

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	47 (1928)
Heft:	1
Artikel:	Der Eigentumsbegriff und das Unternehmen : zugleich eine Anzeige von Hans Oppikofers Unternehmensrecht
Autor:	Fehr, Hans
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-895881

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 01.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Der Eigentumsbegriff und das Unternehmen.

(Zugleich eine Anzeige von Hans Oppikofers
Unternehmensrecht.¹⁾)

Von Prof. HANS FEHR, Bern.

I.

Unser heutiger Begriff des Unternehmens liegt völlig im Dunkeln. Nirgends, weder in der Gesetzgebung noch in der Rechtsprechung ist er juristisch klar umgrenzt, klar erfasst. Da und dort stösst man auf die Ansicht, das Unternehmen sei eine Sache im Rechtssinne. Am folgerichtigsten geht darin die französische Rechtsprechung vor. „Französische Gerichte haben Sachenrechte am Unternehmen geschützt und Unternehmungsverpfändungen anerkannt, noch bevor ein besonderes Gesetz Unternehmungshypotheken guthiess und ergänzend regelte“ (S. 137).

Diese im ganzen verschwommene Rechtslage leuchtet jedem ein, der sich klar darüber wird, dass der heutige Sach- und Eigentumsbegriff viel zu enge ist, um ein Gebilde wie das Unternehmen zu erfassen. Wir kleben noch zu stark an römischen Vorstellungen. Wir sehen im Eigentum noch viel zu sehr die unbeschränkte, rein sachenrechtliche Herrschaftsmacht über eine Sache. Wir fassen das Eigentum viel zu starr, viel zu körperhaft auf. Wir kommen auf dieser Bahn nicht weiter. Die statische Auffassung ist veraltet; denn sie ist nicht fähig, gerade die wichtigsten Gebilde, wie das Unternehmen,

¹⁾ Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung. Tübingen, J. C. B. Mohr, 1927. XI u. 148 Seiten. Mk. 7.20. Die in Klammern stehenden Seitenzahlen des Textes beziehen sich auf das Buch Oppikofers.

zu erklären. Die wirtschaftliche Wirklichkeit ist da, in Hunderten von Formen da und das heutige Recht hat nicht Schwung und Elastizität genug, diese Formen lebenswahr einzufangen. Dieses „organisierte Eigentum“, wie ich es in meinem Buche: „Recht und Wirklichkeit“ (1928) nenne, lässt sich eben statisch, körperhaft gar nicht erfassen. Das organisierte Eigentum, zu welchem das Unternehmen gehört, ist nur dynamisch zu begreifen. Wir sollen in erster Linie nicht mehr nach der Substanz forschen. Im Vordergrunde steht nicht mehr — wie heute noch — die Frage, ob Sachen oder Rechte, ob Hauptsachen oder Zubehörde, ob körperliche Sachen oder Immateriale Rechte, ob Einzelsachen oder Gesamtsachen den Bestand des Unternehmens ausmachen. Gewiss, diese Unterscheidungen werden bleiben und oft noch rechtlich hervortreten. Aber diese statische Konstruktion ist nicht fähig, einen Oberbegriff zu erzeugen. Der Oberbegriff, der Eigentumsbegriff ist dem heutigen Leben anzupassen. Der Eigentumsbegriff ist heute dynamischer, nicht statischer Art. Auf Zweck, auf Wirkung, auf Funktion, auf Kräfteentfaltung, auf Zusammenarbeit aller Teile ist das organisierte Eigentum abgestellt. Die Zweckidee steht weit stärker im Vordergrund, als die Sachidee. Das organisierte Eigentum ist zweckgebundenes Eigentum. Es ist eine Einheit der verschiedensten Rechtsgüter, die durch Zwecke rechtlich und wirtschaftlich verbunden sind. Eigentümer ist der, der diese zweckgebundenen Rechtsgüter in seiner Hand vereinigt, ganz gleichgültig, ob er eine Einzelperson, eine Personengesamtheit oder eine juristische Person darstellt. Auf den Träger, auf das Subjekt, kommt es nicht an. Auch eine Einzelperson kann Träger von organisiertem Eigentum sein. Die Funktion, die Dynamik des Ganzen entscheidet allein.

Die Jurisprudenz wird diesen neuen Eigentumsbegriff nicht von einem Tag zum andern schaffen können. Das ist mir wohl bewusst. Aber sie soll wenigstens ihre Zielrichtung

ändern. Sie soll sich klar machen, dass eine Fülle von Erscheinungen vom alten, körperhaft gestalteten Eigentum aus einfach nicht erklärt werden kann. Nur der kleinere, unbedeutendere Teil, den man das bürgerliche Eigentum nennen kann, ist noch heute statisch fassbar. (Recht und Wirklichkeit S. 117). Das organisierte Eigentum nimmermehr. Wir werden eine ganz andere, der Wirklichkeit viel konformere Rechtsprechung bekommen, wenn wir es wagen, den alten Eigentumsbegriff aufzugeben. Der Kaufmann, der Fabrikant, der Gewerbetreibende, sie alle werden aufatmen.

II.

Die ausgezeichnete Monographie Oppikofers gibt einen höchst interessanten Einblick in diesen Gedankengang, wenn auch dem Verfasser nicht ganz klar geworden ist, dass sein Thema letzten Endes von der grossen Frage beherrscht wird: wann und wie fechten dynamisches und statisches Recht einen Kampf miteinander aus? Ist nicht die Geschichte der Unternehmungsformen, die er uns vorführt, identisch mit einer Geschichte statischer und dynamischer Rechtsauffassung?

Er beginnt mit der Untersuchung der römischen Unternehmungsformen. Er nimmt den römischen Fundus unter seine Lupe und streift das gewerbliche Unternehmen der Römer. Wenn auch zugegeben werden muss, dass funktionelle Elemente in diesem Rechte enthalten sind (Hauptbeispiele: die Zweckwidmung der Zubehör), so war doch der Unternehmungsbumpriff durchaus beherrscht vom körperlichen Sachinbegriff. Alles war auf sachenrechtlicher Basis aufgebaut, alles schliesslich gemeistert durch den statisch geformten Eigentumsbegriff. Nur daraus erklärt sich z. B. restlos die Unmöglichkeit im römischen Recht, ein Unternehmen mit all seinen Teilen *uno actu* zu übertragen. (S. 45.) Dem römischen Rechte konnte eine rechtlich wertvolle Erfassung des Unternehmens gar nicht gelingen.

III.

Einen scharfen Gegensatz bildet das mittelalterliche Unternehmensrecht. In sorgfältiger Analyse werden das Agrarunternehmen, die Organisation der Eigenkirche (von neuen, brauchbaren Gesichtspunkten aus), der Begriff der Zubehör usw. gemustert. Auch wird festgestellt, dass das Unternehmen weder zu den Mobilien noch zu den Immobilien gerechnet wurde. Die Frage aufzuwerfen war kaum notwendig; denn sonst wären ja auch im deutschen Rechte rein sachenrechtliche Momente massgebend gewesen. Mit dem Paragraphen 9 beginnt der positive und richtige Aufbau des Ganzen: das Unternehmen als soziale Organisation. Es wird gezeigt, dass das mittelalterliche Agrarunternehmen eine Fülle sozialer Berechtigungen und Verpflichtungen in sich schloss, dass darin Heeresrechte, Gerichtsrechte, Steuerrechte, Abgabenrechte, Nutzungsrechte, Baurechte usw. steckten und dass man weder das Verhältnis des Grundherrn zum Hintersassen, noch das Recht des Grundherrn zum gesamten Unternehmen als reines Vermögensrecht oder gar als Sachenrecht konstruieren darf. „Offensichtlich ist es falsch,“ sagt der Verfasser, „mit den geläufigen modernrechtlichen Begriffen des Privatrechts das mittelalterliche Recht an einer solchen Organisation abklären zu wollen“ (S. 102). Und damit ist der zweite grosse Unterschied zum römischen und zum Eigentumsbegriff von heute gewonnen: die sozialrechtliche Färbung des Grundeigentums. Das Mittelalter wollte von einem individualistischen Eigentumsbegriff nichts wissen. Es konnte nichts davon wissen, da ihm die grundsätzliche Trennung von öffentlichem und privatem Rechte unbekannt war, da es neben Berechtigungen überall zugleich Verpflichtungen kannte. Nur mit einer blutlosen, unwirklichen Konstruktion liesse sich ein solcher Organismus auseinanderreissen in eine private und in eine öffentliche Seite. Leider ist dies immer und immer wieder geschehen. Nicht zum Vorteil unserer Erkenntnis, eben immer noch

romanistisch befangen. Oppikofer verfällt diesem Fehler nicht. Er gelangt zu einer echt deutschrechtlichen Begriffsbestimmung, wenn er betont, dass das Recht am Agrarunternehmen als ein einheitliches, Sachen und organisationszugehörige Arbeitskräfte zugleich treffendes Herrschaftsrecht aufgefasst werden müsse (S. 102). Im Sinne eines zweckgebundenen sozialen Herrschaftsbereiches stellte denn auch dieses Unternehmen eine rechtliche Einheit dar. Es konnte als Einheit verkauft, verschenkt, verpfändet, verliehen werden.

IV.

Die neuzeitliche Entwicklung ging im Krebsgange. Das eindringende römische Recht und der zunehmende Kapitalismus schalteten zwei Wesenselemente im Eigentumsbegriff aus: das dynamische und das soziale. Es machte sich ein statischer und individuell gestalteter Begriff vom Eigentum breit und verdrängte auf Jahrhunderte die alte, so wirklichkeitswahre Grundidee. Daher die ganze Unbeholfenheit der neueren Rechtsprechung im Gebiete des Unternehmens. Man braucht ja nur eine einzige bedeutsame Frage herauszuheben, etwa: was fängt der Richter mit dem für ein Unternehmen so wichtigen Rechte der Kundenschaft und des guten Rufes an? (Englisch-amerikanisch goodwill, deutsch etwa Façonwert genannt, französisch clientèle und achalandage.) Nur sehr zögernd bequemten sich die Gerichte dazu, diese Rechtswerte richtig zu beurteilen und sie etwa „als Akzessorium“ des Unternehmens zu erklären (S. 121). Vor diesen Werten versagt der körperhafte Eigentumsbegriff vollständig. Sie sind rein dynamisch, nach ihrer Funktion, nach ihrer Wirkung zu erfassen und zu bemessen.

Und das soziale Element? Dies berücksichtigt Verfasser im neuzeitlichen Abschnitt allzuwenig. Aber auch hier genügt ein Blick in die heutige Lehre vom Tarifvertrag, überhaupt vom gesamten Verhältnis der Arbeiter zum Unternehmen, um die Ratlosigkeit der Gesetzgebung und

Rechtsprechung zu konstatieren. Doch der Auftakt zu frischer, wirklichkeitswahrer Erfassung dieser Dinge ist gegeben. Aber erst dann wird uns eine lebensvolle Konstruktion des Unternehmensbegriffes gelingen, wenn wir zwei Elemente aus dem mittelalterlich-deutschen Eigentumsbegriffe wieder hervorholen: das dynamische und das soziale. Der Form nach sind sie neu zu prägen. Das weiss ein jeder. Denn alle Formen der Geschichte sind einmalig.

V.

Noch eine letzte Bemerkung sei erlaubt. Das deutsche Recht, auf seiner klassischen Stufe angelangt (12. und 13. Jahrhundert), stützte sein ganzes Sachenrecht weit mehr auf den Begriff der Gewere, als auf den Begriff des Eigentums. Dies hing damit zusammen, dass das Rechtsdenken mit einem abstrakten, körperhaft juristischen Gebilde, wie dem des Eigentums, nichts anzufangen wusste. Die praktisch wichtigste Frage im Sachenrecht lautete daher nicht: Wer ist Eigentümer dieser Sache, dieser Organisation, dieses Unternehmens, sondern vielmehr: Wer nutzt den Gegenstand körperlich oder geldmässig? Vgl. die bekannte Stelle im Sp. Lehnrecht 14, § 1. Es wurde also nicht nach dem Haben, sondern nach der Funktion des Habens gefragt. Wer das Gut „in nut unde in gelde hevet unde den tins der ut nimt“, der hatte die Gewere am Gute und wurde geschützt. Beim Unternehmen als sozialer Organisation (wie es Oppikofer richtig erkannt hat) wurde demnach untersucht, wem die Hintersassen Zins und Steuer zahlten, wem sie Gerichts- und Heeresdienste leisteten, wer ihnen Schutz und Schirm zu gewähren hatte usw. Zu wessen Gunsten die Antwort ausfiel, dem wurde die Gewere am Unternehmen zugesprochen. Wir sehen: auf die Wirkung des dahinter stehenden Rechtes kam alles an und man zerbrach sich wenig den Kopf darüber, ob dieses Recht Eigentum, Pfandrecht-, Leihe- oder Lehnrecht war. Diese statische Frage wurde in unzähligen Fällen gar nicht gestellt, während sie bei der

modernen Entscheidung im Mittelpunkte steht und deren Fundament bildet. Die deutsche Gewere ist ein dynamischer Begriff und muss als solcher gewertet werden. Solange wir einen statischen Massstab ansetzen, wird sie sich wissenschaftlich niemals erklären lassen.

Und selbst da, wo das Eigentum, nicht die Gewere, ausschlaggebend wurde, fehlte es im deutschen Rechte nicht an einer dynamischen Erfassung dieses Rechts. Paul Puntschart hat in seinem jüngsten Aufsatze wesentlich zu dieser Erkenntnis beigetragen (Z. für Rechtsgeschichte Germ. Abt. Bd. 43 66 ff.). Er sagt: „Wirklich ist das deutsche Eigentum zunächst wesentlich Zugehörigkeit, Zuständigkeit im Sinne des rechtlichen Verbandes der Sache mit der Person für alle Zwecke, zu deren Verwirklichung die Sache taugt, soweit die Zwecke von der Rechtsordnung anerkannt werden“ (S. 98). In welch weite Ferne ist hier alles statisch Körperhafte verflogen! Übertragen wir diese Gedankengänge auf die Gestaltung des Unternehmensrechts im zwanzigsten Jahrhundert, so dürfen wir der ernsten Mahnung nicht entgehen, unsern Eigentumsbegriff, ja unser gesamtes Sachenrecht wieder weit mehr dynamisch einzustellen, auf Zweck und Wirkung gerichtet, als statisch, nur das Körperhafte der Dinge begreifend.