes verstanden, so wird im Grunde genommen die Entwicklung selbst geleugnet und an deren Stelle eine verflachende, dogmatische Formulierung gesetzt. Denn damit wird nämlich übersehen, dass die erst als letzte hinzutretende soziale Vereinheitlichung keinesweges als Krönung einer lang dauernden Entwicklung gelten darf, sondern eine ganz andere Geschichte hat, die in jener des aufklärerischen Kodifikationsbegriffes *keineswegs* aufgeht. Dazwischen lagen die bürgerlichen Revolutionen: erst durch sie wurden die politischen Strukturen der Aufklärung beseitigt und dadurch die Voraussetzungen der sozialen Vereinheitlichung geschaffen<sup>54</sup>.

## V. Bibliographische Signale

### 1. Eine gesamteuropäische Wandlung

Als greifbare Signale für eine Wandlung bzw. eine allmählich sich ausbreitende neue Sichtweise gelten Monographien und Aufsätze, die in den 60er Jahren zu erscheinen begannen und in denen bewusst nach dem politischen und sozialen Hinterland der Kodifikation gefragt wurde. Dafür hier einige Beispiele:

Für *Italien* etwa die Werke von Giovanni Tarello<sup>55</sup>, Paolo Ungari<sup>56</sup>, Domenico Corradini<sup>57</sup>, Pietro Barcellona<sup>58</sup>, Carlo Ghisalberti<sup>59</sup>, Natalino Irti<sup>60</sup>, Nicolò Lipari<sup>61</sup> und zuletzt Gabriele Teti<sup>62</sup>. Für *Frankreich* jene von Jean Maillet<sup>63</sup>, André-Jean Ar-

53 So etwa P. CARONI, «Privatrecht», S. 54ff.

54 G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna, I, Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, S. 35–41.

55 G. TARELLO, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, Parte prima, Genua 1971 (und dazu die gründliche Besprechung von M. SBRICCOLI, *Quaderni fiorentini* 1, 1972, S. 422–429); derselbe, *Storia della cultura giuridica moderna* (vgl. oben, Anmerkung 54).

56 P. UNGARI, *Per la storia dell'idea di codice*, *Quaderni fiorentini* 1 (1972), S. 207–227; derselbe, *Saggi recenti in tema di Codificazioni*, *Quaderni fiorentini* 2 (1973), S. 778–787; derselbe, *L'età del Codice civile, Lotta per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, Neapel ohne Datum (aber 1967).

57 D. CORRADINI, *Garantismo e statualismo – Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, Mailand 1971.

58 P. BARCELLONA, *Gli istituti fondamentali del diritto privato* (vgl. oben, Anmerkung 42); derselbe, *Diritto privato e processo economico*, Neapel 1973.

59 C. GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia* (vgl. oben, Anmerkung 29); derselbe, *La codificazione del diritto in Italia 1865/1942*, Rom / Bari 1985.

60 N. IRTI, *L'età della decodificazione*, 3. Aufl., Mailand 1989.

61 N. LIPARI, *Diritto privato – Una ricerca per l'insegnamento*, Rom/Bari 1974, bes. S. 1–67.

62 R. TETI, *Codice civile e regime fascista – Sull'unificazione del diritto privato*, Mailand 1990.

63 J. MAILLET, *Réflexions sur les conditions historiques des codifications modernes*, in *Revue*

naud<sup>64</sup> und Michel Mialle<sup>65</sup>. Für *Deutschland* zuerst die verschiedenen Beiträge von Franz Wieacker<sup>66</sup>, sodann die Untersuchungen von Elisabeth Fehrenbach<sup>67</sup>, Dieter Grimm<sup>68</sup> und Thomas Vormbaum<sup>69</sup>, nebst den zuletzt beinahe wild wuchernden Materialien-Publikationen<sup>70</sup>. Für *Österreich* sei sodann auf die Untersuchungen von Heinrich Strakosch<sup>71</sup>, und schliesslich für *Spanien* auf jene von Bartolomé Clavero<sup>72</sup>, Francisco Tomas y Valiente<sup>73</sup> und Carlos Petit<sup>74</sup> hingewiesen.

## 2. Wandlung en miniature

Von dieser Wandlung ist freilich auch die schweizerische Kodifikationsforschung erfasst worden, allerdings mit einer gewissen Verzögerung und vielleicht (noch) nicht so prinzipiell, wofür es auch sachliche Gründe gibt, auf die unten noch eingegangen werden soll. Belegen lässt sich jedenfalls, dass etwa im Laufe der letzten zehn Jahre die bisherige Sichtweise, die zuletzt noch das grosse und zusammenfassende Werk von F. Elsener geprägt hatte<sup>75</sup>, durch neue Fragen und Ansätze bereichert bzw. ergänzt wurde, die reichlich Neuland erschlossen haben. So sind neuerdings einige kantonale Kodifikationen durch den Einsatz bislang ungewöhnlicher Brillen in neuen Farben

historique de droit Français et étranger 46 (1968), S. 695–696; derselbe, *Codifications napoléoniennes, développement économique et formation de la société française capitaliste* (vgl. oben, Anmerkung 31).

64 A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris 1969; derselbe, *Essai d'analyse structurale du Code civil français* (vgl. oben, Anm. 51).

65 M. MIALLE, *Une introduction critique au droit*, Paris 1977; derselbe, *L'Etat du droit*, Paris/Grenoble 1978.

66 F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. Göttingen 1967, S. 322ff., 468ff., 488ff.; derselbe, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung* (vgl. oben, Anmerkung 42).

67 E. FEHRENBACH, *Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht*, 3. Aufl., Göttingen 1983.

68 D. GRIMM, *Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Privatrechtsgesetzgebung* (vgl. oben, Anm. 31); derselbe, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft* (Sammlung von Aufsätzen), Frankfurt a. Main 1987. Interessant zuletzt auch die zusammenfassende Rückschau *Die soziologische Herausforderung* in einem Sammelband (*Werksbesichtigung Geisteswissenschaften – Fünfundzwanzig Bücher von ihren Autoren gelesen*, hg. von H. RITTER, Frankfurt a. Main 1990, S. 202–209), der der Grundidee des vorliegenden Jubiläumsbandes entspricht.

69 T. VORMBAUM, *Sozialdemokratie und Zivilrechtskodifikation – Berichterstattung und Kritik der sozialdemokratischen Partei und Presse während der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin / New York 1977.

70 H. H. JAKOBS / W. SCHUBERT (Hg.), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen*, Berlin / New York 1978–1990, bisher 13 Bände; W. SCHUBERT (Hg.), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin / New York 1980–1986, bisher 15 Bände; W. SCHUBERT / B. SCHMIEDEL / C. KRAMPE (Hg.), *Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897*, Frankfurt a. Main 1986–1988, drei Bände.

71 H. E. STRAKOSCH, *State Absolutism and the Rule of Law – The Struggle for the Codification of Civil Law in Austria, 1753–1811*, Sydney 1967; derselbe, *Privatrechtskodifikation und Staatsbildung in Österreich (1753–1811)*, München 1976.

72 B. CLAVERO, *Codificacion y constitucion: paradigmas de un binomio*, in *Quaderni fiorentini* 18 (1989), S. 79–145; derselbe, *Lo spazio dei diritti e la posizione dei giudici fra costituzione e codice*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica moderna* 19 (1989), S. 95–129.

73 T. TOMAS Y VALIENTE, *Codigos y constituciones (1808–1978)*, Madrid 1989.

74 C. PETIT (Hg.), *Derecho privado y revolucion burguesa*, Madrid 1990.

75 F. ELSENER, *Die Schweizer Rechtsschulen vom 16. bis zum 19. Jahrhundert – unter bes. Berücksichtigung des Privatrechts*, Zürich 1975. Besonders aufschlussreich ist der II. Teil (S. 237ff. Die Rechtsschulen des 19. Jahrhunderts und die kantonalen Kodifikationen bis zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch), der ursprünglich 1969 erschienen war.

erschienen, und zwar mit zum Teil eindrücklichen Ergebnissen. Ganz besonders denke ich hier an die Arbeiten von Gabriello Patocchi zum Codice civile ticinese von 1837, an jene von Isabelle Augsburger-Bucheli zum Code civil neuchâtelais von 1853 bis 1855 sowie an die soeben erschienene Berner Dissertation von Hans-Peter Geissmann, in der das bürgerliche Sozialmodell des Aargauer ABGB von 1847 bis 1855 umfassend analysiert wird<sup>76</sup>.

Daneben wird heute immer mehr versucht, auch die Entstehung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches eher sozial- als dogmenhistorisch zu verstehen, wozu die Veröffentlichung des Inventars der sogenannten Materialien wesentlich beigetragen haben mag<sup>77</sup>. So wird neuerdings besonders die Artikulierung sektorieller Wünsche wahrgenommen und im einzelnen geprüft, in welchem Umfang sie bei der Schlussredaktion berücksichtigt werden konnten. Das ist bislang hinsichtlich der Forderungen der Frauenorganisationen<sup>78</sup>, der Wünsche einzelner Parteien<sup>79</sup>, besonders aber der Berücksichtigung bäuerlicher Postulate<sup>80</sup> der Fall gewesen. Und zuletzt ist auch Eugen Huber, der Schöpfer des Zivilgesetzbuches, nach Jahren der ununterbrochenen, aber stillen Bewunderung, wieder ins Rampenlicht geraten<sup>81</sup>. Eine wahrlich charismatische Gestalt, die wir immer wieder mit so viel Lob überschüttet haben, dass darob rein menschliche und historische Züge (nicht zuletzt auch seine Grenzen) unsichtbar geworden sind.

76 G. PATOCCHI, *Gli influssi delle legislazioni straniere e degli statuti locali sul Codice Civile Ticinese del 1837*, Diss. iur. Bern 1961; I. AUGSBURGER-BUCHELI, *Le Code civil neuchâtelais 1853–1855 – Etude de l'élaboration et de la structure d'un Code civil qui a pour modèle le Code civil français*, Diss. iur. Neuenburg 1988; H. P. GEISSMANN, *Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für den Kanton Aargau (1847–1855) – Zur Entstehungsgeschichte des modernen bürgerlichen Rechts im 19. Jahrhundert*, Diss. iur. Bern 1991.

77 O. GAUYE, *Inventar zur Dokumentation über die Erarbeitung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches 1885–1907*, in *Schweizerische Zeitschrift für Geschichte* 13 (1963), S. 54–100. Lehrreich auch L. NEUHAUS, *Das Eugen-Huber-Archiv im Bundesarchiv in Bern*, in *Schweizerische Juristen-Zeitung* 53 (1957), S. 369–377.

78 CHR. HAUSAMMANN / E. SCHALLER, *Die Postulate der Frauenorganisationen und ihre Berücksichtigung bei der Ausarbeitung des ZGB*, Unveröffentlichte Lizentiatsarbeit, Rechtshistorisches Seminar der Universität Bern, 1979; D. MANAI, *Eugen Huber Jurisconsulte charismatique*, Basel / Frankfurt a. Main 1990, S. 116–123; B. MESMER, *Ausgeklammert – Eingeclammert, Frauen und Frauenorganisationen in der Schweiz des 19. Jahrhunderts*, Basel / Frankfurt a. Main 1988, S. 231, 240ff.

79 K. ROTHENBÜHLER, *Die Postulate der Sozialdemokraten zur Kodifikation des Zivilrechts in der Schweiz*, Unveröffentlichte Seminararbeit, Rechtshistorisches Seminar der Universität Bern, 1982. Zur Begegnung Eugen Hubers mit der sozialdemokratischen Ideologie vgl. vorläufig P. CARONI, *Anton Menger ed il Codice civile svizzero del 1907*, in *Quaderni fiorentini* 3–4 (1974–1975), S. 273–318, bes. 299ff.; D. MANAI, *Eugen Huber*, S. 10–12, 32.

80 R. STEPPACHER, *Rechtsvereinheitlichung als Rechtserneuerung – Die Bauern und die Vereinheitlichung des Privatrechts auf Bundesebene in der Schweiz*, *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 9 (1987), S. 152–183; derselbe, *Die Berücksichtigung der bäuerlichen Postulate bei der Entstehung des ZGB und der Revision des OR – Ein Beitrag zur Schweizerischen Kodifikationsgeschichte (1893–1912)*, Diss. iur. Bern 1991. Zur gleichen Problematik innerhalb des kantonalen Privatrechts vgl. H. P. GEISSMANN, *Das ABGB für den Kanton Aargau*, S. 392–412.

81 D. MANAI, *Eugen Huber Juriste charismatique*, Basel / Frankfurt a. Main 1990. Zu dieser Biographie ausführlich P. CARONI, *Il mito svelato: Eugen Huber*, in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* NF 110 (1991) I, 3. Heft.

## VI. Logik und Gründe der Entzauberung

### 1. Einführung oder die Unvermeidbarkeit des Umweges

Hier angelangt, stellt sich sogleich eine sicher nicht ganz unerwartete Frage, nämlich: haben wir uns damit zu begnügen, die offenbar eingetretene Wandlung wahrzunehmen und aufgrund einiger Beispiele darzustellen, oder soll zudem noch versucht werden, zu ergründen, *warum sie stattgefunden hat?* Tritt man für letzteres ein, dann wohl aufgrund der Einsicht, dass sich unter den vielen Gründen des Tendenzumschwunges – wie er hier thematisiert worden ist – auch solche befinden, die sich ausserhalb der persönlichen und vielleicht deswegen unberechenbaren Geschichte der einzelnen Forscher auswirken und die auf gesamtgesellschaftliche Gesetzmässigkeiten verweisen. Wäre dem so – wovon der Schreiber überzeugt ist –, so müsste es möglich sein, die eingetretene Verlagerung des thematischen Schwerpunktes anders zu erklären als mit dem abgegriffenen Hinweis auf das freilich gesteigerte Wissen der später Geborenen bzw. auf die Eigendynamik des Fortschrittes. Wenn wir heute manches anders sehen und würdigen, so mit anderen Worten auch, weil wir selber andere geworden sind, weil wir in einer Gesellschaft leben, die mit eigenen und neuartigen Problemen konfrontiert ist. Im Grund genommen liegt darin nur die Bestätigung einer trivialen (aber dennoch immer wieder vergessenen) Wahrheit, mit der jeder Historiker zu leben hat: dass wir nämlich die Geschichte nur auf dem Umweg über die Gegenwart sehen bzw. dass wir nur jene Geschichte sehen, die die Gegenwart anschaulich macht. Oder in aller Einfachheit: «Dans la vie de tous les jours, c'est d'abord par l'intermédiaire de l'idéologie de notre société que nous devenons conscients de quelque chose»<sup>82</sup>. Auf diesem, also unvermeidlichen, Umweg über die Gesellschaft der Gegenwart und deren Probleme, fallen Momente auf, die für die Beantwortung unserer Frage von Belang sein können, worüber im Folgenden kurz berichtet werden soll.

### 2. Die Zerstörung der Vertragsfreiheit: Hinwendung zum Sozialen

1904 schloss James Joyce sein «Portrait of the Artist» mit einer sibyllinischen Aussage: «The competitive order is employed against itself»<sup>83</sup>. Sie war schon damals keine blosser Prophezeiung mehr, sollte sich aber im Laufe des Jahrhunderts noch dramatischer verwirklichen und praktisch zum Untergang der Vertragsfreiheit sowie zur Entlarvung der egalitären Illusion führen, die früher zum Idealbild des bürgerlichen Rechts gehört und sogar ein schönes Stück seiner Geschichte ausgemacht hat, weil Illusionen, wie Unsichtbares und Imaginäres auch, ihre handfeste Geschichte haben können<sup>84</sup>. Joyces Aussage – die man freilich noch durch viele andere Zitate bestätigen könnte – ist mit anderen Worten deswegen wertvoll, weil sie die tatsächlich eingetretene Entwicklung nicht auf die Einwirkung exogener Faktoren zurückführt und auch nicht als unvorhergesehene bzw. zufällige Devianz von einer starren Regel deutet. Sie sieht darin vielmehr die Verwirklichung einer *endogenen Gefahr* und erkennt daher die

82 L. DUMONT, *Homo aequalis – Genèse et épanouissement de l'idéologie économique*, Paris 1977, S. 26–30, Zitat S. 27.

83 J. JOYCE, *A Portrait of the Artist as a Young Man*, hg. von Chester G. Anderson, London 1968 (Reprint 1977), S. 266.

84 Anregend dazu P. ARIÈS, *Essais sur l'histoire de la mort en Occident, du Moyen Age à nos jours*, Paris 1975, S. 98–99.

Ausblendung der Vertragsfreiheit als Ergebnis, zu dem die den kodifikatorischen Grundpositionen innewohnende Logik zwangsläufig führen musste. Gerade diese ernüchternde Einsicht, die uns die Gegenwart vermittelt hat, führt uns auch dazu, das historische Kodifikationsbild mit anderen Augen zu betrachten. Dieses hatte sich feierlich als epochalen Versuch angekündigt, Liberalismus und Demokratie miteinander zu versöhnen, was dem Zusammenwirken von Freiheit und Gleichheit sinnvolle Perspektiven eröffnet hätte. Sucht man allerdings hinter dem bloss Programmatischen, was tatsächlich daraus geworden ist; befreit man das nur Geschriebene aus dem isolierenden Käfig, in den es vom juristischen Formalismus gesperrt worden war, um zu prüfen, was das Leben letztlich daraus gemacht hat, so lässt es sich nicht leugnen, dass die (voreilige und auch etwas naive) Rechnung nicht aufgegangen ist. Warum? Weil sie unmöglich aufgehen konnte. Liberalismus und Demokratie waren nämlich in gewissem Sinne unversöhnliche Gegner geblieben, wie viele weitere Episoden im Laufe des Jahrhunderts belegen dürften<sup>85</sup>. Und die Ambivalenz von Freiheit und Gleichheit wurde bald zugunsten der ersteren gelöst, deren Beanspruchung bestehende Ungleichheiten bestärkte und ganz neue entstehen liess. Sollte hier jemand einwerfen, dass man *nachher* ohnehin immer klüger ist und dass es ohne weiteres auch anders hätte kommen können, dann rufe ich ihm die Bestimmung eines helvetischen Verfassungsentwurfes in Erinnerung, die *bereits 1799* eine kaum anfechtbare Wahrheit in seltener Offenheit verkündet hatte: «Die Freiheit schliesst die Gleichheit nicht in sich»<sup>86</sup>.

### 3. Die ungelöste soziale Frage: Hinwendung zum Politischen

Soziale Antagonismen, wie sie sich erstmals in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts als Folge der Industrialisierung ausgebildet haben, um bald zur existenzbedrohenden «sozialen Frage» zu werden, haben ihre sperrige Präsenz auch noch in unserer Gesellschaft. Zwar treten sie heutzutage weniger offenkundig hervor, so dass wir uns deswegen nicht einmal mehr zu schämen brauchen. Dies jedoch nur, weil wir das Problem exportiert (was auf die Drittweltproblematik hinführt) bzw. verdrängt haben (wie die jüngsten Entdeckungen über die sog. «neue Armut» dramatisch belegen). Und (hoffentlich) immer dringender stellt sich die Frage, wie dem abgeholfen werden könne. Da eine effektive, d. h. durchwegs ausgleichende, Sozialisierung des Privatrechts unvorstellbar ist, solange die tragenden Strukturen dieses Rechts bürgerlich, daher formell-individualistisch bleiben, kann heutzutage die fällige Lösung der sozialen Probleme (worunter sich recht vielfältige Anliegen zu verbergen pflegen) nur noch durch die Intervention des Staates, auf dem Umwege über die Ausbildung von (öffentlichem) Sozialrecht, oder durch vermehrte praktische Kooperation mit Privaten erwartet werden. Damit befinden wir uns mitten in einer Entwicklung, die unter den Augen aller vor sich geht und nicht zuletzt als schleichende Veränderung des Staates bezeichnet werden mag. Charakterisiert ist sie durch wachsende Staatstätigkeit bzw. durch ständige Vermehrung der Staatsaufgaben. Zwar wäre dies an sich nicht neu, aber die Tendenz verschärft sich derart, dass man sich heute vermehrt Gedanken macht und fragt, ob, generell gesehen, dies der richtige Weg in die Zukunft sei; ob dem zum Sozialstaat gewordenen Riesenapparat dadurch nicht auch immer mehr Entscheidungen über die individuelle Lebensgestaltung übertragen werden, was allenfalls einen Zug

85 Eindringlich dazu F. WIEACKER, *Industriegesellschaft*, S. 10–15; P. CARONI, «Privatrecht», S. 146–155.

86 *Amtliche Sammlung der Acten aus der Zeit der Helvetischen Republik*, bearbeitet von J. STRICKLER, IV. Band (April–September 1799), Bern 1892, S. 1326.

zum Totalitarismus in sich bergen und für den Betroffenen psychologische Folgen haben könnte, die sich viel negativer auswirken als die konkrete Notsituation; ob die Finanzierung dieser vom Staat immer häufiger übernommenen bzw. ihm immer regelmässiger zugewiesenen leistungsgewährenden und lebensbegleitenden Funktionen nicht bald unlösbare Probleme bereiten wird, und dergleichen mehr. Mit diesen Ausführungen soll nicht etwa eine Moralpredigt eingeleitet, sondern ausschliesslich eine Lage geschildert werden, die die Juristen immer mehr dazu führt, die Aussagekraft der eigenen Grundkategorien zu relativieren, wenn nicht gar in Zweifel zu ziehen. Das gilt in diesem Zusammenhang auch für die überlieferte (aber eben nicht geschichtslose) Einteilung der ganzen Rechtsordnung in öffentliches und Privatrecht<sup>87</sup>. Sie scheint heute zusehends an deskriptivem Wert eingebüsst zu haben, weil sich die Beziehung zwischen Staat und Gesellschaft als Folge der dargestellten Entwicklung verändert hat, weil Nähe an Stelle von Distanz getreten ist und weil infolgedessen die sozialrechtlichen Massnahmen, mit denen der Staat immer höher geschraubte Erwartungen befriedigt, irgendwo *auf der Grenze* zwischen öffentlichem und Privatrecht zu stehen kommen. Was gelegentlich die Vermutung aufkommen lässt, dass sowohl diese grundsätzliche Dichotomie als auch die ihr zugrundeliegende Trennung von Staat und Gesellschaft letztlich nie absolut galten und wirklich autonome Bereiche voneinander abgrenzten, sondern eher mehr oder weniger verschleierte Formen der Kooperation und der doch harmonisierenden Übereinstimmung sanktionieren wollten<sup>88</sup>.

Diese Annahme führt aber nun wieder auf die Kodifikation zurück und lässt vielleicht das historische Bild, das man sich von ihr gemacht hatte, in anderen Farben erscheinen. Es war bislang das Bild eines autonomen und daher unpolitischen Privatrechts, genauer noch eines Privatrechts, dessen Logik dem staatlichen Zugriff entzogen war. Dieses Bild ist nun aber ins Wanken geraten und genau das hat seinen Niederschlag in der oben geschilderten Wandlung der Thematik gefunden. Plötzlich musste man erkennen, dass die Trennung nur eine Form der Kooperation war bzw. sein konnte, dass infolgedessen die Kodifikation ohne Zurückführung auf das «Politische» bzw. ohne Berücksichtigung des sie einschliessenden rechtlichen Umfeldes eine verstümmelte und unverständliche Botschaft darstellte. Dies mag der Grund sein, warum zuletzt genau dieses rechtliche Umfeld immer aufmerksamer analysiert worden ist, vor allem mit Bezug auf jene historischen Momente, in denen es sich besonders virulent artikuliert hat: zur Zeit der Ausarbeitung der grossen Kodifikationen<sup>89</sup> oder in Kriegszeiten, als es galt, eine rasche und möglichst wirksame Korrektur der jeweiligen privatrechtlichen Ordnung herbeizuführen<sup>90</sup>. Daher darf ich hier mit der zusammenfassenden Überlegung schliessen: Weil uns die Gegenwart lehrt, dass erst das politische (öffentlich-rechtliche) Umfeld die Valenz des kodifizierten Privatrechts bestimmt<sup>91</sup>,

87 Allg. dazu P. CARONI, «Privatrecht», S. 101ff.

88 Erste provisorische Hinweise in diese Richtung P. CARONI, «Privatrecht», S. 132–134.

89 So etwa H. P. BENOEHR, *Wirtschaftsliberalismus und Gesetzgebung am Ende des 19. Jahrhunderts*, Zeitschrift für Arbeitsrecht 8 (1977), S. 187–218.

90 Für die Schweiz vgl. R. HAAB, *Krisenrecht*, Basler Universitätsreden Heft 8, Basel 1936; K. OFTINGER, *Die Vertragsfreiheit*, in *Ausgewählte Schriften*, Zürich 1978, S. 46–62, sowie die auf S. 46 Anm. 1 aufgezeichnete weitere Literatur. Für Deutschland F. WIEACKER, *Industriegesellschaft*, S. 26ff., 39; U. SPELLENBERG, *Vom liberalen zum sozialen Privatrecht?*, in *Recht im sozialen Rechtsstaat*, hg. von M. REHBINDER, Opladen 1973, S. 23–67, bes. 34ff. Für Italien etwa F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, Rivista di diritto commerciale 1919, I, S. 1ff. Zuletzt dazu C. SALVI, *La giusprivatistica fra codice e scienza*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Rom/Bari 1990, S. 233–273, bes. 251ff.

91 P. CARONI, *Liberale Verfassung*, S. 21–22.

haben wir gelernt, dass auch historische Kodifikationen nur jenen Raum zu belegen vermochten, der ihnen jeweils vom Staat und von seiner (übrigen) Rechtsordnung zugestanden worden war. Aber eigentlich gehören diese raumausscheidenden und kompetenzzuweisenden Operationen, genauso wie die späteren, ständigen Neuvermessungen und Grenzregulierungen, untrennbar zur Geschichte des kodifizierten Rechts.

#### 4. Das Zeitalter der Dekodifikation<sup>92</sup>

Damit komme ich nun zu einer dritten Betrachtung, in der auch die bisherigen Überlegungen mühelos einmünden und die vielleicht noch direkter erklärt, warum wir die Kodifikationsgeschichte heute anders verstehen als etwa bis zur Mitte unseres Jahrhunderts. Etwas überspitzt formuliert, *weil wir sie nämlich erstmals als eigentliche Geschichte erleben*, d. h. als eine zeitliche Parabel, deren Kurve sich allmählich neigt. Unsere Zeit ist, wie Natalino Irti es kürzlich prägnant ausgedrückt hat, «l'età della decodificazione»<sup>93</sup>, d. h. die Zeit, in der alle jene Überzeugungen und Einrichtungen, die wir als konstitutiven Kern unserer Kodifikationstheorie erkannt hatten, plötzlich zu wanken beginnen und immer entschiedener durch ganz anders gewichtete Gesetzesmodalitäten ersetzt werden. Da aber die Entwicklung gerade im Gange und das Thema daher auch rechtspolitisch hochaktuell ist, soll hier daraus bloss das hervorgehoben werden, was zur Belegung meiner obigen Aussage brauchbar ist.

Äusserlich besteht die Dekodifikation in einer rückläufigen Bewegung, durch die insbesondere die vom Gesetzbuch herbeigeführte soziale und systematische Einheit rückgängig gemacht wird, was konkret dazu führt, dass die Kodifikation aufhört, Epizentrum der privatrechtlichen Ordnung zu sein und progressiv durch die Entstehung gleichrangiger und daher autonomer Sondergesetze ausgehöhlt wird<sup>94</sup>. Dies erfolgt aber keineswegs grundlos oder zufällig. Vielmehr äussert sich darin eine soziale Entwicklung, die die bisherige einheitliche Erfassung aller Rechtsadressaten – wie sie die bürgerliche Kodifikation intendiert hatte – nun entbehren kann, weil sich Gruppen von Rechtsadressaten bzw. -empfängern absondern und eine jeweils spezifische (und in diesem Sinne immer auch formell privilegierende) Behandlung seitens des Staates erwarten. Und dies seitens eines Staates, der sich selbst mitverändert und diese Entwicklung begünstigt: weil er auf Distanz und einseitige Herrschaft verzichtet, um sich der Kooperation, der Entscheidungsteilnahme durch Dritte, dem Zusammenwirken und der Arbeitsteilung mit dem Bürger zu öffnen, der infolgedessen auch vermehrt in der Form der Verständigung und des Vertrages, somit auch des Sonderrechts, tätig wird. Aus dem hoheitlich-autoritären wird somit zunehmend ein einverständlich handelnder, eben kooperativer Staat, der für Gruppenanliegen zugänglich ist. Damit werden vermehrt – um nicht zu sagen regelmässig – Situationen herbeigeführt, in denen Staat und Gesellschaft sich faktisch gleichgestellt begegnen und eine bloss sektorielle Befriedigung rechtlicher Erwartungen anstreben. Dies kann nicht zuletzt – aber das ist

92 Einleitendes dazu P. CARONI, «Privatrecht», S. 96ff.

93 So der Titel eines Buches, das 1989 in dritter Auflage erschienen und bezeichnenderweise nördlich der Alpen kaum zur Kenntnis genommen worden ist.

94 Da mir zuletzt der – eigentlich humorvolle – Vorwurf der «Kodifikationsbegeisterung» nicht erspart worden ist (Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 12, 1990, S. 98), möchte ich hier ausdrücklich festhalten, dass ich alle Ausdrücke und Metaphern, mit denen ich die dekodifikatorische Entwicklung zu schildern versuche (rückläufige Bewegung, soziale Desintegration, Aushöhlung des Gesetzbuches usw.), ohne jeglichen negativen Beigeschmack einsetze.

vorliegend kein Thema – mit einem Verlust an rechtsstaatlicher Autorität verbunden sein.

Nun aber geschieht mit Bezug auf unsere Fragestellung, wie in der Geschichte schon so oft und wie es übrigens auch der persönlichen Erfahrung entsprechen mag, dass man das, was man möglicherweise bald verlieren kann und damit entbehren muss, plötzlich anders und intensiver sieht. Erst die Ahnung vom bevorstehenden Abschied schafft jene Distanz, die es uns ermöglicht, das bisher Erlebte als Gewesenes, d. h. als abgeschlossene Entwicklung, zu empfinden, deren Geschichtlichkeit erstmals richtig ganz erfassbar, daher auch glaubwürdig darstellbar ist. Aus diesem Grunde verbinden wir heute mit der Vorstellung der historischen Kodifikation andere Werte und, vielleicht, differenziertere Einsichten.

### 5. Die rückläufige Abstraktion

Die geschilderte politische und soziale Entwicklung hat nicht nur den bisherigen thematischen Horizont der Kodifikationsgeschichte beträchtlich erweitert, sondern auch die Beziehung zum Erziehungsmodell aufgedeckt, das diesem Horizont eigen war. Dem begriffsjuristischen Formalismus verhaftet, den die deutsche Pandektistik zum Inbegriff einer streng wissenschaftlichen Methode emporstilisiert hatte, hat dieses Modell während Generationen junge Juristen dazu erzogen, sich auf das rein Rechtliche zu konzentrieren und aus ihrem Tätigkeitsbereich Ausserrechtliches (wie z. B. das Sittliche, das Wirtschaftliche, das Politische usw.) zu verbannen. Es propagierte *Abstraktion*, weil es in ihr eine wichtige Voraussetzung für die Objektivität und Neutralität der Rechtswissenschaft erblickte. Und weil es davon überzeugt war, dass eine rein begriffsjuristische Anwendung oder Kombination abstrakter gesetzlicher Normen schon deswegen wirklich und gerecht sei, wenn sie den Gesetzen der formalen Logik entspreche. So kam es, dass sich die Juristen während Jahrzehnten nur noch für ihre Begriffe interessiert und all das gezielt und selbstsicher vernachlässigt haben, was sie in ihren Überzeugungen hätte verunsichern können. Dass sie die «Rechtssoziologie» von Max Weber, die bereits zwischen 1911 und 1913 niedergeschrieben worden war und erstmals eine viel differenziertere und nicht zuletzt entmystifizierende Sicht der Kodifikationsgeschichte vermittelte, nicht zur Kenntnis nahmen, kann man ihnen demnach gar nicht übelnehmen.

Stellt man heute jedoch erneut die Frage nach der rechtspolitischen Valenz der kodifikatorischen Abstraktion, so lautet das Urteil freilich anders. Es übersieht nicht mehr, dass durch die Abstraktion das Ungleiche bloss versteckt wurde, ohne es neutralisieren, geschweige denn abschaffen zu können. Es lebt vielmehr in verdrängter Form weiter und kommt – mittelbar und freilich nur für diejenigen, die es sehen wollen – im Prinzip der bloss formellen Gleichheit zum Ausdruck<sup>95</sup>. Das Ungleiche muss daher wieder ausgegraben werden, um die effektive Tragweite der abstrakt verkündeten Gleichheit feststellen zu können. Das haben uns die politische und soziale Entwicklung auch mit Bezug auf die Kodifikationsgeschichte gelehrt: dass nämlich ein umfassendes Bild auch dieser Geschichte erst dann möglich sein wird, wenn wir all das wieder erkannt, aufgelistet und verwertet haben, was auf dem Weg der Entstofflichung ausgeblendet worden ist. Man könnte auch sagen: die Abstraktion muss rückgängig gemacht werden, um eine unverstellte Sicht der Kodifikation zu gewinnen.

95 P. CARONI, «Privatrecht», S. 64–67.

## 6. Zur helvetischen Verzögerung

Es ist oben kurz darauf hingewiesen worden, dass die Wandlung der kodifikationshistorischen Thematik auch mit Bezug auf die Schweiz festgestellt werden kann, hier allerdings mit einer gewissen Verzögerung eingetreten ist. Diese fällt um so mehr auf und sucht nach einer Erklärung, weil sie vermutlich mit der eher ablehnenden Haltung gegenüber dekodifikatorischen Strategien<sup>96</sup> in Zusammenhang steht. Wie soll aber das späte Einlenken gegenüber einer Tendenz gedeutet werden, die sich im rechtlichen Alltag der meisten europäischen Staaten bereits unübersehbar ausgewirkt hat? Einmal mehr mit dem stereotypen und phantasielosen Hinweis auf die kulturelle Trägheit des Landes bzw. auf die geistige Lethargie jener, die vom Schicksal mit materiellen Gütern überhäuft worden sind? Das Topos – wie auch seine Umkehrung<sup>97</sup> – ist zwar allgemein bekannt, würde aber vorliegend recht wenig erklären. Wir benötigen andere Deutungen, die nicht zwangsläufig auf pathologische Zustände zurückführen, sondern aus der besonderen Geschichte des Landes abgeleitet werden können bzw. als mögliche Folge jener singulären Abläufe erscheinen, die unsere Überlieferung immer wieder belebt haben. Zweierlei scheint mir in dieser Hinsicht denkbar:

a) Ausgehen möchte ich tatsächlich von einer solchen Besonderheit, die sich wie ein roter Faden durch viele Jahrhunderte eidgenössischer Geschichte zieht und damit in der Tat eine besondere Kontinuität markiert: von der effektiv ununterbrochenen Präsenz demokratischer Regierungsformen. Wenn auch im einzelnen sachlich, zeitlich und räumlich differenziert, und dies eigentlich ein Grund zur Ernüchterung wäre, so wird man letztlich nicht leugnen können, dass die hierzulande praktizierten Regierungsformen, bereits wegen ihrer republikanischen Ausrichtung, genossenschaftlicher ausfielen, als im monarchischen Ausland. Dies soll hier nüchtern und ohne Pathos festgehalten werden. Diese Tradition aber hat sich insbesondere nach den bürgerlichen Revolutionen ausgewirkt und eine Beziehung zwischen Staat und Gesellschaft herbeigeführt, die weniger als apodiktische Trennung, sondern eher als organisatorische Differenzierung aufeinander bezogener, komplementärer Bereiche erscheinen mag<sup>98</sup>.

Vermutlich aus diesem Grunde, und weil man auch stets die gegenseitige Beeinflussung beider Sphären als unproblematische Situation zu erleben bereit war, ist es in der Schweiz auch im 19. Jahrhundert, als sich die Privatrechtswissenschaft so richtig etablierte, nicht zu deren Abschottung gegenüber der Gesellschaft und der Politik gekommen. Die Zivilistik wurde vielmehr hierzulande zu einer Lehre, deren Autonomie – etwa im Vergleich zur französischen oder deutschen Entwicklung – eng gezogene Grenzen haben musste. Eine Lehre, die infolgedessen der deutschen Begriffsjurisprudenz keine grossen Chancen liess<sup>99</sup> und der auch – spätestens seit der Zeit der Zürcher

96 Zusammenfassend dazu P. CARONI, «Privatrecht», S. 98–99. Zur Ablehnung der Dekodifikation vgl. etwa E. A. KRAMER, *Die Lebenskraft des Schweizerischen Obligationenrechts*, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 102 (1983) I, S. 241–276, bes. S. 263ff.

97 Vgl. etwa S. ZWEIG, *Die Welt von gestern – Erinnerungen eines Europäers*, Frankfurt a. Main 1981, S. 339; C. SEELIG, *Wanderungen mit Robert Walser*, Frankfurt a. Main 1977, S. 63, 74, 78, 168. Aber diese Zitate, die hier wahllos erfolgten, könnten beliebig vermehrt werden.

98 P. CARONI, «Privatrecht», S. 125–155, bes. 125–126, 132, 154–155.

99 Zusammenfassend dazu A. EGGER, *Über die Rechtsethik des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 2. Aufl., Zürich 1950, S. 45; SIMONIUS, *Quelques observations sur le rôle de la doctrine dans l'application des dispositions générales du CO*, in *Semaine judiciaire* 71 (1949) S. 201–224; derselbe, *Über Bedeutung, Herkunft und Wandlung der Grundsätze des Privatrechts*, in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht NF* 71 (1952), I, S. 237–273; H. PETER, *Vom Einfluss der deutschen Zivilrechtswissenschaft auf die Schweiz*, Festschrift K. S. Bader, Zürich/Köln/Graz

Privatrechtskodifikation von 1853 bis 1855<sup>100</sup> und bis zum ZGB – die soziale Gestaltung des Privatrechts ein traditionelles Anliegen geworden war. Es erstaunt daher nicht, dass bereits vor dem Eintreten der oben geschilderten sozialen und politischen Wandlung die Kodifikation nie als isolierte, rein juristische Erscheinung bzw. als Ergebnis einer ausschliesslich dogmatischen Elaboration betrachtet wurde, sondern stets auch als Ordnung, hinter der das Wirken, aber auch die Grenzen bestimmter politischer und sozialer Optionen stets gut zu sehen waren. Iso Kellers umfassende Untersuchung aus dem Jahre 1947 zu den ethischen und technischen Aspekten moderner Kodifikationen<sup>101</sup>, sowie Peter Livers Interpretation des schweizerischen ZGB im Lichte der Beziehung «Individuum-Gemeinschaft» sowie «Tradition und Reform»<sup>102</sup> sind für sich sprechende Beispiele einer solchen frühen Beschäftigung mit «undogmatischen» Aspekten der kodifikatorischen Entwicklung. Einer Beschäftigung also, die nicht erst später – nach der mehrfach besprochenen Wandlung – spektakuläre Früchte zu Tage förderte.

b) Dass mit dem Hinweis auf die Konstanz einer stets sozialbezogenen rechtlichen Betrachtung alle Eigenheiten der schweizerischen Kodifikationsforschung erklärt werden können, ist allerdings eher unwahrscheinlich. Sicher sind auch andere Gründe mit im Spiel. Auf der Suche nach ihnen fällt die Widerwilligkeit auf, die man bei uns der Vorstellung von einer Kodifikation als einer einseitigen, schichtspezifischen oder gar klassenbezogenen Gesamregelung stets entgegengebracht hat. Was keineswegs im Widerspruch zu der vorhin (lit. a) geäusserten Vermutung zu stehen braucht. Denn auch die Modalität der Berücksichtigung der sozialen Relevanz eines Gesetzes verrät politische Optionen: sie muss daher nicht unbedingt zur Entlarvung antagonistischer Züge führen, sondern kann ebensogut das Gesetz als gelungenen, weil tendenziell klassenversöhnenden Kompromiss feiern, dem sowohl in politischer als auch in sozialer Hinsicht integrierende Funktion zukommt. Dass beides nicht nur denkbar ist, sondern auch tatsächlich bereits stattgefunden hat, beweist die unterschiedliche Reaktion der Sozialisten auf die Privatrechtskodifikation in Deutschland und in der Schweiz<sup>103</sup>.

Jedenfalls suggeriert möglicherweise eine staatsbürgerliche Praxis, die traditionell demokratische Mitwirkung ermöglichte, eine besondere Sichtweise, die das jeweils Beschlossene nicht gerne als Ergebnis einseitiger Machtpolitik erscheinen lässt. Danach hat das Gesetzbuch als Spiegelbild der demokratischen Tradition zu gelten und deutlicher noch als Symbol für etwas, «was die Nation zusammenhält»<sup>104</sup>. Wer es nicht von vornherein als demokratischen Kompromiss gelten lässt, weil er etwa darauf hinweist, dass auch wir – trotz Demokratie – nur eine Gesellschaft von Ungleichen sind; wer infolgedessen im Gesetzbuch den Ausdruck dieser sozialen Situation und

1965, S. 321–342. Das Thema ist jedoch voller Facetten und müsste endlich grundsätzlich aufgegriffen werden.

100 Zur zürcherischen Privatrechtskodifikation, die im In- und Ausland Aufsehen erregte, vgl. etwa P. LIVER, *Allgemeine Einleitung*, S. 25ff., N. 39ff.

101 I. KELLER, *Rechtsethik und Rechtstechnik in der modernen kontinentaleuropäischen Zivilgesetzgebung, am Zürcher Privatrechtlichen Gesetzbuch als Hauptbeispiel erläutert*, Aarau 1947.

102 P. LIVER, *Allgemeine Einleitung*, S. 39–52, N. 76–115.

103 Vgl. dazu die vorne bereits zitierten Autoren T. VORMBAUM und K. ROTHENBÜHLER (Anmerkungen 69 und 79) sowie die Zusammenfassung *Die Postulate der sozialdemokratischen Partei zum eidgenössischen Zivilgesetzbuch*, Schweizerische Juristen-Zeitung 2 (1905–1906), S. 4–7.

104 So der Berner Nationalrat Rudolf BRUNNER, *Über das Schweizerische Obligationen- und Handelsrecht*, Bern 1880, S. 36.

nicht eine objektive, neutrale, allen gleich entgegenkommende Ordnung sieht, der gerät in Widerspruch zu einer heiligen Tradition und bleibt unbeachtet. Aus Angst davor hat man sich hierzulande vielleicht lange dagegen gewehrt, der sozialen Dialektik der Gesetzbücher tatsächlich nachzugehen<sup>105</sup>.

## VII. Schlussbetrachtungen

Was bleibt am Ende dieser langen Reise durch die kodifikatorische Landschaft, die sich schliesslich als idealer Tummelplatz so vieler Strategien, Wandlungen und Entwicklungen, wie auch ideologischer Operationen, erwiesen hat?

Einerseits die Gewissheit, die bisherige Thematik durch das Eingehen auf viele bislang unerkannte Aspekte ausgeweitet zu haben. Freilich sollte dabei jeder euphorischen Charakterisierung (als Entdeckung oder als Fortschritt) konsequent aus dem Weg gegangen werden. Wenn wir heute mehr sehen (aber bereits darüber liesse sich streiten), so bestimmt nicht, weil wir klüger, besonnener oder erfahrener wären. Sondern bloss, wie oben bereits hervorgehoben, weil wir in einer anderen Zeit leben, so dass die Brillen, mit denen wir die altvertraute Landschaft beobachten, neue sind und aus diesem Grunde bisher unbemerkte Details verraten. Auch der Begriff der Kodifikation, von dem hier ausgegangen wurde und der so viel präjudiziert, ist nicht einfach der richtige, sondern eben nur *unser* Begriff gewesen, den kommende Generationen mit derselben Berechtigung relativieren bzw. aufgeben werden, mit der wir uns früherer Begriffe entledigt haben. Dies zu betonen scheint mir am Schluss dieses beinahe autobiographischen Berichtes, mit dem ich mich von einer Problematik verabschieden möchte, die mich während mehr als zwei Jahrzehnten gefesselt hat, mehr als eine moralische Pflicht. Ich kann dabei auch nicht verschweigen, dass mir bei dessen Niederschrift immer wieder die Worte vorschwebten, mit denen der Dichter das Recht der Nachkommen betont, über Vergangenes anders zu denken:

«Le cose che a noi parvero tanto splendide e giuste  
sapranno dimostrarcele, loro, insensate e fruste,  
variando cose identiche senza troppe fatiche,  
come dicemmo in altra guisa noi parole antiche»<sup>106</sup>.

Damit soll freilich keineswegs verneint werden, dass sich gelegentlich Einsichten ausbilden, die den Wandel der Anschauungen und der jeweiligen Thematik überdauern und dadurch Momente jener Sicherheit vermitteln, die sonst nur Stammbäume ausstrahlen. Dies ist m. E. auch mit Bezug auf unsere Thematik der Fall gewesen. So würde ich abschliessend annehmen, dass mindestens folgende unterwegs gemachte Beobachtungen nicht mehr so leicht vom kodifikatorischen Horizont verdrängt werden können.

a) Zuerst die Einsicht, dass eine umfassende Rekonstruktion der Tragweite, die dem kodifizierten Recht in einer bestimmten historischen Gesellschaft zukam, ohne Be-

105 Belege und weiterführende Betrachtungen bei P. CARONI, «Privatrecht», S. 98–99, 130–131, 154–155.

106 Da – soweit ich es zu überblicken vermag – eine deutsche Übersetzung der nicht zum klassischen corpus der 154 «zugelassenen» Gedichte von Constantinos Kavafis immer noch fehlt, zitiere ich hier die 1974 erschienene italienische Version: C. KAVAFIS, *Poesie nascoste*, Mailand 1974, S. 85.

rücksichtigung des politischen und sozialen Hinterlandes eines Gesetzbuches bzw. ohne Zurückführung auf das ihm zugrundeliegende Sozialmodell stets unmöglich bleiben wird, oder doch bloss ideologische Dienste versehen kann (was allerdings gelegentlich erwünscht sein mag). Dies um so mehr, als die von uns primär angesprochenen Kodifikationen – jene bürgerlicher Herkunft – auf dem Wege der Abstraktion, d.h. einer immer auch rechtspolitisch folgenschweren Operation, entstanden waren, daher auch nur durch Rückgängigmachen der Abstraktion ganz durchschaut werden können.

b) Sodann die Überzeugung, dass keine Kodifikation sich damit bescheiden konnte, die Wirklichkeit zu postulieren bzw. zu bestätigen. Weil es auch keiner je gelang, ausschliesslich Spiegelung der bereits geltenden rechtlichen Ordnung zu sein. Damit soll auch behauptet werden, dass jede Kodifikation bewusst oder unbewusst die Wirklichkeit immer transzendierte und in mehr oder weniger umfassender Art neu gestaltete<sup>107</sup>. Dies gilt *auch* für jene Kodifikationen, die bloss auf formelle Neuordnung der Überlieferung tendierten, und sich daher gerne als blosser Aufzeichnungen verstanden: nicht zuletzt weil die Bestätigung der Wirklichkeit immer auch deren Veränderung bewirkte.

107 Zur rechtserneuernden Wirkung der Kodifikation vgl. P. CARONI, «Privatrecht», S. 56, 73–75.