

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: 87 (1968)

Artikel: Strukturprobleme des Gesellschaftsrechts : zur Bedeutung der Typuslehre für das Recht der Personengesellschaften und juristischen Personen

Autor: Mengiardi, Peider

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-895847>

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: 06.01.2026

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

STRUKTURPROBLEME DES GESELLSCHAFTSRECHTS

ZUR BEDEUTUNG DER TYPUSLEHRE FÜR DAS RECHT DER PERSONENGESELLSCHAFTEN UND JURISTISCHEN PERSONEN

Referat von

Dr. PEIDER MENGIARDI

Stellvertretender Direktor der Allgemeinen Treuhand AG, Basel

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis	4
Vorwort	15

1. Abschnitt

Das Problem und der Problemzusammenhang

§ 1 <i>Das Problem</i>	17
I. Betrachtungen zur Rechtswirklichkeit	17
II. Rechtswirklichkeit und gesetzliche Ordnung	29
§ 2 <i>Der Problemzusammenhang</i>	36
I. Rechtsfindung als Problem der Gesetzgebung.	36
II. Die Funktion des Rechts	37
III. Gedanken zur Frage nach der Bestimmung des Rechtsinhalts	40
IV. Was bedeutet «richtiges» Recht ? Realfaktoren und Idealfaktoren des Rechts	45
V. Fragen der System- und Begriffsbildung	51
VI. Gesetzgebung und Rechtswissenschaft	60

2. Abschnitt

Die Typuslehre in der Rechtswissenschaft

§ 3	<i>Die typologische Betrachtungsweise</i>	64
	I. Einleitung	64
	II. Der Typus als Denkform	64
	III. Verschiedene mit dem Typusbegriff verbundene Vorstellungen	67
	IV. Die Überwindung des Trennungsdenkens . . .	72
	V. Das Rechtsinstitut als ein sinnerfülltes einheitliches Ganzes	79
	VI. Das Rechtsinstitut als Wirkungssystem	85
	VII. Der Typus als Zwischenstufe zwischen Individuellem und Allgemeinem	87
	VIII. Zusammenfassung und begriffliche Klärung . .	97
§ 4	<i>Lebenstypus und Gesetzestypus</i>	99
	I. Die beschränkte Typenzahl (numerus clausus der Typen)	99
	II. Die Fixierung der Gesetzestypen	105

3. Abschnitt

Die Bedeutung der typologischen Betrachtungsweise im Gesellschaftsrecht

§ 5	<i>Kennt das schweizerische Gesellschaftsrecht den Grundsatz der beschränkten Typenzahl?</i>	111
§ 6	<i>Sollen die Gesetzestypen stärker fixiert werden?</i>	118
	I. Das Problem.	118
	II. Die Gründe für die Beschränkung der Typenzahl im Gesellschaftsrecht	119
	III. Die Bedeutung der Interessen Dritter für die Frage nach der Intensität der Fixierung der Gesetzestypen	124
	IV. Ergebnis	134
§ 7	<i>Personengesellschaften und juristische Personen als Einheiten von «Spielregeln» zur kollektiven Zweckverfolgung</i>	136
	I. Die vertragliche Grundlage	136
	II. Folgerungen für den Gesetzgeber	143

§ 8	<i>Das Problem der Atypizität</i>	147
	I. Typisches und Atypisches	147
	II. Typizität und Rechtsanwendung	153
	III. Typenkombinationen und Mischtypen	161
§ 9	<i>Die Verwendungsmöglichkeiten der Gesetzestypen</i>	168
	I. Vorbemerkung	168
	II. Sicherung der Einheit von Form und Inhalt? . .	168
	III. Die Beschränkung der Verwendungsmöglichkei- ten von Gesetzestypen auf die Verfolgung idealer Zwecke	170

4. Abschnitt

Einzelfragen

§ 10	<i>Die Verwendungsmöglichkeiten des Vereins im schweizeri- schen Recht</i>	178
	I. Entstehungsgeschichte der gegenwärtigen Ord- nung	178
	II. Die Schwierigkeiten der Abgrenzung zwischen idealem und wirtschaftlichem Zweck	190
	III. Gründe für die Beschränkung der Verwendungs- möglichkeiten des Vereins auf die Verfolgung idealer Zwecke?	196
	IV. Schlußbetrachtungen	200
§ 11	<i>Die Verwendungsmöglichkeiten der Stiftung im schweize- rischen Recht</i>	204
	I. Die gegenwärtige Rechtswirklichkeit	204
	II. Die Problematik der Unternehmensstiftung . .	206
	III. Die gegenwärtige Rechtslage	217
	IV. Schlußbetrachtungen	220

LITERATURVERZEICHNIS

- ACKERMANN, JOSEF, Der besondere Zweck der Stiftung unter spezieller Berücksichtigung des Zweckes der Familienstiftung, Diss. Freiburg 1950.
- AMREIN, FELIX, Publizität und stille Reserven, in SAG 39, 1967, S. 1 ff.
- BÄR, ROLF, Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der Aktiengesellschaft, in ZbJV 95, 1959, S. 369 ff.
- Aktuelle Fragen des Aktienrechts, in ZSR NF 85 II, 1966, S. 321 ff.
- BALLERSTEDT, KURT und SALZWEDEL, JÜRGEN, Soll das Stiftungsrecht bundesgesetzlich vereinheitlicht und reformiert werden, gegebenenfalls mit welchen Grundzügen?, Gutachten für den 44. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages 1962, I, 5. Teil, S. 1 ff.
- BÄUMLIN, RICHARD, Strukturprobleme der schweizerischen Demokratie der Gegenwart, in ZbJV 97, 1961, S. 81 ff.
- Der schweizerische Rechtsstaatsgedanke, in ZbJV 101, 1965, S. 81 ff.
- BETTI, EMILIO, Der Typenzwang bei den römischen Rechtsgeschäften und die sogenannte Typenfreiheit des heutigen Rechts, in: Festschrift für Leopold Wenger I, München 1944, S. 249 ff.
- BLUMENSTEIN, ERNST, Gegenseitige Beziehungen zwischen Zivilrecht und Steuerrecht, in: Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins 1933, S. 141 ff.
- BRINER, ROBERT, Zur Rechtsform der schweizerischen Wirtschaftsverbände, in: Wirtschaft und Recht 16, 1954, S. 73 ff.
- BUCHER, EUGEN, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Tübingen 1965.
- Was ist «Begriffsjurisprudenz»? , in ZbJV 102, 1966, S. 274 ff.
- Die Bedeutung der allgemeinen Lehren im Privatrecht, in ZSR NF 85 I, 1966, S. 213 ff.
- BURCKHARDT, WALTHER, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft. Untersuchungen über die Eigenart des Privatrechts, des Staatsrechts und des Völkerrechts, Basel 1927.
- Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Auflage, Bern 1931.
- Methode und System des Rechts, Zürich 1936.
- BÜRGI, WOLFHART F., Zürcher Kommentar V: Das Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Art. 660 ff., Zürich 1957, 1960–1966.
- Bedeutung und Grenzen der Interessenabwägung bei der Beurteilung gesellschaftsrechtlicher Probleme, in: Etudes de droit commercial en l'honneur de Paul Carry, Genf 1964.

- Revisionsbedürftige Regelungen des schweizerischen Aktienrechts, in SAG 38, 1966, S. 57 ff.
- BURKAMP, WILHELM, Die Struktur der Ganzheiten, Berlin 1929.
- CAFLISCH, SILVIO, Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1961.
- CAPITAINE, GEORGES, Le statut des sociétés holding en Suisse, Referat am schweizerischen Juristentag 1943, in ZSR NF 62, 1943, S. 1 a ff.
- COING, HELMUT, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin 1950.
- Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft, Frankfurter Universitätsreden 17, S. 26 ff., Frankfurt a. Main 1956.
- Bemerkungen zum überkommenen Zivilrechtssystem, in: Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für H. Dölle, I, Tübingen 1963, S. 25 ff.
- DOBER, WILLY, Publizität im Recht und in der Praxis schweizerischer Unternehmen, in SAG 37, 1965, S. 209 ff.
- Der Unternehmer und die Publizität, in SAG 38, 1966, S. 105 ff.
- EDLIN, GREGOR, «Noch suchen die Juristen...», in SJZ 61, 1965, S. 333 ff.
- EGGER, AUGUST, Zürcher Kommentar I: Einleitung und Personenrecht, 2. Auflage, Zürich 1930.
- Ausgewählte Schriften und Abhandlungen II, Beiträge zum Privat- und Handelsrecht; herausgegeben von Walther Hug, Zürich 1957.
- EHRENZWEIG, ARMIN, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 2. Auflage, Wien 1951.
- ENGISCH, KARL, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, Heidelberg 1953.
- Sinn und Tragweite juristischer Systematik, in: Studium Generale 10, 1957, S. 173 ff.
- Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken, Münchener Universitätsreden, NF 35, 1963, S. 3 ff.
- Einführung in das juristische Denken, 3. Auflage, Stuttgart 1964.
- ENNECCERUS, LUDWIG und NIPPERDEY, HANS CARL, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, erster Halbband, bearbeitet von Hans Carl Nipperdey: Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte, 15. neu bearbeitete Auflage, Tübingen 1959.
- ESSER, JOSEF, Zur Methodenlehre des Zivilrechts, in: Studium Generale 12, 1959, S. 97 ff.
- Schuldrecht, Allgemeiner und besonderer Teil, 2. Auflage, Karlsruhe 1960.

- Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre, 2. Auflage, Tübingen 1964.
- FABRICIUS, FRITZ, Relativität der Rechtsfähigkeit, München und Berlin 1963.
- FERRI, GIUSEPPE, Manuale di diritto commerciale, 2. Auflage, Turin 1965.
- GAUTSCHI, GEORG, Berner Kommentar VI: Obligationenrecht I, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, 2. Auflage, Bern 1960.
- GÉNY, FRANÇOIS, Science et Technique en droit privé positif I: Introduction, 2. Auflage, Paris 1922; II: Elaboration scientifique du droit positif, Paris 1915; III: Elaboration technique du droit positif, Paris 1921.
- GERMANN, O. A., Probleme und Methoden der Rechtsfindung, Bern 1965.
- GERWIG, MAX, Schweizerisches Genossenschaftsrecht, Bern 1957.
- GIACOMETTI, ZACCARIA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht. Neubearbeitung der ersten Hälfte des gleichnamigen Werkes von Dr. F. Fleiner, Zürich 1949.
- VON GIERKE, JULIUS, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 8. Auflage, Berlin 1958.
- VON GIERKE, OTTO, Deutsches Privatrecht II: Sachenrecht, Leipzig 1905.
- Das deutsche Genossenschaftsrecht I: Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft, Berlin 1868; II: Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs, Berlin 1873; III: Die Staats- und Korporationslehre des Alterthums und des Mittelalters, Berlin 1881; IV: Die Staats- und Korporationslehre der Neuzeit, Berlin 1913.
- GOERDELER, REINHARD und ULMER, PETER, Der Stiftungszweck in der Reform des Stiftungsrechts, zugleich Überlegungen zur Behandlung von Unternehmensstiftungen und Familienstiftungen im künftigen Stiftungsrecht, in: Die Aktiengesellschaft 11, 1963, S. 292 ff.
- GOWER, L. C. B., The Principles of Modern Company Law, 2. Auflage, London 1957.
- GRELLING, KURT und OPPENHEIM, PAUL, Der Gestaltbegriff im Lichte der neuen Logik, in: Erkenntnis 7, 1937/38, herausgegeben von Rudolf Carnap.
- VON GREYERZ, CHRISTOPH, The Quasi-Corporation, Manuskript, 1965.
- GROSSEN, JACQUES-MICHEL, Quelques remarques sur la situation et les méthodes du droit de la famille, in ZSR NF 85 I, 1966, S. 42 ff.

- GUHL, THEO, Das Schweizerische Obligationenrecht, 4. Auflage, Zürich 1948.
- GUTZWILLER, MAX, Zur Lehre von der «Natur der Sache», in: Festgabe der Juristischen Fakultät der Universität Freiburg (Schweiz) zur 59. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins in Freiburg, S. 282 ff., Freiburg 1924 und in: Elemente der Rechtsidee, Basel 1964, S. 134.
- Die Genossenschaft im Spiegel der bundesgerichtlichen Judikatur, in: Festgabe der Juristischen Fakultät Freiburg zur 77. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins 1943, Freiburg 1943, S. 211 ff.
 - Was ist Gerechtigkeit? Bemerkungen zu zwei neuesten Schriften von Professor Hans Kelsen, in ZSR NF 72, 1953, S. 393 ff. und in: Elemente der Rechtsidee, Basel 1964, S. 248.
 - Besprechung von BGE 88 II, 1962, S. 209 ff., in ZSR NF 83 I, 1964, S. 453 ff.
 - Zum Problem der Freiheit bei der Wahl der Verbandsperson, in ZSR NF 84 I, 1965, S. 223 ff.
 - Das Recht der Verbandspersonen. Grundsätzliches, in: Schweizerisches Privatrecht II (Einleitung und Personenrecht), Basel und Stuttgart 1967, S. 425 ff.
 - Die Stiftungen, in: Schweizerisches Privatrecht II (Einleitung und Personenrecht), Basel und Stuttgart 1967, S. 571 ff.
- HAAB, ROBERT, Zürcher Kommentar IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 2. Auflage, Lieferungen 1–6 (Art. 641–704), Zürich 1929–1937.
- HÄMMERLE, HERMANN, Handelsrecht I, Graz 1958; II und III, Graz 1959/60.
- HARTMANN, NICOLAI, Das Problem des geistigen Seins. Untersuchungen zur Grundlegung der Geschichtsphilosophie und der Geisteswissenschaften, Berlin und Leipzig 1933.
- Grundzüge einer Metaphysik der Erkenntnis, 4. Auflage, Berlin 1949.
- HAURIOU, MAURICE, Die Theorie der Institution, in deutscher Sprache herausgegeben von Roman Schnur, in: Schriften zur Rechtstheorie 5, Berlin 1965.
- HECK, PHILIPP, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932.
- HEINI, ANTON, Besprechung von BGE 88 II, 1962, S. 209 ff., in ZSR NF 83 I, 1964, S. 427 ff.
- Besprechung von BGE 90 II, 1964, S. 333 ff., in ZSR NF 84 I, 1965, S. 483 ff.
 - Die Vereine, in: Schweizerisches Privatrecht II (Einleitung und Personenrecht), Basel und Stuttgart 1967, S. 515 ff.

- HEMPEL, CARL G. und OPPENHEIM, PAUL, Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik, Leiden 1936.
- HENKEL, HEINRICH, Recht und Individualität, Berlin 1958.
- Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts, München und Berlin 1964.
- HEROLD, HANS, Zwingendes Aktienrecht. Untersuchungen über das Wesen des zwingenden Privatrechts, in: Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft NF 27, Aarau 1931.
- HERZER, BRUNO, Erbrechtliche Auflagen und Bedingungen nach Art. 482 ZGB, Diss. Zürich 1941.
- HEYDE, JOHANNES ERICH, Typus. Ein Beitrag zur Typologik, in: Studium Generale 5, 1952, S. 235 ff.
- HINDERMANN, WALTHER E., Der Stiftungszweck, in ZSR NF 47, 1928, S. 225 ff.
- HIRSCH, ALAIN, Problèmes actuels du droit de la société anonyme. L'organisation de la S.A., in ZSR NF 85 II, 1966, S. 1 ff.
- HIS, EDUARD, Berner Kommentar VII: Das Obligationenrecht II, 4. Abteilung: Handelsregister, Geschäftsfirmer und kaufmännische Buchführung, Bern 1940.
- HUBER, EUGEN, Über die Realien der Gesetzgebung, in: Zeitschrift für Rechtsphilosophie in Lehre und Praxis I, Leipzig 1914, S. 39 ff.
- Recht und Rechtsverwirklichung. Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie, Basel 1921.
 - Das Absolute im Recht. Schematischer Aufbau einer Rechtsphilosophie. Festgabe der juristischen Fakultät der Berner Hochschule zur Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins von 1922, Bern 1922.
- HUBER, HANS, Die Koalitionsfreiheit, in ZbJV 83, 1947, S. 1 ff.
- Berner Kommentar, Einleitungsband, Kommentar zu Art. 6 ZGB, Bern 1962.
- JÄGGI, PETER, Ungelöste Fragen des Aktienrechtes, in SAG 31, 1958/59, S. 57 ff.
- Positives und natürliches Privatrecht, in: Ius et Lex, Festgabe für Max Gutzwiller, Basel 1959, S. 639 ff.
 - Ein Gerichtsurteil über den «abhängigen» (fiduziarischen) Verwaltungsrat, in SJZ 56, 1960, S. 1 ff.
 - Grundfragen der Privatrechts-Entwicklung, in: Das schweizerische Recht, Besinnung und Ausblick, Festschrift herausgegeben vom Schweizerischen Juristenverein zur Schweizerischen Landesausstellung Lausanne 1964, Basel 1964, S. 153 ff.
- JELLINEK, GEORG, Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage, Berlin 1914.
- JÖRS, PAUL; KUNKEL, WOLFGANG und WENGER, LEOPOLD, Römisches Recht, 3. Auflage, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949.

- KAUFMANN, ARTHUR, Analogie und «Natur der Sache». Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus. Schriftenreihe Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe 65/66, Karlsruhe 1965.
- KELSEN, HANS, Was ist die Reine Rechtslehre ?, in: Demokratie und Rechtsstaat, Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti, Zürich 1953.
- Reine Rechtslehre, 2. Auflage, Wien 1960.
- VON KEMPSKI, JÜRGEN, Zur Logik der Ordnungsbegriffe, besonders in den Sozialwissenschaften, in: Studium Generale 5, 1952, S. 205 ff.
- KERSTEN, EDUARD, Stiftung und Handelsgesellschaft. Ein Beitrag zur Unternehmensstiftung und ihren Erscheinungsformen, in: Festschrift für den 45. Deutschen Juristentag, Karlsruhe 1964, S. 123 ff.
- KOLLER, ARNOLD, Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, Freiburg Schweiz 1967.
- KRAFT, VICTOR, Erkenntnislehre, Wien 1960.
- KRETSCHMER, ERNST, Der Typus als erkenntnistheoretisches Problem, in: Studium Generale 4, 1951, S. 399 ff.
- KUNZ, ROMANO, Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand. Versuch einer dogmatischen Konstruktion. Abhandlungen zum schweizerischen Recht NF 355, Bern 1963.
- LA LUMIA, ISIDORO, La «atipicità» nelle società commerciali, in: Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni XXXVI, 1938, S. 217 ff.
- LANZ, PAUL, Postulate zur Revision des schweizerischen GmbH-Rechtes, in SAG 38, 1966, S. 209 ff.
- LARENZ, KARL, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1960.
- LEHMANN, HEINRICH, Handelsrecht II: Gesellschaftsrecht, Berlin 1949.
- LEMP, PAUL, Berner Kommentar II: Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht, 2. Halbband: Wirkungen der Ehe im allgemeinen. Das Güterrecht der Ehegatten, Bern 1963.
- LIVER, PETER, Zürcher Kommentar IV: Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, a) Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, Zürich 1951–1964.
- Der Begriff der Rechtsquelle, in ZbJV 91^{bis}, 1955, S. 1 ff.
- Das Schweizerische Zivilgesetzbuch. Kodifikation und Rechtswissenschaft, in ZSR NF 80, II, 1961, S. 193 ff.
- Die Realobligation. Ihre klassifikatorische Bedeutung und praktische Verwendbarkeit, in ZBGR 43, 1962, S. 257 ff.
- Besprechung von BGE 88 II, 1962, S. 209 ff., in ZbJV 99, 1963 S. 329 ff.

- Gemeinschaftliches Eigentum, in ZbJV 100, 1964, S. 261 ff.
 - Besprechung von BGE 90 II, 1964, S. 333 ff., in ZbJV 101, 1965, S. 365 ff.
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR, Privatrechtswissenschaft und Rechtsfortbildung, in ZSR NF 78 I, 1959, S. 89 ff.
- Berner Kommentar, Einleitungsband, Kommentar zu Art. 1 ZGB, Bern 1962.
 - Berner Kommentar IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und allgemeine Bestimmungen, 4. Auflage, Bern 1966.
- MERZ, HANS, Über die Schranken der Kartellbindung. Abhandlungen zum schweizerischen Recht NF 302, Bern 1953.
- Berner Kommentar, Einleitungsband, Kommentar zu Art. 2 ZGB, Bern 1962.
 - Die kartellistische Durchsetzung von Preisvereinbarungen und Kalkulationsnormen. Ein Beitrag zur rechtlichen Beurteilung der Preisunterbietung, in: Mélanges Roger Secrétan, Montreux 1964, S. 195 ff.
 - Das Recht als soziale Ordnungsmacht, Berner Rektoratsreden, Bern 1964.
- MESSINEO, FRANCESCO, Manuale di diritto civile e commerciale I, 9. Auflage, Mailand 1957; III, 7. Auflage, Mailand 1947.
- MESTMÄCKER, ERNST JOACHIM, Soll das Stiftungsrecht bundesgesetzlich vereinheitlicht und reformiert werden, gegebenenfalls mit welchen Grundzügen?, Referat am 44. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages 1962 II, G 3 ff.
- NAEF, KURT, Kennt das schweizerische Recht die stille Gesellschaft?, in ZbJV 96, 1960, S. 257 ff.
- OEHEN, F., Das Problem der Pseudogenossenschaft, in SJZ 63, 1967, S. 117 ff.
- PATRY, ROBERT, La nullité des décisions des organes sociaux dans la société anonyme, in: Mélanges Roger Secrétan, Montreux 1964, S. 237 ff.
- PAULICK, HEINZ, Die eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenbeschränkung, Tübingen 1954.
- Die Stiftung als Unternehmensform (zugleich eine Besprechung des Buches von Strickrodt «Stiftungsrecht», in: Archiv für öffentliche und freigemeinwirtschaftliche Unternehmen 6, 1964, S. 318 ff.
 - Der wirtschaftliche Verein als Unternehmungsform und seine steuerrechtliche Behandlung, in: Deutsche Steuer-Zeitung/A 1965, S. 193 ff.
- PEDRAZZINI, MARIO, Stille Gesellschaft oder (offene) einfache Gesellschaft?, in SJZ 52, 1956, S. 369 ff.

- PELLET, MARC-ANDRÉ, Le but non-économique de l'association. Contribution à l'étude de l'art. 60 al. 1 CC, en particulier dans son application aux organisations professionnelles et aux cartels, Thèse Lausanne 1964.
- PEYER, HANS-KONRAD, Die Zweimann-Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1963.
- PEYER, RUDOLF, Nichtig und anfechtbare Beschlüsse der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1944.
- PIOTET, PAUL, La nouvelle jurisprudence du tribunal fédéral sur le but des associations, in JdT 111, 1963, I, S. 98 ff.
- Retour à la jurisprudence traditionnelle sur le but non-économique des associations, in JdT 113, 1965, I, S. 194 ff.
- PLANIOL, MARCEL et RIPERT, GEORGES, Traité pratique de droit civil français XI: Contrats civils, 2. Teil, 2. Auflage, Paris 1954.
- PLATTNER, JOSEF F., Gutachten über Änderung des kantonalen und eidgenössischen Steuerrechts im Hinblick auf Umwandlungen und Fusionen geschäftlicher Unternehmungen (Änderung der Rechtsform) und auf Holdingverhältnisse, verfaßt von einer Expertenkommission unter dem Vorsitz von Dr. Josef F. Plattner, Bundesrichter, Zürich 1964.
- Preisbildungskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartementes, Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, 2. Auflage, Bern 1957.
- RADBRUCH, GUSTAV, Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken, in: Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts XII, 1938, S. 46 ff.
- Die Natur der Sache als juristische Denkform, in: Festschrift zu Ehren von Rudolf Laun, Hamburg 1948, S. 157 ff.
- Vorschule der Rechtsphilosophie, 3. Auflage, Göttingen 1965.
- RAULT, JEAN; ESCARRA, JEAN et ESCARRA, EDOUARD, Traité théorique et pratique de droit commercial. Les sociétés commerciales I, rédigé par Jean Rault: Principes généraux – sociétés par intérêt – société à responsabilité limitée – société en participation, Paris 1950.
- RESCIGNO, PIETRO, Fondazione e impresa, in: Rivista delle società XII, 1967, S. 812 ff.
- RENARD, GEORGES, La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique I: Partie juridique, Paris 1930.
- RIPERT, GEORGES, Aspects juridiques du capitalisme moderne, Paris 1946.
- Traité élémentaire de droit commercial, 3. Auflage, Paris 1954.
- RIPERT, GEORGES et PLANIOL, MARCEL, Traité pratique de droit civil français I: Les personnes, par René Savatier, 2. Auflage,

Paris 1952; V: Donations et testaments, par André Trasbot et Yvan Loussouarn, 2. Auflage, Paris 1957; XI: Contrats civils, deuxième partie, par André Rouast, Jean Lepargneur, René Savatier, André Besson, 2. Auflage, Paris 1954.

ROCCHI, LUIGI, Sulla classificazione delle società commerciali anche in relazione alla loro atipicità, in: Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni XXXIX, 1941, S. 297 ff.

VON SAVIGNY, FRIEDRICH CARL, System des heutigen Römischen Rechts I, Berlin 1840.

SCHLUEP, WALTER R., Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Zürich und St. Gallen 1955.

– Schutz des Aktionärs auf neuen Wegen?, in SAG 33, 1960/61, S. 137 ff.

– Die methodologische Bedeutung des Typus im Recht, in: Festgabe für Max Obrecht, herausgegeben vom Solothurnischen Juristenverein, Solothurn 1961, S. 9 ff.

– Das Markenrecht als subjektives Recht, Basel 1964.

SCHMIDT, RALF-BODO, Die Sicherung der Aktiengesellschaft durch Rücklagen, in: Zeitschrift für Betriebswirtschaft 36, 1966, S. 615 ff.

SCHREIBER, RUPERT, Logik des Rechts, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1962.

SCHUCANY, EMIL, Anfechtbarkeit von zweckändernden Generalversammlungs-Beschlüssen, welche die Selbständigkeit der AG tangieren?, in SAG 37, 1965, S. 9 ff.

Schweizerischer Juristenverein, Protokoll der 100. Jahresversammlung in Zug, 23.–25. September 1966, in ZSR NF 85 II, 1966, S. 539 ff.

SECRÉTAN, ROGER, L'étendue de la liberté de choix entre les diverses corporations de droit privé, in ZbJV 96, 1960, S. 173 ff.

SCIALOJA, ANTONIO e BRANCA, GIUSEPPE, Commentario del codice civile V: Del lavoro; Delle società (Art. 2247–2324), da Giuseppe Ferri, Bologna und Rom 1955.

SIEGWART, ALFRED, Die Freiheit bei der Wahl der Verbandsperson und bei der Einzelgestaltung ihres Inhaltes, in: Festgabe der Juristischen Fakultät Freiburg zur 77. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins 1943, Freiburg 1943, S. 173 ff.

SIMONIUS, AUGUST, Gesetzesauslegung und wissenschaftliche Tradition, in: Festgabe der Juristischen Fakultät der Universität Basel zum 80. Geburtstag von Paul Speiser, Basel 1926, S. 83 ff.

STAMMLER, RUDOLF, Die Lehre von dem richtigen Rechte, 2. Auflage, Darmstadt 1964.

- VON STEIGER, FRITZ, Wieder Vereine zu wirtschaftlichen Zwecken ?, in SAG 37, 1965, S. 244 ff.
- VON STEIGER, WERNER, Die Rechtsverhältnisse der Holdinggesellschaft in der Schweiz, Referat am Schweizerischen Juristentag 1943, in ZSR NF 62, 1943, S. 195 a ff.
- Betrachtungen über die rechtlichen Grundlagen der Aktiengesellschaft, in ZbJV 91^{bis}, 1955, S. 334 ff.
 - Über die Verantwortung des Hauptaktionärs, in: Ius et Lex, Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller, Basel 1959, S. 699 ff.
 - Zürcher Kommentar V: Das Obligationenrecht, 5. Teil c: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 1965.
 - Besprechung von BGE 91 II 1965, S. 298, in ZbJV 103, 1967, S. 123 ff.
- STEUCK, HEINZ-LUDWIG, Die Stiftung als Rechtsform für wirtschaftliche Unternehmen. Ihre Struktur und Besteuerung. Betriebswirtschaftliche Schriften Heft 20, Berlin 1967.
- STRATENWERTH, Günter, Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache», in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart 204, Tübingen 1957.
- STRICKRODT, GEORG, Die Stiftung als neue Unternehmensform. 2. Auflage, Braunschweig 1951.
- Probleme zur rechtlichen Struktur von Stiftungsunternehmen, Baden-Baden 1960.
- TERRÉ, FRANÇOIS, La distinction de la société et de l'association en droit français, in: Mélanges Roger Secrétan, Montreux 1964, S. 325 ff.
- Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'université de Paris XVIII. La Personnalité morale et ses limites, Paris 1960.
- TROLLER, ALOIS, Überall gültige Prinzipien der Rechtswissenschaft, Frankfurt a.M. 1965.
- TSCHUDI, HANS-PETER, Koalitionsfreiheit und Koalitionszwang, in ZSR NF 67, 1948, S. 355 ff.
- TUOR, PETER, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 7. Auflage, bearbeitet von Bernhard Schnyder, Zürich 1965.
- VIEHWEG, THEODOR, Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, 3. Auflage, München 1965.
- VISCHER, FRANK, Beteiligung der Betriebsangehörigen am Aktienkapital der Gesellschaft. Zur Mitarbeiterbeteiligung bei der J.R. Geigy AG, Basel, in SAG 37, 1965, S. 1 ff.
- WACKERNAGEL, JACOB, Die Wirklichkeit des Naturrechts, in ZSR NF 85 I, 1966, S. 1 ff.

- WEBER, MAX, Die «Objektivität» sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis, in: Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre (1904), 2. Auflage, Tübingen 1951, S. 146 ff.
- WIDMER, KURT, Das Recht des Aktionärs auf Auskunfterteilung de lege lata und de lege ferenda, Diss. Zürich 1961.
- WIELAND, CARL, Handelsrecht I: Das kaufmännische Unternehmen und die Handelsgesellschaften, München und Leipzig 1921.
- WEISS, GOTTFRIED, Berner Kommentar VII: Das Obligationenrecht II, 2. Abteilung: Die Aktiengesellschaft und die Kommanditaktiengesellschaft, Bern 1956.
- WIRZ, HANS GEORG, Die Personal-Wohlfahrtseinrichtungen der schweizerischen Privatwirtschaft – ihr heutiger Stand, in: Schweizerische Arbeitgeber-Zeitung 51, 1956, S. 147 ff.
- WOLF, ELIAS, Über die Verknüpfbarkeit einer Familien-Aktiengesellschaft mit einer Familienstiftung, in SAG 37, 1965, S. 225 ff.
- WOLFF, HANS J., Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft, in: Studium Generale 5, 1952, S. 195 ff.
- ZELLWEGER, EDUARD, Bedarf das schweizerische Parteiwesen einer rechtlichen Ordnung?, in: Jahrbuch 1967 der Neuen Helvetischen Gesellschaft, S. 231 ff.

Weitere Literaturangaben im Text

VORWORT

Das Problem hat sich dem Verfasser in der praktischen Auseinandersetzung mit dem Gesellschaftsrecht immer deutlicher gestellt: Welche Folgerungen sind für die Rechtsanwendung und die Gesetzgebung aus der Tatsache zu ziehen, daß im Gesellschaftsrecht Rechtswirklichkeit und gesetzliche Ordnung oft nicht miteinander in Einklang stehen, insbesondere daraus, daß vielen Gesellschaften in der Praxis nicht jene Funktionen zugedacht werden, die sie nach der Absicht des Gesetzgebers haben sollten?

Die Grundeinstellung zum Problem wird maßgebend von der Auffassung über die Funktion des Rechts im allgemeinen und der Gesetzgebung im besonderen beeinflußt. Es erschien deshalb angezeigt, vorerst den Standort zu bestimmen, von welchem aus die Hauptfragen beurteilt werden. Eine eingehende Begründung der eigenen Ansicht zu dieser Frage war im Rahmen dieser Arbeit allerdings nicht möglich.

Die Untersuchung führte zwangsläufig zu Fragen der System- und Begriffsbildung. Eine Auseinandersetzung mit dem noch schillernden Typusbegriff war nicht zu umgehen.

So ergab die Beschäftigung mit den praktischen Fragen – entgegen der ursprünglichen Absicht – vorerst eine theoretische Betrachtung des Problems. Vieles konnte nur skizziert werden, und manches mußte unbeantwortet bleiben. Das war aber angesichts der Weite der Problemstellung unvermeidlich.

Aus der Fülle der praktischen Fragen wurden nur zwei eingehender behandelt: Die Verwendungsmöglichkeiten des Vereins und der Stiftung im schweizerischen Recht. Ein weites Feld bleibt noch zu beackern.

Die Betrachtungsweise hatte ein Schwergewicht; sie richtete sich zur Hauptsache auf die Probleme der Gesetzgebung aus, in der Überzeugung, daß diese Probleme eine vermehrte wissenschaftliche Beachtung verdienen.

1. Abschnitt

DAS PROBLEM
UND DER PROBLEMZUSAMMENHANG§ 1. *Das Problem**I. Betrachtungen zur Rechtswirklichkeit*

1. Unter den Gesellschaften¹ des schweizerischen Rechts hat zweifellos die Aktiengesellschaft die größte wirtschaftliche Bedeutung.

Im Jahre 1966 waren im Handelsregister neben 81 282 Einzelfirmen 51 014 Aktiengesellschaften, 16 766 Stiftungen, 13 470 Genossenschaften, 10 753 Kollektivgesellschaften, 3958 Kommanditgesellschaften, 2559 Gesellschaften mit beschränkter Haftung und 1535 Vereine eingetragen².

Das Gesamtbild der schweizerischen Aktiengesellschaften ist vielfältig. Infolge der freiheitlichen Ausgestaltung des Aktienrechts kann die Aktiengesellschaft den verschiedensten

¹ Der Verfasser verwendet hier, wie in der Wortverbindung im Haupttitel, die Bezeichnung «Gesellschaft» als Sammelbegriff für die in unserem Bundesprivatrecht geregelten juristischen Personen und Personengesellschaften. Er ist sich bewußt, daß diese Klassifikation nicht exakt ist, da Verein, Stiftung und Genossenschaft üblicherweise nicht zu den «Gesellschaften» gezählt werden. Wie noch zu zeigen sein wird, stehen indessen alle diese Institute in einem engen Zusammenhang zueinander. Daraus erwächst das Bedürfnis nach einem Sammelbegriff. Da die Rechtswissenschaft und das Gesetz keine befriedigende und treffende Kurzbezeichnung zur Verfügung stellen – «Personenverbindung» ist zu weit, «Verbandsperson» zu eng – und der Verfasser einerseits blasse Ausdrücke wie «Gebilde» vermeiden möchte, anderseits vor nicht gebräuchlichen Wortkonstruktionen zurückschreckt, verwendet er in diesem Zusammenhang den Ausdruck «Gesellschaft» als *pars pro toto*.

² Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1967, S. 373.

Bedürfnissen unternehmerischer Tätigkeit dienstbar gemacht werden³.

Typisch für unsere Verhältnisse ist das zahlenmäßige Übergewicht der (gemessen am Grundkapital) kleinen Aktiengesellschaften. Deshalb darf die Aktiengesellschaft bei uns nicht mit dem kapitalstarken Unternehmen identifiziert werden. Von den insgesamt 51 014 Aktiengesellschaften hatten 1966 lediglich 1334 ein Grundkapital von mehr als einer Million Franken⁴. Fast die Hälfte der Gesellschaften, nämlich 24 765, wiesen dannzumal nur das minimale Grundkapital von Fr. 50 000.– auf.

Aus diesen Größen läßt sich auch auf die Zahl der Aktionäre schließen. Stellt man in Rechnung, daß Gesellschaften mit einem Grundkapital von weniger als einer Million Franken selten ihre Aktien im Publikum plaziert haben, und berücksichtigt man zudem, daß von den 51 014 Aktiengesellschaften 15 404 Immobiliengesellschaften⁵ und 6836 Holdinggesellschaften⁶ sind, deren Mitgliederzahl in der Regel klein ist, so darf behauptet werden, daß der größte Teil der schweizerischen Aktiengesellschaften auch eine kleine Mitgliederzahl hat. Ein bedeutender Teil davon dürften Einmannesgesellschaften sein, ihrem Wesen nach also überhaupt nicht Gesellschaften.

Vergegenwärtigt man sich dieses Bild, so begreift man die Behauptung, die Aktiengesellschaft sei als Gesellschaftstyp denaturiert⁷. JÄGGI⁸ meint, wir könnten uns über die «enor-

³ Näheres zu den Grundlagen des schweizerischen Aktienrechts u.a. bei G. WEISS, Kommentar, Einleitung, N. 45 ff.

⁴ Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1967, S. 373 und 385.

⁵ a.a.O., S. 387.

⁶ a.a.O., S. 388.

⁷ P. JÄGGI, Ungelöste Fragen des Aktienrechtes, in SAG 31, 1958/59, S. 66; M. GUTZWILLER, Zum Problem der Freiheit bei der Wahl der Verbandsperson, in ZSR 84 I, 1965, S. 242. Dabei wird allerdings vorausgesetzt, daß die Publikumsaktiengesellschaft dem Gesetzgeber als Leitbild gedient habe.

⁸ a.a.O., S. 67.

me Abweichung der Rechtswirklichkeit vom gesetzlichen Leitbild kaum genug Rechenschaft geben».

Eine Gesellschaft mit kleinem Mitgliederbestand stellt in bezug auf interne Organisation, gegenseitige Orientierung der Organe, Treuepflicht, um nur einige wenige Beispiele zu nennen, andere Probleme als die Publikumsaktiengesellschaft.

Die Öffentlichkeit ist an der Entwicklung und am Geschäftsgebaren von Gesellschaften, die ihre Aktien im Publikum untergebracht, allenfalls sogar an der Börse kotiert haben, sowie an Unternehmen, welche die Wirtschaftsstruktur entscheidend beeinflussen, selbst wenn sie nicht als Aktiengesellschaften organisiert sind, weit mehr interessiert als am Schicksal der Gesellschaften, deren Aktien in einem kleinen Kreis – oft im engeren oder erweiterten Familienkreis – konzentriert sind und die auf dem Güter- und Arbeitsmarkt als Einzelercheinung von untergeordneter Bedeutung sind.

Wird die gegenwärtige rechtliche Ordnung der Aktiengesellschaft den verschiedensten Bedürfnissen gerecht? Liegt der gesetzlichen Regelung der Aktiengesellschaft ein Leitbild zugrunde, wenn ja welches? Wie sind allenfalls die sogenannten atypischen Fälle zu beurteilen? Ist von der typischen Aktiengesellschaft oder vom typischen Aktionär auszugehen⁹?

⁹ Siehe dazu insbesondere: G. WEISS, Kommentar, Einleitung, N. 51, 55, 161–162, 263. P. JÄGGI, Ungelöste Fragen des Aktienrechtes, in SAG 31, 1958/1959, S. 65 ff.; R. BÄR, Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der Aktiengesellschaft, in ZbJV 95, 1959, S. 369 ff., insbesondere 381 ff.; W. R. SCHLUEP, Schutz des Aktionärs auf neuen Wegen?, in SAG 33, 1960/61, S. 138 ff., insbesondere 177 ff. und 192 ff.; S. CAFLISCH, Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, 1961, S. 34 ff.; W. F. BÜRGI, Revisionsbedürftige Regelungen des schweizerischen Aktienrechts, in SAG 38, 1966, S. 57 ff., insbesondere 62 ff.; R. BÄR, Aktuelle Fragen des Aktienrechts, in ZSR 85 II, 1966, S. 326 ff., insbesondere 169 ff.; A. HIRSCH, Problèmes actuels du droit de la société anonyme, in ZSR 85 II, 1966, S. 1 ff., insbesondere 3 ff.

Die wissenschaftliche Bearbeitung dieser Grundfragen des schweizerischen Aktienrechts steht erst in ihren Anfängen. Immerhin ist das Problem gestellt, und es ist zu erwarten, daß ihm im Hinblick auf die Konfrontation unseres Gesellschaftsrechts mit der Rechtswirklichkeit vermehrt Beachtung geschenkt werden wird¹⁰.

2. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist erst anläßlich der großen Revision (1936) in unser Gesellschaftsrecht aufgenommen worden. Die Meinungen, ob sie einem Bedürfnis entspreche, waren schon damals geteilt¹¹. Man fand schließlich, daß das «persönliche Element in der rein kapitalistisch organisierten Aktiengesellschaft» zu wenig berücksichtigt und daß ein Zwischenglied zwischen diesem Gesellschaftstypus und den rein individualistisch organisierten Personengesellschaften erwünscht sei¹². Der GmbH war die nämliche Rolle zugedacht wie im Ausland: Rechtsform für jene Personenverbindungen zu sein, in welchen enge Beziehungen und Bindungen zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaftsleitung bestehen. Man glaubte auch, mit der GmbH ein zweckmäßiges Instrument zur Organisation von Kartellen und Syndikaten zu schaffen¹³.

Bis heute hat sich die GmbH in der Schweiz noch nicht ganz durchgesetzt. Immerhin waren Ende 1966 2559 Gesellschaften mit beschränkter Haftung im Handelsregister eingetragen. Diese Zahl ist allerdings etwas problematisch, wenn man berücksichtigt, daß die häufigere Verwendung der GmbH seit 1960 u.a. auf die Entdeckung einer Besonderheit des deutsch/schweizerischen Doppelbesteuerungsabkom-

¹⁰ Eine grundlegende Studie ist kürzlich erschienen. Vgl. A. KOLLER, Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, 1967. Im Zeitpunkt des Erscheinens der Monographie KOLLERS war diese Arbeit im Entwurf bereits abgeschlossen.

¹¹ Botschaft des Bundesrates vom 21. Februar 1928, BBl 1928 I, S. 272.

¹² Botschaft, S. 272.

¹³ Botschaft, S. 273 und 274; W. VON STEIGER, Kommentar zur GmbH, Entstehung und geschichtliche Entwicklung, N. 29 ff.

mens zurückzuführen ist¹⁴. Vor allem hat sich die Erwartung nicht erfüllt, daß die Kartelle sich als Gesellschaften mit beschränkter Haftung organisieren würden. Nach dem Bericht der Preisbildungskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartementes über Kartell und Wettbewerb in der Schweiz¹⁵ hatten sich dannzumal nur 1% der Kartelle als GmbH konstituiert.

Ist daraus zu folgern, daß die Gesellschaft mit beschränkter Haftung bei uns immer noch keinem echten Bedürfnis entspricht und daß sie zur Verfolgung von Kartellzwecken ungeeignet ist? Oder ist der Mißerfolg in der freiheitlichen Ordnung des Aktienrechtes und in der weitherzigen Praxis in bezug auf die Verwendungsmöglichkeiten des Vereins zu suchen? Oder ist möglicherweise ein Mißtrauen des Schweizer gegenüber gesetzgeberischen Neuerungen die Ursache der Zurückhaltung¹⁶?

3. Auch die Genossenschaft erschien anläßlich der großen Revision des Gesellschaftsrechtes als geeignete Organisationsform zur Verfolgung von Kartellzwecken¹⁷. Die Erwartungen haben sich nur teilweise verwirklicht. Die absolute Gleichstellung der Genossenschafter im Stimmrecht (Art. 885 OR) und das Prinzip der «offenen Türe» (Art. 828 und 839 OR) haben sich oft als Hindernisse für die Hinwendung der Kartelle zur Genossenschaft erwiesen. Immerhin konnte die Preisbildungskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartementes 1957 feststellen, daß 35%

¹⁴ Vgl. dazu den Bericht über «Wachsende Verbreitung der GmbH», in SAG 34, 1961/62, S. 165 ff.

¹⁵ 2. Auflage, 1957, S. 62.

¹⁶ W. F. BÜRGI, Revisionsbedürftige Regelungen des schweizerischen Aktienrechtes, in SAG 38, 1966, S. 59, meint, die Rechtsgrundlagen der GmbH müßten durchgreifend umgestaltet werden, um diese Gesellschaftsform lebensfähig werden zu lassen. Positiv zur GmbH eingestellt ist P. LANZ, Postulate zur Revision des schweizerischen GmbH-Rechtes, in SAG 38, 1966, S. 209 ff. Er fordert vorläufig lediglich eine kleine Revision des GmbH-Rechtes.

¹⁷ Vgl. Botschaft des Bundesrates, BBl 1928 I, S. 287.

der Kartelle sich als Genossenschaften konstituiert hatten¹⁸. Allerdings ist zu berücksichtigen, daß 5 % davon auf Organisationen der schweizerischen Milchwirtschaft entfielen.

Die erwähnten zwingenden Grundsätze des Genossenschaftsrechts (absolut gleiches Stimmrecht; offene Türe) verwehren aber nicht nur vielen Kartellen, sondern auch Personenverbindungen mit anderen echten genossenschaftlichen Zwecken, wie z.B. den in der Agrarverfassung verankerten Genossenschaften mit Teilrechten, den Zutritt zur Genossenschaft des Bundesrechts. Mit Recht ist deshalb gefragt worden, ob es ein aus falschem demokratischen Dogmatismus geborener Mißgriff des Gesetzgebers von 1936 war, alle Genossenschaften dem Prinzip der schematischen Gleichheit der Mitglieder zu unterwerfen. «So rief man eine Flucht aus der Genossenschaft in den Verein hervor. Mit seinem puristischen Genossenschaftspersonalismus hat der Gesetzgeber wesentlich zur Zerstörung des Vereinspersonalismus beigetragen.»¹⁹

Andererseits vermochte auch die relativ starke Durchsetzung der Genossenschaft mit zwingenden Vorschriften das Entstehen von «Pseudogenossenschaften» nicht zu verhindern. Es gibt in der Schweiz als Genossenschaften organisierte Unternehmen mit einer sehr schmalen Mitgliederbasis, die zur Hauptsache vom Geschäft mit Nichtmitgliedern leben²⁰. Selbst die bekannten schweizerischen Massen-Genossenschaften haben sich in der Rechtswirklichkeit nicht unwesentlich von der genossenschaftlichen Idee entfernt, die der Genossenschaft des OR zugrunde liegt. «Heute ist die Konsumgenossenschaft keine Einkaufsgenossenschaft der Verbraucher, sondern eine Verkaufsgenossenschaft an Verbraucher geworden...»²¹

¹⁸ Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, 2. Auflage, 1957, S. 62.

¹⁹ P. LIVER, in ZbJV 99, 1963, S. 338.

²⁰ F. OEHEN, Das Problem der Pseudogenossenschaft, in SJZ 63, 1967, S. 117 ff., insbes. 118.

²¹ E. BLÜMLE, in: Schweizerischer Konsum-Verein 66, 1966, S. 220, zitiert bei OEHEN, a.a.O., S. 118.

Welche Lehren sind daraus zu ziehen? Hätte diese Entwicklung verhindert werden können? Zu welchem Preis?

4. Das Vereinsrecht war in den letzten Jahren wiederholt Gegenstand ausgiebiger Diskussion. Ausgangspunkt bildeten zwei vielbeachtete bundesgerichtliche Entscheide zur Frage der Verwendungsmöglichkeiten des Vereins.

Am 11. September 1962 änderte das Bundesgericht in der Sache *Miniera Aktiengesellschaft und Streitgenossinnen gegen Küderli & Co. und Streitgenossinnen* (BGE 88 II, 1962, S. 209 ff.) eine im Jahre 1934 begründete²² und seither konstant befolgte Praxis. Danach durften sich Personenverbindungen mit wirtschaftlichem Zweck, insbesondere Kartelle, entgegen dem klaren Wortlaut der Artikel 52 Abs. 2, 59 Abs. 2 und 60 Abs. 1 ZGB in Vereinsform konstituieren, wenn sie nur nicht in Verfolgung dieses Zweckes durch den Betrieb eines industriellen, gewerblichen oder Handelsunternehmens eine aktive geschäftliche Tätigkeit entfalteten. Auf Grund dieser Rechtsprechung wählten seither viele Wirtschafts- und Berufsverbände²³ und Kartelle zur Verfolgung ihrer Zwecke die Vereinsform. Nach den Erhebungen der Preisbildungskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements²⁴ waren 45% der untersuchten Kartelle Vereine, 35% Genossenschaften, 10% einfache Gesellschaften, 5% Doppelgesellschaften, 4% gentlemen's agreements und 1% Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

Im *Miniera*-Entscheid (BGE 88 II, 1962, S. 209 ff.) stellte das Bundesgericht fest, daß der Begriff des wirtschaftlichen Zweckes in der früheren Rechtsprechung zu eng ausgelegt worden war. Es erkannte 1962, daß Personenverbindungen mit wirtschaftlichem Zweck nicht Vereine (mit Rechtsper-

²² Urteil vom 6. Dezember 1934 in der Sache *Fédération Suisse des associations de fabricants d'horlogerie (FH) und Union des branches annexes de l'horlogerie (UBAH)*, publiziert in JdT 83, 1935, I, S. 66.

²³ Die größten und bedeutendsten des Landes gehören dazu.

²⁴ Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, 2. Auflage, 1957, S. 62.

sönlichkeit) sind, auch wenn sie zur Verfolgung dieses Zweckes kein kaufmännisches Gewerbe betreiben.

Von dieser Rechtsprechung wurden viele Kartelle, Berufs- und Wirtschaftsverbände betroffen. Es war deshalb nicht übertrieben, wenn der Miniera-Entscheid als ein «tief in die organisatorische Struktur unserer Wirtschaft einschneidendes Urteil» bezeichnet wurde²⁵. Verständlich war aber auch die Frage, ob die inaugurierte neue Praxis durchgehalten werden könne²⁶.

Die Frage war nicht ungerechtfertigt. Zwei Jahre später, mit Entscheid vom 10. November 1964 in der Sache Alex Martin SA gegen Association suisse des fabricants de cigarettes²⁷, kehrte das Bundesgericht wieder zu seiner früheren Rechtsprechung zurück. Aufsehererregend war nicht nur die wiederholte Praxisänderung, sondern auch die Begründung. Das Bundesgericht stellte ausdrücklich fest, daß das Gesetz im Miniera-Entscheid richtig ausgelegt worden war²⁸. Es fand aber, die sich daraus ergebenden praktischen Folgen erheischten aus Gründen der Rechtssicherheit und angesichts des Niederschlags der früheren Praxis in späteren gesetzgeberischen Erlassen²⁹ die Rückkehr zur alten Rechtsprechung. Viele Personenverbindungen, die im Vertrauen auf diese (alte) Praxis zur Verfolgung ihrer Zwecke die Vereinsform gewählt hatten, wären nämlich plötzlich mangels Anerkennung als Verein mit Rechtspersönlichkeit nach den Regeln der einfachen Gesellschaft beurteilt worden. Das schien angesichts der Tatsache, daß das Bundesgericht keine Übergangsordnung statuieren kann, untragbar³⁰. Ins Gewicht fiel aber auch die Meinung, daß unsere Rechtsordnung

²⁵ A. HEINI, in ZSR 83 I, 1964, S. 436; M. GUTZWILLER, Zum Problem der Freiheit bei der Wahl der Verbandsperson, in ZSR 84 I, 1965, S. 223.

²⁶ P. LIVER, in ZbJV 99, 1963, S. 336.

²⁷ BGE 90 II, 1964, S. 333 ff.

²⁸ BGE 90 II, 1964, S. 336: «La décision rendue en la cause Miniera donne en effet une interprétation exacte du texte légal».

²⁹ BGE 90 II, 1964, S. 336 ff.

³⁰ BGE 90 II, 1964, S. 343.

für Kartelle sowie für Wirtschafts- und Berufsverbände keine anderen wirklich geeigneten Rechtsformen zur Verfügung stelle.

Wir stehen somit vor der Tatsache, daß unsere oberste Gerichtsbehörde einen rechtswidrigen Zustand sanktioniert, weil sie nicht gewillt ist, die Konsequenzen zu tragen, welche die Herstellung der rechtmäßigen Ordnung mit sich brächte. Das Dilemma ist offensichtlich und der Ruf des Bundesgerichtes nach dem Gesetzgeber unüberhörbar.

In den Besprechungen des letzten Entscheides (BGE 90 II, 1964, S. 333 ff.) sind die Meinungen über die Eignung anderer Rechtsformen zur Verfolgung von Kartellzwecken und zur Organisation von Berufs- und Wirtschaftsverbänden zwar differenziert. Mehrheitlich wird aber die Notwendigkeit eines gesetzgeberischen Eingriffs bejaht³¹.

In welche Richtung soll der Gesetzgeber wirken?

5. Die Stiftung hat seit dem Inkrafttreten des ZGB in einem kaum geahnten Maß an Bedeutung gewonnen. Während sie früher hauptsächlich zur Verfolgung humanitärer und kirchlicher Zwecke sowie zur Erhaltung des Familienvermögens Verwendung fand, ist sie heute zu einer wichtigen Institution des Wirtschaftslebens geworden.

Die Entwicklung ist maßgebend vom Steuerrecht her beeinflußt worden. Sie begann mit der Befreiung hinreichend verselbständigter Fonds zu Zwecken der Personalfürsorge

³¹ Vgl. dazu insbesondere A. HEINI, in ZSR 83 I, 1964, S. 450; M. GUTZWILLER, Zum Problem der Freiheit bei der Wahl der Verbandsperson, in ZSR 84 I, 1965, S. 242; P. LIVER, in ZbJV 101, 1965, S. 369.

Siehe ferner P. PIOTET, Retour à la jurisprudence traditionnelle sur le but non économique des associations, in JdT 113, 1965, I, S. 194 ff.; SAG 37, 1965, S. 196 ff.; F. VON STEIGER, Wieder Vereine zu wirtschaftlichen Zwecken, in SAG 37, 1965, S. 244 ff.

Eine eingehende Auseinandersetzung mit dem Problem, jedoch noch ohne Berücksichtigung des Entscheides 90 II, 1964, S. 333 ff., findet sich bei M. A. PELLET, Le but non-économique de l'association, 1964. Die Arbeit PELLETs enthält ein praktisch lückenloses Verzeichnis der schweizerischen Literatur zum Problem bis 1964. Es wird darauf verwiesen.

von der Kriegsgewinn- und der außerordentlichen Kriegsteuer im Ersten Weltkrieg³². Heute ist die Personalwohlfahrts-Stiftung in der Schweiz ein nicht wegzudenkendes Instrument der privaten Personalfürsorge. Bereits im Jahre 1953 wurden in einer Erhebung 6551 Personalwohlfahrts-Stiftungen mit einem Vermögen von 2590 Mio. Franken ermittelt³³. Im Jahre 1966 waren insgesamt 16 766 Stiftungen im Handelsregister eingetragen³⁴. Berücksichtigt man die Entwicklung auf dem Gebiete der privaten Personalfürsorge in den letzten 15 Jahren, so geht man kaum fehl in der Annahme, daß mehr als die Hälfte der eingetragenen Stiftungen Personalfürsorgezwecken dienen.

Nachdem die Personalfürsorgestiftung auf diesem Wege zu einem dem Unternehmer vertrauten Instrument geworden war, lag es nahe, sie noch für andere Unternehmenszwecke zu verwenden. Einzelne Unternehmer widmeten der Personalwohlfahrts-Stiftung statt Barmittel oder Forderungen Beteiligungsrechte an der eigenen Gesellschaft. Dadurch wurde mittelbar – auf rein privatwirtschaftlicher Basis – das Personal am Unternehmen beteiligt. Die Stiftung kann aber auch nur diesem Zweck dienstbar gemacht werden. Ein Beispiel dieser Art ist die von der J. R. Geigy AG im Jahre 1964 geschaffene Ordnung der Beteiligung der Betriebsangehörigen am Aktienkapital³⁵.

Wird eine maßgebende Zahl von Beteiligungsrechten auf die Stiftung übertragen, so kann sie zu einem wichtigen Instrument der Willensbildung innerhalb des Unternehmens werden. Sie kann, zum Beispiel, die Funktion haben, zwischen zwei oder mehreren Gruppen das Gleichgewicht zu hal-

³²A. EGGER, Kommentar, 2. Auflage, Vorbemerkungen zum 3. Abschnitt, N. 2.

³³ H. G. WIRZ, Die Personalwohlfahrts-Einrichtungen der Schweizerischen Privatwirtschaft – Ihr heutiger Stand, in: Schweizerische Arbeitgeber-Zeitung 51, 1956, S. 147.

³⁴ Vorne, S. 17.

³⁵ Vgl. F. VISCHER, Beteiligung der Betriebsangehörigen am Aktienkapital der Gesellschaft, in SAG 37, 1965, S. 1 ff.

ten und in diesem Sinne, als stabilisierender Faktor, der Erhaltung des Unternehmens dienen.

Wird schließlich die Mehrheit oder sogar die Gesamtheit der Beteiligungsrechte in die Stiftung eingebracht, so wird sie zu einem Instrument der Unternehmensführung. Diese Konstruktion ist in der Schweiz noch nicht sehr verbreitet, kommt aber doch in einigen Fällen vor.

Im Ausland, insbesondere in Deutschland, wird die Stiftung nicht nur als Inhaberin von Beteiligungsrechten, sondern auch zum unmittelbaren Betrieb eines Unternehmens verwendet³⁶. Eines der bekanntesten Beispiele ist die Carl Zeiß-Stiftung³⁷.

Die umschriebene Entwicklung im Stiftungswesen hat neue und ganz interessante Aspekte für die Unternehmenspolitik eröffnet. Damit sind aber auch neue Probleme entstanden; sie sind rechtlicher und wirtschaftspolitischer Natur. In der Bundesrepublik Deutschland sind sie schon eingehend besprochen worden, u.a. auch anlässlich des 44. Deutschen Juristentages im Jahre 1962³⁸.

In der Schweiz haben sich Rechtsprechung und Rechtswissenschaft noch wenig mit der Unternehmensstiftung befaßt. Das Bundesgericht sah eine Stiftung, die Eigentümerin der Stammanteile einer GmbH ist und deren Hauptzweck

³⁶ Bemerkenswert ist, daß die Türkei schon vor Jahren eine Revision des Stiftungsrechts eingeleitet hat, mit dem Ziel, die Lösung gemeinschaftlicher Aufgaben auf privatwirtschaftlicher Basis zu fördern und damit den Staat zu entlasten. Als Vorbild diente die Entwicklung des Stiftungswesens in den Vereinigten Staaten von Amerika und in einigen skandinavischen Staaten.

Einen Hinweis auf diese Revisionsbestrebungen gibt J.-M. GROSSEN, *Quarante ans après la réception du code civil suisse en Turquie*, in ZSR 85 I, 1966, S. 234 ff.

³⁷ Sie war auch Gegenstand schweizerischer Rechtsprechung; vgl. BGE 91 II, 1965, S. 117 und die Besprechung dieses Urteils in ZbJV 103, 1967, S. 139 ff. (WERNER VON STEIGER) und S. 150 ff. (MAX KUMMER); vgl. ferner W. SCHAUMANN, *Entschädigungslose Konfiskationen vor dem schweizerischen Bundesgericht. Eine Änderung der Rechtsprechung?*, in SJZ 62, 1966, S. 33 ff.

³⁸ Näheres dazu hinten, S. 204 ff.

in deren Erhaltung besteht, offenbar als unproblematisch an³⁹. Dagegen entschied das Eidgenössische Handelsregisteramt im Jahre 1960 nur «mit Bedauern», daß sich eine Stiftung mit einem Gewerbebetrieb ins Handelsregister eintragen lassen dürfe⁴⁰. W.F.BÜRGI mißt der neuen Verwendungsart der Stiftung im Wirtschaftsleben große praktische Bedeutung bei und fordert deshalb eine darauf abgestimmte Neugestaltung des Stiftungsrechts. R.BÄR⁴² beurteilt dagegen die neue Entwicklung der Stiftung mit Skepsis. Er läßt jedoch die Frage offen, «wie weit die Rechtsform der Stiftung unternehmerische Situationen zu meistern erlaubt».

6. Die Probleme, die aus der Divergenz zwischen der Rechtswirklichkeit und der gesetzlichen Ordnung entstehen, sind hinsichtlich der einfachen Gesellschaft, der Kollektivgesellschaft und der Kommanditgesellschaft in der Schweiz infolge der sehr freiheitlichen gesetzlichen Regelung weniger zahlreich. Immerhin stellt sich auch hier die grundlegende Frage, wo die Grenzen der Gestaltungsfreiheit sind. In Anlehnung an Auffassungen, die insbesondere in Italien und in Deutschland vertreten werden, ist auch für unser Recht geltend gemacht worden, «die typische Machtlage» dürfe nicht umgestaltet werden⁴³. Interessant im Rahmen unseres Problemkreises ist auch die Frage, ob das schweizerische Recht die stille Gesellschaft kennt⁴⁴.

³⁹ BGE 75 II, 1949, S. 81 ff.; vgl. dazu R.BÄR, Aktuelle Fragen des Aktienrechts, in ZSR 85 II, 1966, S. 531.

⁴⁰ VEB 29, 1959/60, Nr. 43.

⁴¹ Revisionsbedürftige Regelungen des schweizerischen Aktienrechts, in SAG 38, 1966, S. 60.

⁴² Aktuelle Fragen des Aktienrechts, a.a.O., S. 532.

⁴³ M. PEDRAZZINI, Stille Gesellschaft oder (offene) einfache Gesellschaft?, in SJZ 52, 1956, S. 369 ff., insbes. 371. Näheres dazu hinten, S. 131 ff. Zweifellos werden sich in Zukunft auch im Recht der Personengesellschaften unter diesem Gesichtspunkt noch einige Fragen stellen. Interessant in dieser Hinsicht sind die Ausführungen von R. REINHARDT, Die Fortentwicklung des Rechts der OHG und KG, in ZbJV 103, 1967, S. 329 ff.

⁴⁴ Dazu eingehend K. NAEF, Kennt das schweizerische Recht die stille Gesellschaft?, in ZbJV 96, 1960, S. 297 ff.

II. Rechtswirklichkeit und gesetzliche Ordnung

1. Aufgrund der bisherigen Ausführungen läßt sich feststellen, daß die in unserem Gesetz geregelten Gesellschaften nicht immer gemäß den Vorstellungen und Erwartungen des Gesetzgebers verwendet werden. Besonders auffallend ist eine starke Hinwendung der Kartelle, Berufs- und Wirtschaftsverbände zum Verein sowie der mittleren und kleineren Unternehmen zur Aktiengesellschaft, unter entsprechender Meidung der unter anderem zur Verfolgung dieser Zwecke bestimmten Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Genossenschaft. Andererseits haben sich der Stiftung angesichts einer nicht vorausgesehenen wirtschaftlichen Entwicklung neue Verwendungsmöglichkeiten eröffnet.

In der sozialen Wirklichkeit finden wir ferner die kapitalstarke und die kapitalschwache Aktiengesellschaft, die Publikums-Aktiengesellschaft, die Familien-Aktiengesellschaft, die Einmann-Aktiengesellschaft, die personenbezogene und die kapitalbezogene Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die echte Selbsthilfe-Genossenschaft und die Massen-Genossenschaft, den Verein mit idealem und jenen mit wirtschaftlichem Zweck, den geselligen Verein und den interessebezogenen Mammut-Verein, die Wohltätigkeits-Stiftung und die Unternehmens-Stiftung, die einfache Gesellschaft als Außengesellschaft und als reine Innengesellschaft (stille Gesellschaft), die personenbezogene und die stark kapitalbezogene Kollektivgesellschaft und Kommanditgesellschaft.

2. Die starken Abweichungen der Rechtswirklichkeit von der gesetzlichen Ordnung haben noch einen anderen Grund. Oft wird die gesetzliche Regelung der Gesellschaften durch Parteiabrede stark geändert.

Die Diskrepanz zwischen der Rechtswirklichkeit und der gesetzlichen Ordnung kann sehr groß sein. Durch Ausschöpfung der Verwendungs- und Gestaltungsmöglichkeiten im Gesellschaftsrecht, allenfalls verbunden mit außergesellschaftlichen Mitteln (wie Stimmbindungsverträge, fiduziarische Verträge, Bürgschaften), ist es möglich, unter der Eti-

kette einer bestimmten Gesellschaft ein Rechtsverhältnis zu gestalten, das in seinen Auswirkungen viel eher der gesetzlichen Ordnung einer andern Gesellschaft entspricht. Beispielsweise finden wir in der Praxis unter der Bezeichnung «Aktiengesellschaft» Organisationen, die einer Kommandit- oder Kollektivgesellschaft, einer Genossenschaft oder sogar dem Kaufmann mit beschränkter Haftung sehr nahe kommen. Umgekehrt wird die Kommanditgesellschaft oft derart ausgestaltet, daß sie viele Elemente der Aktiengesellschaft enthält. Gesellschaften mit beschränkter Haftung können ebenfalls der Aktiengesellschaft sehr ähnlich sein. Vereine weisen manchmal genossenschaftliche Züge auf⁴⁵.

3. In der Praxis begegnen wir nicht nur Gesellschaften, die von der gesetzlichen Ordnung abweichen, sondern auch Kombinationen verschiedener Gesellschaften.

Im Vordergrund steht der Konzern.

Relativ häufig ist aber auch die sogenannte «Doppelgesellschaft», d.i. die Verbindung einer einfachen Gesellschaft mit einer Kapitalgesellschaft, meistens einer Aktiengesellschaft, oder mit einem Verein zur Verfolgung von Kartellzwecken. Die Kapitalgesellschaft oder der Verein ist in dieser Konstruktion eine reine Organgesellschaft. Die auf den Kartellzweck ausgerichteten Rechte und Pflichten werden in der einfachen Gesellschaft geregelt.

Immer mehr praktische Bedeutung gewinnt auch die Kombination der Stiftung mit der Kapitalgesell-

⁴⁵ Auf die große Freiheit, die unsere Rechtsordnung hinsichtlich der Wahl der Gesellschaften und der Ausgestaltung ihres Inhaltes gewährt, weisen insbesondere hin: A. SIEGWART, Die Freiheit bei der Wahl der Verbandsperson und bei der Einzelgestaltung ihres Inhaltes, in: Festgabe der Juristischen Fakultät Freiburg zur 77. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins, 1943, S. 175 ff.; R. SECRÉTAN, L'étendue de la liberté de choix entre les diverses corporations de droit privé, in ZbJV 96, 1960, S. 173 ff.; M. GUTZWILLER, Zum Problem der Freiheit bei der Wahl der Verbandsperson, in ZSR 84 I, 1965, S. 223 ff. Bezogen auf das Aktienrecht: P. JÄGGI, Ungelöste Fragen des Aktienrechts, in SAG 31, 1958/59, S. 65 ff.

schaft, wobei die Stiftung, meist als Personalfürsorge-Stiftung, Beteiligungsrechte der Kapitalgesellschaft hält.

Erwähnenswert ist auch die in Deutschland oft anzutreffende sogenannte «GmbH & Co.». Darunter versteht man eine Kommanditgesellschaft, deren einziger unbeschränkt haftender Gesellschafter eine GmbH ist⁴⁶.

4. Die Probleme, die sich angesichts der Abweichungen der Rechtswirklichkeit von der gesetzlichen Ordnung im Gesellschaftsrecht stellen, sei es, weil die Gesellschaften nicht gemäß den Vorstellungen des Gesetzgebers verwendet werden, sei es, weil die Parteien die gesetzliche Regelung stark ändern, können als Strukturprobleme des Gesellschaftsrechts bezeichnet werden.

Struktur bedeutet im allgemeinen Sprachgebrauch die Art und Weise der Zusammensetzung eines Gebildes, sein Gefüge, sein innerer Aufbau, der gegliederte Zusammenhang seiner Bestandteile⁴⁷.

Gegenstand unserer Betrachtung ist vorerst das Gesellschaftsrecht in seiner Gesamtheit.

Angesichts der Feststellungen zur Rechtswirklichkeit drängt sich die Frage auf, ob dessen innerer Aufbau den Anforderungen des Wirtschaftslebens noch gerecht wird. In diesem Zusammenhang muß insbesondere gefragt werden, ob im Gesellschaftsrecht eine Vielfalt von zwingend umschriebenen oder eine kleine Anzahl von relativ frei gestaltbaren Gesellschaften anzustreben ist.

Es fragt sich aber auch, ob die Verwendungsmöglichkeiten der einzelnen Gesellschaften einzuschränken oder auszuweiten sind.

Wenn nicht das Gesellschaftsrecht in seiner Gesamtheit, sondern eine einzelne Gesellschaft Gegenstand der Un-

⁴⁶ In der Schweiz ist diese Konstruktion ausgeschlossen, da gemäß zwingender Gesetzesvorschrift (Art. 594 Absatz 2 OR) unbeschränkt haftende Gesellschafter nur natürliche Personen sein können.

⁴⁷ Näheres zum Strukturbegriff hinten, S. 79 ff., insbes. 85 ff. und 98. Vgl. dazu auch R. BÄUMLIN, Strukturprobleme der schweizerischen Demokratie der Gegenwart, in ZbJV 97, 1961, S. 81 ff.

tersuchung ist, stellt sich die Frage nach dem inneren Aufbau dieser Gesellschaft, nach dem funktionellen Zusammenhang ihrer einzelnen Elemente.

Die Strukturprobleme des Gesellschaftsrechtes in diesem zweiten, engeren Sinne sind nicht von minderer Bedeutung als die erstgenannten. Sie sind hauptsächlich für die Aktiengesellschaft sehr aktuell⁴⁸, stellen sich aber auch in bezug auf den inneren Aufbau der übrigen Gesellschaften.

5. Methodisch gebührt den Strukturproblemen des Gesellschaftsrechtes im weiteren Sinne der Vorrang. Das ist in der Diskussion über aktuelle Fragen des Aktienrechts am Schweizerischen Juristentag 1966 mit Recht betont worden⁴⁹.

Bevor über den inneren Aufbau einer bestimmten Gesellschaft Verbindliches gesagt werden kann, muß entschieden sein, welchen praktischen Bedürfnissen diese Gesellschaft dienen muß. Das setzt einen Entscheid über die Frage voraus, ob eine Vielzahl von zwingend umschriebenen oder eine relativ kleine Anzahl von frei gestaltbaren Gesellschaften anzustreben ist. Das Aktienrecht beispielsweise wird verschieden gestaltet werden müssen, je nachdem, ob es auf die Bedürfnisse einer Publikumsgesellschaft, einer Familiengesellschaft oder beider Gesellschaftstypen ausgerichtet sein soll.

6. Die aufgeworfenen Probleme sind sehr mannigfaltig. Im Rahmen dieser Arbeit drängt sich deshalb eine Beschränkung auf.

Entsprechend unserer methodischen Einsicht wenden wir uns vorerst den Strukturproblemen des Gesellschaftsrechtes im weiteren Sinne zu. Das Ergebnis bildet die Grundlage zur Hinwendung zu den Strukturproblemen des Ge-

⁴⁸ Dazu insbesondere P. JÄGGI, Ungelöste Fragen des Aktienrechts, in SAG 31, 1958/59, S. 54 ff.; W. F. BÜRGI, Revisionsbedürftige Regelungen des schweizerischen Aktienrechts, in ZSR 85 I, 1966, S. 57 ff.; R. BÄR, Aktuelle Fragen des Aktienrechts, in ZSR 85 II, 1966, S. 321 ff.; A. HIRSCH, Problèmes actuels du droit de la société anonyme, in ZSR 85 II, 1966, S. 1 ff.

⁴⁹ Vgl. die Diskussionsbeiträge von W. F. BÜRGI (ZSR 85 II, 1966, S. 668 ff.) und W. HUG (ZSR 85 II, 1966, S. 695 ff.).

sellschaftsrechts im engeren Sinne. Auf diesem Sektor ist eine Arbeitsteilung möglich und zweckmäßig. Wir werden uns deshalb dort auf die Behandlung einiger Spezialfragen beschränken.

7. Am Schluß dieser einleitenden Betrachtungen zum Problem drängt sich noch eine letzte Frage auf.

Kann die Rechtswissenschaft zu Fragen der Gesetzgebung überhaupt Verbindliches aussagen? Wenn ja, was kann die Rechtswissenschaft in dieser Beziehung leisten, und wo sind ihre Grenzen?

Es leuchtet ein, daß ein wissenschaftliches Bemühen um Fragen der Gesetzgebung nur dann einen Sinn hat, wenn die Hauptfrage grundsätzlich bejaht werden kann. Das ist indessen nicht selbstverständlich und in der Rechtswissenschaft selbst nicht unbestritten⁵⁰.

Aus der jüngsten Gesetzgebungspraxis ist folgende Feststellung erwähnenswert⁵¹: «Der Vorentwurf sah auch die

⁵⁰ Eine Zusammenstellung der einschlägigen Literatur würde hier zu weit führen. Wir beschränken uns auf einige Hinweise auf schweizerische Autoren: E. HUBER, *Recht und Rechtsverwirklichung. Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie* (1921); W. BURCKHARDT, *Methode und System des Rechts* (1936); DERSELBE, *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft*, 2. Auflage (1944); P. LIVER, *Der Begriff der Rechtsquelle*, in *ZbJV* 91^{bis}, 1955, S. 1 ff.; DERSELBE, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch. Kodifikation und Rechtswissenschaft*, in *ZSR* 95 II, 1961, S. 193 ff.; DERSELBE, *Berner Kommentar*, Einleitungsband, N. 139 ff. der Allgemeinen Einleitung; A. MEIER-HAYOZ, *Privatrechtswissenschaft und Rechtsfortbildung*, in *ZSR* 78 I, 1959, 89 ff.; P. JÄGGI, *Grundfragen der Privatrechts-Entwicklung*, in: *Das schweizerische Recht, Besinnung und Ausblick*, Festschrift herausgegeben vom Schweizerischen Juristenverein zur Schweizerischen Landesausstellung Lausanne 1964, S. 153 ff. (1964); O. A. GERMANN, *Probleme und Methoden der Rechtsfindung* (1965); C. DU PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, 4. Auflage (1967).

⁵¹ Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 27. August 1965 zum Gesetzesentwurf der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates betr. den Ausbau der Verwaltungskontrolle, *BBl* 1965 II, S. 1025 ff., Abschnitt III «Fragen im Zusammenhang mit der Gesetzgebung».

Schaffung eines Rechtsdienstes vor, der dazu bestimmt gewesen wäre, die Parlamentarier bei der Vorbereitung von Initiativtexten oder andern Anträgen zu beraten und zu unterstützen. Die Kommission hat diesen Gedanken aus verschiedenen Gründen fallen lassen, namentlich weil das Parlament die Möglichkeit hat, den Rechtsdienst des Justiz- und Polizeidepartements zu benützen, und weil zu befürchten wäre, daß die Initiativen der Parlamentarier ihren persönlichen und ursprünglichen Charakter verlieren könnten, wenn sie durch die Hände von Technikern des Rechtes gehen müßten.»

Diese Worte tönen wie eine Herausforderung an die Rechtswissenschaft und ihre Vertreter. Will man unterstellen, daß sie bedacht sind, so ist damit gesagt, daß die Rechtswissenschaft auf dem Gebiete der Gesetzgebung nichts oder wenig zu suchen hat. Sie kann höchstens den «Initiativen der Parlamentarier ihren persönlichen und ursprünglichen Charakter» nehmen.

Wenn dem so wäre, müßte auch der Schweizerische Juristenverein seine Tradition aufgeben, in seinen Jahresversammlungen aktuelle Probleme der Gesetzgebung zu behandeln, falls er damit den Anspruch verbindet, von der Rechtswissenschaft her einen Beitrag zu aktuellen Fragen der Rechtsgestaltung zu leisten.

Es könnte zwar sein, daß die Vertreter der Rechtswissenschaft nicht ganz unschuldig daran sind, wenn sie in den Augen der Parlamentarier (zu denen auch Juristen gehören) als «Techniker des Rechts» erscheinen. Unser wissenschaftliches Bemühen konzentriert sich auf die Rechtsdogmatik, auf die Erfassung des Inhalts der Normen des positiven Rechts sowie auf ihre Auslegung und Anwendung auf den Lebensfall. Es ist verständlich, daß sich in der Schweiz in den ersten Jahrzehnten nach den großen bundesrechtlichen Privatrechtskodifikationen das Hauptinteresse diesem neuen positiven Recht zuwandte. Inzwischen ist aber das Leben nicht stillgestanden. Insbesondere nach dem Zweiten Weltkrieg hat sich unsere Wirtschaftsstruktur in fast atemraubendem

Tempo entwickelt und geändert. Die Auffassungen vom Staat und die Anforderungen an den Staat haben sich maßgebend gewandelt. Wir stellen nicht nur eine fast unübersehbare Flut von gesetzgeberischen Erlassen im öffentlichen Sektor fest, sondern auch das Bedürfnis nach Anpassung unseres Zivilrechtes an neue Verhältnisse.

In dieser Situation ist es angezeigt, daß sich die Rechtswissenschaft vermehrt mit allgemeinen Rechtsfragen befaßt, u.a. auch mit solchen der Gesetzgebung. Die Aufgabe der Rechtswissenschaft besteht in dieser Hinsicht nicht in erster Linie darin, die Gesetzesflut zu beklagen – diese ist zu einem guten Teil die Folge der immer neuen Probleme, die dem Staat aufgegeben sind, und somit sachlich begründet⁵², sondern zur Bewältigung der Fülle von gesetzgeberischen Aufgaben beizutragen. Diese werden sich infolge der europäischen Integrationsbewegung in den nächsten Jahrzehnten noch stark vermehren.

Aus dieser Sicht heraus erscheint es fruchtbar, der Behandlung unseres eigentlichen Themas einige Gedanken zur Frage der Rechtsfindung vorzuschicken. Eine eingehende Auseinandersetzung mit dem Problem ist allerdings weder beabsichtigt, noch in diesem Rahmen angezeigt. Es geht hier lediglich darum, auf einen größeren Problemzusammenhang hinzuweisen und den Standort zu bestimmen, von welchem aus das Hauptproblem beurteilt wird.

⁵² Vgl. dazu P. JÄGGI, Grundfragen der Privatrechts-Entwicklung, in: Das schweizerische Recht, Festschrift herausgegeben vom Schweizerischen Juristenverein zur Schweizerischen Landesausstellung Lausanne 1964, S. 163.

§ 2. Der Problemzusammenhang

I. Rechtsfindung als Problem der Gesetzgebung

1. Rechtsfindung ist für Viele zur Hauptsache ein Problem der Rechtsanwendung¹.

Da der Sinn der Rechtsnorm oft nicht eindeutig ist, muß er insoweit mittels der Auslegung ermittelt werden. Auch nach Vollzug dieses Prozesses läßt sich indessen nicht auf alle Fragen der Rechtsanwendung eine Antwort geben. Die Normenordnung ist lückenhaft. Den Personen, welche das Gesetz anzuwenden haben, ist deshalb aufgegeben, in bestimmten Fällen Recht zu finden².

2. Daß Rechtsfindung auch ein Problem der Gesetzgebung ist, bedarf keiner näheren Erläuterung.

Es kann somit festgestellt werden, daß Rechtsfindung zweiphasig ist, ein Teamwork von Gesetzgeber und Richter³.

3. Der Richter kann und muß sich auf das positive Recht stützen. Dieses ist für ihn verbindlich; es hat juristische Geltung⁴.

Eine entsprechende Grundlage steht dem Gesetzgeber – wenn wir von den Anordnungen in der Verfassung absehen, die selbst wiederum Gesetzgebung ist – nicht zur Verfügung. Woran hat sich dieser zu halten?

¹ Es ist bezeichnend, daß eine der neuesten Publikationen zu dieser Frage (O. A. GERMANN, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 1965) zu einem wesentlichen Teil Beiträge zur Gesetzesauslegung oder zur richterlichen Rechtsfindung enthält.

² Vgl. Art. 1 ZGB und die Literatur dazu.

³ «Richter» als Sammelbegriff für alle kraft eines Amtes an der Rechtsanwendung beteiligten Personen.

Vgl. dazu P. JÄGGI, Grundfragen der Privatrechts-Entwicklung, in: Das schweizerische Recht, Festschrift herausgegeben vom Schweizerischen Juristenverein zur Schweizerischen Landesausstellung Lausanne 1964, S. 160.

⁴ Ausnahmefälle werden hier außer Betracht gelassen; vgl. zum Problem der Verbindlichkeit bzw. der juristischen Geltung O. A. GERMANN, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, S. 19; P. LIVER, Der Begriff der Rechtsquelle, in ZbJV 91^{bis}, 1955, S. 10 ff.

Wenn es richtig ist, daß Rechtsfindung ein Teamwork von Gesetzgeber und Richter ist, dann liegt es nahe anzunehmen, daß beide, Gesetzgeber und Richter, aufgrund der nämlichen Methode Recht finden müssen, wenn ihr Werk in sich geschlossen sein soll. Diese Frage ist indessen noch wenig geklärt. Es dürfte fruchtbar sein, ihr weiter nachzuspüren. Möglicherweise würde sich ergeben, daß die Auslegungslehre eine Theorie der Gesetzgebung geradezu voraussetzt. Das ist indessen hier nicht näher zu verfolgen.

4. Es wird gelehrt, der Gesetzgeber könne nicht nach Belieben Recht finden; er sei in seiner Entscheidung an gewisse Grundsätze gebunden. Geltung (im philosophischen Sinne) habe nur jene Rechtsnorm, welche diesen Kriterien entspricht⁵.

Diese Betrachtungsweise ist indessen nicht Allgemeingut. Schon die Ansicht, der Gesetzgeber sei in seiner Entscheidung gebunden, findet nicht überall Zustimmung. Aber auch dort, wo über diese Grundsatzfrage Einigkeit besteht, weichen die Auffassungen stark voneinander ab, wenn darauf zu antworten ist, von welchen Grundsätzen der Gesetzgeber nicht abweichen darf. Zu dieser Frage besteht noch kaum eine herrschende Meinung.

Damit ist das Problem erst aufgewiesen. Es gilt, den eigenen Standpunkt festzulegen.

II. Die Funktion des Rechts

1. Die Antwort auf die Frage nach der Funktion des Rechts ist nicht allzu schwierig. EUGEN HUBER⁶ drückte sich wie folgt aus: «Das Recht...hat die Interessen, die Bedürfnisse in der Gemeinschaft und was sich daran knüpfen läßt, zu ordnen, es hat sich mit der natürlichen Freiheit der Menschen auseinanderzusetzen und mit der Macht der Menschen abzurechnen. Daneben fällt ihm die Aufgabe zu, das Recht als objektive Ordnung zu gestalten und zu verwirklichen.»

⁵ Vgl. u.a. P. LIVER, a.a.O., S. 10/11; O. A. GERMANN, a.a.O., S. 19.

⁶ Recht und Rechtsverwirklichung, S. 82/83.

Ähnlich urteilt HEINRICH HENKEL⁷. Nach seiner Auffassung hat das Recht die Funktion, den Sozialbezügen innerhalb der Rechtsgemeinschaft Gestalt und Form zu geben. Noch kürzer, inhaltlich jedoch kaum abweichend, formuliert HANS MERZ⁸: «Das Recht erscheint derart als soziale Ordnungsmacht.» «Es will das Zusammenleben der Menschen ordnen, den menschlichen Willen so lenken, daß die Gemeinschaft nicht Schaden leidet.»

2. Ordnung ist offenbar für jede Gemeinschaft wesensnotwendig. Die Erfahrung zeigt, daß sich die Sozialbeziehungen der Menschen nicht regellos, nach der reinen Willkür der Beteiligten, abwickeln, sondern unter der Regelmäßigkeit der Ordnung⁹. Gemeinschaft ohne Ordnung ist nicht denkbar. «Es gibt keinen Zustand unter den Menschen, der nicht bereits den Gedanken der Ordnung in sich enthielte.»¹⁰

Die dem gesellschaftlichen Ganzen verliehene Gestalt- und Regelmäßigkeit wird als gelebte Ordnung bezeichnet¹¹.

3. Mit der Feststellung, daß die gelebte Ordnung Züge der Regelmäßigkeit in sich trägt, will nicht behauptet werden, daß die Rechtsordnung als Normenordnung in der Gemeinschaft bereits vorgegeben sei.

Von der gelebten Ordnung ist die gesetzte Ordnung zu unterscheiden; sie ist eine Schöpfung des Menschen.

Gelebte Ordnung und gesetzte Ordnung sind nicht selbständige Ordnungskategorien; sie stehen miteinander in Wechselwirkung. Diese Erkenntnis ist für die folgenden Ausführungen grundlegend. Auf die gegenseitigen Beziehungen werden wir noch näher eintreten¹².

⁷ Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 36.

⁸ Das Recht als soziale Ordnungsmacht, S. 7/8.

⁹ H. HENKEL, a.a.O., S. 21.

¹⁰ E. HUBER, Recht und Rechtsverwirklichung, S. 320; DERSELBE, Das Absolute im Recht, S. 14; vgl. dazu auch G. EDLIN, «Noch suchen die Juristen...», in SJZ 61, 1965, S. 334.

¹¹ H. HENKEL, a.a.O., S. 21.

¹² Hinten, S. 45 ff.

4. Als vom Menschen erschaffene Ordnung hat das Recht sein Dasein im Geistigen.

Der Geist ist nach der Einsicht über den Schichtenbau der Welt die höchste Seinsschicht¹³. Sie ruht auf den unteren Schichten des Körperlich-Organischen und wird vom Seelischen getragen. Die Seinsschicht des Geistigen ist in dieser Welt ausschließlich dem Menschen vorbehalten.

Der Geist ist vorerst im einzelnen Menschen tätig. Er wird getragen durch das persönliche Bewußtsein und aktiviert durch den individuellen Willen.

Der individuelle Geist entwickelt und entfaltet sich jedoch nur teilweise aus der Natursubstanz der persönlichen Anlage des Individuums. Sein Inhalt wird zu einem großen Teil aus einer überindividuellen Geistessubstanz, aus dem Gemeingeist der Gruppe mitbestimmt¹⁴.

Wie die Gemeinschaft nicht die Summe der Einzelnen darstellt, sondern für Dinge bestimmt ist, die über alle Einzelnen hinausgehen und nur als Funktion der Gemeinschaft gedacht werden können¹⁵, so ist auch der Gemeingeist nicht die Summe der subjektiven (personalen) Geister. Er stellt innerhalb einer bestimmten Menschengruppe einen überpersönlichen geistigen Zusammenhang dar. NICOLAI HARTMANN¹⁶ bezeichnet ihn als eine interpersonale Sphäre des Verbundenseins. Das durch ihn hergestellte, die Gruppe verbindende geistige Element äußert sich in einem Bereich gemeinsamer Anschauungen und Strebungen.

5. Zusammenfassend läßt sich festhalten: Das Recht ist seiner Funktion nach ein auf Ordnung und Gestaltung menschlicher Beziehungen ausgerichtetes Geschehnis¹⁷. Als solches ist es eine Lebenserscheinung, eine soziale Wirklichkeit. Es gehört zum Sein des Geistigen.

¹³ N. HARTMANN, Das Problem des geistigen Seins, S. 15 ff.; S. 57 ff.

¹⁴ H. HENKEL, a.a.O., S. 14.

¹⁵ E. HUBER, Das Absolute im Recht, S. 14.

¹⁶ a.a.O., S. 176.

¹⁷ Vgl. zur Kennzeichnung des Rechts als Geschehnis im menschlichen Leben E. HUBER, Das Absolute im Recht, S. 10.

III. Gedanken zur Frage nach der Bestimmung des Rechtsinhalts

Mit der Erklärung der Funktion des Rechts ist über dessen Inhalt noch nichts ausgesagt. Immerhin ist damit eine entscheidende Ausgangsposition bezogen.

1. Die Theorien über die Bestimmung des Rechtsinhalts sind außerordentlich vielfältig. Einerseits sind sie beeinflusst vom philosophischen Denken der Zeit, andererseits von der Auffassung über den Wissenschaftsbegriff.

Es entspricht dem Wesen wissenschaftlicher Arbeit, daß kaum eine Theorie eine ganz selbständige geistige Schöpfung ist. Die späteren Auffassungen sind Antworten und Stellungnahmen zu früheren. So ergibt es sich von selbst, daß viele Theorien verwandte Gedanken, nur mit verschiedener Akzentsetzung, enthalten.

Im Rahmen dieser Arbeit ist es weder möglich, noch erforderlich, die vielen Lehrmeinungen darzustellen. Es wird auf die Literatur verwiesen¹⁸.

Um die Kontinuität der Gedankenführung zu wahren, ist immerhin eine Auseinandersetzung mit einigen Grundgedanken erforderlich. Es werden vorerst zwei extreme Theorien kurz dargestellt. Im Anschluß daran wird eine Auffassung vertreten, welche auf der kurz umrissenen Vorstellung über die Funktion des Rechts aufbaut.

2. Es wird die Meinung vertreten, Gegenstand der Rechtswissenschaft könne lediglich das positive Recht sein; über die Rechtsbildung und somit über den Inhalt des «richtigen» Rechts lasse sich keine wissenschaftlich begründete Ansicht vertreten. Der Hauptexponent dieser Richtung ist HANS Kelsen. Er bezeichnet seine Lehre vom Recht als «Reine Rechtslehre»¹⁹.

¹⁸ Vgl. aus neuerer Zeit insbesondere K. LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960, und H. HENKEL, Einführung in die Rechtsphilosophie, 1964.

¹⁹ H. Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Auflage, 1960; DERSELBE, Was ist die Reine Rechtslehre?, in: Demokratie und Rechtsstaat, Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti, 1953, S. 143 ff.

Die Reine Rechtslehre will eine Lehre von der spezifischen Methode der Rechtserkenntnis sein. Sie unterwirft die Sätze, mit denen die Rechtswissenschaft ihren Gegenstand beschreibt, «einer logischen Analyse; d.h. sie stellt die Voraussetzungen fest, unter denen Aussagen über Rechtspflichten, Berechtigungen, Rechtshaftung, Rechtssubjekte, physische und juristische Personen, Rechtsorgane, Rechtskompetenzen und dergleichen überhaupt möglich sind. Auf diesem Weg gelangt sie zum Begriff der Norm, in dem der Gedanke zum Ausdruck kommt, daß etwas, und zwar ein bestimmtes menschliches Verhalten, sein soll»²⁰.

KELSEN stellt mit Recht fest, daß die Norm nur unter bestimmten Bedingungen Geltung hat. Er untersucht den spezifischen Sinn der Verknüpfung von Bedingung und Folge im Recht und gelangt zur Auffassung, daß dieser nicht, wie in der Naturwissenschaft, in der Kausalität liegt. Für die rechtliche Verknüpfung von Bedingung und Folge verwendet er die Bezeichnung «Zurechnung». «Der wesentliche Unterschied zwischen dem Prinzip der Kausalität und dem der normativen Zurechnung besteht darin, daß die Verknüpfung der Elemente in dem Fall der Kausalität unabhängig ist von einem Akt menschlichen oder übermenschlichen Willens, während die Verknüpfung im Falle der Zurechnung durch einen Akt menschlichen Willens hergestellt wird, dessen Sinn eine Norm ist.»²¹

Grundlegend für die Auffassung KELSENS vom Recht ist die Unterscheidung von Gesetzen des Seins und des Sollens. Naturgesetze werden der Welt des Seins, Rechtssätze im Sinne von Normen jener des Sollens zugeordnet.

KELSEN kann natürlich nicht an der Tatsache vorbeisehen, daß Recht auch wirklich ist, existiert. Dieses geltende, positive Recht wird geradezu als Gegenstand der Reinen Rechtslehre bezeichnet. Es wird aber nicht als «Norm», nicht

²⁰ Was ist die Reine Rechtslehre?, S.144.

Vgl. auch K.LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S.68 ff.

²¹ Was ist die Reine Rechtslehre?, S.145.

als «ideales Recht», sondern als Rechtswirklichkeit aufgefaßt, als «Sein im Verhältnis zur Gerechtigkeit»²².

Aus dem Sein kann man nach der Auffassung KELSENS nicht auf das Sollen schließen. Somit können aus der sozialen Wirklichkeit des Rechts keine Schlüsse auf den Inhalt richtigen Rechts gezogen werden.

Die Reine Rechtslehre will und kann nicht eine Lehre vom «richtigen» oder gerechten Recht sein; denn sie maßt sich nicht an, die Frage zu beantworten, was gerecht sei²³. «Als Wissenschaft vom positiven Recht ist sie – wie schon hervorgehoben – eine Lehre vom wirklichen Recht, vom Recht so wie es durch Gewohnheit, Gesetzgebung, Rechtsprechung tatsächlich geschaffen und in der gesellschaftlichen Realität wirksam ist, ohne Rücksicht darauf, ob dieses positive Recht von irgendeinem Wert-Standpunkt, und das heißt von einem politischen Standpunkt aus, als gut oder schlecht, als gerecht oder als ungerecht beurteilt wird; und jedes positive Recht kann von irgendeinem politischen Standpunkt aus als gerecht und zugleich von einem anderen, ebenso politischen Standpunkt aus als ungerecht beurteilt werden; aber nicht von der Wissenschaft des Rechts, die wie jede echte Wissenschaft ihren Gegenstand nicht bewertet, sondern beschreibt, nicht emotional rechtfertigt oder verurteilt, sondern rational erklärt.»²⁴

Diese Betrachtungsweise ist nur vom Standort des positivistischen Wissenschaftsbegriffs her verständlich. Diesem Wissenschaftsbegriff liegt die Auffassung zugrunde, daß jede Metaphysik, daher auch jede immanente Teleologie und Wertlehre aus der Wissenschaft auszuschließen sei. Als «Wissenschaft» werden nur einerseits die auf Erfahrung beruhenden Kausalwissenschaften und andererseits die Logik und die Mathematik als Lehre von den «reinen Formen» der Körper und der Zahlen anerkannt²⁵.

²² Was ist die Reine Rechtslehre ?, S. 146.

²³ Was ist die Reine Rechtslehre ?, S. 153.

²⁴ Was ist die Reine Rechtslehre ?, S. 153.

²⁵ Vgl. K. LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 72.

KELSEN hat zutreffend erkannt, daß es die Rechtswissenschaft nicht primär mit dem tatsächlichen Verhalten der Menschen oder mit psychischen Vorgängen als solchen zu tun hat, sondern mit den Rechtsnormen und ihrem Sinngehalt. Sie kann daher keine Naturwissenschaft sein, die Tatsachen beschreibt und deren kausale Verknüpfung erforscht. Dann aber kann sie, sofern sie überhaupt Wissenschaft ist, nach der positivistischen Wissenschaftsauffassung nur eine Lehre von den «reinen Formen» des Rechts sein²⁶.

Was bleibt dann noch? «Eine Rechtswissenschaft ohne Rechtsidee»; «ein sittlich freischwebendes, rein logisches Sollen»²⁷.

Wenn sie zur Gestaltung der Rechtsbeziehungen unter den Menschen in der entscheidenden Phase mitwirken soll, dann kommt die Rechtswissenschaft nicht darum herum, sich mit der sozialen Wirklichkeit und den sie bestimmenden Werten zu befassen. Sie müßte dies tun, selbst wenn ihr demzufolge von einer bestimmten Position her die Qualifikation als «Wissenschaft» abgesprochen werden könnte.

3. Als polares Gegenstück zur «Reinen Rechtslehre» kann die Lehre vom absoluten Naturrecht bezeichnet werden.

«Im Naturrecht tritt uns ein eigenartiges Phänomen entgegen, das den menschlichen Geist im Verlauf von mehr als zweitausend Jahren nahezu ununterbrochen beschäftigt hat.»²⁸ Das Schrifttum zum Naturrecht ist praktisch unübersehbar²⁹.

²⁶ Vgl. K. LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 72, 73.

²⁷ M. GUTZWILLER, Was ist Gerechtigkeit?, in ZSR 72, 1953, S. 407.

²⁸ H. HENKEL, a.a.O., S. 396.

²⁹ Ausführliche Bibliographien finden sich bei H. HENKEL, a.a.O., S. 393–396, und in dem von MAIHOFFER herausgegebenen Sammelband «Naturrecht oder Rechtspositivismus?», S. 580 ff. Als Orientierung aus neuerer Zeit diene: F. WIEACKER, Zum heutigen Stand der Naturrechtsdiskussion (1965) und die Besprechung dieser Arbeit von M. GUTZWILLER, in ZSR 86 I, 1967, S. 206.

Die große Fülle von Ideen, die im Naturrecht vertreten werden, kann in zwei Hauptgruppen zusammengefaßt werden: das absolute Naturrecht und das Naturrecht mit wechselndem Inhalt. Uns interessiert hier nur die erste Kategorie.

Das absolute Naturrecht hat verschiedene Ausprägungen. Sein legitimierender Ursprung sind entweder der göttliche Schöpfungsplan oder der Wesensgrund des Menschen oder die Vernunftsautorität oder die Idee. Allen diesbezüglichen Lehren ist die Vorstellung einer überzeitlichen und unwandelbaren rechtlichen Normenordnung, die dem Menschen vorgegeben ist, gemeinsam³⁰.

Soweit das Naturrecht als Schöpfungsordnung aufgefaßt wird, kann es nicht Gegenstand der Rechtswissenschaft sein, sondern der Theologie. Selbst die Theologie wird sich indessen der Einsicht nicht verschließen können, daß es ein überzeitliches, in jeder Situation und in jeder Zeit geltendes Recht nicht geben kann. Wenn auch anerkannt werden muß, daß es gewisse Kriterien gibt, die unabhängig von Raum und Zeit zur Essenz des Rechts gehören, so steht doch fest, daß das soziale Leben, welches das Recht ordnen soll, sich fortlaufend ändert und die Rechtsordnung vor neue Probleme stellt.

Diese Überlegungen gelten auch für die übrigen Ausprägungen des absoluten Naturrechts. Die unzähligen Situationen, welche geordnet werden müssen, können unmöglich vorausbedacht und vorausgesehen werden. Recht kann nur in der Geschichtlichkeit sozialen Lebens Gestalt gewinnen^{30a}.

Mit dieser einzigen Einwendung gegen die Auffassung vom absoluten Naturrecht soll es sein Bewenden haben. Es liegt nicht in der Konzeption dieser Arbeit, zum ganzen Problem des absoluten Naturrechts auch nur summarisch Stellung zu nehmen. Hier ging es lediglich darum, die beiden Pole aufzuzeigen, zwischen denen die Auffassungen über die Inhaltsbestimmung des Rechtes schwanken können und tatsächlich auch schwanken.

³⁰ H. HENKEL, a.a.O., S. 396–409.

^{30a} H. HENKEL, a.a.O., S. 409.

IV. Was bedeutet «richtiges» Recht? Realfaktoren und Ideal-faktoren des Rechts

Welche Auffassung liegt unseren Betrachtungen über das Verhältnis von Wirklichkeit und Norm im Gesellschaftsrecht zugrunde?

1. Lehnt man den positivistischen Wissenschaftsbegriff ab, so ist der Weg für die Frage nach dem «richtigen» Recht freigelegt.

Gegenstand der Betrachtung ist das Recht als soziale Wirklichkeit. Es wird jedoch nicht nur als Rechtswirklichkeit, sondern auch in seinem Verhältnis zu einer Wertordnung beurteilt.

Die Ablehnung der Theorie des absoluten Naturrechts bedeutet, daß von der Auffassung über ein in Raum und Zeit unwandelbares Recht abgewichen wird. Das Recht erscheint somit als ein Geschehnis.

Die Frage nach dem «richtigen» Recht wird nicht von einem bestimmten philosophischen System her gestellt. Sie wird von den rechtlichen Sachproblemen beherrscht.

Diese Methode der rechtsphilosophischen Betrachtung wurde von EUGEN HUBER³¹ und FRANÇOIS GÉNY³² angewandt. Sie ist in jüngster Zeit von HEINRICH HENKEL³³ weiterentwickelt worden.

Ausgangspunkt bildet die Erkenntnis, daß es eine Fülle von Faktoren gibt, welche auf die Rechtsbildung einwirken.

EUGEN HUBER teilte diese Faktoren in zwei Gruppen ein, die «Realien» und die «Ideen»³⁴. GÉNY bezeichnet die Ge-

³¹ Recht und Rechtsverwirklichung; Das Absolute im Recht.

³² Science et Technique en droit privé positif, II: Elaboration scientifique du droit positif, insbesondere Kapitel XIV, Essai de synthèse des données du droit positif susceptibles de servir de base à son élaboration scientifique, S. 351 ff.

³³ Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts (1964).

³⁴ Recht und Rechtsverwirklichung, S. 39, 40; Das Absolute im Recht, S. 54.

samtheit der Faktoren, welche auf die Bestimmung des Rechtsinhaltes einwirken, als «le donné», wobei er vier Gruppen unterscheidet, «le donné réel», «le donné historique», «le donné rationnel» und «le donné idéal»³⁵. HENKEL analysiert, welche Elemente dem Recht vorgegeben und welche ihm aufgegeben sind. Die ersteren nennt er Realfaktoren des Rechts, die letzteren Idealfaktoren des Rechts³⁶. Im folgenden wird diese Terminologie verwendet.

2. Der Begriff der Realfaktoren bedarf noch einer Erläuterung.

Darunter wird nicht nur das «Material» der rechtlichen Normgebung verstanden. Die Rechtswissenschaft als Geisteswissenschaft befaßt sich nicht nur mit dem gleichförmig Wiederkehrenden, sondern auch mit dem Einmaligen, Individuellen. Allerdings muß sie aus der Überfülle des Individuellen eine Auswahl treffen. Das geschieht unter dem leitenden Gesichtspunkt eines Wertes. Das Individuelle wird auf jene Werte bezogen, welche in einer bestimmten Gemein-

³⁵ Science et Technique en droit privé positif II, S. 351 ff.

³⁶ In der Theorie HENKELS sind wichtige rechtswissenschaftliche Erkenntnisse der letzten Jahrzehnte und der Gegenwart verarbeitet. Wir finden bei ihm Grundeinsichten des Naturrechts über den Menschen, verbunden mit den Erkenntnissen der modernen Psychologie, Elemente der Auffassungen SAVIGNYS und HAURIOUS über die Institutionen, der Interessentheorie von HECK und STOLL, der Ansicht STAMMLERS über den Zweck im Recht, der auf dem «Südwestdeutschen» Neukantianismus beruhenden Rechtstheorien (LASK, RADBRUCH, SAUER), der Auffassung BINDERS über die Rechtsidee und der phänomenologischen Rechtstheorie (REINACH, WELZEL, G. HUS-SERL). Diese Aufzählung dürfte nicht abschließend sein.

Eine sehr gute, übersichtliche Darstellung der erwähnten Lehren findet sich bei KARL LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft.

HENKEL hat es verstanden, die Elemente dieser verschiedenen Lehren unter einem einheitlichen Gesichtspunkt zu ordnen, ihnen in einem von den rechtlichen Sachproblemen her aufgebauten System ihren Platz zuzuweisen und so ihren Standort und ihr Gewicht im Problemzusammenhang zu bestimmen. Darin liegt seine eigenständige, sehr fruchtbare wissenschaftliche Leistung.

schaft faktisch anerkannt sind. Gegenstand der Betrachtung ist somit eine bereits vorgeformte Sozialwelt³⁷.

Unter dem Gesichtspunkt dieser (wertkritischen) Betrachtungsweise wird die scharfe Trennung von Wirklichkeit und Wert, von Sein und Sollen (Methodendualismus) für die Rechtswissenschaft problematisch³⁸. Man wird erkennen, daß die Idee zum mindesten zum Teil im Stoff (Stoff im hier umschriebenen Sinn) bereits vorgeformt ist. Ist das richtig, dann sind die Realfaktoren des Rechts nicht nur «Material» der rechtlichen Normgebung, sondern bereits Vorformen, Bauelemente, Strukturen, die in der Gestaltung der rechtlichen Sollensinhalte Berücksichtigung erfordern³⁹.

3. Werden die Realfaktoren des Rechts lediglich als Vorformen, Bauelemente, Strukturen des Rechts aufgefaßt,

³⁷ Die Notwendigkeit dieser Betrachtungsweise ist von HEINRICH RICKERT in seinem im Jahre 1902 erschienenen Werk über «Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung» nachgewiesen worden. Sie beruht auf der Einsicht, daß mit den Methoden der «exakten» Naturwissenschaften nicht das Ganze der erfahrbaren Wirklichkeit erfaßt werden kann. Näheres dazu bei K. LARENZ, a.a.O., 93.

³⁸ Vgl. dazu auch M. GUTZWILLER, Was ist Gerechtigkeit?, in ZSR 72, 1953, S. 406.

³⁹ Faßt man die Realfaktoren des Rechts in diesem Sinne auf, dann muß man allerdings auch eine klare Vorstellung über deren Beschaffenheit haben. Darauf kann hier im einzelnen nicht eingetreten werden. HENKEL widmet der Analyse der sozialen Wirklichkeit unter diesem Gesichtspunkt einen wesentlichen Teil seiner Betrachtungen und gelangt zu einer sehr differenzierten Stellungnahme. Er unterscheidet folgende Gruppen von Realfaktoren des Rechts: Der Mensch als Individuum, der Mensch in seinem Sozialsein, die Naturgesetzmäßigkeiten und Seinsstrukturen der Sachen, die Zwecktätigkeit als eine typische Art menschlichen Handelns, die Sitten und Gebräuche «als Muster sozialrichtigen Verhaltens», die aus den Anschauungen der Gesellschaft erwachsene soziale Wertordnung, die Institutionen, die «sachlogischen Strukturen».

Diese Aufzählung darf indessen nicht als abschließend gelten. Es ist evident, daß aus der unendlichen Fülle des Wirklichen nur eine bestimmte, nach Gruppen gegliederte Auswahl getroffen werden konnte. Je nach dem Gesichtspunkt lassen sich die Gruppen von Realfaktoren vermehren oder vermindern oder auch etwas anders ordnen.

dann bedarf es offenbar eines weiteren Prozesses bis zur Ausbildung des Rechts als Norm.

Die in der Sozialwelt vorgegebenen Vorformen des Rechts sind unter spezifisch rechtlichen Kriterien weiterzuformen und zum Rechtssatz zu vervollkommen⁴⁰. Diese spezifisch rechtlichen Kriterien sind die Idealfaktoren des Rechts: sie sind dem Recht nicht vorgegeben, sondern aufgegeben⁴¹.

4. Wer behauptet, daß Realfaktoren und Idealfaktoren auf die Bildung des Rechtsinhaltes einwirken, muß auch dar- tun, in welchem Verhältnis diese Faktoren zueinander stehen.

Eine Rangordnung erweist sich von vorneherein als unvollziehbar, schon deshalb, weil die Faktoren in manchen Fällen ganz unterschiedlichen Kategorien angehören, die unter Ranggesichtspunkten nicht verglichen werden können⁴².

Wird die Möglichkeit einer Rangordnung unter den einzelnen Faktoren verneint, dann muß eine andere Methode gefunden werden, mittels welcher die einzelnen Faktoren zueinander in Beziehung zu setzen sind. Als solche bietet sich das Denkverfahren der Topik an⁴³.

Topik ist eine Denkart, die sich am Problem orientiert⁴⁴. Ein Problem entsteht aus jeder Frage, die anscheinend mehr als eine Antwort zuläßt⁴⁵.

⁴⁰ H. HENKEL, a.a.O., S. 165.

⁴¹ Idealfaktoren des Rechts sind etwa das Gerechtigkeitsprinzip, das Billigkeitsprinzip, der Grundsatz der Zweckmäßigkeit, mit Einschluß der Anforderung der Praktikabilität, die Rechtssicherheit mit ihren mehrfachen Gehalten, insbesondere dem Leitgedanken möglicher Bestimmtheit des Rechts.

⁴² Siehe zum Problem der Rangordnung der Werte u.a.: G. RADBRUCH, Vorschule der Rechtsphilosophie, S. 32; H. COING, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 151 ff.; K. LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 127, 128.

⁴³ Dieses bereits im Altertum bekannte Denkverfahren ist von THEODOR VIEHWEG unserer Generation wieder ins Bewußtsein gerufen worden; vgl. T. VIEHWEG, Topik und Jurisprudenz, 1965.

⁴⁴ VIEHWEG T., a.a.O., S. 15.

⁴⁵ VIEHWEG T., a.a.O., S. 16.

Topisches Denken, angewendet auf die Rechtsgewinnung, weist eine besondere Stufenfolge auf:

a) Der zu regelnde Stoff birgt meistens eine bestimmt geartete Sachproblematik in sich. Diese wird einerseits von den beteiligten Subjekten und Objekten rechtlicher Beziehungen her bestimmt und anderseits von den Zweck- und Werterwägungen, die für die Regelung maßgebend sein sollen.

b) Das Problem wird unter verschiedenen Gesichtspunkten gewürdigt. Als solche Gesichtspunkte bieten sich die Real- und Idealfaktoren des Rechts an.

c) In den wenigsten Fällen genügt ein einziger Gesichtspunkt zur Problemlösung. Entgegen einer weitverbreiteten Ansicht wird es ganz selten gelingen, Probleme lediglich unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit oder der Zweckmäßigkeit zu meistern.

Die verschiedenen sich anbietenden Gesichtspunkte müssen infolgedessen ausgewählt und zueinander in Beziehung gesetzt werden. Das geschieht nach den Erfordernissen des Sachproblems.

d) Möglicherweise harmonieren die ausgewählten Gesichtspunkte miteinander. Oft werden sich aber Verschiedenheiten oder sogar Widersprüche zeigen. Beispielsweise können die Forderungen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit einander entgegenstehen. Es muß somit ein Gleichgewicht gesucht werden.

Zur Herstellung dieses Gleichgewichtes bedarf es eines Maßes. Die Antwort auf die Frage nach diesem Maß ist außerordentlich schwierig. Wir stoßen damit in den Bereich der Weltanschauung vor, in welchem die Rechtswissenschaft nicht mehr gültige Antworten geben kann.

Der Christ wird sich an den Werten christlicher Sozialethik ausrichten.

Die Topik als Methode zur Ermittlung des Rechtsinhalts arbeitet, wie leicht ersichtlich ist, nicht ausschließlich und

kaum vorwiegend mit Mitteln der formalen Logik. Der Geistesprozeß, der vollzogen wird, ist ein Erwägen und Abwägen, eine wertende Tätigkeit, mit dem Ziel, unter dem als maßgebend erkannten leitenden Gesichtspunkt «richtiges» Recht zu finden.

5. Gestützt auf die dargelegten Auffassungen kann zur Frage, ob es «richtiges Recht» (im rechtsphilosophischen Sinne) gibt, folgendes festgehalten werden:

a) Auf die aus einer bestimmten Problemsituation gestellten Fragen gibt es meistens nicht nur eine Antwort. Oft können nur die Grenzen abgesteckt werden, die nicht überschritten werden dürfen, wenn die gewonnene Norm noch «Recht» sein soll. Selbst diese Grenzen können nicht mit absoluter Genauigkeit ermittelt werden.

b) Da die meisten das Recht mitbestimmenden Faktoren wandelbar sind, ist es mittels der aufgezeigten Methode nicht möglich, Lösungen zu finden, welche absolut richtig sind. Das ist aber eine Stärke und nicht eine Schwäche der Methode. Sie stellt in Rechnung, daß das Recht keine absolute Größe ist, sondern ein Geschehnis innerhalb von Raum und Zeit.

Im Bereiche der Wertung der Real- und Idealfaktoren wäre die Frage nach der «Wahrheit» im Sinne der Übereinstimmung der Erkenntnis mit ihrem Gegenstand fehl am Platze⁴⁶. Der Jurist muß sich auf diesem Gebiet damit bescheiden, «richtige» Lösungen zu finden. Das liegt in der Art juristischen Denkens beschlossen.

Zur Frage nach den Kriterien des Richtigen drückt sich ENGISCH⁴⁷ folgendermaßen aus: «Verfährt er (der Jurist) bei dem Suchen der ihm aufgegebenen Entscheidung logisch streng, methodisch ehrlich und glaubwürdig, zeigt er sich unbefangen, offen und duldsam in der Diskussion, bereit, jeden vertretbaren Gesichtspunkt verstehend aufzugreifen und

⁴⁶ Vgl. zum Problem der Wahrheit in der Rechtswissenschaft K. ENGISCH, Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken.

⁴⁷ a.a.O., S. 22.

zu berücksichtigen, aber auch jeden Wert Gesichtspunkt auf seine Konsequenzen und Hintergründe hin zu bedenken, um am Ende diejenige Entscheidung zu fällen, die ihm selbst als die richtige erscheint, dann dürfen wir einer solchen Entscheidung ungeachtet ihrer nur relativen Richtigkeit oder bloßen Vertretbarkeit doch jene Überzeugungskraft zusprechen, die sie vor dem Verdikt des Fehlurteils bewahrt.»

Diese Erkenntnis wird den Rechtsuchenden davor bewahren, Entscheide und Urteile nach reinem subjektivem Wertempfinden oder sogar nach Willkür zu treffen. Die Persönlichkeit läßt sich allerdings nie ganz ausschalten. Sie geht in die Entscheidung ein und trägt sie. «Darauf beruhen Verantwortung und Würde, Not und Stolz des Juristen.»⁴⁸

c) Die Intensität der Einwirkung der Realfaktoren und der Idealfaktoren kann sehr verschieden sein. Die Konturen des «Vorgegebenen» können oft kaum mehr ersichtlich sein. Andererseits gibt es Rechtsnormen, in denen die Idealfaktoren des Rechts eine geringe Rolle spielen.

V. Fragen der System- und Begriffsbildung

1. Mit der Antwort auf ein konkretes Sachproblem ist die Arbeit des Gesetzgebers noch nicht abgeschlossen. Er muß die gewonnenen rechtlichen Norminhalte noch formulieren, zu einem sinnvollen Ganzen zusammenfügen und systematisch ordnen. Hier stellen sich Fragen der System- und Begriffsbildung. Sie haben für unser Thema – wie noch zu zeigen sein wird – eine nicht zu unterschätzende Bedeutung. Deshalb wird im folgenden soweit darauf eingetreten, als dies für unsere Untersuchung angezeigt erscheint.

2. Der Gesetzgeber darf im Hinblick auf die systematische Ordnung der rechtlichen Norminhalte nicht an der Tatsache vorbeisehen, daß das Recht in der sozialen Wirklichkeit bereits vorgeformt ist. Das ist lange viel zu wenig be-

⁴⁸ K. ENGISCH, a.a.O., S. 22.

achtet worden. In jüngster Zeit wird jedoch dieser Tatsache die gebührende Aufmerksamkeit geschenkt ⁴⁹.

3. Jede Materie kann unter verschiedenen Gesichtspunkten systematisch geordnet werden. Die Vorstellung, es gebe für die Erfassung eines gegebenen Stoffes nur ein richtiges System, wäre deshalb irrig. In Wirklichkeit sind so viele Systeme denkbar, als es Gesichtspunkte der Betrachtungsweise gibt. Wer einen Stoff systematisch ordnen will, muß sich deshalb für einen Gesichtspunkt entscheiden. Die Wahl hängt weitgehend von der zu bewältigenden Aufgabe ab.

4. Die dem Recht aufgegebenen Idealfaktoren, insbesondere die Rechtsidee und die Gerechtigkeit, erfordern, daß die Rechtsordnung ein in sich geschlossenes sinnvolles Ganzes ist. Die mit der Arbeitsmethode der Topik zur Lösung einzelner Probleme gewonnenen Normenkomplexe müssen in folgedessen noch aufeinander abgestimmt werden.

Die derart gewonnene Ordnung der Normenbereiche wird das «innere» System des Rechts genannt. Es ist das System der Rechtsphilosophie.

Die hier aufgezeigte Aufgabe muß zur Hauptsache mit Mitteln der Sachlogik bewältigt werden, d.h. einer Logik, welche die Beziehungen unter einzelnen Gegenständen nach der diesen innewohnenden «Gesetzesstruktur», «Kategorialstruktur» beurteilt ⁵⁰.

5. Ist man sich der Funktion des «inneren» Systems bewußt, dann wird auch klar, wie absurd es ist, aus diesem System durch formal-logische Deduktion Rechtsinhalte ableiten zu wollen.

⁴⁹ Aus dem deutschen Schrifttum seien erwähnt: H. COING, Grundzüge der Rechtsphilosophie (1950); DERSELBE, Bemerkungen zum überkommenen Zivilrechtssystem, in: Festschrift für H. Dölle I, S. 25 ff. (1963); K. ENGISCH, Sinn und Tragweite juristischer Systematik, in: Studium Generale 10 (1957), S. 173 ff.; J. ESSER, Zur Methodenlehre des Zivilrechts, in: Studium Generale 12 (1959), S. 97 ff.; K. LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (1960).

⁵⁰ Vgl. zum Begriff der Sachlogik N. HARTMANN, Grundzüge einer Metaphysik der Erkenntnis, 4. Auflage, 1949, S. 314 ff.; H. HENKEL, a.a.O., S. 275.

Trotzdem wäre es verfehlt anzunehmen, der Gesetzgeber könne zur Bewältigung seiner Aufgabe auf die formale Logik verzichten. Die logischen Gesetzmäßigkeiten sind ein unentbehrliches Mittel der Rechtsdogmatik. Das System der Rechtsdogmatik wird auch das «äußere» System genannt.

Das äußere System muß mehreren Aufgaben gerecht werden.

Einerseits kann es das «innere» System naturgemäß nicht mißachten. Das liegt in der Sachlogik begründet. Das «äußere» System muß sich im Gegenteil möglichst stark an das «innere» System anlehnen.

Andererseits soll mittels des «äußeren» Systems eine folgerichtige Rechtsordnung entstehen. Diese Aufgabe ist nicht leicht zu bewältigen.

Oft wird an einer bestimmten Sachproblematik ein «Prinzip» entdeckt, das sich auch zur Lösung anderer Aufgaben anbietet. Die Rechtsdogmatik hat zahlreiche solche «Prinzipien» herausgebildet⁵¹. Diese «Prinzipien» drängen «zur Systembildung und zu einem Schema logischer Über- und Unterordnung, durch das der Stoff auf ein Minimum von allseitig brauchbaren, sachlich ergiebigen Axiomen und ableitungsfähigen Begriffen eingeschmolzen wird»⁵².

Allerdings besteht die Gefahr, daß jeder Grundsatz, von seiner Entstehungsproblematik getrennt, zu Einseitigkeiten führt. Das «äußere» System muß sich hier vom «inneren» System leiten lassen. Es muß das richtige Verhältnis von Regel und Ausnahme gefunden werden, «von der Einsicht aus, daß Grundsätze – selbst wenn sie sich als Axiome gebärden – nur dann funktionieren können, wenn man sie sachgerecht durchbrechen darf»⁵³. «So wiederholt sich in allen Rechtskulturen ein Kreislauf zwischen Problemdeckung, Prinzi-

⁵¹ Eingehend zu diesem Problem: J. ESSER, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts.

⁵² J. ESSER, a.a.O., S. 7.

⁵³ J. ESSER, a.a.O., S. 7.

prienbildung und Systemverfestigung. Was sich nach einem landläufigen Methodenstreit als ein vermeintlicher Wettkampf zwischen ‹offenem› problematischen und ‹geschlossenem›, begrifflich-deduktivem Denken darstellt, ist weithin ein notwendiger und schubweiser Stoffwechsel zwischen den Neuerfahrungen der Fallpraxis und den Formkräften der Schule.»⁵⁴

6. «Äußeres» und «inneres» System sind somit Postulate; jedes soll, unter einem bestimmten Gesichtspunkt, legitime Anforderungen an das «richtige» Recht erfüllen. Weil keines dieser Postulate vor dem andern den Vorrang hat, und weil die einzelnen Faktoren nicht immer in die gleiche Richtung wirken, kann sich kein System ganz verwirklichen; es bleibt Fragment. «Inneres» und «äußeres» System streben indessen einander zu; sie stehen zueinander in Wechselwirkung.

7. Aufgrund der bisherigen Ausführungen könnte man meinen, das Systemproblem bestehe nur in Hinsicht auf die Rechtsordnung als Ganzes. Das wäre jedoch irrig.

Die gleichen Lebenserscheinungen können unter verschiedenen Gesichtspunkten Gegenstand des Rechtes sein, etwa des Zivilrechts, des Steuerrechts, des Strafrechts. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Rechtswissenschaft mit einem einzigen System überhaupt auskommt.

Geht man davon aus, daß es möglich ist, jede Materie unter verschiedenen Gesichtspunkten systematisch zu erfassen, daß ein System jedoch nur nach einem einzigen Gesichtspunkt aufgebaut werden kann, dann muß man für jede der erwähnten Disziplinen ein selbständiges System fordern. Die verschiedenen Systeme müßten sich zwar in das Gesamtsystem der Rechtsordnung einfügen, würden sich aber im übrigen überschneiden.

Das Problem ist für das Verhältnis zwischen Zivilrecht und Steuerrecht von großer praktischer Bedeutung. Es hat

⁵⁴ J. ESSER, a.a.O., S. 7; vgl. zum Verhältnis zwischen Problem-
denken und System auch T. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*,
S. 57 ff.

schon ERNST BLUMENSTEIN⁵⁵ beschäftigt. BLUMENSTEIN machte bereits 1933 in Anlehnung an die deutsche Steuerrechtswissenschaft auf die innere Notwendigkeit der selbständigen steuerrechtlichen Begriffsbildung aufmerksam⁵⁶. Im Gutachten über Änderung des kantonalen und eidgenössischen Steuerrechts im Hinblick auf Umwandlungen und Fusionen geschäftlicher Unternehmen und auf Holdingverhältnisse, verfaßt von einer Expertenkommission unter dem Vorsitz von Bundesrichter JOSEF F. PLATTNER (1964), wird ebenfalls für das Steuerrecht «bis zu einem gewissen Grad» ein selbständiges, vom Privatrecht unabhängiges Begriffsinstrumentarium gefordert, damit wohl auch ein selbständiges System⁵⁷.

Das Problem ist außerordentlich vielschichtig. Das dürfte der Grund dafür sein, daß die Steuerrechtswissenschaft in dieser Beziehung heute noch auf halbem Weg steht. Eine Intensivierung der wissenschaftlichen Bearbeitung dieser Frage drängt sich indessen auf. Die Art und Weise, wie in der Praxis immer noch versucht wird, mit dem Allheilmittel der «wirtschaftlichen Betrachtungsweise» Situationen Herr zu werden, die der Gesetzgeber mangelhaft geordnet hat, ist höchst bedenklich und schadet der Rechtssicherheit in hohem Maße.

8. Was vom System im allgemeinen gesagt worden ist, gilt grundsätzlich auch für die Begriffsbildung im besonderen. Auch die Begriffe müssen dem «Stoff» angepaßt werden.

Das Resultat einer am Problem ausgerichteten Rechtsfindung ist ganz selten eine einzelne Norm, in der Regel ein Komplex von Normen, die zueinander in einem sinnvollen Zusammenhang stehen. Mißachtet der Gesetzgeber diese Grundtatsache und gestaltet er den «Stoff» mittels Begriffen,

⁵⁵ Gegenseitige Beziehungen zwischen Zivilrecht und Steuerrecht, in: Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins 1933, S. 141 a ff.

⁵⁶ a.a.O., S. 171 a.

⁵⁷ Gutachten, S. 58 ff.

die der Eigenart der Rechtsbildung nicht Rechnung tragen, so läuft er Gefahr, in seinem zweiten Arbeitsgang (Formulieren und Ordnen des gefundenen Norminhaltes) das zu zerstören, was er im ersten (Auffinden des Norminhaltes) erarbeitet hatte⁵⁸.

Diese Gefahr ist besonders groß, wenn die Rechtswissenschaft nur mit klassifikatorischen Begriffen arbeitet. Von dieser Sorge beeindruckt, ertönt in letzter Zeit immer lauter der Ruf nach «Wesensbegriffen»⁵⁹.

«Wesensbegriffe» haben nicht formalen Charakter, sondern sind sinnerfüllt. Ein klassifikatorischer Begriff kann den Sinn, den er eigentlich meint, in der Definition nur «verkürzt» zum Ausdruck bringen. Der klassifikatorische Begriff der Aktiengesellschaft beispielsweise⁶⁰ ist im Vergleich zum Normenkomplex «Aktiengesellschaft», in seinem vollen Sinnzusammenhang erfaßt, inhaltsleer, blaß. Er kann aber seiner Konstitution gemäß gar nicht mehr leisten. Seiner Funktion nach muß er klassifizieren, d.i. jene Merkmale der Aktiengesellschaft festhalten, welche diese von einer andern Gesellschaft, beispielsweise der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, unterscheiden. Dem «Wesensbegriff» ist dagegen die Aufgabe zugedacht, den Sinn der Rechtserscheinung zu vermitteln. Nach LARENZ⁶¹ ist dieser Begriff «transparent»⁶².

⁵⁸ Anderer Meinung: E. BUCHER, Die Bedeutung der allgemeinen Lehren im Privatrecht, in ZSR 85 I, 1966, S. 213 ff., insbes. 232 ff. BUCHER vertritt die Ansicht, das Primäre sei eine «Lehre von den Rechtsformen», in die offenbar der Rechtsinhalt einzugießen wäre.

⁵⁹ Vgl. dazu G. RADBRUCH, Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken, in: Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts XII, 1938, S. 46 ff.; H. COING, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1950, S. 271 ff.; K. LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 133 ff. und 353 ff.

⁶⁰ Art. 620 Abs. 1 OR: «Die Aktiengesellschaft ist eine Gesellschaft mit eigener Firma, deren zum voraus bestimmtes Kapital (Grundkapital) in Teilsummen (Aktien) zerlegt ist und für deren Verbindlichkeiten nur das Gesellschaftsvermögen haftet.»

⁶¹ a.a.O., S. 367 ff.

⁶² LARENZ bezeichnet allerdings den «Wesensbegriff» in Anlehnung an Hegel als «konkret-allgemeinen» Begriff.

Wir werden uns mit diesen Problemen im Zusammenhang mit der Untersuchung über die Bedeutung der Typuslehre in der Rechtswissenschaft noch zu befassen haben⁶³.

9. Es ist nun zu beachten, daß das System und die Begriffe unseres Privatrechts zum größten Teil in einer Zeit gebildet worden sind, in der man noch andere Auffassungen über die Rechtsfindung hatte. Sie beruhen auf der wissenschaftlichen Arbeit der Pandektisten⁶⁴.

Ausgangspunkt zur System- und Begriffsbildung bildete die menschliche Freiheit, deren Ausdruck im Zivilrecht die Privatautonomie ist. Das subjektive Recht ist demnach ein zentraler Begriff dieses Systems⁶⁵.

SAVIGNY hatte zwar geplant, die Rechtsinstitute in ihrem organischen Zusammenhang zur Grundlage der Systembildung zu machen⁶⁶. Dieser Plan ist aber nur teilweise durchgeführt worden⁶⁷.

Formale Grundbegriffe wie «Rechtssubjekt», «Rechtsobjekt», «Willenserklärung», «Anspruch», «Rechtspflicht» können gewiß nicht entbehrt werden. Versucht man aber alle Rechtsercheinungen, insbesondere einzelne Rechtsinstitute, derart zu sezieren, daß nur noch Rechtssubjekte, Rechte und Pflichten zurückbleiben, dann wird das, was ein Rechtsinstitut eigentlich ausmacht, verkannt, nämlich der in seinem Sinn begründete funktionelle Wirkungszusammenhang der einzelnen Normen. Die Rechtsinstitute sind von einem

⁶³ Vgl. hinten, S. 64 ff.

⁶⁴ J. ESSER, Zur Methodenlehre des Zivilrechts, in: *Studium Generale* 12, 1959, S. 98; P. LIVER, Die Realobligation, in *ZGBR* 43, 1962, S. 255 ff.; P. JÄGGI, Positives und natürliches Privatrecht, in: *Ius et Lex*, Festgabe für Max Gutzwiller, S. 639; J.-M. GROSSEN, Quelques remarques sur la situation et les méthodes du droit de la famille, in *ZSR* 85 I, 1966, S. 45.

⁶⁵ Vgl. J.-M. GROSSEN, a.a.O., S. 45; F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Auflage, 1967, S. 474 ff.

⁶⁶ *System des heutigen Römischen Rechts* I, S. 10.

⁶⁷ K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 137, ist der Meinung, daß der Plan überhaupt nicht verwirklicht worden sei; a.M. J. ESSER, *Zur Methodenlehre des Zivilrechts*, S. 98.

System her bedroht, das zu einseitig ausgerichtet ist. Die Ehe beispielsweise wird nach diesem System als Vertrag verstanden. Ist damit der volle Sinngehalt dieses Rechtsinstitutes erfaßt? GROSSEN⁶⁸ bemerkt zur Einordnung des Familienrechts in dieses System: «Inséré dans un contexte pareil, le droit de la famille va prendre un visage étrangement desincarné.»

10. Ein System, das der sozialen Wirklichkeit nicht genügend Rechnung trägt und zur Hauptsache nach formalen Gesichtspunkten aufgebaut wird, kann aber auch Probleme schaffen, die bei richtiger Betrachtungsweise überhaupt nicht bestehen. Anschaulich kommt dies im Recht der juristischen Personen zum Ausdruck. Einfache Gesellschaft, Kollektivgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Genossenschaft, Verein und Stiftung gehören, wenn man sie von ihrer Funktion und ihrem Sinn her betrachtet, zusammen. Unser herkömmliches Privatrechtssystem legt dagegen Wände dorthin, wo keine hingehören. Es hält für diese Rechtsinstitute nicht einmal eine gemeinsame Bezeichnung bereit⁶⁹.

11. Die Rechtsinstitute sind nicht nur von einem einseitigen System her bedroht, sondern auch vom einseitigen Gebrauch der klassifikatorischen Begriffe.

«Das Leben kennt nur fließende Übergänge, aber der (klassifikatorische) Begriff zieht quer durch solche Übergänge scharfe Grenzen. Wo das Leben nur ein «mehr oder minder» zeigt, verlangt der Begriff eine Entscheidung: «entweder – oder».» «Nicht das «Begreifen» erscheint als Hauptleistung des (klassifikatorischen) Begriffes, das Umfassen eines bestimmten Denkgehalts, sondern das «Begrenzen», die Wehrmauer, mit der sich der Begriff nach außen gegen ande-

⁶⁸ a.a.O., S. 45.

⁶⁹ Vgl. dazu vorne, S. 17.

Zu diesem Problem auch P. JÄGGI, Grundfragen der Privatrechtsentwicklung, in: Das schweizerische Recht, Festschrift herausgegeben vom Schweizerischen Juristenverein zur Schweizerischen Landesausstellung Lausanne 1964, S. 169.

re Denkgehalte abschließt. Kurz: das traditionelle begriffliche Denken ist ein ‹Trennungsdenken›, das die Ganzheiten des Lebens zerfetzt und zerstört.»⁷⁰

Dieses ‹Trennungsdenken› ist in der Rechtswissenschaft weit verbreitet. Es liegt beispielsweise der Bildung des Begriffspaares öffentliches Recht/privates Recht zugrunde. Das hat zur Folge, daß oft Rechtsinstitute, die als ein sinnvolles Ganzes konzipiert sind, nach öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Normen beurteilt werden. Im Zivilrecht wird zwischen natürlichen und juristischen Personen unterschieden, obwohl evident ist, daß es dazwischen noch zahlreiche Rechtsinstitute gibt, die unter diesem Gesichtspunkt gar nicht recht eingereiht werden können⁷¹.

12. Diese (äußerst summarischen) Hinweise sollten genügen, um darzutun, daß selbst das System und die Begriffe der Rechtswissenschaft fortlaufend kritisch überprüft werden müssen. Das Unheil, welches infolge der kritiklosen Übernahme von Begriffen angerichtet wird, die aufgrund überholter Vorstellungen geprägt worden sind, ist größer, als man sich oft vorstellt.

PETER LIVER schreibt zu dieser Frage⁷²: «Wie beim Gesetzgeber selber war im allgemeinen auch bei den Vertretern der Wissenschaft vom kodifizierten Recht das Bewußtsein vorherrschend, daß das System, welches im Gesetz Ausdruck gefunden hat oder ihm zugrunde liegt, als vollständig und geschlossen gelten könne. In meiner wissenschaftlichen Tätigkeit auf dem Gebiete des Sachenrechtes bin ich immer wieder zu der Erkenntnis gelangt, daß dies ein Irrtum sei und daß die Wissenschaft die Aufgabe habe, dieses System zu ergänzen, auszubauen und auch umzubauen, soweit dies als

⁷⁰ G. RADBRUCH, Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken, in: Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts XII, 1938, S. 46.

⁷¹ Für das Staatsrecht siehe R. BÄUMLIN, Der schweizerische Rechtsstaatsgedanke, in ZbJV 101, 1965, S. 84 ff.

⁷² Die Realobligation. Ihre klassifikatorische Bedeutung und praktische Verwendbarkeit, in ZBGR 43, 1962, S. 258 ff.

nötig sich erweise, um die Verwirklichung des Sinnes und Zweckes der einzelnen Bestimmungen und Institute bestmöglich zu gewährleisten.»⁷³

VI. Gesetzgebung und Rechtswissenschaft

1. Am Schluß der Ausführungen zum Problem dieser Arbeit ist die Frage gestellt worden, ob die Rechtswissenschaft zu Fragen der Gesetzgebung überhaupt Verbindliches aussagen könne⁷⁴. Gestützt auf die in diesem Paragraphen vertretenen Ansichten über die Rechtsfindung kann dazu folgendes gesagt werden:

a) Jede Rechtspositivierung ist nur ein Versuch zum «richtigen» Recht⁷⁵.

b) Die Rechtswissenschaft hat zur Bildung des Rechtsinhaltes Entscheidendes zu sagen. Ihre Mittel reichen indessen zur Bestimmung des «richtigen» Rechts nicht aus. Das gilt insbesondere für die Ermittlung der Realfaktoren des Rechts. Die Mitwirkung anderer Wissenschaften, z.B. der Geschichtswissenschaft, der Soziologie, der Volkswirtschaftslehre und der Naturwissenschaft, ist unerläßlich.

c) Die Rechtsfindung ist nicht nur eine Aufgabe der Wissenschaften. Das politische Element, als Ausdruck der in der Gesellschaft wirkenden Zweckvorstellungen, kann, je nach dem rechtlichen Sachproblem, entscheidende Bedeutung haben.

d) Gesetzgebung ist somit in unserer heutigen (demokratischen) Rechtssituation eine Aufgabe Vieler: des Volkes, der Stände und des Parlaments als Träger der obersten

⁷³ Die Gefahren der kritiklosen Übernahme von Werturteilen, Begriffsbestimmungen und Konstruktionen früherer wissenschaftlicher Tradition in moderne Kodifikationen hat bereits AUGUST SIMONIUS gesehen. Vgl. A. SIMONIUS, Gesetzesauslegung und wissenschaftliche Tradition, in: Festgabe der Juristischen Fakultät der Universität Basel zum 80. Geburtstag von Paul Speiser, 1926, S. 83 ff.

⁷⁴ Vorne, S. 33 ff.

⁷⁵ R. STAMMLER, Die Lehre vom richtigen Rechte, 2. Auflage, S. 31. «Richtiges» Recht ist somit ein Postulat.

gesetzgebenden Gewalt sowie als Repräsentant der in der Gesellschaft vorgegebenen Realfaktoren, aber auch der Experten, etwa als Soziologen, Volkswirtschaftler, Naturwissenschaftler, Architekten, als besondere Sachverständige des Wirtschaftslebens und der Verwaltung, insbesondere aber auch als Rechtswissenschaftler. Diesen letzteren fällt – abgesehen von ihrer Kompetenz in Fragen der System- und Begriffsbildung – bereits in der Phase der Inhaltsbestimmung des Rechts eine maßgebende Rolle zu. Die Würdigung der Idealfaktoren des Rechts (Gerechtigkeit, Billigkeit, Zweckmäßigkeit, Rechtssicherheit) ist eine spezifisch juristische Aufgabe.

Der Jurist darf indessen seine Mitwirkung in Fragen der Inhaltsbestimmung des Rechts nicht auf dieses spezifische Gebiet beschränken. Aufgrund seiner beruflichen Ausbildung und seiner täglichen Erfahrung mit dem positiven Recht ist er dazu berufen – wenn nicht als Rechtswissenschaftler, so insoweit doch als Experte des Rechtslebens –, in allen Fragen der Bestimmung des Rechtsinhalts ein maßgebendes Wort mitzureden, auch hinsichtlich der Feststellung und Würdigung der Realfaktoren des Rechts.

WALTHER BURCKHARDT⁷⁶ schrieb zur Aufgabe der Rechtswissenschaft im Zusammenhang mit der Rechtssetzung die folgenden eindrücklichen Worte:

«Die Praxis, der die Wissenschaft die Wege weist, ist aber nicht nur die Anwendung des gesetzten Rechtes, wie sie dem Richter und dem Verwaltungsbeamten obliegt; es ist auch die Rechtssetzung selbst. Es wäre erbärmlich, wenn die Rechtswissenschaft nur vermöchte anzugeben, wie ein (unvollständiges, unklares, also mangelhaftes) Gesetz auszulegen und anzuwenden sei, nicht aber, wie ein Gesetz (mangelfrei) zu machen sei; denn die entscheidende Aufgabe der Praxis ist, das Recht zu setzen, nicht es anzuwenden; so wie es vom Gesetzgeber (oder vom rechtssetzenden Richter) geschaffen worden ist, so muß es angewendet werden. Wenn die

⁷⁶ Methode und System des Rechts, S. 17.

Wissenschaft zu dieser entscheidenden EntschlieÙung nichts zu sagen hat, und erst bei der sekundären Frage, wie das schon gesetzte Recht anzuwenden sei, das Wort ergreifen kann, hat sie eine ganz sekundäre, subalterne Aufgabe, weil die entscheidenden Handlungen schon vorüber sind, wenn sie auf die Bühne tritt. Ja sie kann, wie später noch ausgeführt werden soll, auch diese beschränkte Aufgabe nicht lösen; denn entweder ist das gesetzte Recht mangelhaft, was eben die Rechtswissenschaft auf den Plan ruft; dann kann die Wissenschaft die Mängel des Gesetzes nicht verbessern, wenn sie nicht weiß, wie das Gesetz beschaffen sein sollte, wie es also hätte gemacht werden sollen; ja sie kann ohne das die Mängel nicht einmal erkennen; – oder aber das Gesetz ist vollkommen; dann hat die Wissenschaft auch nichts mehr zu tun und die rechtsanwendende Behörde bedarf ihrer nicht mehr. – Vollkommen aber, und das wollte hier gesagt werden, ist das gesetzte Recht nie ohne methodische, d.h. wissenschaftliche Arbeit des Gesetzgebers. Hier vor allem hat sich die Rechtswissenschaft zu bewähren.»⁷⁷

2. Mit der Feststellung, daß die Gesetzgebung in unseren Verhältnissen ein Werk Vieler ist, ist noch nichts darüber gesagt, wie das Verfahren der Gesetzgebung auszugestalten sei, damit die Real- und Idealfaktoren des Rechts richtig erfaßt werden. Auf diese wichtige Frage ist hier nicht einzutreten. Sie ist aber auch für die schweizerische Demokratie noch nicht befriedigend gelöst. Die Erkenntnis des

⁷⁷ Auch in der Schweiz wird immer noch die Meinung vertreten, eine allgemeine Rechtslehre könne nur eine «Lehre von den Rechtsformen» sein. Nach dieser Ansicht ist der Jurist zwar aufgerufen, auch zum Rechtsinhalt Stellung zu nehmen, aber nicht als Wissenschaftler, sondern als Mensch und Bürger. Als Wissenschaftler hat er dem Gesetzgeber und Richter lediglich die Mittel in die Hand zu geben, um die beabsichtigte rechtliche Regelung folgerichtig durchzudenken und in möglichst einfacher, überschaubarer, klarer und geschlossener Form darzustellen. Siehe dazu E. BUCHER, Die Bedeutung der allgemeinen Lehren im Privatrecht, in ZSR 85 I, 1966, S. 232 ff.

komplexen Vorganges der Einwirkung der verschiedenen Real- und Idealfaktoren auf die Bestimmung des Rechtsinhaltes dürfte indessen nützliche Einsichten zur Lösung dieser Frage vermitteln ⁷⁸.

⁷⁸ Vgl. zum Problem u.a. E. ZELLWEGER, Bedarf das schweizerische Parteiwesen einer rechtlichen Ordnung?, in: Jahrbuch 1967 der Neuen Helvetischen Gesellschaft, S. 231 ff.

2. Abschnitt

DIE TYPUSLEHRE IN DER RECHTSWISSENSCHAFT

§ 3. Die typologische Betrachtungsweise

I. Einleitung

1. Die Lehre vom Typus im Recht befaßt sich in der Hauptsache mit Fragen der juristischen Begriffsbildung. Sie bemüht sich um Begriffe, welche den «Stoff» nicht vergewaltigen, sondern von diesem «Stoff» her konzipiert sind. Wer an dieses Problem herantritt, kommt deshalb nicht darum herum, sich Gedanken über die Rechtsbildung zu machen. Deshalb war es nötig, im zweiten Paragraphen auf den Problemzusammenhang hinzuweisen.

Vergegenwärtigt man sich, daß die dem Recht vorgegebenen Realfaktoren zu ihrem größten Teil einer ständigen Wandlung unterworfen sind, dann wird die Spannung, welche im Problem enthalten ist, sofort bewußt. Es wird klar, daß dieses scheinbar rein theoretische Problem eine große praktische Bedeutung hat. Das wird auch den Juristen, der sich gerne nur mit praktischen Fragen befaßt – und dabei allzuoft feststellt, daß er diese nicht ohne theoretische Grundlage bewältigen kann – ermutigen, den weiteren Ausführungen zu folgen.

Wir befassen uns vorerst mit dem Typus im Recht im allgemeinen, dann aber hauptsächlich mit dem Typus im Gesellschaftsrecht.

II. Der Typus als Denkform

1. In der Rechtswissenschaft wird der Ausdruck «Typus», auch in Ausprägungen wie «Typizität», «typisch», «typisie-

ren», schon seit langem verwendet¹. Man redet von Vertragstypen, von Gesellschaftstypen, von Deliktstypen, von Tat- und Tätertypen, vom «typischen» Kaufmann, von einer «typischen» Rechtslage, von der «Typizität» der dinglichen Rechte. Zum Teil sind diese Ausdrücke dem allgemeinen Sprachgebrauch entnommen, ohne daß ihnen in der Rechtssprache eine besondere Bedeutung zukäme. Zum Teil wird aber dem Ausdruck «Typus» eine spezifisch juristische Bedeutung beigemessen, so etwa im Zusammenhang mit der Typizität oder Typengebundenheit der dinglichen Rechte.

2. Der Vorgang der «Typisierung» im Recht ist so alt wie das Recht selbst. Er spielte insbesondere im römischen Recht eine große Rolle². Deshalb ist es erstaunlich, daß diesem Geschehen in der Rechtswissenschaft erst relativ spät methodologische Untersuchungen gewidmet worden sind. HANS J. WOLFF³ führt mit Recht aus, daß sogar Schriften, die das Wort «Typus» im Titel oder in den Kapitelüberschriften führen, oft nichts darüber besagen, was sie als «Typus» verstanden wissen wollen.

3. Als Denkform ist der «Typus» außerhalb der Rechtswissenschaft entwickelt worden, insbesondere in der Anatomie, in der Psychologie und in der Soziologie. Er steht im fachwissenschaftlichen Gebrauch seit dem Anfang des 19. Jahrhunderts⁴.

4. In neuerer Zeit ist das Interesse am Typusbegriff gestiegen. In den Jahren 1936 bis 1938 ist in zwei grundlegen-

¹ Dazu eingehend A. KOLLER, Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, S. 30 ff.

² Näheres dazu hinten, S. 99 ff.

³ Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft, in: Studium Generale 5, 1952, S. 14 ff.

⁴ Vgl. dazu J. E. HEYDE, Typus. Ein Beitrag zur Typologik, in: Studium Generale 5, 1952, S. 235 ff.; H. J. WOLFF, a.a.O., S. 14 ff.; C. G. HEMPEL und P. OPPENHEIM, Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik, S. 1 ff.

den erkenntnistheoretischen Arbeiten die logische Struktur des Typusbegriffs untersucht worden⁵.

Die Zeitschrift für die Einheit der Wissenschaften im Zusammenhang ihrer Begriffsbildungen und Forschungsmethoden, Studium Generale, widmete in den Jahren 1951 und 1952 dem Typusbegriff zwei Hefte⁶.

5. In der Rechtswissenschaft befaßte sich vorerst GEORG JELLINEK⁷ eingehender mit dem Typusbegriff. Im Jahre 1938 widmete ferner GUSTAV RADBRUCH dem Problem eine grundlegende Studie⁸. Seither vermehrten sich die methodologischen Untersuchungen zu dieser Frage zusehends, insbesondere in Deutschland⁹.

In der Schweiz ist in den letzten Jahren insbesondere in der Literatur zum Gesellschaftsrecht auf den Typus hinge-

⁵ Vgl. C. G. HEMPEL und P. OPPENHEIM, Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik, 1936; K. GRELLING und P. OPPENHEIM, Der Gestaltbegriff im Lichte der neuen Logik, in: Erkenntnis 7, 1937/38, zugleich Annalen der Philosophie XV, herausgegeben von Rudolf Carnap. Die zweite Arbeit wird absichtlich hier zitiert, obwohl sie sich nicht mit dem Typusbegriff, sondern mit dem Gestaltbegriff befaßt. Zur Terminologie hinten, S. 97 ff.

⁶ 1951 (Jahrgang 4) Heft 7; 1952 (Jahrgang 5) Heft 4.

⁷ G. JELLINEK, Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage, 1914, S. 34 ff.

⁸ G. RADBRUCH, Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken, in: Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts XII, 1938, S. 46 ff.

⁹ H. J. WOLFF, Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft, in: Studium Generale 5, 1952, S. 195 ff.; K. ENGISCH, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 1953, S. 237 ff.; H. PAULICK, Die eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenbeschränkung, 1954; K. LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960, S. 333 ff.; H. HENKEL, Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts, 1964, S. 351 ff.; A. KAUFMANN, Analogie und «Natur der Sache». Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus. Vortrag gehalten an der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 22. April 1964, veröffentlicht in Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 65/66, 1965.

Weitere Literaturangaben in den angezeigten Werken.

wiesen worden¹⁰. Dem «Typus» oder dem «typologischen Denken» wird aber auch in rechtswissenschaftlichen Arbeiten über andere Gebiete des Rechts, so insbesondere über das Sachenrecht, das eheliche Güterrecht, das Staatsrecht und das Verwaltungsrecht, Aufmerksamkeit geschenkt¹¹. Mit dem Typus als Denkform haben sich indessen unseres Wissens in der Schweiz nur WALTER SCHLUEP¹² und ARNOLD KOLLER¹³ näher befaßt.

III. Verschiedene mit dem Typusbegriff verbundene Vorstellungen

1. Trotz der zahlreichen Publikationen der neueren Zeit sind der Typusbegriff und damit verwandte Vorstellungen, wie «Typizität», «Typisierung», «typisch», weder in der Erkenntnistheorie im allgemeinen, noch in der Rechtswissenschaft im besonderen genügend geklärt. Die Terminologie ist noch uneinheitlich. Oft wird der Typusbegriff sogar mit dem damit erfaßten Gegenstand, etwa dem Rechtsinstitut, verwechselt.

Diese Unklarheiten hatten zwei bedauerliche Folgen. Der Typusbegriff ist – offenbar gerade deshalb, weil seine Bedeutung noch unklar ist – zum Modewort geworden. Er wird an

¹⁰ Vgl. u.a. M. PEDRAZZINI, Stille Gesellschaft oder (offene) einfache Gesellschaft?, in SJZ 52, 1956, S. 369 ff.; P. JÄGGI, Ungelöste Fragen des Aktienrechts, in SAG 31, 1958/59, S. 65 ff.; R. BÄR, Minderheitenschutz in der Aktiengesellschaft, in ZbJV 95, 1959, S. 381 ff.; R. SECRÉTAN, L'étendue de la liberté de choix entre les diverses corporations de droit privé, in ZbJV 96, 1960, S. 174 ff.; K. NAEF, Kennt das schweizerische Recht die stille Gesellschaft?, in ZbJV 96, 1960, S. 268 ff.; W. R. SCHLUEP, Schutz des Aktionärs auf neuen Wegen?, in SAG 33, 1960/61, S. 177 ff.; R. BÄR, Aktuelle Fragen des Aktienrechts, in ZSR 85 II, 1966, S. 469 ff.

¹¹ Es wird darauf verzichtet, diese Publikationen hier im einzelnen aufzuführen. Näheres dazu bei A. KOLLER, a.a.O., S. 30 ff.

¹² Die methodologische Bedeutung des Typus im Recht, in: Festgabe Max Obrecht, herausgegeben vom Solothurnischen Juristenverein, 1961, S. 9 ff.

¹³ Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, 1967.

vielen passenden und unpassenden Stellen verwendet. Die verschiedenen mit dem Begriff verbundenen Vorstellungen werden da und dort kritiklos übernommen und oft undifferenziert miteinander vermengt. Das dient kaum der Erkenntnis. Die Unklarheit hat aber auch dazu geführt, daß andere Autoren gegenüber Äußerungen über den Typus außerordentlich skeptisch sind und damit nichts anzufangen wissen. Auch das ist bedauerlich; denn die Vorstellungen, welche mit dem Typusbegriff verbunden werden, sind für die Rechtswissenschaft von grundlegender Bedeutung und bedürfen näherer Klärung.

Im folgenden soll versucht werden, einen weiteren Schritt in diese Richtung zu tun.

2. Um die Fülle der mit dem «Typus» oder mit den Wortabwandlungen, wie «Typizität», «typisch», «typisieren», verbundenen Vorstellungen zu erfassen, fragen wir vorerst nach den methodologischen Anliegen, die mit diesen Vorstellungen verbunden sind.

Wir werden feststellen, daß es deren mindestens vier gibt. Die Analyse wird eine klarere Sicht ermöglichen und zur Frage führen, ob es wissenschaftlich fruchtbar ist, alle vier Anliegen in einem einzigen Begriff zusammenzufassen.

Ausgangspunkt der meisten Untersuchungen über den Typus ist – das wird allerdings nicht überall ausdrücklich gesagt – die Feststellung, daß einige methodologische Anliegen mit dem herkömmlichen Klassenbegriff oder klassifikatorischen Begriff nicht bewältigt werden können¹⁴.

3. Was versteht man unter dem klassifikatorischen Begriff?

Das mit dem klassifikatorischen Begriff verbundene methodologische Anliegen ist die Klassifikation der Gegenstände. Dieses Anliegen wurde mit dem Aufbruch der neueren

¹⁴ Ähnlich A. KOLLER, a.a.O., S.16: «Was indes alle Typentheorien von heute zusammenhält, ist die Gegenüberstellung von Typus und Allgemeinbegriff». Der Allgemeinbegriff wird hier dem «klassifikatorischen» Begriff gleichgestellt.

Naturwissenschaft seit GALILEI besonders aktuell. Man verlangte nach einem durch scharfe Merkmale definierten Begriff¹⁵.

Der klassifikatorische Begriff hat seither in allen Wissenschaften eine derart große Bedeutung erhalten, daß er oft als der Prototyp des wissenschaftlichen Begriffs überhaupt hingestellt wird¹⁶.

Der klassifikatorische Begriff wird nach seinem Inhalt und nach seinem Umfang bestimmt. Die Gesamtheit aller Merkmale, welche den Begriff kennzeichnen, beschreibt den Begriffsinhalt, die Gesamtheit der Gegenstände, welche vom Begriff erfaßt werden, den Begriffsumfang.

Mit dem klassifikatorischen Begriff ist es möglich, die Gegenstände in Gattungen und Arten einzuteilen.

Der Denkvorgang zur Gewinnung des klassifikatorischen Begriffes ist die Abstraktion. Von vielen Merkmalen, welche einem einzelnen Gegenstand eigen sind, werden einzelne herausgehoben, «abgezogen», abstrahiert. Es sind jene Merkmale, die verwandte Gegenstände ebenfalls kennzeichnen.

Je größer die Abstraktion, desto inhaltsarmer wird der Begriff (weil er durch eine immer geringere Zahl von Merkmalen gekennzeichnet wird), desto größer wird jedoch sein Umfang (weil immer mehr Gegenstände vom Begriff erfaßt werden).

Die Methode der Klassifikation ist hier als ein Weg vom Besonderen zum Allgemeinen dargestellt worden. Das darf indessen nicht zur Meinung verleiten, eine Klassifikation sei nur mittels der induktiven Methode möglich. Man kann ebenso gut klassifizieren, indem man vom Allgemeinen zum Besonderen gelangt, nur ist die Denkrichtung gerade entgegengesetzt: durch das Hinzufügen von Merkmalen wird der

¹⁵ K. ENGISCH, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, S. 247.

¹⁶ A. KOLLER, a.a.O., S. 14 ff., beispielsweise, identifiziert zu Unrecht den klassifikatorischen Begriff mit dem Allgemeinbegriff.

Begriffsinhalt immer reicher und der Begriffsumfang immer kleiner. Es werden derart aus der Gattung verschiedene Arten gebildet. Diese Methode wird die deduktive Methode genannt. Der logische Vorgang ist in beiden Fällen derselbe und somit auch die Konstitution des Begriffes.

4. Es ist evident, daß der klassifikatorische Begriff in der Wissenschaft unentbehrlich ist. Ebenso evident ist aber auch, daß nur mit diesem Begriff nicht auszukommen ist. Das gilt im besonderen für die Rechtswissenschaft als eine normative Wissenschaft.

Es ist wichtig, sich diesen Sachverhalt immer klar vor Augen zu halten; denn infolge der Überbetonung der Klassifikation und der nicht sachgemäßen Verwendung des klassifikatorischen Begriffes können leicht Irrwege beschritten werden.

5. Fragen wir nun, nach diesen einleitenden Ausführungen, was der klassifikatorische Begriff nicht leisten kann, insbesondere welche methodologischen Anliegen mit der Vorstellung vom «Typus» verbunden sind.

Wir geben vorerst eine Übersicht über diese Anliegen und treten im folgenden auf jedes im einzelnen ein.

In der rechtswissenschaftlichen Literatur zum «Typus» werden, soweit wir sehen, die folgenden vier wesentlichen Feststellungen zum Ausgangspunkt der Betrachtungen gemacht:

a) Der klassifikatorische Begriff dient hauptsächlich dem «Begrenzen», nicht dem «Begreifen» der Gegenstände; er vernachlässigt die fließenden Übergänge, die Zwischenstufen und Zwischenräume zwischen den einzelnen Arten und fördert somit das Trennungsdenken¹⁷.

b) Der klassifikatorische Begriff hebt einzelne Merkmale eines Gegenstandes hervor, vernachlässigt aber das Ganze

¹⁷ Vgl. dazu insbesondere G. RADBRUCH, Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken, S. 47; C. G. HEMPEL und P. OPPENHEIM, Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik, S. 1 ff.; K. ENGISCH, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, S. 242.

als Einheit. Er bringt nicht das «vollkommene Wesen», das sinngebende und gestaltende Prinzip des «begriffenen Gegenstandes» zum Ausdruck¹⁸.

c) Der klassifikatorische Begriff berücksichtigt nicht, daß die einzelnen Elemente eines Gegenstandes oft zueinander in Wechselwirkung stehen. Der funktionelle Zusammenhang der verschiedenen Elemente fällt außer Betracht¹⁹.

d) Der klassifikatorische Begriff betont das Allgemeine und vernachlässigt das Individuelle²⁰.

Diese Feststellungen zeigen lediglich, was der klassifikatorische Begriff nicht leisten kann. Insoweit haben die vier genannten methodologischen Anliegen etwas – wenn auch lediglich etwas Negatives – gemeinsam. Das bedeutet aber noch nicht, daß alle diese Anliegen mit einer einzigen anderen Denkart bewältigt werden können. Sollte es sich erweisen, daß dies nicht möglich ist, dann wäre auch dargetan, daß es unzulässig ist, alle diese Denkart mit dem Typusbegriff zu verbinden.

Die folgende gesonderte Betrachtung jedes der vier erwähnten Anliegen wird im übrigen zeigen, daß die verschiedenen erwähnten Denkart in der Rechtswissenschaft zum Teil schon seit langem bekannt sind, wenn auch unter anderen Bezeichnungen. Eine terminologische Klärung drängt sich deshalb auf.

¹⁸ Vgl. dazu insbesondere: G. JELLINEK, Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage, S. 34; K. LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 361; K. ENGISCH, Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, S. 239, 247, 249; J. E. HEYDE, Typus. Ein Beitrag zur Typologik, in: Studium Generale 5, 1952, S. 237 ff.

¹⁹ Vgl. dazu insbesondere K. LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 348, 349, 351.

²⁰ Vgl. dazu insbesondere H. HENKEL, Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 351 ff.; K. ENGISCH, Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, S. 258 ff.

IV. Die Überwindung des Trennungsdenkens

1. Es geht nicht darum, den klassifikatorischen Begriff zu ersetzen. Klassifikation ist in jeder Wissenschaft, auch in der Rechtswissenschaft, unentbehrlich. Das ist bereits ausgeführt worden und soll hier anhand eines Beispiels noch veranschaulicht werden.

Wenn der Gesetzgeber zur Bewältigung von Gemeinschaftsaufgaben verschiedene Rechtsinstitute zur Verfügung stellt, wie die einfache Gesellschaft, die Kollektivgesellschaft, die Kommanditgesellschaft, die Aktiengesellschaft, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die Genossenschaft, den Verein und die Stiftung, und wenn für die Errichtung dieser Gesellschaften verschiedene Voraussetzungen maßgebend sind, kommt man nicht darum herum, jene Merkmale hervorzuheben, welche ein Rechtsinstitut vom andern trennen²¹. Der Gesetzgeber nimmt diese Trennung vor, indem er die einzelnen Rechtsinstitute mittels klassifikatorischer Begriffe definiert²². Eindeutigen klassifikatorischen Charakter hat beispielsweise der Begriff der einfachen Gesellschaft²³.

«Gesellschaft ist die vertragsmäßige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln.

Sie ist eine einfache Gesellschaft im Sinne dieses Titels, sofern dabei nicht die Voraussetzungen einer anderen durch das Gesetz geordneten Gesellschaft zutreffen.»

²¹ Ob der Gesetzgeber das immer in glücklicher Art und Weise getan hat, ist eine andere Frage, die hier nicht zu untersuchen ist.

²² Es ist nicht maßgebend, ob die Definition im Gesetz ausdrücklich als «Begriff» bezeichnet wird. Das OR weist für die einfache Gesellschaft, die Kollektivgesellschaft, die Kommanditgesellschaft, die Aktiengesellschaft, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung und die Genossenschaft ausdrücklich auf den Begriffscharakter der gesetzlichen Definition hin. Eine entsprechende Hervorhebung fehlt dagegen im ZGB für die Definition des Vereins und der Stiftung.

²³ Art. 530 OR.

Die Aktiengesellschaft wird wie folgt definiert ²⁴:

«Die Aktiengesellschaft ist eine Gesellschaft mit eigener Firma, deren zum voraus bestimmtes Kapital (Grundkapital) in Teilsummen (Aktien) zerlegt ist und für deren Verbindlichkeit nur das Gesellschaftsvermögen haftet.

Die Aktionäre sind nur zu den statutarischen Leistungen verpflichtet und haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht persönlich.

Die Aktiengesellschaft kann auch für andere als wirtschaftliche Zwecke gegründet werden.»

Die Absätze 1 und 2 haben eindeutig klassifikatorischen Charakter, Absatz 3 dagegen nicht, weil auch andere Gesellschaften für nicht wirtschaftliche Zwecke verwendet werden dürfen.

Diese (klassifikatorischen) Begriffe geben uns wohl eine Vorstellung darüber, was nicht eine einfache Gesellschaft oder eine Aktiengesellschaft ist. Darin erschöpft sich aber ihr Sinn. Was eine einfache Gesellschaft oder eine Aktiengesellschaft wirklich ist, ihr Wesen, wird damit nicht erklärt; um es zu ergründen, müssen noch zahlreiche andere Gesetzesbestimmungen konsultiert werden ²⁵. Auf dieses Problem werden wir unter Ziff. V eintreten. In diesem Zusammenhang ist ein anderer Gedanke aufzunehmen und weiterzuverfolgen.

2. Unter Ziff. 1 ist dargelegt worden, weshalb es notwendig und auch sinnvoll ist, danach zu fragen, was einzelne Rechtsinstitute voneinander trennt. Ebenso bedeutungsvoll ist aber auch die Frage nach ihren gemeinsamen Merkmalen.

Solange wir auf dem Boden des klassifikatorischen Begriffes bleiben, werden wir feststellen, daß allen Gesellschaften wenigstens jene Merkmale gemeinsam sind, welche den

²⁴ Art. 620 OR.

²⁵ Ähnliche Überlegungen könnten in bezug auf zahlreiche andere Rechtsinstitute angestellt werden. Wir beschränken uns indessen auf das Gesellschaftsrecht, das uns hier besonders interessiert.

Inhalt des Oberbegriffs «Gesellschaft» ausmachen, also etwa die vertragsmäßige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes²⁶, oder etwa die Zusammenlegung von Kräften oder Mitteln zur gemeinsamen Zweckerreichung²⁷.

Wenn wir uns das Wesen der einzelnen Gesellschaften etwas näher vergegenwärtigen, dann werden wir feststellen, daß die verschiedenen Merkmale, etwa das personelle Element oder das Element der Kapitalbeteiligung, zwar in allen Gesellschaften vertreten sein können, jedoch in verschiedener Intensität. Kennzeichnend, jedoch nicht begriffsnotwendig für die Personengesellschaften ist das Übergewicht des Personalelementes; kennzeichnend, jedoch nicht begriffsnotwendig für die Aktiengesellschaft ist das Vorherrschen des Kapitalelementes. Wir haben jedoch gesehen, daß infolge der Gestaltungsfreiheit starke Abweichungen von der gesetzlichen Ordnung möglich sind. In der Rechtspraxis fin-

²⁶ Auf die Frage, ob die juristischen Personen überhaupt noch Vertragscharakter haben, und wenn ja, ob sie diesen unter Umständen ohne Aufgabe der juristischen Persönlichkeit verlieren können, wird in anderem Zusammenhang eingetreten; vgl. hinten, S. 136 ff.

²⁷ Auch auf die kennzeichnenden Merkmale der Gesellschaft kann hier nicht näher eingetreten werden. Es sei jedoch darauf hingewiesen, daß das italienische Recht (C. civ. Art. 2247 – Art. 2250) und neuerdings auch das französische Recht (Loi No. 66–537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, Art. 1–9) allgemeine Bestimmungen über die Gesellschaft enthalten.

Art. 2247 des Codice civile definiert die Gesellschaft wie folgt: «Con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili.» Die Definition der Gesellschaft des italienischen Rechts weicht also von jener des schweizerischen Rechts in dem Sinne wesentlich ab, als Begriffsmerkmal u.a. die Verfolgung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit dem Zweck der Gewinnverteilung ist.

Das französische Zivilgesetzbuch, Art. 1832, enthält folgende Definition der Gesellschaft: «La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter.»

den wir etwa die kapitalbezogene Kommanditgesellschaft oder die personenbezogene Aktiengesellschaft.

Wir können diesen Gedanken auch über den durch den klassifikatorischen Begriff der Gesellschaft gezogenen Rahmen hinaus weiterverfolgen. Dann werden wir feststellen, daß auch in der Genossenschaft, im Verein und – entgegen einer weitverbreiteten Darstellung – richtigerweise auch in der Stiftung personelle und materielle Mittel zur Verfolgung eines Zweckes zusammengefaßt sind²⁸.

3. Ebenso bedeutsam ist die Feststellung, daß der klassifikatorische Begriff «Gesellschaft» das Merkmal der Vermögenszuständigkeit überhaupt nicht erfaßt und somit wichtige Zusammenhänge unter den Gesellschaften nicht zum Ausdruck bringt.

Die einfache Gesellschaft ist ein Gesamthandverhältnis. Die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft sind zwar ebenfalls Gesamthandsverhältnisse, aber mit einer verstärkten Wirkung zugunsten der Kollektivsphäre. Die Gesellschafter treten unter einer gemeinsamen Firma auf (Art. 552 und 594 OR). Das Gesellschaftsvermögen wird enger zusammengefaßt und haftet primär den Gesellschaftsgläubigern (Art. 570 OR). Die Gesellschaft kann unter der eigenen Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, klagen und beklagt werden, betreiben und betrieben werden (Art. 562 u. 602 OR). Der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung verleiht das Gesetz die juristische Persönlichkeit. Die rechtliche Einheit des Kollektivs ist hier perfekt²⁹.

²⁸ Zwar fehlt der Stiftung das Vertragselement, aber auch die Stiftung kommt nicht ohne Organe aus, und sie wäre ohne Destinatäre, die sogar in den Rang von «Mitgliedern» erhoben werden dürfen (vgl. dazu A. EGGER, Kommentar, 2. Auflage, N. 8 zu Art. 83 ZGB), ohne innere Rechtfertigung. Die einseitige Auffassung der Stiftung als rechtlich verselbständigtes Zweckvermögen erfaßt nicht die gesamte Rechtswirklichkeit. Näheres dazu hinten, S. 212 ff.

²⁹ Es ist bemerkenswert, dass nach französischem Recht die Kollektiv- und die Kommanditgesellschaft ebenfalls juristische Persönlichkeit haben (Art. 5 des Gesetzes vom 24. Juli 1966 über die Handelsgesellschaften).

Zusammenhänge mit anderen Rechtsinstituten könnten aufgewiesen werden, wenn auch die Miteigentümergeinschaft (in der allgemeinen Ausgestaltung gemäß Art. 646 ff. ZGB und in der besonderen Ausgestaltung der Stockwerkeigentümergeinschaft (Art. 712 a ff. ZGB) und der Anlagefonds (in der Ausgestaltung gemäß Gesetz vom 1. Juli 1966) in die Untersuchung einbezogen würden. Weitere Ausführungen in dieser Richtung erübrigen sich jedoch. Es genügt, hier festzustellen, daß auch Rechtsinstitute, die unter dem Gesichtspunkt der Klassifikation nicht in die nämliche Klasse fallen³⁰, gleichartige Merkmale aufweisen können, welche lediglich in verschiedener Intensität ausgeprägt sind. Es ist selbstverständlich, daß diese gemeinsamen Merkmale – je nach ihrer Bedeutung im Merkmalkomplex oder nach ihrer Funktion innerhalb des Rechtsinstitutes – mehr oder weniger starke Zusammenhänge zwischen den einzelnen Rechtsinstituten herstellen, die in der Rechtsdogmatik nicht übersehen werden dürfen. Leider ist dies infolge einer zu einseitigen Betonung der klassifikatorischen Betrachtungsweise allzuoft erfolgt.

Wenn die Rechtsdogmatik nicht in Einseitigkeit erstarren soll, muß sie neben die klassifikatorische Betrachtungsweise auch die hier umschriebene Betrachtungsweise setzen. Wir nennen sie, in Übereinstimmung mit HEMPEL und OPPENHEIM, die ordnende Betrachtungsweise. Neben die Klassenbegriffe müssen infolgedessen Ordnungsbegriffe treten. Diese ermöglichen, die Eigenschaften der Objekte in Reihen zu ordnen und somit die fließenden Übergänge von einem Objekt zum andern zu erfassen.

4. Es will nicht behauptet werden, diese Betrachtungsweise habe der Rechtsdogmatik bisher überhaupt gefehlt.

³⁰ Unter Klasse versteht man in der Logik und Logistik die innerhalb einer Vielfalt gebildete Gruppe von Einzelgegenständen mit bestimmten übereinstimmenden Merkmalen; vgl. dazu J. HOFFMEISTER, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, 2. Auflage, 1955, S. 349.

Bereits vor fast 40 Jahren hat u.a. CARL WIELAND die dualistische Theorie, welche Personengesellschaften einerseits und juristische Personen anderseits scharf voneinander trennte, bekämpft³¹. Selbst OTTO VON GIERKE, Anhänger der dualistischen Theorie, mußte anerkennen, daß die Personenverbindungen in eine Stufenfolge eingereiht werden können³².

Zu postulieren ist indessen, daß diese Betrachtungsweise in Zukunft bewußter verwendet werde. Es gibt juristische Probleme, die mit den Mitteln der formalen Logik – der klassifikatorische Begriff ist auch ein solches Mittel – nicht oder nicht befriedigend bewältigt werden können. Dazu gehören beispielsweise das Problem der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht³³, die klassische Unterscheidung von natürlichen und juristischen Personen in bezug auf die Rechtsfähigkeit³⁴, innerhalb dieses Problems aber auch die Deutung des Gesamthandverhältnisses³⁵.

5. Soll die ordnende Betrachtungsweise wissenschaftlich fruchtbar sein, dann muß Klarheit über die logische Struktur des Ordnungsbegriffes herrschen. Diese

³¹ C. WIELAND, Handelsrecht I, S. 402 ff.

³² Vgl. dazu P. LIVER, Gemeinschaftliches Eigentum, in ZbJV 100 (1964), 261 ff.

³³ Vgl. dazu H. HUBER, im Berner Kommentar zu den Einleitungsartikeln des ZGB, N. 110 ff. zu Art. 6 ZGB, insbesondere N. 130: «So verliert aber die Unterscheidung ihre klassifikatorische Strenge und Merkmalgebundenheit und wird mehr zu einer (geschichtlich bedingten) Typologie».

³⁴ Vgl. zu diesem Thema u.a. die verschiedenen Aufsätze im XVIII. Band der Travaux et Recherches de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris unter dem Titel «*La Personnalité morale et ses limites*», 1960; F. FABRICIUS, Relativität der Rechtsfähigkeit, 1963; CH. VON GREYERZ, The Quasi-Corporation, 1965.

³⁵ Dazu neuestens: R. KUNZ, Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand. Versuch einer dogmatischen Konstruktion, erschienen als Heft 355 der Abhandlungen zum schweizerischen Recht, 1963, und P. LIVER, Gemeinschaftliches Eigentum, in ZbJV 100, 1964, S. 261 ff., zugleich Besprechung der Arbeit von KUNZ.

Frage ist eingehend von CARL G. HEMPEL und PAUL OPPENHEIM³⁶ untersucht worden. Der Ansicht von HEMPEL und OPPENHEIM hat sich auch JÜRGEN VON KEMPSKI³⁷ angeschlossen.

Es wäre interessant, den Gedankengang hier wiederzugeben. Das muß indessen raumeshalber unterbleiben. Es wird auf die angezeigte Literatur verwiesen.

6. Aufgabe der klassifikatorischen Betrachtungsweise ist die Einteilung, jene der ordnenden Betrachtungsweise die Ordnung der Gegenstände nach der Intensität ihrer Eigenschaften.

Die ordnende Betrachtungsweise leistet somit einen Beitrag zur Erkenntnis der Zusammenhänge zwischen verschiedenen Gegenständen, in der Rechtswissenschaft insbesondere zwischen verschiedenen Rechtsinstituten. In diesem Sinne ermöglicht sie, «Gegensätze, die das isolierend-abstrahierende Denken als ‹fest›, als unauflösbar betrachtet, zu relativieren, Übergänge und Zwischenstufen verständlich zu machen»³⁸. Sie wird auch dazu beitragen, die Merkmale, durch welche eine Klasse bestimmt wird, sinnvoll auszuwählen, derart, daß die Klassifikation wissenschaftlich fruchtbar wird und nicht, gemessen an der Rechtswirklichkeit, zu ärgerlichen «Systemwidrigkeiten» führt.

Die klassifikatorische und die ordnende Betrachtungsweise müssen einander ergänzen; sie dürfen indessen nicht miteinander vermischt werden.

³⁶ Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik, 1936.

³⁷ Zur Logik der Ordnungsbegriffe, besonders in den Sozialwissenschaften, in: Studium Generale 5, 1952, S. 212 ff.

³⁸ K. LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 351.

V. Das Rechtsinstitut als ein sinnerfülltes einheitliches Ganzes

1. Dem klassifikatorischen Begriff wird vorgeworfen, die einzelnen Merkmale eines Gegenstandes zu sehr hervorzuheben und das Ganze als Einheit zu vernachlässigen³⁹. Auch hier soll der Typusbegriff helfen⁴⁰.

ENGISCH⁴¹ versteht unter dem Typus ein «vorzugsweise mit Realität gesättigtes Gedankengebilde». Er ist nach seiner Auffassung «nicht bloß Niederschlag beobachteter Gleichartigkeiten, nicht bloß gedankliche Synthese», sondern der «Bauplan», nach dem «die einzelnen Glieder zum Ganzen der Organisation verbunden sind».

Ähnlich urteilt JELLINEK⁴²: «Der Begriff des Typus kann einmal in dem Sinne gefaßt werden, daß er das vollkommene Wesen einer Gattung bezeichnet, mag man ihn sich in platonischer Weise als jenseitige Idee vorstellen, die nur unvollkommen in den Individuen zur Erscheinung gelangte, oder ihn sich mit Aristoteles als wirkende, formgebende Kraft denken, welche die einzelnen Exemplare der Gattung ausgestaltet.»

Etwas differenzierter urteilt LARENZ⁴³. Er unterscheidet unter diesem Gesichtspunkt den Typus vom «konkret-allgemeinen» Begriff und sieht den Unterschied wie folgt:

«Beide meinen ein Allgemeines, nicht nur Einmaliges, wenn wir davon absehen, daß der konkret-allgemeine Begriff auf seiner höchsten Stufe (als ›absoluter Geist‹) das All-Eine, somit die absolute Individualität und Persönlichkeit (Gott) zum Inhalt hat. Ferner stimmen Typus und konkreter Begriff darin überein, daß beide inhaltlich reicher sind als der

³⁹ Vgl. vorne, S. 70/71.

⁴⁰ «Jeder Typus – der sog. Totaltyp, ebenso wie der sog. Partialtyp – ist von Haus aus ein Merkmal-Ganzes, d.h. ein ganzheitlich aufzufassendes Allgemeines» J. E. HEYDE, Typus, in: *Studium Generale* 5, 1952, S. 238). Dieser Auffassung folgt auch A. KOLLER, a.a.O., S. 17 ff.

⁴¹ Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft, S. 239.

⁴² Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage, S. 34.

⁴³ Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 361.

ihnen vergleichbare abstrakte Begriff. Das Verhältnis der Einzelercheinung (des Individuums) sowohl zum Typus wie zum konkret-allgemeinen Begriff ist nicht das des «Falls», sondern das einer «Entsprechung». Während aber der konkrete Begriff das sinngebende und gestaltende Prinzip selbst, also die von Bedingungen ihrer Verwirklichung unabhängige «reine» Idee meint, ist der Typus so, wie wir ihn verstanden haben, die in Wirklichkeit Gestalt gewordene, gleichsam in die Empirie versenkte und dadurch an Raum und Zeit gebundene Idee. Demgemäß weisen die «Momente» des konkreten Begriffs in ihrer strengen dialektischen Wechselbezüglichkeit eine innere Notwendigkeit auf, während die Abwandlungen der Typen, die Typenmischungen und die Bildung der «Typenreihen», damit verglichen etwas Zufälliges an sich haben.» Bei LARENZ muß also der «konkret-allgemeine» Begriff einen Teil der Funktion übernehmen, welche bei ENGISCH und HEYDE der Typus hat.

Im folgenden fragen wir uns, welche Bedeutung dieser Betrachtungsweise für die Rechtswissenschaft zukommt. Am Schluß wird sich die Frage stellen, ob es nötig ist, auch dafür den Ausdruck «Typus» zu verwenden.

2. Die Arbeit des Gesetzgebers ist, wie dargelegt worden ist⁴⁴, am Sachproblem ausgerichtet. Das Ergebnis ist sehr selten eine selbständige Norm, in der Regel ein in sich geschlossener Normenkomplex. Dieser Normenkomplex wird oft als Rechtsinstitut bezeichnet⁴⁵. Als solches ist es ein sinn erfülltes einheitliches Ganzes.

3. «Ein Ganzes ist eine durch sinnbedingten Zusammenschluß aus Einheiten gebildet zu denkende neue Einheit. Die

⁴⁴ Vorne, S. 48 ff.

⁴⁵ Vgl. zu diesem Problem insbesondere M. HAURIOU, *La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social)*, in: *Cahiers de la Nouvelle Journée* 4, 1925, S. 2 ff., in deutscher Übersetzung herausgegeben von R. SCHNUR, in: *Schriften zur Rechts- theorie* 5, S. 27 ff.; G. RENARD, *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, 1930.

Einheiten, die das Ganze tilgen, heißen in dieser Funktion die Teile des Ganzen⁴⁶.»

Alle Rechtsinstitute sind Sinngebilde; ihre Struktur kann aber sehr verschiedenartig sein. HAURIOU⁴⁷ unterscheidet beispielsweise zwischen Sach-Institutionen und Personen-Institutionen⁴⁸. Jedenfalls ist auch den Rechtsinstituten, die nicht als Organisation aufgefaßt werden können⁴⁹, eigen, daß ihr Wesen erst aus dem nach einer bestimmten Idee (dem gestaltenden Prinzip) ausgerichteten Zusammenwirken ihrer Bestandteile voll erfaßt werden kann.

Besonders eindrücklich kann dies am Beispiel des Rechtsinstituts «Eigentum» dargestellt werden⁵⁰. Aus dem (formal-logischen) klassifikatorischen Eigentumsbegriff kann das Wesen des Eigentums noch nicht erschlossen werden. Das Rechtsinstitut «Eigentum» (im sachenrechtlichen Sinne) wird seinem Wesen nach erst durch die in der Rechtsordnung zerstreuten Bestimmungen gekennzeichnet, welche die daraus fließenden Befugnisse umschreiben⁵¹.

Das Ungenügen des klassifikatorischen Begriffs zur Wiedergabe des Sinnes eines Rechtsinstitutes ist hinsichtlich der personenbezogenen Rechtsinstitute noch evidenter. In diesem Zusammenhang darf nochmals das Beispiel der Aktiengesellschaft erwähnt werden. Aus der gesetzlichen Definition⁵² ist nur ersichtlich, welche Personenverbindungen nicht Aktiengesellschaften sind. Das Wesen der Aktienge-

⁴⁶ W. BURKAMP, Die Struktur der Ganzheiten, 1929, S. 1.

⁴⁷ a.a.O. (deutsche Übersetzung), S. 35.

⁴⁸ Darauf kann hier allerdings nicht näher eingetreten werden.

⁴⁹ Vgl. zur Organisation als Sozialstruktur H. HENKEL, Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 210 ff.

⁵⁰ Vgl. dazu insbesondere P. LIVER, Kommentar, Einleitung zu den Art. 730 ff. ZGB, N. 80 ff.; MEIER-HAYOZ, Kommentar, Systematischer Teil zu den Art. 641 ff. ZGB, N. 179 ff.

⁵¹ HANS MERZ weist in N. 28 zu Art. 2 ZGB auf das nämliche Problem hin. Er sagt: «Der Inhalt eines Rechtes wird durch die Ausübungsmöglichkeiten unmittelbar bestimmt.»

⁵² Art. 620 OR: Die Aktiengesellschaft ist eine Gesellschaft mit eigener Firma, deren zum voraus bestimmtes Kapital (Grundkapi-

sellschaft geht indessen daraus nicht hervor. Neben der eigenen Firma, dem zum voraus bestimmten Grundkapital, den Aktien und der Haftungsbeschränkung gehören zu deren Wesen auch der Sitz, das einbezahlte Kapital, die Buchhaltung mit Einschluß der Jahresrechnung, die Generalversammlung, die Verwaltung, die Kontrollstelle, die Berichte, die Protokolle, die Eintragungen im Handelsregister, in andern Ländern auch eine weiterreichende Publizität, u.a.m. Alle diese Elemente müssen aufeinander abgestimmt sein. Die Gesellschaft «funktioniert» in einem gewissen Rhythmus. Die verschiedenen Rechtshandlungen sind zum Teil durch Termine vorgeschrieben. In jedem Geschäftsjahr müssen die Organe bestimmte konkrete Handlungen vornehmen, etwa die Rechnung abschließen, die ordentliche Generalversammlung einberufen, über die Gewinnverwendung beschließen. In andern Zeitintervallen müssen die Organe erneuert werden⁵³.

4. Aufgrund der vorangestellten Überlegungen dürfte klar geworden sein, daß zum Rechtsinstitut als sinnerfülltem einheitlichem Ganzen zwei grundlegende Beziehungskomplexe gehören.

a) Das Rechtsinstitut als Ganzes hat einen einheitlichen Sinn. Es ist nach einem gestaltenden Prinzip, nach einer Idee konzipiert. Diese Idee ist das ordnende Element. Daraus entsteht eine geschlossene Einheit. Durch die Ordnung der Teile (Struktur oder Aufbaugliederung) unterscheidet sich das Ganze von der Summe der Teile. Innerhalb des Ganzen haben die Teile nicht selbständige Bedeutung, obwohl

tal) in Teilsummen (Aktien) zerlegt ist und für deren Verbindlichkeiten nur das Gesellschaftsvermögen haftet.

Die Aktionäre sind nur zu den statutarischen Leistungen verpflichtet und haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht persönlich.

⁵³ G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1946, S. 106, bezeichnet die Aktiengesellschaft unter diesem Gesichtspunkt als «machine juridique».

sie, vom Ganzen gesondert, für sich ein einheitliches Ganzes sein können; die Teile stehen zueinander in einem Sinnzusammenhang.

b) Jeder Teil hat innerhalb des Ganzen eine bestimmte Funktion; die Teile stehen zueinander auch in einem funktionellen Zusammenhang.

Unter diesem Gesichtspunkt kann das Rechtsinstitut auch als Wirkungssystem aufgefaßt werden.

Obwohl beide Beziehungskomplexe nur verschiedene Ausprägungen des Ganzen sind und zum Ganzen insoweit «gehören», hat jeder dieser Beziehungskomplexe für sich große Bedeutung für die Rechtsbetrachtung. Es rechtfertigt sich deshalb, jeden Komplex besonders zu betonen und gesondert zu behandeln.

Im folgenden widmen wir uns ausschließlich dem Rechtsinstitut als Sinnzusammenhang. Mit dem Rechtsinstitut als Wirkungssystem befassen wir uns unter Ziff. VI.

5. Es wird aufgefallen sein, daß das Begreifen des Rechtsinstitutes als Sinnzusammenhang eine dem Juristen durchaus geläufige Denkart ist.

Wir sind uns gewohnt, in der Rechtsanwendung nach dem Sinn und Zweck der Normen und der Rechtsinstitute zu fragen. Nach heute allgemein anerkannter Auffassung kann das Gesetz niemals allein in einem rein logischen Schlußverfahren derart angewendet werden, daß ein konkreter Lebenssachverhalt unter den klassifikatorischen Begriff des gesetzlichen Tatbestandes subsumiert wird. Die Gesetzesanwendung ist vielmehr stets Bewertung eines Sachverhaltes nach den im Rechte enthaltenen Werturteilen. «Die Möglichkeit der logischen Subsumtion unter einer Norm kann immer nur ein erster Anhaltspunkt sein. Ist sie möglich, so ist die betreffende Norm für die Entscheidung in Betracht zu ziehen; anzuwenden ist sie erst, wenn sie auch ihrem Sinne nach, d.h. nach den Wert- und Zweckgesichtspunkten, auf denen sie beruht, zutrifft.»⁵⁴ Weil das Recht hinsichtlich des geistigen

⁵⁴ Vgl. H. COING, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 268, 269.

Vorganges, der zu seiner Entstehung führt, das Produkt eines Abwägens unter verschiedenen Gesichtspunkten ist⁵⁵, muß der Rechtsanwender notwendigerweise erforschen, nach welchen Gesichtspunkten diese Wertung stattgefunden hat. Es stellt sich deshalb die Frage, ob es wissenschaftlich fruchtbar ist, diese Denkart mit dem Typusbegriff zu verbinden.

6. Wer nach dem Sinn und dem Zweck eines Rechtsinstituts forscht, muß dieses Rechtsinstitut als einheitliches Ganzes erfassen. Daß der klassifikatorische Begriff sich dazu nicht eignet, ist bereits dargelegt worden. Das bedeutet aber noch nicht, daß der Typus die Lücke ausfüllen muß. Im Hinblick auf eine saubere Trennung der verschiedenen Denkarten befürworten wir, die Begriffe, welche den Sinnzusammenhang eines Rechtsinstituts wiedergeben, als Sinnbegriffe zu bezeichnen. Der Typus wird in der Rechtswissenschaft zweckmäßigerweise für eine anders geartete Denkart vorbehalten⁵⁶.

H. COING⁵⁷ unterscheidet empirische Allgemeinbegriffe, die nur «die vielen gemeinsame, nicht jedem Wesen nach durchschaute Erscheinungsform der Gegenstände» betreffen, und Wesensbegriffe, die das Wesen des gemeinten Gegenstandes wiedergeben. Unter empirischem Allgemeinbegriff technisch-juristischer Art wird der klassifikatorische Begriff verstanden. Wesensbegriffe hingegen sind nach COING entweder Wertbegriffe oder Phänomenbegriffe.

Der hier konzipierte Sinnbegriff darf mit diesen beiden Wesensbegriffen COINGS nicht identifiziert werden. Er bezieht sich weder nur auf Werte, noch lediglich auf das Rechtsinstitut als Phänomen, sondern auf das Rechtsinstitut als Sinnzusammenhang. Er umfaßt alle Faktoren (Real- und Idealfaktoren), welche zu seiner Entstehung geführt haben,

⁵⁵ Wir haben sie in Anlehnung an HENKEL Real- und Idealfaktoren des Rechts genannt.

⁵⁶ Vgl. hinten, S. 87 ff.

⁵⁷ Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 271 ff.

und zwar in jenem besonderen gegenseitigen Verhältnis, in welchem sie im betrachteten Rechtsinstitut zueinander stehen⁵⁸.

VI. Das Rechtsinstitut als Wirkungssystem

1. Nachdem wir uns im vorangehenden Abschnitt (V) mit dem Verhältnis der Teile zum Ganzen in grundsätzlicher Hinsicht bereits befaßt haben, können wir uns nun kurz fassen. Es ist lediglich noch zu zeigen, worin die Bedeutung des Wirkungszusammenhanges der Normen für die Rechtswissenschaft besteht.

2. Die Überlegungen unter Ziff. V haben gezeigt, daß das Erfassen des Rechtsinstitutes als eines Sinnganzen in erster Linie für die Rechtsanwendung wichtig ist. Die Erkenntnis des Wirkungszusammenhanges innerhalb des Rechtsinstitutes ist dagegen nicht nur für die Rechtsanwendung, sondern auch für die Rechtsgestaltung (Gesetzgebung) von großer praktischer Bedeutung. Das sei wiederum am Beispiel der Aktiengesellschaft gezeigt.

3. Eines der Hauptprobleme des Aktienrechts ist das Verhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft. Im Mittelpunkt dieses Problemkreises steht die Frage nach dem Umfang der Orientierung der Aktionäre, insbesondere die Frage nach der Rechtfertigung stiller Reserven. Darüber ist schon sehr viel geschrieben worden. Die Diskussion dürfte indessen noch nicht zum Abschluß gekommen sein⁵⁹.

⁵⁸ Vgl. die Kritik der Wesensbegriffe COINGS bei W.A. SCHEUERLE, Das Wesen des Wesens, in AcP, 1964, S. 464 ff.

K. LARENZ (Methode der Rechtswissenschaft, S. 368) versteht den von HEGEL übernommenen «konkret-allgemeinen» Begriff ebenfalls als Wesensbegriff. Zur phänomenologischen Wesensschau: K. LARENZ, a.a.O., S. 116 ff.

⁵⁹ Vgl. aus der neueren schweizerischen Literatur insbesondere W.R. SCHLUEP, Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, 1955; P. JÄGGI, Ungelöste Fragen des Aktienrechts, in SAG 31, 1958/59, S. 73 ff.; R. BÄR, Minderheitenschutz in der Aktiengesellschaft, in ZbJV 95, 1959, S. 369 ff.;

In der Diskussion um das außerordentlich wichtige und heikle Problem ist oft zu wenig beachtet worden, daß die Aktiengesellschaft als Instrument des modernen Kapitalismus ein Rechtsinstitut ist, das nach gewissen «Spielregeln»⁶⁰ funktioniert, die im wesentlichen im Gesetz und in den Statuten zum voraus bekanntgegeben worden sind. Die Vorstellung, daß die Aktionäre (in dieser Eigenschaft) die eigentlichen Herren der Aktiengesellschaft sind, ist zum mindesten undifferenziert. Sie mißachtet, daß der Zweck der Aktiengesellschaft durch das Zusammenwirken von drei Organen (Generalversammlung, Verwaltung, Kontrollstelle) verwirklicht wird. Jedes dieser Organe hat eine bestimmte Funktion. Die Publikums-Aktiengesellschaft zum Beispiel kann kaum funktionieren, wenn die besonderen Aufgaben der einzelnen Organe und der funktionelle Zusammenhang unter ihnen mißachtet werden.

Eine nähere Prüfung dürfte ergeben, daß im Aktienrecht hinsichtlich des Zusammenwirkens der einzelnen Organe noch einiges verbessert werden könnte. Unter diesem Gesichtspunkt sollte insbesondere die Stellung der Kontrollstelle innerhalb der Gesamtorganisation der Aktiengesell-

W. R. SCHLUEP, Schutz des Aktionärs auf neuen Wegen ?, in SAG 33, 1960/61, S. 137 ff.; A. HIRSCH, Problèmes actuels du droit de la société anonyme, in ZSR 85 II, 1966, S. 1 ff.; R. BÄR, Aktuelle Fragen des Aktienrechts, in ZSR 85 II, 1966, S. 321 ff.; W. DOBER, Der Unternehmer und die Publizität, in SAG 38, 1966, S. 105 ff.; W. F. BÜRGI, Revisionsbedürftige Regelung des schweizerischen Aktienrechts, in SAG 38, 1966, S. 57 ff.; F. AMREIN, Publizität und stille Reserven, in SAG 39, 1967, S. 73 ff.; R. SCHINDLER, Die Publizitätsvorschriften bei der Rechnungslegung der AG, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 377, 1967; W. KUPPER, Stille Reserven und Aktionärinteressen, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 378, 1967. Eine interessante Darstellung der Interessenlage enthält der Aufsatz von RALF-BODO SCHMIDT, Die Sicherung der Aktiengesellschaft durch Rücklagen, in: Zeitschrift für Betriebswirtschaft 36, 1966, S. 615 ff.

⁶⁰ Vgl. zum Problem der Spielregeln im Sozialesein des Menschen H. HENKEL, Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 198 ff.

schaft überdacht werden. Die Kontrollstelle könnte – sachliche Qualifikationen vorausgesetzt – zum Beispiel zwischen den legitimen Interessen der Aktionäre auf Auskunfterteilung und jenen der Gesellschaft auf Geheimhaltung mittels Berichterstattung über konkrete Fragen eine vermittelnde Funktion übernehmen. Das allerdings schafft neue Probleme, die hier nicht näher behandelt werden können⁶¹.

4. Die logische Struktur des «Wirkungssystems» ist ebenfalls bereits untersucht worden. Da die Tragweite dieser Betrachtungsweise anhand von Beispielen erläutert worden ist und deren Funktion kaum zu Mißverständnissen Anlaß geben kann, wird darauf verzichtet, hier auf die sehr spezielle logische Untersuchung einzutreten. Der Interessierte wird auf die Fachliteratur verwiesen⁶².

VII. Der Typus als Zwischenstufe zwischen Individuellem und Allgemeinem

1. Die Rechtsordnung wickelt sich in einem eigenartigen Spannungsfeld zwischen Individuellem und Allgemeinem ab.

Als Ordnung menschlicher Beziehungen kann sie sich naturgemäß nicht mit dem Einzigartigen (Individuellen) befassen; denn die Sozialbeziehungen der Menschen wickeln sich nicht regellos nach den zufälligen Bindungen und Konstellationen des Einzelfalles ab, auch nicht nach der reinen

⁶¹ Vgl. zur Schlüsselstellung der Kontrollstelle in diesem Interessenkonflikt F. AMREIN, Publizität und stille Reserven, in SAG 39, 1967, S. 15 ff. Das hier angeschnittene Problem ist eines der wichtigsten und bedeutsamsten Strukturprobleme der Aktiengesellschaft. Es ist hier lediglich als Beispiel zur Erläuterung des Wirkungszusammenhanges innerhalb des Rechtsinstitutes «Aktiengesellschaft» verwendet worden. An anderer Stelle verdient es eine eingehendere Würdigung.

⁶² Vgl. K. GRELLING und P. OPPENHEIM, Der Gestaltbegriff im Lichte der neuen Logik, in: Erkenntnis 7, 1937/38, zugleich Annalen der Philosophie XV, S. 211 ff., insbesondere 220 ff.; J. VON KEMPSKI, Zur Logik der Ordnungsbegriffe, besonders in den Sozialwissenschaften, in: Studium Generale 5, 1952, S. 205 ff., insbesondere 216 ff.

Willkür der Beteiligten, sondern unter der Regelhaftigkeit der Ordnung⁶³.

Gestützt auf die gelebte Ordnung erschafft sich der Mensch die gesetzte Ordnung als Normenordnung. Die vom Menscheng Geist und Menschenwillen gesetzte Normenordnung ist als Sollensordnung in die Zukunft entworfen, indem sie Befolgung in künftigen Lebensfällen fordert.

Die Rechtsordnung erfüllt schon kraft ihres Bestandes, ohne direkte Mitwirkung der staatlichen Vollzugsorgane, eine gewaltige Ordnungsaufgabe. Unzählige Rechtsbeziehungen entstehen und wickeln sich täglich reibungslos nach der Regelhaftigkeit dieser Ordnung ab.

Die Tatsache des Vorhandenseins von Regeln für das soziale Verhalten der Menschen genügt in den weitaus meisten Fällen zur Herstellung von Ordnung. Nur im Konfliktfall muß der Staat mit seinem Zwangsapparat eingreifen.

Der den staatlichen Organen zum Entscheid vorgelegte Fall hat insofern Individualität und ist deshalb einzigartig, weil er sich unter ganz bestimmten Personen in einer ganz bestimmten Lebenssituation ereignet hat. Er besitzt auch insoweit Individualität, als die mit der Rechtsanwendung befaßten Personen entscheiden müssen, was gerade in diesem einzigartigen Fall rechtens ist.

2. Aus dieser Sicht könnte man zur Auffassung gelangen, daß die generalisierende Betrachtungsweise die Denkart des Gesetzgebers, die individualisierende jene des das Recht Anwendenden sei. Das wäre jedoch verfehlt oder zum mindesten eine ganz grobe Vereinfachung des Sachverhaltes.

Die Tatsache, daß die mit der Rechtsanwendung befaßten Personen den konkreten Fall nach den Regeln einer allgemeinen Ordnung beurteilen müssen, zwingt sie zum Verzicht auf den bloßen Billigkeitsentscheid im Sinne des hier und jetzt gerade angemessenen; denn die Subsumtion unter die Rechtsnorm bedeutet Herausnahme des Falles aus dem Einmaligen und Einzigartigen und in Beziehung-Setzen zur Re-

⁶³ Vgl. vorne, S. 38.

gel, zur Norm. Das ist bereits eine generalisierende Betrachtungsweise. Darauf kann kein Organ der Rechtsanwendung verzichten. Der Richter, der einen bloßen Billigkeitsentscheid fällt, «betritt einen abschüssigen Weg, der in graduel-ler Abstufung bis zu nackter Willkür führen kann»⁶⁴.

Dem Gesetzgeber ist aufgegeben, eine Ordnung für die Zukunft zu entwerfen. Da diese Ordnung für eine unübersehbare Zahl noch nicht bekannter Fälle gelten soll, ist sie naturgemäß allgemein. Jedem Gesetzgeber stellt sich indessen die Frage, wie weit er verallgemeinern soll und wie weit Platz für die individuelle Fallbehandlung auszusparen sei. Dies gilt sowohl in bezug auf die Freiheit der Fallgestaltung durch die Rechtsgenossen (Privatautonomie) als auch hinsichtlich der Folgen, welche die Rechtsordnung an einen Sachverhalt knüpft (Rechtswirkungen).

Es ist bereits ausgeführt worden, daß der Gesetzgeber in bezug auf die Inhaltsbestimmung der Normen nicht ganz frei ist, wenn seine für die Zukunft bestimmte Ordnung «richtiges» Recht sein soll. Er ist darauf angewiesen, vorerst das Rechtsleben der Gegenwart und der Vergangenheit zu studieren. Diese Betrachtung wird ihm die Realfaktoren erschließen, welche ihm als Gesetzgeber vorgegeben sind.

3. Es dürfte klar geworden sein, daß die Aufgabe des Gesetzgebers und jene des Recht setzenden Richters ihrem Wesen nach gleichgeartet ist. Da und dort geht es darum, Regeln für das Verhalten der Rechtsgenossen zu finden. Je nachdem wie das Gesetz ausgestaltet wird, liegt der Schwerpunkt beim Gesetzgeber oder beim Rechtsanwender. Daß der Brückenschlag zwischen Gesetzgebung und Rechtsanwendung hergestellt werden muß, dürfte heute Allgemeingut sein.

Der Gesetzgeber, der sich mit der Rechtswirklichkeit befaßt, interessiert sich nicht für das Individuelle im Sinne des

⁶⁴ H. MERZ, Das Recht als soziale Ordnungsmacht, S. 17; vgl. zu diesem Problem H. HENKEL, Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 353 ff.

Einzigartigen und Einmaligen, aber auch nicht für das Allgemeine im Sinne des Abstrakten⁶⁵. Gegenstand seiner Betrachtung ist das in den Sozialbeziehungen der Menschen unter bestimmten Voraussetzungen Wiederkehrende, das, was somit für einen durch diese Voraussetzungen bestimmten Sachverhalt kennzeichnend, charakteristisch ist. Im allgemeinen Sprachgebrauch wird zur Wiedergabe dieser Vorstellung auch das Wort «typisch» verwendet. Es hat auch in der Rechtswissenschaft Eingang gefunden. In diesem Sinne kann man sagen, daß sich der Gesetzgeber für die Sozialbeziehungen nicht in ihrer unübersehbaren Einzigartigkeit, sondern in ihrer Lebenstypizität interessiert⁶⁶. Ganz allgemein – beurteilt an dem, was hier über das Individuelle im Recht gesagt worden ist, zu allgemein – formuliert HELMUT COING⁶⁷: «Die Rechtsordnung interessiert sich nicht für Individualitäten, sondern nur für das Typische, nicht für den Kaufmann Müller, sondern für den Kaufmann schlechthin.»

4. Diese Betrachtungsweise bezeichnen wir als typologische Betrachtungsweise. Sie ist offenbar nicht eine individualisierende, sondern eine generalisierende Denkart. Das gleiche gilt aber auch für die klassifizierende Betrachtungsweise. Worin liegt der Unterschied? Ist ein solcher überhaupt vorhanden? Wenn ja, muß er klar herausgearbeitet werden, wenn nein, dann hat die typologische Betrachtungsweise keine selbständige Bedeutung, und es ist wissenschaftlich unfruchtbar, dafür einen besonderen Ausdruck zu verwenden.

Zur Klarstellung der Unterschiede zwischen der klassifizierenden und der typologischen Betrachtungsweise muß differenziert werden.

⁶⁵ Vgl. zum Problem des Allgemeinen und Individuellen, des Konkreten und Abstrakten im Recht, insbesondere K. ENGISCH, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit; K. LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft.

⁶⁶ Vgl. dazu H. HENKEL, Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 353.

⁶⁷ Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 17.

a) Gehen wir vorerst nicht von der (klassifizierenden oder typologischen) Betrachtungsweise, sondern vom Ergebnis, dem klassifikatorischen Begriff und dem «Typus» aus. Beide sind Mittel zur geistigen Erfassung irgend eines Gegenstandes. Objekt der Betrachtungsweise kann alles sein, was Gegenstand der Erkenntnis überhaupt ist, in der Rechtswissenschaft also alle Erscheinungen des Soziallebens (im weitesten Sinn), welche vom Recht erfaßt werden.

Der «Typus» ist somit wie der klassifikatorische Begriff das Ergebnis eines bestimmt gearteten Denkprozesses. Es erscheint deshalb richtig, ihn ebenfalls als Begriff zu bezeichnen. Im folgenden werden wir deshalb nicht mehr vom «Typus», sondern vom Typusbegriff sprechen, um damit deutlich zum Ausdruck zu bringen, daß nicht der «begriffene» Gegenstand an sich gemeint ist, sondern die unter dem Gesichtspunkt der typologischen Betrachtungsweise gewonnene Vorstellung des Gegenstandes.

b) Jeder Gegenstand der Rechtswissenschaft kann somit klassifikatorisch oder typologisch erfaßt werden. Unter dem letzten Gesichtspunkt kann man beispielsweise vom typischen Kaufmann, vom typischen Mörder, vom typischen Vertrag, von der typischen Aktiengesellschaft, vom typischen Zweck sprechen.

Der Gegenstand der Betrachtungsweise ist gleich; verschieden ist indessen die Betrachtungsweise selbst.

Das methodologische Anliegen des klassifikatorischen Begriffes ist die Klassifikation, die Einteilung der Gegenstände⁶⁸. Der klassifikatorische Begriff ist seiner Bestimmung gemäß notwendigerweise allgemein und abstrakt.

Das methodologische Anliegen des Typusbegriffes (im hier verwendeten Sinne) ist die Herstellung des Brückenschlages zwischen dem Individuellen und dem Allgemeinen. Das wird in der Literatur zum Typusbegriff oft zum Ausdruck gebracht. So sagt beispielsweise ENGISCH⁶⁹: «Über-

⁶⁸ Vgl. vorne, S. 68 ff.

⁶⁹ Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, S. 259.

haupt ist es ja nun vielfach so, daß man dem Typus irgendwie eine Mittelstellung einräumt zwischen dem Allgemeinbegriff und der Individualität oder dem Individualbegriff.» In einer Abhandlung über den «Typenzwang bei den römischen Rechtsgeschäften und die sogenannte Typenfreiheit des heutigen Rechts»⁷⁰ vertritt EMILIO BETTI die Meinung, das Typische stehe «sozusagen auf halber Höhe zwischen Allgemeinheit und Individualität»⁷¹.

5. Auf dem Wege zwischen dem Individuellen und dem Allgemeinen gibt es natürlich unzählige, theoretisch unendlich viele, Zwischenstationen. Je nachdem, von welchem Standort aus betrachtet wird, kann die Betrachtungsweise als individualisierend oder als generalisierend bezeichnet werden. Auf welcher Stufe steht nun die typologische Betrachtungsweise?

Wenn diese Frage gestellt wird, so muß man sich bewußt sein, daß es hier nicht um eine Klassifikation geht, sondern um eine ordnende Betrachtungsweise. Es geht also darum, den Standort des «Typischen» auf dem Weg zwischen dem Individuellen und dem Allgemeinen festzulegen.

In gewissen Abhandlungen zum Typus wird das «Typische» dem relativ Individuellen gleichgesetzt. In der Psychologie wird beispielsweise die Hinwendung zu den Typen als eine notwendige Station auf dem Wege zur Erforschung des Individuums aufgefaßt; es soll ein Mittel sein, um das Verständnis der Struktur des einzelnen Menschen zu erleichtern. In diesem Sinne wird es als das relativ Individuelle bezeichnet⁷².

HENKEL⁷³ unterscheidet die relative Individualität vom Typischen. Er führt dazu folgendes aus: «Die ganze Merk-

⁷⁰ Festschrift für Leopold Wenger, I, S. 249 ff.

⁷¹ a.a.O., S. 256, 257. Weitere ähnliche Vorstellungen sind bei ENGISCH, a.a.O., S. 258 ff. wiedergegeben.

⁷² Vgl. PFAHLER, System der Typenlehren, wiedergegeben bei ENGISCH, a.a.O., S. 260.

⁷³ Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 352.

malsfülle der Einzigkeit eines Gegenstandes, seine vollkommene Individualität, kann sich nur einer Betrachtung erschließen, die den Gegenstand in jeder nur denkbaren Hinsicht und Bedeutsamkeit erfaßt. Mit jeglicher zweckgerichteten Betrachtung ist aber eine Begrenzung des Blickfeldes verbunden: Der Gegenstand interessiert selbst bei individualisierender Betrachtung nicht in seiner totalen Merkmalsfülle, sondern nur in einem Ausschnitt seines individuellen Merkmalsbereiches, nämlich demjenigen, der für die bestimmte zweckgerichtete Betrachtung relevant ist. So interessiert sich beispielsweise der Käufer zwar für die Größe und die Herkunft der Eier von der Hühnerfarm H, die ihm als qualitätsverbürgende Lieferantin bekannt ist, im allgemeinen aber nicht etwa für die genaue Farbtönung der Eierschalen. Mit der Konzentration auf einen bestimmten Sektor des individuellen Merkmalsbereiches verbindet sich also ein Außerachtlassen der übrigen als für die Betrachtungsweise irrelevant. – Diese Beschränkung auf eine bloß relative Individualität des Gegenstandes gilt nun auch für die fachlich-wissenschaftliche Betrachtung, weil ihr eine jeweils begrenzte Zweckrichtung eigentümlich ist.»

HENKEL hat nun auch gezeigt, daß die juristische Betrachtungsweise, soweit sie individualisierend ist, nur diese relative Individualität meint. Er bezeichnet sie als die rechtlich relevante Individualität. Das bedeutendste Anwendungsgebiet ist die Betrachtung des Rechtsfalles. Aus der verwirrend vielfältigen Faktizität läßt der Jurist nur dasjenige in den festzustellenden Sachverhalt eingehen, was Bedeutsamkeit für die zu findende Rechtslösung gewinnen kann. Eine solche Betrachtung wird noch als individualisierend bezeichnet, «wenn sie die Bereitschaft enthält, einer irgendwie gearteten individuellen Beziehungslage von Merkmalen oder einem einzelnen individuellen Moment des Falles Rechnung zu tragen. Sie unterscheidet sich darin von der generellen Betrachtung, die, selbst wenn sie auf Besonderheiten von Fallsituationen (z.B. den Vertrags-

abschluß unter Kaufleuten) eingeht, immer noch bei der Feststellung und Beurteilung solcher Merkmale Halt macht, die einer Mehrheit von Fällen gemeinsam sind, so daß das, was der Fall darüber hinaus als Einzelfall an Merkmalseinzigkeit aufzuweisen hat, unbeachtet bleibt»⁷⁴.

6. Es versteht sich, daß der Übergang zu einer generalisierenden Betrachtungsweise, die noch nicht das Allgemeine im Sinn des Abstrakten meint und als die typologische bezeichnet worden ist, nur ein gradueller ist.

Mit dieser Feststellung ist aber die Frage noch nicht beantwortet, wodurch sich diese Betrachtungsweise schließlich von der klassifizierenden unterscheidet. Darauf ist nun einzutreten.

Es ist einleuchtend, daß ein ähnliches Resultat wie mit der typologischen auch mit der klassifizierenden Methode erreicht werden kann, indem von der Merkmalsfülle des einzigartigen Falles möglichst wenige Merkmale abstrahiert werden. Man gelangt damit, je nach der Fülle der ausgewählten Begriffsmerkmale, immer näher zum Individuellen. Darauf ist mit Recht hingewiesen worden⁷⁵. Diese Feststellung ist äußerst wichtig. Sie weist darauf hin, daß die mit dem klassifikatorischen Begriff und die mit dem Typusbegriff verbundene Vorstellung des nämlichen Gegenstandes unter Umständen sehr ähnlich sein können. Diese Tatsache bedarf noch einer eingehenden Würdigung. Wir kommen darauf im Zusammenhang mit der Darstellung des Verhältnisses zwischen Lebenstypus und Gesetzestypus zu sprechen⁷⁶.

Hier ist die Frage nach dem Unterschied in der Begriffsbildung im Fall des klassifikatorischen Begriffs und in jenem des Typusbegriffs weiterzuverfolgen.

Die mit dem klassifikatorischen Begriff verbundene Arbeitsweise ist, wie schon mehrmals dargelegt worden ist, die

⁷⁴ a.a.O., S. 353.

⁷⁵ Vgl. dazu W. R. SCHLUEP, Die methodologische Bedeutung des Typus im Recht, in Festgabe Max Obrecht, S. 10.

⁷⁶ Hinten, S. 99 ff.

Abstraktion. Der Begriffsinhalt wird durch die Summe aller Merkmale gekennzeichnet⁷⁷.

Das Individuelle im Sinne des Einzigartigen kann also mit einem derart gebildeten Begriff nicht in seiner ganzen Fülle erfaßt werden. Das Mittel zur Erfassung des Individuellen ist die Anschauung⁷⁸.

Die reine Anschauung vermag indessen nur Gegebenes aufzufassen, aber nicht das angeschaute Objekt in Zusammenhang mit andern Erscheinungen zu bringen und es umgekehrt unterscheidend von andern zu lösen⁷⁹.

Der Typusbegriff verbindet nun die anschauliche Betrachtungsweise mit der abstrahierenden.

Das typologische Denken hat mit dem abstrahierenden den ersten Schritt gemeinsam, nämlich das Unterscheiden und das Ablösen der Eigenschaften, nicht aber den zweiten, das Festhalten der isolierten Merkmale als solcher und deren einfache Addierung im abstrakten Begriff. In der Bildung des Typusbegriffes werden die Merkmale in diesem zweiten gedanklichen Vorgang wieder an die «Bildhaftigkeit der Anschauung» angenähert. In diesem Sinne hat LARENZ⁸⁰ die Begriffsstruktur des Typusbegriffes erklärt. Ihm haben sich SCHLUEP⁸¹ und KOLLER⁸² angeschlossen. Ähnlich urteilt auch ENGISCH⁸³.

Von hier aus wird es verständlich, weshalb der Typusbegriff als eine Zwischenstufe zwischen dem Individuellen und dem Allgemeinen bezeichnet wird.

⁷⁷ Vgl. vorne, S. 69.

⁷⁸ Vgl. dazu ENGISCH, Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft, S. 260.

⁷⁸ Vgl. dazu ENGISCH, Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft, S. 260.

⁷⁹ Vgl. dazu K. LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 335; W. R. SCHLUEP, a.a.O., S. 10; A. KOLLER, a.a.O., S. 17/18, und die dort zitierte Literatur.

⁸⁰ a.a.O., S. 335.

⁸¹ a.a.O., S. 10/11.

⁸² a.a.O., S. 18/19.

⁸³ Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft, S. 260/261.

7. Da in der Konstitution des Typusbegriffes im zweiten Gedankenvorgang die abstrahierten Merkmale nicht zu einer Summe, welche den Begriffsinhalt ausmacht, zusammengehalten, sondern einander wieder angenähert werden, ist die damit verbundene Vorstellung unscharf, ungenau. Das hängt damit zusammen, daß in der Begriffskonstitution das Anschauliche oft das Logische überwiegt. Deshalb ist es richtig, wenn gesagt wird, daß unter den Typusbegriff nicht (formal-logisch) subsumiert werden kann. Eine Einzelerscheinung kann einem Typusbegriff nur zugeordnet werden. Mit dem klassifikatorischen Allgemeinbegriff kann man einen Gegenstand definieren, mit dem Typusbegriff kann man ihn lediglich umschreiben⁸⁴.

Nach dieser Verdeutlichung kann nun die Frage beantwortet werden, ob es fruchtbar ist, in der Rechtswissenschaft den Typusbegriff in diesem Sinn zu verwenden.

8. Es ist unfruchtbar, den Typusbegriff für verschiedene Betrachtungsweisen zu verwenden. Unbrauchbar ist dieser Begriff, wenn Gegenstände klassifiziert und von einander abgegrenzt werden sollen. Unfruchtbar ist sein Gebrauch auch dort, wo es um das Erfassen von Individualitäten geht. Seine Aufgabe ist es auch nicht, den funktionellen Zusammenhang der Teile innerhalb eines Ganzen zu erklären oder den Sinngehalt eines Institutes des positiven Rechts zu erfassen. Der Typusbegriff wird zweckmäßigerweise überall dort verwendet, wo es darum geht, die gesetzliche Regelung eines Rechtsinstitutes mit der Rechtswirklichkeit in Beziehung zu setzen.

⁸⁴ Vgl. dazu K. LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 337 ff., insbesondere 340; W. R. SCHLUEP, Die methodologische Bedeutung des Typus im Recht, S. 13.

VIII. Zusammenfassung und begriffliche Klärung

Die in diesem Paragraphen entwickelten Gedanken können wie folgt zusammengefaßt werden:

1. Die mit dem Ausdruck «Typus» und seinen Wortverbindungen verbundenen Vorstellungen sind nicht einheitlich. Die Literatur zum «Typus» ist von einer verwirrenden Fülle.

2. Es ist hier absichtlich darauf verzichtet worden, alle Lehren über den «Typus» darzustellen. Dagegen wurde versucht, die methodologischen Anliegen zu analysieren, welche mit den verschiedenen Vorstellungen über den «Typus» verbunden sind, und von dort aus zu einer begrifflichen Klärung zu gelangen.

3. Auf diesem Wege konnte festgestellt werden, daß die mit dem «Typus» verbundenen Vorstellungen einen gemeinsamen Ausgangspunkt haben: Das Ungenügen des klassifikatorischen Begriffes zur Bewältigung bestimmter juristischer Probleme.

a) Der klassifikatorische Begriff ist mit einem Trennungsdenken verbunden. Der «Typus» soll dazu beitragen, dieses Trennungsdenken zu überwinden.

Wir haben gesehen, daß dieses Problem mit dem Ordnungsbegriff bewältigt werden kann und haben die damit verbundene Betrachtungsweise in Anlehnung an HEMPEL und OPPENHEIM als die ordnende Betrachtungsweise bezeichnet.

Der Ordnungsbegriff ist wie der klassifikatorische Begriff ein Allgemeinbegriff. Er ermöglicht, verschiedene Gegenstände unter dem Gesichtspunkt der Intensität der Ausprägung ihrer Merkmale miteinander zu vergleichen und unter diesem Gesichtspunkt Reihenordnungen zu bilden.

b) Der klassifikatorische Begriff hebt einzelne Merkmale eines Gegenstandes hervor, vernachlässigt aber das Ganze als Einheit. Er bringt nicht den Sinnzusammenhang des begriffenen Gegenstandes zum Ausdruck. Wir haben festgestellt, daß das Bemühen um die Erkenntnis eines Rechts-

institutes als einheitliches Ganzes, in seinem Sinnzusammenhang, eine den Juristen durchaus geläufige Denkart ist, die aber nicht mit der Vorstellung über den «Typus» verbunden ist.

Wir befürworten deshalb, zur Wiedergabe dieser Vorstellung den Sinnbegriff zu verwenden. Die entsprechende Betrachtungsweise kann als teleologische Betrachtungsweise bezeichnet werden.

c) Mit der klassifikatorischen Betrachtungsweise wird nicht berücksichtigt, daß die einzelnen Elemente eines Gegenstandes oft in Wechselwirkung zueinander stehen.

Der funktionelle Zusammenhang der Teile eines Ganzen ist neben dem Sinnzusammenhang ein besonderer Beziehungskomplex innerhalb des Ganzen als Einheit. Wir nennen ihn in Anlehnung an GRELLING und OPPENHEIM ein Wirkungssystem. Die Betrachtungsweise kann man als die funktionale Betrachtungsweise bezeichnen. Sie dient der Erkenntnis der Struktur des Ganzen, d.h. des (funktionellen) Zusammenhanges seiner Bestandteile. Der Begriff, der das Ganze als Wirkungssystem erfaßt, kann somit als Strukturbegriff bezeichnet werden⁸⁵.

d) Der klassifikatorische Begriff hebt das Allgemeine hervor und vernachlässigt das Individuelle.

Zur Überwindung dieser Einseitigkeit hat sich im Rechtsdenken der Typusbegriff eingebürgert.

Der in diesem Sinne verstandene Typusbegriff vermittelt ebenfalls eine Vorstellung eines einheitlichen Ganzen, jedoch unter dem besonderen Gesichtspunkt seines Standortes zwischen dem Individuellen und dem Allgemeinen. Er ermöglicht insbesondere, die gesetzliche Ordnung mit der Rechtswirklichkeit in Beziehung zu setzen.

Im Sinne einer terminologischen Klärung und in Anlehnung an die bestehende rechtswissenschaftliche Tradition befürworten wir, in der Rechtswissenschaft nur für diese Vor-

⁸⁵ Vgl. zum Problem Struktur und Ganzheit W. BURKAMP, Die Struktur der Ganzheiten, 1929.

stellung den Typusbegriff zu verwenden. Die entsprechende Betrachtungsweise kann als typologische Betrachtungsweise bezeichnet werden; sie ist eine Verbindung eines abstrahierenden und eines anschaulichen Denkvorganges.

Da der Typusbegriff dazu dient, Gegenstände nach der Intensität ihrer Eigenschaften zu ordnen, ist er zugleich ein Ordnungsbegriff, aber ein Ordnungsbegriff besonderer Art. Der Gesichtspunkt, unter dem die Reihe gebildet wird, ist die Ermittlung des Standortes des betrachteten Gegenstandes zwischen Individuellem und Allgemeinem. Nur diese besondere ordnende Betrachtungsweise nennen wir die typologische.

4. Abschließend ist zu bemerken, daß es schließlich nicht darauf ankommt, wie man die einzelnen Begriffe nennt, sondern daß man die Möglichkeit der verschiedenen Betrachtungsweisen erkennt und sich jeweils darüber im klaren ist, unter welchem Gesichtspunkt der Gegenstand betrachtet wird. Die Benennung der einzelnen Denkart hat lediglich den Zweck der sprachlichen Vereinfachung.

§ 4. Lebenstypus und Gesetzestypus

I. Die beschränkte Typenzahl (numerus clausus der Typen)

1. Der Gesetzgeber befaßt sich, wie bereits dargelegt worden ist¹, nicht mit der Einzigartigkeit der Erscheinungen des Soziallebens, sondern lediglich mit der Lebenstypizität.

Die auf Gegenstände der Rechtswirklichkeit bezogenen Typen nennen wir Lebenstypen. Die ihnen zugeordneten gesetzlichen Regelungen bezeichnen wir als Gesetzestypen. Derart kann man beispielsweise vom Gesetzestypus der Aktiengesellschaft und von verschiedenen Lebenstypen der Aktiengesellschaft sprechen².

¹ Vgl. vorne, S. 89 ff.

² Näheres zu dieser Begriffsbildung hinten, S. 108 ff.

2. Angesichts der Fülle der Typen des Soziallebens stellt sich für den Gesetzgeber vorerst die Frage, welchen Lebensstypen überhaupt Rechtsschutz zu gewähren ist.

In dieser Beziehung ist in der Rechtsgeschichte eine interessante Entwicklung festzustellen.

Die römische Jurisprudenz befaßte sich, besonders auf dem Gebiete der Rechtsgeschäfte, von alters her mit der Aufgabe der Typisierung. Die römischen Juristen hatten ein besonderes Verständnis für die Verkehrsbedürfnisse. Die Kautelarjurisprudenz hob die einzelnen Geschäfte vom Individuell-Zufälligen ab und hielt deren typischen Inhalt in entsprechenden Formularen (*actiones*, *leges* usw.) fest.

Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, daß nicht jedes individuell konzipierte Rechtsgeschäft Rechtsschutz genoß, sondern nur jenes, das den festumrissenen objektiven Formeln (Typen) entsprach, die allgemeiner als das Individuell-Zufällige waren. Diese Formeln wiederum wurden nur in beschränkter Zahl zugelassen. Sie spiegelten die «einzig zugelassenen *causae*» in sich wider, d.h. jene wirtschaftlich-sozialen Zwecke der Privatautonomie, die als Erwerbs- oder Verpflichtungsgründe rechtlich anerkannt wurden: Kauf, Tausch, Darlehen, Leihe, Miete, Auftrag, Gesellschaft usw.³.

Das klassische römische Recht kannte keinen allgemeinen Vertragsbegriff von unbeschränkter Tragweite⁴. Das hatte zur Folge, daß die Privatautonomie in diesem Rechtsbereich nur in dem Maße als rechtserheblich anerkannt wurde, «als sie entweder in der Richtung auf einen typisch festgesetzten Verkehrszweck (*causa*) betätigt, oder zu einem

³ E. BETTI, Der Typenzwang bei den römischen Rechtsgeschäften und die sogenannte Typenfreiheit des heutigen Rechts, in: Festschrift für Leopold Wenger, I, S. 249 ff., insbesondere 257; vgl. zu den Aufgaben und Methoden der Jurisprudenz in der Zeit der späteren Republik und in der klassischen Zeit auch JÖRS-KUNKEL-WENGER, Römisches Recht, 3. Auflage, 1949, S. 20 und 26.

⁴ E. BETTI, a.a.O., S. 256.

solennen Formgeschäft verdichtet» wurde. Die Rechtsschutz findenden Typen waren durch die Rechtsordnung «erschöpfend aufgezählt und streng festgesetzt, in der Weise, daß sowohl eine Mischung und Abänderung als auch eine Erweiterung durch bloß individuell-zufällige Parteiverfügung ausgeschlossen» blieb⁵.

Das römische Recht kannte infolgedessen noch in der klassischen Zeit den Grundsatz der beschränkten Typenzahl. Dem deutschen Privatrecht war diese Betrachtungsweise fremd⁶.

3. Die Beschränkung der Rechtsschutz findenden Lebenstypen bedeutet gleichzeitig eine Beschränkung der Privatautonomie. Eine Auflockerung und die grundsätzliche Anerkennung der Privatautonomie brachte erst das justinianische Recht. Es war bestrebt, «das starre Netz der festen Typen zu einem biegsamen umzuwandeln und die allzu engen Abgrenzungen der benannten Rechtsgeschäfte zu erweitern»⁷. Den Parteien wurde gestattet, die Sondertypen in bestimmten Richtungen zu ändern, sie zu ergänzen oder bestimmte Merkmale wegzulassen.

Die mannigfachen Anforderungen eines entwickelten sozialen Lebens forderten jedoch noch größere Beweglichkeit. So kam es dazu, daß neben den biegsam gewordenen anerkannten Typen von Rechtsgeschäften auch sogenannte unbenannte Verträge (Innominatkontrakte) anerkannt wurden⁸, welche mit der *actio praescriptis verbis* Rechtsschutz finden konnten.

Der allgemeine Begriff des Rechtsgeschäftes wurde erst im gemeinen Recht ausgebildet, und erst in dieser Zeit bekannte

⁵ E. BETTI, a.a.O., S. 257.

⁶ Vgl. dazu O. VON GIERKE, Deutsches Privatrecht, II, S. 359; A. MEIER-HAYOZ, Kommentar, Systematischer Teil zu Art. 641 ff. ZGB, N. 36.

⁷ E. BETTI, a.a.O., S. 266.

⁸ Näheres dazu bei E. BETTI, a.a.O., S. 266, und JÖRS-KUNKEL-WENGER, a.a.O., S. 243 ff.

sich die Rechtsordnung offen zum Grundsatz der Formfreiheit der Verträge⁹.

4. Was gilt heute in dieser Beziehung?

In den verschiedenen Rechtsordnungen ist die Regelung ungleich. Wir beschränken uns im folgenden im wesentlichen auf das schweizerische Recht, da uns dieses zur Erläuterung der Problematik genügt.

Auch hier müssen wir differenzieren:

a) Unser Obligationenrecht kennt bekanntlich nicht den Grundsatz der beschränkten Typenzahl im soeben erläuterten Sinne. Der Privatautonomie ist ein weites Feld geöffnet. Zum Abschluß eines Vertrages genügt grundsätzlich die übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung der Parteien (Art. 1 OR). Trotz der auf jahrhundertelanger Tradition beruhenden Lehre vom Rechtsgeschäft und der eingehenden Ordnung der Obligation im allgemeinen Teil des Obligationenrechtes verzichtet das Gesetz aber nicht auf die Sonderregelung bestimmter typischer Rechtsgeschäfte, insbesondere typischer Verträge¹⁰.

Die Gesetzestypen des Obligationenrechts sind den Lebenstypen nachgebildet. Der Gesetzgeber hat die Gesetzestypen nicht «erfunden», sondern aus der Überlieferung übernommen¹¹.

⁹ E. BETTI, a.a.O., S. 267.

¹⁰ Eine Einschränkung in bezug auf die Freiheit in der Ausgestaltung des Rechtsinhaltes ist hinsichtlich der Verträge über eine Arbeitsleistung zu machen. Näheres dazu hinten, S. 120 ff.

¹¹ Auch im Schuldrecht stimmen Gesetzestypus und Lebenstypus nicht immer miteinander überein. Der Gesetzestypus ist durch «den Filter des Gesetzes hindurchgegangen» (K. LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 341); er ist vom Gesetzgeber «bearbeitet» worden. Möglicherweise sind in ihn Idealfaktoren des Rechts eingegangen, welche den als Vorbild dienenden Lebenstypus nicht berühren; möglicherweise ist die Realität des Lebenstypus vom Gesetzgeber verkannt worden, so daß der Gesetzestypus von ihm aus diesem Grunde abweicht; möglicherweise hat sich der Lebenstypus seit der gesetzlichen Regelung gewandelt.

Angesichts der Bedeutung der Privatautonomie haben heute die Gesetzestypen des Schuldrechts nicht die nämliche Funktion wie im klassischen römischen Recht. Da ihre Regelung im Gesetz nicht den Sinn hat, die Privatautonomie zu beschränken, ist es nicht nötig, ihren Inhalt zwingend zu regeln. Zwar werden die einzelnen Vertragstypen mit dem Mittel des klassifikatorischen Begriffes voneinander abgegrenzt. Weil es aber mittels dieses Begriffes nicht möglich ist, die Rechtsinstitute als einheitliches Ganzes zu erfassen, insbesondere aber weil der Gesetzgeber die meisten Normen, welche den Typus umschreiben, als nachgiebiges Recht ausgestaltet hat, können die gesetzlichen Typen abgewandelt und miteinander vermischt werden, derart, daß wiederum neue Lebenstypen entstehen. Die Gesetzestypen des Schuldrechts stellen somit lediglich eine Auswahl aller Rechtsschutz findenden Lebenstypen der Schuldverträge dar.

Weil im Rechtsleben ältere Geschäftstypen absterben, andere miteinander verschmelzen und neue hinzuwachsen können, wird es möglich, daß die Gesetzestypen für die Lebenstypen nicht mehr repräsentativ sind. Das ist indessen angesichts der Funktion der Vertragsfreiheit im Schuldrecht kein großes Unheil. Es wird höchstens Anlaß für den Gesetzgeber sein, bei nächster Gelegenheit den Gesetzestypus dem Lebenstypus anzupassen oder neue Gesetzestypen zu schaffen.

b) Stärker als im Obligationenrecht ist die Gestaltungsfreiheit im ehelichen Güterrecht eingeschränkt. Die Parteien können nur unter bestimmten vom Gesetz zur Verfügung gestellten Güterrechtstypen wählen. Allerdings sind auch diese Typen nicht besonders stark mit zwingenden Normen durchsetzt.

Typenmischungen werden vom Gesetz ausdrücklich gestattet. Deshalb ist die Frage berechtigt, ob es sich rechtfertigt, im Güterrecht ganz allgemein von einem *numerus clausus* der Typen zu sprechen. Darauf kann hier nicht näher eingetreten werden. Die Problematik wird indessen im Zu-

sammenhang mit der Frage nach der beschränkten Typenzahl im Gesellschaftsrecht erläutert werden¹².

c) Unbestritten ist, daß das Sachenrecht eine geschlossene Zahl (*numerus clausus*) der Arten von dinglichen Rechten kennt. Allerdings ist dieser Grundsatz auch im Sachenrecht nicht mit letzter Folgerichtigkeit durchgeführt. Der Inhalt einzelner beschränkter dinglicher Rechte, insbesondere von Dienstbarkeiten, wird vom Gesetz nicht zwingend normiert¹³.

d) Auch im Gesellschaftsrecht stellt der Gesetzgeber zur Verfolgung gemeinsamer Zwecke nur bestimmte Typen zur Verfügung. Ob es sich angesichts der freiheitlichen Ausgestaltung des Gesellschaftsrechts rechtfertigt, von einem Grundsatz der beschränkten Typenzahl zu sprechen, ist indessen streitig¹⁴.

Im deutschen Recht hat sich in letzter Zeit insbesondere HEINZ PAULICK mit dem Problem beschäftigt¹⁵.

Das italienische Zivilgesetzbuch enthält den Grundsatz, daß nur die im Gesetz umschriebenen Gesellschaftstypen verwendet werden dürfen¹⁶.

¹² Vgl. dazu hinten, S. 111 ff.; siehe im übrigen zum Typenzwang im ehelichen Güterrecht P. LEMP, Kommentar, Art. 179, N. 18 ff.; A. MEIER-HAYOZ, Kommentar, Systematischer Teil, Art. 641 ff., N. 35.

¹³ Auf die Bedeutung dieser Tatsache für die Durchführung des Grundsatzes der beschränkten Typenzahl werden wir im folgenden noch näher eintreten (Vgl. hinten, S. 105 ff.); siehe zur beschränkten Typenzahl im Sachenrecht P. LIVER, Kommentar, Einleitung zu Art. 730 ff. ZGB, N. 12 und 61 ff.; A. MEIER-HAYOZ, Kommentar, Systematischer Teil, Art. 641 ff., N. 35 ff.

¹⁴ Mit diesem Problem befassen wir uns in § 5, hinten, S. 111 ff., noch näher.

¹⁵ Die eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenbeschränkung, 1954.

¹⁶ Art. 2249 Codice civile lautet: (Tipi di società). – Le società che hanno per oggetto l'esercizio di un'attività commerciale devono costituirsi secondo uno dei tipi regolati nei capi III e seguenti di questo titolo.

Le società che hanno per oggetto l'esercizio di un'attività diversa

5. Wir können somit festhalten, daß der Grundsatz der beschränkten Typenzahl heute zwar noch gilt, aber nur in einigen Spezialgebieten. Er bedeutet, daß der Gesetzgeber die Verfolgung besonderer Zwecke nur in einer beschränkten Zahl von Typen zuläßt¹⁷.

II. Die Fixierung der Gesetzestypen

1. Entscheidet sich der Gesetzgeber für den Grundsatz der beschränkten Typenzahl, dann ergeben sich daraus notwendigerweise bestimmte Folgerungen für die gesetzliche Umschreibung des Typus. Es muß dafür gesorgt werden, daß der Gesetzestypus nicht nach Belieben geändert werden kann; der Typ muß im Gesetz fixiert werden¹⁸.

sono regolate dalle disposizioni sulla società semplice, a meno che i soci abbiano voluto costituire la società secondo uno degli altri tipi regolati nei capi III e seguenti di questo titolo.

Sono salve le disposizioni riguardanti le società cooperative e quelle delle leggi speciali che per l'esercizio di particolari categorie d'imprese prescrivono la costituzione della società secondo un determinato tipo.»

¹⁷ PAULICK, a.a.O., S. 21 ff., bezeichnet diesen Sachverhalt als «gesetzlichen Typenzwang»; er verwendet den Ausdruck «gesetzliche Typenbeschränkung» zur Umschreibung von Fällen, in denen der Gesetzgeber die Wahl eines bestimmten Typus vom Vorliegen eines genau umschriebenen Zweckes abhängig macht und den Beteiligten grundsätzlich jede Gestaltungsfreiheit in bezug auf die Gestaltung ihres Inhaltes entzieht (a.a.O., S. 24). Als Beispiele für diesen zweiten Fall führt er den eingetragenen Verein und die eingetragene Genossenschaft an.

Diese Terminologie ist in doppelter Hinsicht irreführend und deshalb verfehlt. Einmal ist nicht der Typ als solcher beschränkt, sondern die Zahl der verwendbaren Typen. Zum andern ist es unfruchtbar, die Frage, wie weit ein Gesetzestypus kraft der Privatautonomie geändert werden kann, mit jener nach den Rechtsschutz findenden Typen zu vermengen. Sie erfordert eine gesonderte Betrachtung; diese beschlägt das Problem der Fixierung der Gesetzestypen.

¹⁸ Der Ausdruck «Typenfixierung» ist in der Rechtsliteratur nicht neu; er wird von A. MEIER-HAYOZ, Kommentar, Systematischer Teil zu Art. 641 ff. ZGB, N. 41, im Sachenrecht bereits verwendet.

2. Je weniger der Gesetzestypus fixiert ist, desto stärker ist der Grundsatz der beschränkten Typenzahl in Frage gestellt.

Wird der Gesetzestypus überhaupt nicht fixiert, so kann er durch Parteiabrede umgestaltet werden. Es ist derart möglich, die Gesetzestypen zu denaturieren, Mischtypen oder sogar neue, im Gesetz nicht besonders geregelte Typen zu schaffen¹⁹. Dort, wo den Rechtsgenossen erlaubt ist, von sich aus Lebenstypen zu schaffen, welchen Rechtsschutz zukommt, ist der Grundsatz der beschränkten Typenzahl ganz durchbrochen.

3. Es ist klar, daß zwischen absoluter Privatautonomie und absoluter Fixierung der Gesetzestypen ein großer Spielraum besteht. Die Frage, ob in einem bestimmten Rechtsbereich vom Grundsatz der beschränkten Typenzahl gesprochen werden kann, hängt somit davon ab, wo die Grenze gezogen wird.

4. Auf die Probleme, welche sich aus der Intensität der Fixierung der Gesetzestypen für die Rechtsanwendung ergeben, werden wir mit Bezug auf das Gesellschaftsrecht noch besonders eintreten²⁰.

Hier ist vorerst die Frage zu beantworten, wie ein Gesetzestypus fixiert werden kann.

Vorauszuschicken ist, daß man den Typus nicht definieren, sondern lediglich umschreiben kann. Das gilt selbstverständlich auch für den Gesetzestypus. Der Umschreibung dieses Typus dienen alle Bestimmungen, welche geeignet sind, das Rechtsinstitut in seiner Ganzheit, in seinem Sinnzusammenhang, darzustellen.

Der Gesetzestypus ist nur dann fixiert, wenn diese Bestimmungen zwingenden Charakter haben. Nur da-

¹⁹ Vgl. zu diesem Problem insbesondere die Typen- und Strukturlehre des Schuldrechts von JOSEPH ESSER, in Schuldrecht, Allgemeiner und besonderer Teil, 2. Auflage, 1960, S. 53 ff.

²⁰ Vgl. hinten, S. 118 ff., insbes. 134 ff.

durch ist gewährleistet, daß die Parteien ihn durch Übereinkunft nicht ändern können.

Der Gesetzgeber muß sich somit zur Frage aussprechen, welche Bestimmungen unabdingbar sein sollen. In dieser Beziehung ist unsere Gesetzestchnik noch sehr mangelhaft. Viele Auslegungsprobleme würden sich – auch im Gesellschaftsrecht – von selbst erledigen, wenn sich der Gesetzgeber zu dieser Frage klar geäußert hätte. Es ist deshalb zu postulieren, daß dieser Forderung anläßlich der Revision des Gesellschaftsrechtes Rechnung getragen wird.

Vereinzelt hat der Gesetzgeber schon bisher dem Problem Beachtung geschenkt. Als Beispiele können erwähnt werden: das Vereinsrecht²¹, das Bundesgesetz über die Anlagefonds²², die Gesetzesnovelle zum Miteigentumsrecht²³ und der bundesrätliche Entwurf des Arbeitsvertragsrechtes²⁴.

5. Es wird nie möglich sein, einen Lebenstypus im Gesetz absolut zu fixieren. Das hängt mit der Unzulänglichkeit der Mittel zusammen, welche dem Gesetzgeber zur Bewältigung dieser Aufgabe zur Verfügung stehen. Die meisten rechtlichen Hilfsbegriffe sind nicht derart klar, daß jeder Zweifel über ihre Bedeutung ausgeschlossen wäre; zum Teil sind sie unbestimmt.

Strenge Bindung des Richters an das Gesetz gilt heute allgemein als undurchführbar. In der Regel wird sie auch nicht als ideal empfunden. Je mehr der Gesetzgeber dem Richter Freiheit überläßt, desto mehr Raum besteht für die Berücksichtigung der Individualität im Recht.

Selbst dort, wo es darum geht, den Grundsatz der beschränkten Typenzahl durchzusetzen, kann es erwünscht sein, für die Berücksichtigung dieser Individualität Raum zu lassen. Die Mittel dazu sind neben den nachgiebigen Be-

²¹ Art. 63 Absatz 2 ZGB.

²² Art. 8 Absatz 4.

²³ Art. 647 ZGB.

²⁴ Art. 361 und 362 (BBl 119, 1967, II, S. 460 ff.).

stimmungen insbesondere die unbestimmten Rechtsbegriffe, die Ermessensbegriffe und die Generalklauseln²⁵.

Je weniger der Gesetzestypus fixiert ist, desto mehr kann der Lebenstypus durch den Gesetzestypus hindurchschimmern.

6. Es dürfte klar geworden sein, daß zwischen der Umschreibung des Typus im Gesetz und der Fixierung des Gesetzestypus zu unterscheiden ist.

Der Gesetzestypus wird nicht nur durch die zwingenden, sondern durch alle ihn umschreibenden gesetzlichen Vorschriften charakterisiert. Die zwingenden Vorschriften bestimmen lediglich das unabänderliche Gerüst²⁶.

KOLLER vertritt in seiner Abhandlung über Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht die Auffassung, der abstrakte Normeninbegriff, den wir als Gesetzestypus bezeichnet haben, sei kein Typus im logischen Sinn. Er befürwortet, dafür den Ausdruck «Form» zu verwenden und demnach von Gesellschaftsformen zu sprechen. Typen im logischen Sinne sind dagegen nach der Auffassung KOLLERS die «Gebilde der Rechtspraxis» und auch die sogenannten «gesetzlichen Leitbilder der Gesellschaftsformen»²⁷.

Dieser Auffassung kann aus verschiedenen Gründen nicht beige pflichtet werden.

a) Die Behauptung, der «abstrakte Normeninbegriff» sei kein Typus im logischen Sinne, beruht auf einer unrichtigen Fragestellung. Es ist nicht zu fragen, ob der abstrakte Nor-

²⁵ Vgl. zu den verschiedenen Rechtsbegriffen K. ENGISCH, Einführung in das juristische Denken, 3. Auflage, 1964, S. 106 ff.

Soweit wir uns über Inhalt und Umfang der unbestimmten Begriffe im klaren sind, haben wir es mit dem Begriffskern zu tun. Wo die Zweifel sich einstellen, beginnt der Begriffshof.

²⁶ S. CAFLISCH, Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, S. 106, bezeichnet den dadurch umschriebenen Typus als den normativen Typus; vgl. dazu auch A. KOLLER, a.a.O., S. 50, N. 2.

²⁷ A. KOLLER, a.a.O., S. 50 ff., insbes. S. 56/57.

meninbegriff ein Typus ist, sondern, ob er typologisch erfaßt werden kann. Der Typus ist nämlich eine Denkform. Er bringt eine Vorstellung über einen Gegenstand zum Ausdruck und darf deshalb mit diesem Gegenstand nicht identifiziert werden²⁸. Es ist nicht einzusehen, weshalb ein im Gesetz geregeltes Rechtsinstitut nicht ebensogut wie ein «Leitbild» typologisch sollte erfaßt werden können.

Richtig ist allerdings, daß die gesetzlichen Normen der Umschreibung des Gesetzestypus dienen.

b) Teilt man die Auffassung, daß die im Gesetz geregelten Rechtsinstitute nicht ohne Beziehung zur Wirklichkeit des Soziallebens sind, sondern von dieser mitbestimmt werden – und das ist auch die Position, von der aus KOLLER das Problem beurteilt²⁹ –, dann drängt sich die typologische Betrachtungsweise im Hinblick auf die im Gesetz geregelten Rechtsinstitute geradezu auf. Sie ermöglicht, die Beziehung zwischen Rechtswirklichkeit und Rechtsnorm herzustellen und den Standort des im Gesetz geregelten Rechtsinstitutes zwischen Individuellem und Allgemeinem zu bestimmen³⁰.

Je eingehender ein Gesetzestypus umschrieben ist, desto näher ist er beim Individuellen; je rudimentärer die gesetzliche Ordnung ist, desto näher ist er beim Allgemeinen.

Das Leitbild des Gesetzgebers (als Typus aufgefaßt) ist in der Regel näher beim Individuellen als der ihm zugeordnete Gesetzestypus, weil in ihm das Element der Verwendungsart stärker ausgeprägt ist.

c) Der Ausdruck «Form» hat in der Rechtssprache verschiedene Bedeutungen³¹. Die Vorstellung, die jeweilen da-

²⁸ Vgl. dazu vorne, S. 91.

²⁹ a.a.O., S. 56.

³⁰ A. KOLLER, a.a.O., S. 56/57, bezeichnet jene Typen, welche der gesetzlichen Ordnung zugrunde liegen, als «gesetzliche Typen», weil sie «ins Gesetz eingegangen sind».

³¹ Vgl. dazu u.a. W. BURCKHARDT, Methode und System des Rechts, S. 104 ff.

mit verbunden wird, ist allerdings nicht immer klar. Das gilt auch in bezug auf die kaum mehr wegzudenkende Ausdrucksweise «Gesellschaftsform».

In der Regel dürfte mit dem Ausdruck «Gesellschaftsform» der Strukturbegriff der Gesellschaft gemeint sein³². Ist man sich über diese Bedeutung im klaren, so ist die Ausdrucksweise vertretbar. Unzulässig ist indessen der Ausdruck «Form» zur Bezeichnung des Rechtsinstitutes als sinnvolles einheitliches Ganzes. Die «Form» ist immer nur ein Aspekt des Ganzen³³. Deshalb darf nicht von «Gesellschaftsform» gesprochen werden, wenn der «abstrakte Normenkomplex» als ein einheitliches sinnvolles Ganzes erfaßt werden soll.

Wichtig ist jedenfalls, daß der Typusbegriff der Gesellschaft weder mit ihrem klassifikatorischen Begriff, noch mit ihrem Sinnbegriff³⁴, noch mit ihrem Strukturbegriff verwechselt oder identifiziert wird³⁵.

³² Vgl. zu diesem Begriff vorne, S. 98; der Strukturbegriff deckt sich nach W. BURKAMP, a.a.O., S. 17, mit dem Formbegriff. W. BURCKHARDT, a.a.O., S. 107, versteht unter der Form eines Rechtsinstitutes seinen logischen Aufbau und das Verhältnis seiner Teile zueinander.

³³ Vgl. zur Problematik der Unterscheidung zwischen Form und Inhalt hinten, S. 168 ff.

³⁴ Vgl. dazu vorne, S. 84/85.

³⁵ Vgl. dazu vorne, S. 97 ff.

3. Abschnitt

DIE BEDEUTUNG
DER TYPOLOGISCHEN BETRACHTUNGSWEISE
IM GESELLSCHAFTSRECHT*§ 5. Kennt das schweizerische Gesellschaftsrecht
den Grundsatz der beschränkten Typenzahl?*

1. Bevor die Frage beantwortet werden kann, muß das Problem genau umschrieben werden.

Auszugehen ist von der Tatsache, daß es im Sozialleben sehr viele Aufgaben gibt, welche mit den Kräften eines Einzelnen nicht bewältigt werden können. Je entwickelter die Kultur ist, desto größer sind die Gemeinschaftsaufgaben.

Die gemeinsame Bewältigung von Aufgaben schafft Probleme der Koordination. Die meisten Gemeinschaften des Soziallebens werden deshalb rechtlich geordnet.

Der Gesetzgeber sieht sich dabei vor eine ganze Reihe von Fragen gestellt.

a) Ist den Rechtsgenossen überhaupt zu gestatten, aus eigener Initiative Verbandspersonen zu bilden, oder soll sich der Staat dieses Recht vorbehalten? Das ist die Frage nach der Verbandsfreiheit¹.

¹ Wir verwenden diesen Ausdruck in Anlehnung an A. EGGER, Kommentar, 2. Auflage, Vorbemerkungen zum Abschnitt «Die juristischen Personen», N. 6.

Die Ausdrücke «Vereinsfreiheit» und «Koalitionsfreiheit» haben eine spezifischere Bedeutung.

Unter «Vereinsfreiheit» versteht man in der Schweiz einmal das Individualrecht auf freie Meinungsäußerung in Vereinsform. Art. 56 der Bundesverfassung gewährleistet gemäß seiner Entstehungsgeschichte und der Auffassung der Kommentatoren lediglich die Vereine zu idealen Zwecken, wie vorab politische Vereine, Wohltätigkeitsvereine, Vereine zu wissenschaftlichen und künstlerischen

b) Entschließt sich der Gesetzgeber, den Rechtsgenossen die Möglichkeit zu geben, aus eigenem Willensentschluß Verbandspersonen zu bilden, so muß er sich die weitere Frage stellen, ob er ihnen gestatten soll, die Verbandspersonen nach Belieben zu gestalten, oder ob er ihnen lediglich einige Typen zur Verfügung stellen soll. Das ist die Frage nach der Beschränkung der Zahl der Verbandspersonen oder nach der beschränkten Typenzahl (*numerus clausus*) der Verbandspersonen.

Bevor auf diese Hauptfrage eingetreten werden kann, müssen noch weitere Begriffe geklärt werden.

c) Der Gesetzgeber muß sich ferner entscheiden, ob er den Rechtsgenossen die Auswahl unter den zur Verfügung gestellten Gesetzestypen freistellen, oder ob er einzelne Typen

Zwecken und Berufsverbände, wenn sie ideale Zwecke verfolgen. (Vgl. dazu W. BURCKHARDT, Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Auflage, S. 522 ff.; ferner Z. GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 375 ff.) Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung umfaßt Art. 56 der Bundesverfassung auch die wirtschaftlichen Vereine. Er gewährt aber nur das Recht, im Rahmen der kantonalen und eidgenössischen Rechtsordnung Vereine zu bilden, die weder in ihrem Zweck noch in den dafür bestimmten Mitteln rechtswidrig sind. (Vgl. dazu BGE 42 I, 1916, S. 10.) Der Ausdruck «Vereinsfreiheit» wird auch im Sinne von «Gestaltungsfreiheit im Vereinsrecht» verwendet. (Vgl. dazu etwa P. TUOR/B. SCHNYDER, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 7. Auflage, S. 108; A. HEINI, Die Vereine, in: Schweizerisches Privatrecht, II, S. 519.) Es lge im Interesse einer klaren Terminologie, wenn dem Wort «Vereinsfreiheit» nur eine Bedeutung beigemessen würde. Der Begriff kann im Privatrecht ohne Nachteile entbehrt werden. Man spricht hier zweckmäßigerweise von der «Gestaltungsfreiheit im Vereinsrecht».

«Koalitionsfreiheit» ist ein Begriff des Arbeitsrechts. Darunter wird das Recht verstanden, «ungehindert durch private Personen und Gruppen der gegnerisch eingestellten sozialen Welt, sich zur Wahrung und Verbesserung der sozialen und wirtschaftlichen Lebensbedingungen zusammenschließen zu dürfen». (Vgl. dazu H. HUBER, Die Koalitionsfreiheit, in ZbJV 83, 1947, S. 1 ff., insbesondere 3, und H.-P. TSCHUDI, Koalitionsfreiheit und Koalitionszwang, in ZSR NF 67, 1948, S. 355 ff.)

nur zur Verfolgung bestimmter Zwecke zulassen soll. Das ist die Frage nach den Verwendungsmöglichkeiten der Gesetzestypen.

Dort, wo die Wahl gebunden ist, kann man von einem Grundsatz der gesetzlichen Typenbindung sprechen².

2. Der Gesetzgeber hat auf diese Fragen im Laufe der Geschichte verschieden geantwortet. Noch heute weichen die gesetzlichen Regelungen in dieser Hinsicht von Land zu Land wesentlich voneinander ab.

Das Mittelalter dachte kollektivistisch. Es stellte den Menschen in Gemeinschaften hinein, die seinen Lebensweg, sein Tun und Lassen, sein Sinnen und Trachten bestimmten. Der Einzelne in seiner Vergänglichkeit war ein Glied der dauernden höheren Einheiten. Er lebte in der Gemeinschaft und um der Gemeinschaft willen. Aus diesem Geiste heraus entwickelte sich ein reiches Verbandswesen: bäuerliche Genossenschaften, Zünfte und Gilden, Meister- und Gesellenverbände, kirchliche Genossenschaften und Bruderschaften, wissenschaftliche, künstlerische und gesellige Verbände³. Trotzdem bestand im Bereiche des Privatrechts Freiheit der Verbandsbildung.

Der neuzeitliche Individualismus gewährte den Menschen zwar Individualrechte, nicht aber die Freiheit, aus eigener Initiative Verbände zu bilden. «Der Polizeistaat ist der Feind des privaten Verbandslebens. Für das öffentliche Wohl sorgt der Staat, die privaten Vereinigungen können es nur gefährden.»⁴

Der Staat behielt sich deshalb grundsätzlich das Recht vor, von Fall zu Fall darüber zu entscheiden, ob eine von Pri-

² In diesem Sinne auch A. KOLLER, a.a.O., S. 92, der die Kennzeichnung dieses Sachverhaltes durch H. PAULICK, a.a.O., S. 23 ff., als «gesetzliche Typenbeschränkung» ebenfalls ablehnt. Siehe dazu vorne, S. 105, und hinten, S. 168 ff.

³ A. EGGER, Kommentar, 2. Auflage, Vorbemerkungen zum Abschnitt «Die juristischen Personen», N. 1.

⁴ A. EGGER, a.a.O., N. 4.

vatpersonen geplante Vereinigung Rechtsschutz genießen sollte. Zur Gründung von Verbandspersonen bedurfte es einer Konzession. Man nennt dieses System das Konzessionssystem.

Im 19. Jahrhundert setzte sich das System des Registrierzwanges durch. Die Rechtsgenossen können nach diesem System aus eigenem Willensentschluß jene Verbandspersonen gründen, welche das Gesetz ihnen zur Verfügung stellt.

Diese entstehen jedoch als juristische Personen erst mit der Eintragung in ein öffentliches Register^{4a}. Diese Äußerung der Privatautonomie wird nach der herkömmlichen, hier übernommenen, Terminologie bereits als Verbandsfreiheit bezeichnet.

Die Schweiz kennt das System des Registrierzwanges in der Eidgenossenschaft seit 1848. Mit dem Inkrafttreten des ZGB wurde dieses System durch das noch freiheitlichere System der freien Bildung ergänzt. Vereine und bestimmte Kategorien von Stiftungen können das Recht der Persönlichkeit auch ohne Eintragung in das Handelsregister erlangen.

Das Konzessionssystem ist allerdings noch nicht ganz verschwunden; es ist in unseren Nachbarländern noch relativ weit verbreitet und gilt dort insbesondere für die Entstehung von Vereinen und Stiftungen.

3. Für die gesetzliche Typenbindung können verschiedene Gründe sprechen:

a) Soweit der Gesetzgeber die Verbandsfreiheit nicht allgemein, sondern nur zur Verfolgung bestimmter Zwecke, etwa wirtschaftlicher Zwecke (nicht jedoch idealer Zwecke) gewährt, gebietet die Sachlogik, außerhalb des Bereiches, in welchem Verbandsfreiheit gilt, die Typenwahl vorzuschreiben. Der Gesetzgeber muß notwendigerweise zur Verfolgung jener Zwecke, denen er lediglich aufgrund einer staatlichen

^{4a} Wenn die Eintragung abhängig gemacht wird von der Einhaltung der zwingenden Bestimmungen des Gesetzes, besteht das Normativsystem.

Konzession Rechtsschutz gewähren will, einen oder mehrere Gesetzestypen vorbehalten.

b) Der Grundsatz der gesetzlichen Typenbindung drängt sich in einem bestimmten Umfange auch innerhalb des Bereiches der Verbandsfreiheit auf, sofern der Gesetzgeber in diesem Rahmen für die Erlangung der Rechtspersönlichkeit verschiedene Systeme vorsieht, etwa das System des Registrierzwanges neben dem System der freien Bildung. Will man die Bildung von Verbandspersonen zur Verfolgung ganz bestimmter Zwecke erleichtern, so muß man notwendigerweise dafür einen oder mehrere Typen vorsehen.

c) Der Gesetzgeber kann die Wahl eines bestimmten Gesetzestypus auch vorschreiben, wenn ihm dies notwendig erscheint, um bestimmte zwingende Vorschriften durchzusetzen oder die Aufsicht über ein Gewerbe zu erleichtern. Ein Beispiel aus der neuesten Gesetzgebungsgeschichte gibt das Bundesgesetz vom 1. Juli 1966 über die Anlagefonds⁵.

Auf die Probleme, die sich aus der gesetzlichen Typenbindung ergeben, wird in einem anderen Zusammenhang eingetreten⁶.

4. Nach der Abgrenzung des Problems können wir uns nun der Frage zuwenden, ob das schweizerische Gesellschaftsrecht den Grundsatz der beschränkten Typenzahl kennt.

Die Äußerungen darüber weichen voneinander ab. Betrachtet man die einzelnen Meinungen etwas näher, so wird indessen bald klar, daß die Divergenzen auf eine uneinheitliche Fragestellung zurückzuführen sind.

5. Die konkrete Frage heißt vorerst: Stellt der schweizerische Gesetzgeber im Recht der Personengesellschaften und

⁵ Die Fondsleitung bedarf zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit einer Bewilligung der Aufsichtsbehörde. Diese Bewilligung wird nur einer Bank im Sinne des Bankengesetzes oder einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft erteilt, deren Gegenstand und Zweck ausschließlich die Leitung von Anlagefonds ist (Art. 3). Ähnliches gilt für die Ausübung der Tätigkeit als Depotbank (Art. 5).

⁶ Vgl. hinten, S. 168 ff.

der juristischen Personen nur eine beschränkte Zahl von Typen zur Verfolgung gemeinsamer Zwecke zur Verfügung?

Geht man von den Gesetzestypen aus, so kann die Frage mit der Mehrheit der schweizerischen Autoren zweifellos bejaht werden⁷. Die einzelnen Typen sind: die einfache Gesellschaft, die Kollektivgesellschaft, die Kommanditgesellschaft, die Aktiengesellschaft, die Kommandit-Aktiengesellschaft, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die Genossenschaft, der Verein und die Stiftung.

6. Die Durchführung des Grundsatzes der beschränkten Typenzahl ist indessen vom Grad der Fixierung der Gesetzestypen abhängig⁸.

Beschränkt sich der Gesetzgeber darauf, die einzelnen Gesetzestypen mittels klassifikatorischer Begriffe gegeneinander abzugrenzen, und unterläßt er es, den einzelnen Gesetzestypus mittels zwingender Vorschriften zu umschreiben, d.h. den Gesetzestypus zu fixieren, dann kann der Gesetzestypus aufgrund der Privatautonomie abgewandelt werden. Das kann dazu führen, daß der Gesetzestypus für die Lebenstypen nicht mehr repräsentativ ist, und daß unter den klassifikatorischen Begriff verschiedene Lebenstypen subsumiert werden können.

Im Hinblick auf die große Gestaltungsfreiheit im schweizerischen Gesellschaftsrecht, insbesondere im Recht der Personengesellschaften, hat KURT NAEF⁹ in Frage gestellt, ob (zum mindesten) das Recht der Personengesellschaften den Grundsatz der beschränkten Typenzahl kenne. Die Frage ist durchaus berechtigt. Sie weist auf den Kern der Problematik

⁷ In diesem Sinne: R. BÄR, Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der Aktiengesellschaft, in ZbJV 95, 1959, S. 381; R. SECRÉTAN, L'étendue de la liberté de choix entre les diverses corporations de droit privé, in ZbJV 96, 1960, S. 174; M.-A. PELLET, Le but non-économique de l'association, S. 148; A. HEINI, Besprechung von BGE 88 II, 1962, S. 209 ff. (Miniera-Entscheid), in ZSR 83 I, 1964, S. 447; weitere Literaturangaben bei PELLET, a.a.O., S. 147 ff.

⁸ Vgl. dazu vorne, S. 105 ff.

⁹ Kennt das schweizerische Recht die stille Gesellschaft?, in ZbJV 96, 1960, S. 268.

hin, nämlich auf den Zusammenhang zwischen dem Grundsatz der beschränkten Typenzahl und der Fixierung der Gesetzestypen.

7. Bekanntlich sind nicht alle Gesetzestypen gleich stark fixiert.

Sehr große Gestaltungsfreiheit besteht im Recht der Personengesellschaften. NAEF¹⁰ hat in überzeugender Weise nachgewiesen, daß unter den klassifikatorischen Begriff der «einfachen Gesellschaft» des schweizerischen Rechtes auch die «stille Gesellschaft», welche in verschiedenen ausländischen Gesetzgebungen als besonderer Gesetzestypus ausgestaltet ist¹¹, subsumiert werden kann. Keine gesetzliche Regelung fand die stille Gesellschaft im anglo-amerikanischen Rechtskreis¹².

Große Gestaltungsfreiheit gewähren auch das Recht der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, insbesondere aber das Vereinsrecht und das Stiftungsrecht¹³. Stärker als alle übrigen Gesellschaftstypen ist seit der Revision von 1936 der Typ der Genossenschaft fixiert.

8. Die Frage, ob das schweizerische Gesellschaftsrecht den Grundsatz der beschränkten Typenzahl kennt, kann somit bejaht werden, sofern sie sich auf die Gesetzestypen bezieht.

¹⁰ a.a.O., S. 257 ff.

¹¹ HGB Deutschland §§ 335–342; HGB Österreich §§ 335–342; Codice civile, Art. 2549–2554 (associazione in partecipazione); Loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, Art. 419–422 (société en participation).

¹² Vgl. dazu NAEF, a.a.O., S. 266.

¹³ Immerhin ist zu bemerken, daß der Gesetzgeber verschiedene Kategorien von Stiftungen ausgebildet hat, wie die Familienstiftung, die kirchliche Stiftung und die Wohlfahrtsstiftung. Die Verwendungsmöglichkeit der Familienstiftung ist eingeschränkt; Unterhaltstiftungen finden keinen Rechtsschutz (Art. 335 ZGB). Im Recht der Wohlfahrtsstiftungen (Art. 89^{bis} ZGB) ist die Gestaltungsfreiheit etwas stärker als im Recht der übrigen Stiftungskategorien eingeschränkt.

Faßt man dagegen die Lebensstypen ins Auge, so muß die Frage für das schweizerische Recht verneint werden. Unter den klassifikatorischen Begriff einzelner im Gesetz geregelter Verbandspersonen können verschiedene Lebensstypen subsumiert werden.

Die Unterscheidung hat allerdings nur relative Bedeutung. Die Vorfrage besteht nämlich darin, wieweit ein Lebensstypus vom Gesetzestypus abweichen muß, damit er diesem nicht mehr zugeordnet werden kann. Diese Frage steht in engem Zusammenhang mit dem Problem der Atypizität¹⁴.

§ 6. Sollen die Gesetzestypen stärker fixiert werden?

I. Das Problem

1. Man kann sich fragen, ob die relativ freiheitliche Ausgestaltung unseres Gesellschaftsrechts zweckmäßig ist. Könnten nicht viele Probleme, insbesondere Auslegungsprobleme hinsichtlich der atypischen Fälle, dadurch vermieden werden, daß unsere Gesetzestypen stärker fixiert werden?

2. Bevor eine Antwort gegeben werden kann, muß untersucht werden, welche Folgen sich aus einer stärkeren Fixierung der Gesetzestypen ergäben.

Will man den Bedürfnissen des Rechtslebens nach wie vor Rechnung tragen und trotzdem die Gesetzestypen stärker fixieren, so bedeutet das, daß zusätzliche Gesetzestypen zu schaffen sind, z.B. ein Typus der Familien-Aktiengesellschaft, etwa in Anlehnung an die Private Company des englischen Rechtes¹, einen besonderen Typus zur Organisation von Kartellen, wie beispielsweise die «Consorti per il coordinamento della produzione e degli scambi» des italienischen

¹⁴ Darauf wird gesondert eingetreten; siehe hinten, S. 147 ff.

¹ Vgl. dazu Companies Act 1948, Art. 28 ff.; L. C. B. GOWER, *Modern company law*, 2. Auflage, 1957, S. 13 ff.

Rechtes², einen Typus zur Organisation von Berufsverbänden, entsprechend der Regelung im französischen Gesetz vom 21. März 1884/12. März 1920/27. April 1956 über die Berufsverbände³, oder einen Typus der sogenannten «Unternehmensstiftung».

Im folgenden sollen nicht diese Einzelfragen behandelt werden. Für jeden der hier erwähnten Fälle ist eine Sonderuntersuchung nötig⁴. In diesem Zusammenhang geht es in erster Linie um die Probleme, die ganz allgemein mit der Intensität der Fixierung der Gesetzestypen zusammenhängen. Es interessiert uns insbesondere, ob eine Vielfalt von stark fixierten oder eine kleine Anzahl von relativ frei gestaltbaren Gesetzestypen anzustreben ist.

Um diese Frage zu beantworten, muß zuerst nach den Gründen gefragt werden, welche für die Beschränkung der Zahl der Gesellschaftstypen im Gesellschaftsrecht sprechen.

II. Die Gründe für die Beschränkung der Typenzahl im Gesellschaftsrecht

1. In einer Privatrechtsordnung, welche auf dem Grundsatz der Privatautonomie aufbaut, bedarf das Prinzip der Beschränkung der Typenzahl einer besonderen Rechtfertigung.

Noch heute hat die Beschränkung der Typenzahl die nämliche Funktion wie im römischen Recht: Der Rechtsschutz wird im geregelten Bereich auf die zugelassenen Typen beschränkt.

² Codice civile Art. 2602–2615.

³ Diese Frage hat MAX GUTZWILLER, Zum Problem der Freiheit bei der Wahl der Verbandsperson, in ZSR 84 I, 1965, S. 242, aufgeworfen.

⁴ In dieser Arbeit beschäftigen wir uns nur mit den Problemen der Organisationsform für Kartelle und Berufsverbände sowie mit der Frage der Unternehmensstiftung; vgl. dazu hinten, S. 178 ff. Das Problem der Familien-Aktiengesellschaft kann hier leider nicht weiter verfolgt werden. Es wird auf die einschlägige Literatur verwiesen.

Die Methode ist heute allerdings entgegengesetzt. Im klassischen römischen Recht fanden nur jene Verkehrsgeschäfte Rechtsschutz, welche besonderen Anforderungen der Rechtsordnung entsprachen⁵. Heute gilt dagegen der Grundsatz der Vertragsfreiheit, so daß jene Rechtsgebiete, in denen nur bestimmte Typen Rechtsschutz finden sollen, aus diesen herausgelöst und besonders geregelt werden müssen.

Die Gründe für die Beschränkung der Rechtsschutz findenden Typen sind von Rechtsgebiet zu Rechtsgebiet verschieden. Sie sollen kurz einzeln betrachtet werden.

a) Wie bereits angedeutet worden ist⁶, besteht selbst in unserem Obligationenrecht nicht völlige Freiheit in der inhaltlichen Ausgestaltung der Verträge. Verträge über Arbeitsleistung, welche keinem besonderen im Gesetz geregelten Typus zugeordnet werden können, stehen kraft zwingenden Rechtes⁷ unter den Vorschriften über den Auftrag. Artikel 394 Absatz 2 OR schließt demnach den Arbeitsvertrag *sui generis* aus⁸.

«Mit dem Ausschluß des Innominatkontraktes aus dem privaten Arbeitsrecht wollte der Gesetzgeber u.a. erreichen, daß keine der Sachgewähr ähnliche Erfolgshaftung wie im Werkvertrag (Art. 367 ff. OR), sondern nur eine Verschuldenshaftung (Art. 328, 398 OR) eintritt, und daß der an der richtigen Arbeitsausführung Interessierte, nicht der Arbeitende, grundsätzlich für den aus der Arbeitspflicht dem Arbeitenden erwachsenden Schaden einzustehen habe (Art. 402 II OR)⁹».

b) Zur Rechtfertigung des Grundsatzes der beschränkten

⁵ Vgl. näheres dazu bei E. BETTI, Der Typenzwang bei den römischen Rechtsgeschäften und die sogenannte Typenfreiheit des heutigen Rechts, in: Festschrift für Leopold Wenger, I, S. 249 ff.; ferner vorne, S. 100 ff.

⁶ Vorne, S. 102 N. 10.

⁷ Art. 394 Absatz 2 OR.

⁸ G. GAUTSCHI, Kommentar, N. 66 zu Art. 395 OR; a.M. offenbar das Bundesgericht in BGE 83 II, 1957, S. 525 ff.

⁹ G. GAUTSCHI, a.a.O., N. 56 zu Art. 394 OR.

Typenzahl im Sachenrecht¹⁰ werden verschiedene Gründe angeführt: Schutz des Eigentums vor Entleerung durch Belastung mit beschränkten dinglichen Rechten¹¹; Gewährleistung der Rechtssicherheit auf dem Gebiete der dinglichen Rechte¹²; Folge des Prinzips der Publizität¹³; Folge des Gebots der Respektierung der dinglichen Rechte durch jedermann (Absolutheit)¹⁴.

c) Im ehelichen Güterrecht gilt der Grundsatz der beschränkten Typenzahl zum mindesten in bezug auf die Gesetzestypen¹⁵.

Die Brautleute oder Ehegatten müssen, wenn sie einen Ehevertrag abschließen, einen der Güterstände wählen, die im Gesetz geregelt sind¹⁶.

Die Beschränkung der Gesetzestypen im ehelichen Güterrecht dient einerseits der Rechtssicherheit, insbesondere der Orientierung der Gläubiger über die Haftungsverhältnisse, andererseits aber auch dem Schutz der Ehe, insbesondere dem Schutz eines Ehegatten vor Übervorteilung seitens des andern Ehegatten¹⁷.

¹⁰ Vgl. dazu P. LIVER, Kommentar zum Dienstbarkeitsrecht, Einleitung, N. 12 und 61 ff.; R. HAAB, Kommentar zum Sachenrecht, N. 59 und 60 der Einleitung; A. MEIER-HAYOZ, Kommentar zum Sachenrecht, N. 35 ff. des Systematischen Teils; vgl. ferner vorne, S. 104.

¹¹ P. LIVER, a.a.O., N. 63 der Einleitung.

¹² P. LIVER, a.a.O., N. 62 der Einleitung; A. MEIER-HAYOZ, N. 35 des Systematischen Teils.

¹³ P. LIVER, a.a.O., N. 62 der Einleitung; A. MEIER-HAYOZ, a.a.O., N. 40 des Systematischen Teils.

¹⁴ W. BURCKHARDT, Organisation der Rechtsgemeinschaft, S. 29 ff., insbesondere S. 44; P. LIVER, a.a.O., N. 62 der Einleitung; A. MEIER-HAYOZ, a.a.O., N. 40 des Systematischen Teils.

¹⁵ Vgl. zu diesem Problem P. LEMP, Kommentar, N. 18 ff. zu Art. 179 ZGB; A. MEIER-HAYOZ, a.a.O., N. 35 des Systematischen Teils; ferner vorne, S. 103 ff.

¹⁶ Art. 179 Absatz 2 ZGB.

¹⁷ P. TUOR/B. Schnyder, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 7. Auflage, 1965, S. 166 ff.

2. Im Gesellschaftsrecht wird die Beschränkung der Typenzahl meistens auf das Bedürfnis nach Rechtssicherheit zurückgeführt¹⁸. Dieses Problem ist hier weiter zu verfolgen.

a) Heute steht die Sorge um die Rechtssicherheit im geschäftlichen Verkehr bestimmt im Vordergrund. Wenn der Gesetzgeber den Parteien gestattet, kraft ihrer Privatautonomie ein Rechtsinstitut zu schaffen, das Dritten gegenüber Wirkungen entfaltet, muß er auch dafür sorgen, daß diese Dritten, soweit es sie betrifft, wissen, woran sie sich zu halten haben. Dieses Problem stellt sich sowohl für die Personengesellschaften als auch für die juristischen Personen. Es ist unabhängig davon, ob die Personenverbindung juristische Persönlichkeit im Sinne von Art. 52 ZGB besitzt.

Es leuchtet ein, daß der Wirtschaftsverkehr mit den Personenverbindungen außerordentlich erschwert wäre, wenn es den Parteien frei stünde, nach Belieben und Gutdünken Gesellschaftstypen zu schaffen. Weitere Erläuterungen erübrigen sich in dieser Hinsicht.

Im Interesse der Rechtssicherheit liegt es aber auch, daß die sich zu einer Personenverbindung zusammenschließenden Parteien von vorneherein wissen, welche «Spielregeln» unter ihnen gelten. Personengesellschaften (mit Ausnahme der Gelegenheitsgesellschaften) und juristische Personen werden in der Regel für die Dauer errichtet; zudem sind die Probleme, welche der Zusammenschluß in einer Personenverbindung mit sich bringt, viel komplizierter und vielfältiger als jene, die sich aus der Abwicklung eines synallagmatischen Vertrages ergeben. Auch aus diesem Grunde rechtfertigt sich deshalb die Beschränkung der Gesellschaftstypen.

Eine Frage für sich ist es, wie stark die einzelnen Typen zu fixieren sind. Darauf werden wir unter Ziff. III näher eingetreten.

b) Rechtsgeschichtlich ist die Tatsache, daß die Zahl der

¹⁸ Vgl. dazu insbesondere M.-A. PELLET, *Le but non-économique de l'association*, S. 146 ff., und die dort zitierte Literatur.

Gesellschaftstypen beschränkt ist, anders zu erklären. Abgesehen von der einfachen Gesellschaft, die bereits im römischen Recht bekannt war (*societas*), mußten sich die heute bekannten Personengesellschaften und die juristischen Personen im Verlaufe des 19. Jahrhunderts gegenüber einem verbandsfeindlichen Staat durchsetzen. Das hatte zur Folge, daß nur jene Lebenstypen Rechtsschutz fanden, welche je- weilen einem praktischen Bedürfnis entsprachen¹⁹.

c) Der Grundsatz der beschränkten Typenzahl steht auch in engem Zusammenhang mit der Frage nach der Verbandsfreiheit.

In keiner Rechtsordnung besteht absolute Verbandsfreiheit. Selbst dort, wo der Grundsatz der «freien Bildung» herrscht, können die Rechtsgenossen nicht nach Belieben ausgestaltete Typen von Personenverbindungen schaffen. Der Grundsatz bedeutet nur, daß sie die im Gesetz umschriebenen Typen ohne Mitwirkung staatlicher Behörden verwirklichen können.

Eine Rechtsordnung, welche den Rechtsgenossen verwehrt, kraft ihrer Privatautonomie Typen von Personenverbindungen zu schaffen, muß notwendigerweise diese Typen im Gesetz regeln und deren Zahl beschränken.

d) Innerhalb dieses größeren Problemkreises hängt die Beschränkung der Typenzahl auch mit der Frage nach der Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit der Personenverbindungen zusammen.

Die Tatsache, daß den Personengesellschaften und Körperschaften die Rechtsfähigkeit und die Handlungsfähigkeit in verschiedener Intensität, ausnahmsweise überhaupt nicht, zugesprochen wird²⁰, hat wiederum ihre Auswirkun-

¹⁹ Näheres über die Entstehung der Gesetzestypen bei A. KOLLER, a.a.O., S. 61 ff., insbes. 76/77; vgl. ferner vorne, S. 113 ff.

²⁰ Vgl. zu diesem Problem insbes. die verschiedenen Beiträge in: *Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'université de Paris XVIII* unter dem Thema «La Personnalité morale et ses limites», 1960; F. FABRICIUS, *Relativität der Rechtsfähigkeit*, 1963; CH. VON GREYERZ, *The Quasi-Corporation*, 1965.

gen auf die Beschränkung der Typenzahl. Eine Rechtsordnung, welche dieses Problem für die Gesellschaftstypen nicht einheitlich regelt, muß notwendigerweise verschiedene Gesetzestypen bilden und die Zahl der einzelnen Typen innerhalb der nämlichen Kategorie beschränken.

III. Die Bedeutung der Interessen Dritter für die Frage nach der Intensität der Fixierung der Gesetzestypen

1. Es ist offensichtlich, daß wenige relativ schwach fixierte Typen der Entfaltung der Privatautonomie die größten Möglichkeiten bieten. Wenige schwach fixierte Gesetzestypen erlauben am ehesten, Regelungen zu treffen, welche den Bedürfnissen des Einzelfalls entsprechen.

Ein gutes Beispiel dafür bietet unser Vereinsrecht²¹. Auch die Aktiengesellschaft des schweizerischen Rechts findet, wie wiederholt ausgeführt worden ist, infolge ihrer freiheitlichen Ausgestaltung zur Bewältigung der verschiedensten Bedürfnisse des Wirtschaftslebens Verwendung²².

Relativ stark fixiert ist heute die Genossenschaft. Der Gesetzgeber hat offensichtlich versucht, kapitalistisch orientierte Personenverbindungen von der Genossenschaft möglichst fernzuhalten²³.

Die starke Fixierung des Gesetzestypus hat zur Folge, daß seine Verwendungsmöglichkeiten praktisch eingeschränkt werden. Aus der Praxis des Genossenschaftsrechts wissen wir, daß die Genossenschaft infolge einer Überspitzung des Genossenschaftsprinzips selbst Personenverbindungen ver-

²¹ Die Frage, ob das Vereinsrecht Personenverbindungen mit wirtschaftlichen Zwecken vorzuenthalten ist, wird später geprüft; vgl. hinten, S.178 ff.

²² Näheres dazu vorne S.17 ff., 29 ff.

²³ A. SIEGWART, Die Freiheit bei der Wahl der Verbandsperson und bei der Einzelgestaltung ihres Inhaltes, S.190.

schlossen bleibt, welche – rechtssoziologisch betrachtet – echt genossenschaftliche Zwecke verfolgen²⁴.

In diesem Zusammenhang ist das Votum von FELIX THOMANN am Schweizerischen Juristentag 1966 in Zug²⁵ zum Vorschlag BÄRS, Aktien von Gesellschaften, deren Statuten vom «Typischen», vom «Normalen», abweichen, vom Börsenhandel auszuschließen, beherzigenswert. «Es dürfte nämlich äußerst schwierig, wenn nicht unmöglich sein, die ‹anormalen› Tatbestände in einer Weise zu formulieren, welche nicht nur eine klare Grenzziehung zum Bereich des ‹Normalen› auf der einen und zu demjenigen des ‹Unerlaubten› auf der anderen Seite ermöglicht, sondern gleichzeitig auch dem Bedürfnis nach Berücksichtigung der Umstände im Einzelfall und nach organischer Fortentwicklung der Rechtsordnung Rechnung trägt.»²⁶

2. Wenn die Verbandsfreiheit nicht beschränkt werden soll, bedeutet eine Verstärkung der Fixierung der Gesetzestypen, daß zusätzliche Gesetzestypen zu schaffen sind. Diese müssen notwendigerweise auch voneinander abgegrenzt werden. Die Abgrenzung ist insbesondere dann von praktischer Bedeutung, wenn der Gesetzgeber auch die Verwendungsmöglichkeiten der Gesellschaft beschränkt (gesetzliche Typenbildung).

Die Abgrenzungsprobleme können unter Umständen zu fast unüberwindlichen Schwierigkeiten führen. Das illustriert die Praxis über die Abgrenzung des wirtschaftlichen vom nicht wirtschaftlichen Verein sehr eindrücklich²⁷.

3. Kurz zusammengefaßt stellen sich die Zusammenhänge wie folgt dar:

Verstärkung der Typenfixierung bedeutet Einschrän-

²⁴ Näheres dazu vorne, S. 21 ff.; siehe zu dieser Frage auch A. SIEGWART, a.a.O., S. 191.

²⁵ ZSR 85 II, 1966, S. 742.

²⁶ a.a.O., S. 742.

Mit Recht ist auch die Praktikabilität des Vorschlages in Zweifel gezogen worden.

²⁷ Vgl. dazu vorne, S. 23 ff.; hinten, S. 190 ff.

kung der Bewegungsfreiheit und der Gestaltungsmöglichkeiten der Rechtsgenossen.

Verstärkung der Typenfixierung bedeutet ferner – wenn nicht gleichzeitig die Verbandsfreiheit beschränkt werden soll – eine Vermehrung der Gesetzestypen.

Vermehrung der Gesetzestypen bedeutet Zwang zur Auswahl unter zahlreicheren Typen.

Vermehrung der Gesetzestypen bedeutet aber auch Vermehrung der Abgrenzungsprobleme.

Stark fixierte Typen können für jene Lebenstypen, denen sie nachgebildet sind, sehr gut passen; sie sind aber für die Ordnung von – an ihnen gemessen – atypischen Erscheinungen des Soziallebens um so ungeeigneter.

Stark fixierte Typen sind starr und schwerfällig und erschweren eine Anpassung an sich ändernde Verhältnisse.

4. Vergegenwärtigt man sich diese Zusammenhänge, so wird sofort klar, daß eine kleine Anzahl von relativ schwach fixierten einer Vielfalt von relativ stark fixierten Typen vorzuziehen ist, wenn in erster Linie angestrebt werden soll, eine Rechtsordnung zu schaffen, welche den Bedürfnissen des Einzelfalls möglichst gut Rechnung trägt. Es darf indessen nicht übersehen werden, daß in der Regel der Zusammenschluß von Personen zu einer Personenverbindung die Rechtsstellung Dritter berührt. Mit dieser Tatsache muß sich der Gesetzgeber ebenfalls auseinandersetzen. Er muß eine Ordnung schaffen, welche unter beiden Gesichtspunkten möglichst gut ausgestaltet ist.

Es ist nicht möglich, allgemein zu sagen, wo in dem durch diese verschiedenen Gesichtspunkte geschaffenen Spannungsfeld die Grenze zu ziehen ist. Die Interessenlage ist von Gesellschaftstyp zu Gesellschaftstyp verschieden. Immerhin sollten in jedem Fall einige wesentliche Grundsätze berücksichtigt werden. Davon ist im folgenden die Rede.

5. Die Drittinteressen, welche durch die wirtschaftliche Tätigkeit von Gesellschaften betroffen werden können, sind sehr vielfältig. Wir unterscheiden die folgenden Interessengruppen: die Gläubiger, die Öffentlichkeit, die Be-

legschaft und die mutmaßlichen künftigen Gesellschafter²⁸.

6. Es ist unseres Erachtens gesetzpolitisch verfehlt, den Interessen der Öffentlichkeit, der Belegschaft und mutmaßlicher künftiger Gesellschafter mittels zwingender Vorschriften über die Ausgestaltung einzelner Gesellschaftstypen Rechnung zu tragen; denn diese Interessen beziehen sich nicht auf einen bestimmten Gesellschaftstypus, sondern auf die Unternehmenstätigkeit als solche. Diese kann sich in den verschiedensten rechtlichen Gestalten vollziehen. Infolgedessen erscheint es richtig, zur Wahrung dieser Interessen Sondervorschriften zu erlassen, die unabhängig von der Organisationsform sind und die sich lediglich auf den im besonderen Fall zu regelnden Gegenstand beziehen.

In dieser Hinsicht hat sich in den letzten Jahrzehnten im Ausland eine Entwicklung angebahnt, die sehr bedauert werden muß. Es ist zu hoffen, daß die Schweiz ihren bisherigen, eigenständigen Weg nicht verläßt und den ausländischen Vorbildern nicht folgt.

Das Problem soll anhand von zwei Beispielen noch präzisiert werden.

a) Die Öffentlichkeit kann ein allgemeines volkswirtschaftliches Interesse am Bestande und an der Entfaltung großer Unternehmen haben. Daraus kann die Forderung nach vermehrter Publizität resultieren²⁹.

Es ist rechtssoziologisch und gesetzpolitisch verfehlt, große Unternehmen mit der Aktiengesellschaft zu identifizieren und daraus eine vermehrte Publizität für die Aktiengesellschaft zu fordern. Die Unzulänglichkeit dieses Verfahrens ist evident. Einerseits würden Großunternehmen, die

²⁸ Unter öffentlichen Interessen sind hier die volkswirtschaftlichen Interessen, etwa am Bestande oder am Gedeihen großer Unternehmen, und die besonderen gewerbepolizeilichen und gewerbepolitischen Interessen gemeint.

²⁹ Ob diese Forderung berechtigt ist, ist eine Frage für sich, die hier nicht untersucht wird.

nicht als Aktiengesellschaften organisiert sind, von diesen Maßnahmen nicht betroffen, anderseits können sich die Maßnahmen auf kleine Unternehmen, die sich als Aktiengesellschaften konstituiert haben, als sinnlose staatliche Eingriffe erweisen. Nur infolge einer solchen Fehlentwicklung war es möglich, daß ein Weltunternehmen wie die Firma Friedrich Krupp, Essen, mit einer Bilanzsumme in der Größenordnung von 5 Milliarden DM, einem Jahresumsatz von über 6 Milliarden DM und eigenen Mitteln von rund 1,6 Milliarden DM³⁰ keine Publizitätspflichten hatte, während volkswirtschaftlich unbedeutende Unternehmen, welche in Deutschland die Rechtsform der Aktiengesellschaft gewählt haben, ihre Bilanzen veröffentlichen müssen. Derartige Einseitigkeiten der Gesetzgebung bewirken offensichtlich eine Flucht aus der Aktiengesellschaft in Rechtsformen, für welche die Publizitätsvorschriften weniger streng sind, etwa in die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Das ist in doppelter Hinsicht bedenklich: einerseits, weil den zwingenden Vorschriften des Aktienrechtes leicht ausgewichen werden kann, anderseits, weil die GmbH nicht immer den praktischen Bedürfnissen genügen dürfte.

Wollte man den öffentlichen Interessen mittels zwingender Vorschriften über einzelne Gesellschaftstypen Rechnung tragen, dann müßte man zum mindesten konsequent sein und ein Ausweichen in andere Rechtsformen verhindern. Das ist aber praktisch nur möglich, wenn vorgeschrieben wird, welche Rechtsform für die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit gewählt werden muß. Wie sehr derartige Maßnahmen in das Wirtschaftsleben eingreifen würden, kann man sich leicht vorstellen.

Erachtet man es zum Schutze der Öffentlichkeit als erforderlich, Unternehmen einer gewissen Größenordnung oder die Ausübung eines bestimmten Gewerbes besonderen zwingenden Vorschriften zu unterstellen, dann sind Spezial-

³⁰ Diese Zahlen sind der «Finanz und Wirtschaft» vom 5. 4. 1967 entnommen.

vorschriften, allenfalls sogar Spezialgesetze angezeigt. Ein gutes Beispiel für eine entsprechende Lösung ist das schweizerische Bankengesetz, das für die Banken, unabhängig von ihrer Rechtsform, Spezialvorschriften aufgestellt hat³¹.

b) Solange am Grundsatz der relativ schwachen Typenfixierung festgehalten wird, wäre es auch verfehlt, in einen Gesetzestypus zur Wahrung der hier zu besprechenden Interessen zwingende Vorschriften einzubauen, die nur für die besondere Situation eines unter den klassifikatorischen Begriff fallenden besonderen Lebenstypus bestimmt sind.

Erachtet man es beispielsweise aus finanzpolitischen Gründen als angezeigt, im Hinblick auf die Beanspruchung des öffentlichen Kapitalmarktes besondere Publizitätsvorschriften zu erlassen, so müssen sich diese an alle Unternehmen richten, welche entsprechende Wertschriften ausgeben, aber auch nur an diese.

Im Vordergrund stehen zweifellos die Aktiengesellschaften, aber unter ihnen, zum mindesten in der Schweiz, nur eine sehr beschränkte Zahl. Es ist deshalb angezeigt, entsprechende Vorschriften ebenfalls nur auf diese Sonderfälle zu beziehen.

Ob dafür ein Spezialgesetz erforderlich ist, oder ob entsprechende Sondervorschriften im Aktienrecht untergebracht werden können, hängt davon ab, wie groß der Geltungsbereich sein soll. Möglicherweise kann dieses Problem

³¹ Die Bundesregierung prüft gegenwärtig, offensichtlich durch die Erfahrungen im Falle Krupp gewitzigt, ob die Publizitätspflichten von der volkswirtschaftlichen Bedeutung der Unternehmen, statt von deren Organisationsform abhängig zu machen sind (vgl. dazu u.a. Neue Zürcher Zeitung vom 26. Juni 1967, Abendausgabe, Blatt 3). Dies ist zu begrüßen.

Es ist eine Frage für sich, welche Kriterien für die Begründung der Publizitätspflichten maßgebend sein sollen und wo die Grenze zu ziehen ist. Aus diesem Blickwinkel ist die Opposition des «Mittelstandes» verständlich. Es wäre jedoch bedauerlich, wenn mangels Einigung über eine sekundäre Frage eine richtige gesetzpolitische Entwicklung gehemmt würde.

auch durch Koordination der entsprechenden Erlasse der «Börsenkantone» oder auf dem Wege des Konkordates unter den «Börsenkantonen» gelöst werden.

Die Beispiele könnten noch vermehrt werden. Die beiden Fallgruppen sollten indessen genügen, um unser erstes Anliegen zu verdeutlichen.

Es ist anzustreben, die Gesetzestypen des Gesellschaftsrechts nur auf die Probleme auszurichten, die sich aus dem Sinn und Zweck sowie aus der besonderen Struktur der betreffenden Gesellschaft ergeben. Drittinteressen, welche damit nicht in unmittelbarem Zusammenhang stehen, ist gesondert Rechnung zu tragen, allenfalls in einem Spezialgesetz³². Gesellschaftsrecht und Wirtschaftsrecht³³ wären also insoweit voneinander zu trennen.

Es ist im übrigen zu erwarten, daß sich dieses Prinzip anläßlich der sich anbahnenden Vereinheitlichung des Gesellschaftsrechts im europäischen Raum von selbst durchsetzt. Derart würde es möglich, einheitlich konzipierte Gesellschaftstypen – etwa die Europäische Aktiengesellschaft – zu schaffen, welche lediglich die «Spielregeln» zur kollektiven Zweckverfolgung umfassen³⁴ und sozialpolitische Probleme, etwa die Frage der Beteiligung der Arbeiter und Angestellten am Unternehmen, auszuklammern und landesrechtlicher Regelung zu überlassen.

7. Wir können uns nun den Interessen Dritter zuwenden, welche mit Sinn und Zweck sowie mit der besonderen Struktur der Gesellschaft in Zusammenhang stehen.

³² In diesem Sinne auch das Votum FAIST anläßlich des Schweizerischen Juristentages 1966 in Zug, wiedergegeben in ZSR 85 II, 1966, S. 732 ff.

³³ GERD RINCK, Wirtschaftsrecht, 1963, S. 15, definiert das Wirtschaftsrecht wie folgt: «Wirtschaftsrecht ist das System der staatlichen Maßnahmen zur Begrenzung und Lenkung der selbständigen Erwerbstätigkeit.»

³⁴ Näheres zu diesen «Spielregeln» hinten, S. 136 ff.

Als solche sind insbesondere die Interessen der effektiven oder potentiellen Geschäftspartner, vor allem jene der Gläubiger zu nennen.

Wie weit muß die Gestaltungsfreiheit im Interesse dieser Gruppe eingeschränkt werden?

Bevor wir antworten, müssen wir uns vergegenwärtigen, daß es für jeden Gesellschaftstyp Bestimmungen gibt, die sich nur auf die internen Verhältnisse beziehen, und andere, welche auch Auswirkungen gegen außen haben.

Effektive und potentielle Geschäftspartner der Gesellschaften haben im wesentlichen ein schutzwürdiges Interesse nur insoweit, als sich die Tätigkeit der in der Gesellschaft zusammengefaßten Personen gegen außen auswirkt.

Sie müssen insbesondere wissen, nach welchen Prinzipien die Gemeinschaft organisiert ist, wer sie gegen außen vertritt, welche Vermögenssubstanz nach welchen Grundsätzen den Gläubigern haftet und wie die Haftung geltend gemacht werden kann.

Auf diese Bedürfnisse sind die Publizitäts- und Haftungsvorschriften unseres Gesellschaftsrechts im wesentlichen abgestimmt. Infolge der verschiedenartigen Struktur der einzelnen Typen müssen die Vorschriften über Publizität und Haftung allerdings von Fall zu Fall abgewandelt werden.

8. Im Ausland, insbesondere in Deutschland und in Italien, vereinzelt aber auch in der Schweiz, wird die Auffassung vertreten, die Machtstellung im internen Verhältnis und die Haftung gegen außen müßten aufeinander abgestimmt sein; zwischen dem Innen- und dem Außenverhältnis bestehe in diesem Sinne eine funktionelle Beziehung³⁵.

³⁵ Vgl. dazu für Deutschland insbesondere R. MÜLLER-Erzbach, Die Haftung und die Vermögensbeteiligung des Kommanditisten und des stillen Gesellschafters, besonders im Falle ihrer Anteilnahme an der Unternehmensverwaltung, in: Beiträge zum Wirtschaftsrecht, II, 1931, S. 737 ff.; DERSELBE, Das Erfassen des Rechts aus den Elementen des Zusammenlebens, veranschaulicht am Gesellschaftsrecht, in AcP 154, 1955, S. 299 ff., insbesondere 342/343; H. PAULICK,

Dieses behauptete Ordnungsprinzip wird vereinzelt auch mit der Typizität im Gesellschaftsrecht in Zusammenhang gebracht, insbesondere von MARIO PEDRAZZINI in seiner Besprechung von BGE 81 II, 1955, S. 520 ff.³⁶. Ähnliche Zusammenhänge scheint auch ROLF BÄR zu bejahen³⁷.

Für das schweizerische Recht hat sich KURT NAEF³⁸ mit dem Problem eingehend auseinandergesetzt. NAEF hat in überzeugender Weise dargelegt, daß von einem solchen Grundsatz des schweizerischen Gesellschaftsrechts nicht die Rede sein kann. Das gilt insbesondere für die Personengesellschaften, auf welche die Lehre in erster Linie anwendbar sein soll. Die Ansicht NAEFS steht im übrigen in Einklang mit der bundesgerichtlichen Praxis³⁹.

Angesichts der überzeugenden Argumentation NAEFS wird darauf verzichtet, hier zum Problem eingehend Stellung zu nehmen. Es seien lediglich einige Gedanken hinzugefügt:

a) Aufgrund der Bedürfnisse des Geschäftsverkehrs haben sich verschiedene Rechtsinstitute gebildet, welche es Einzelnen oder Mehreren gemeinsam ermöglichen, bestimmte Unternehmen unter Beschränkung der Haftung in Angriff zu nehmen. Ohne Anerkennung dieses Grundprinzipes wären zahlreiche volkswirtschaftlich nützliche Initiativen unterblieben.

Die eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenbeschränkung, S. 61 ff.

Für Italien siehe insbesondere L. MOSSA, *Società interna e responsabilità esterna*, in: *Rivista del Diritto Commerciale* 37, 1939, I, S. 29 ff.

Weitere Literaturangaben bei K. NAEF, *Kennt das schweizerische Recht die stille Gesellschaft?*, in *ZbJV* 96, 1960, S. 279 ff.

³⁶ *Stille Gesellschaft oder (offene) einfache Gesellschaft?*, in *SJZ* 52, 1956, S. 369 ff.

³⁷ Andeutungen dazu sind in seinem Aufsatz «Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der Aktiengesellschaft», in *ZbJV* 95, 1959, S. 384, enthalten.

³⁸ *Kennt das schweizerische Recht die stille Gesellschaft?*, in *ZbJV* 96, 1960, S. 279 ff.

³⁹ BGE 81 II, 1955, S. 520 ff.

Unsere Rechtsordnung kennt im übrigen auch den «Einzelkaufmann mit beschränkter Haftung», wenn auch – in Übereinstimmung mit den meisten unserer Nachbarländer – lediglich in der «Tarnung» der Einmann-Gesellschaft. Dieses Rechtsinstitut entspricht ebenfalls einem praktischen Bedürfnis, insbesondere in Konzernverhältnissen.

Jede Haftungsbeschränkung widerspricht dem behaupteten Ordnungsprinzip.

b) Die Notwendigkeit, die Haftung gegen außen auf die interne Machtlage abzustimmen, ergibt sich auch nicht aus den Publizitätsvorschriften.

Das Handelsregister sagt nichts darüber aus, wer tatsächlich im Innenverhältnis befiehlt, der Komplementär, wie aufgrund der gesetzlichen Ordnung vermutet werden könnte, oder der Kommanditär, oder vielleicht ein stiller Gesellschafter. Die Rechtssicherheit ist genügend gewährleistet, wenn die potentiellen oder die effektiven Geschäftspartner wissen, mit welchem Kapital für ein bestimmtes Unternehmen gehaftet werden soll.

Im übrigen darf auch in dieser Beziehung den Publizitätsvorschriften nicht allzu großes Gewicht beigemessen werden. Wer mit einer Personengesellschaft oder mit einer juristischen Person geschäftliche Beziehungen aufzunehmen gedenkt, begnügt sich sehr selten mit der Orientierung, die ihm das Handelsregister gibt. Er wird seinen Kredit von bestimmten Sicherheiten oder von der Orientierung über die internen Verhältnisse abhängig machen.

Versuche, das Handelsregister zu einem Auskunftsmittel über die Kreditwürdigkeit eines Unternehmens zu machen, müßten aus praktischen und politischen Gründen von Anfang an scheitern.

c) Das Problem des Gleichgewichts zwischen Macht und Verantwortung ist allerdings auch im Gesellschaftsrecht sehr wichtig, nicht jedoch, wie gezeigt worden ist, hinsichtlich der Auswirkungen des Innenverhältnisses auf das Außenverhältnis, sondern im Innenverhältnis einer Personenverbindung. In dieser Beziehung bestehen große praktische Pro-

bleme, gegenwärtig insbesondere im Bereiche der Aktiengesellschaft und der Unternehmensstiftung. Auf diese letzten Probleme wird noch eingetreten ⁴⁰.

9. Zwingende Vorschriften können sich allerdings auch zum Schutze der an der Gesellschaft beteiligten Personen aufdrängen. Auch unter diesem Gesichtspunkt kann somit der Typus stärker oder schwächer fixiert werden. Auf dieses Problem treten wir im folgenden Paragraphen ⁴¹ noch besonders ein.

IV. Ergebnis

Die in diesem Paragraphen entwickelten Gedanken können wie folgt zusammengefaßt werden:

1. Eine kleine Anzahl von relativ schwach fixierten Typen bietet mehr Möglichkeiten der Berücksichtigung von Bedürfnissen des Einzelfalls. Unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung einer möglichst großen Bewegungs- und Gestaltungsfreiheit der Rechtsgenossen ist eine kleine Anzahl von relativ frei gestaltbaren Typen einer Vielzahl von stark fixierten Gesellschaftstypen vorzuziehen.

2. Da die Personenverbindungen auch Wirkungen gegen außen entfalten, muß im Zusammenhang mit der Fixierung der Gesetzestypen auch auf Drittinteressen Rücksicht genommen werden.

Wo die Grenze im Einzelfall zu ziehen ist, kann nicht allgemein gesagt werden. Das hängt von der Struktur jeder einzelnen Gesellschaft ab.

Es gibt aber einige Grundsätze, die zweckmäßigerweise allgemein befolgt werden.

⁴⁰ Vgl. hinten, S. 206 ff.

⁴¹ § 7 Personengesellschaften und juristische Personen als Einheiten von Spielregeln zur kollektiven Zweckverfolgung; hinten, S. 136 ff.

3. Das Gesellschaftsrecht soll im Zusammenhang mit der Fixierung der Gesetzestypen nur jene Drittinteressen berücksichtigen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Sinn und Zweck sowie mit der Struktur der entsprechenden Gesellschaft stehen.

Drittinteressen, welche diesen Rahmen sprengen, wie insbesondere volkswirtschaftlichen, wirtschafts- und sozialpolitischen sowie gewerbepolizeilichen Interessen an der Tätigkeit bestimmter Unternehmen, ist gesondert, allenfalls in Spezialgesetzen, Rechnung zu tragen.

4. Die Trennung von Gesellschaftsrecht und Wirtschaftsrecht hinsichtlich der Gesetzgebungstechnik wird die Vereinheitlichung des Gesellschaftsrechts erleichtern.

5. Je mehr Gesellschaftstypen, desto mehr Abgrenzungsprobleme.

Eine zu starke Typenfixierung und die daraus folgende Vermehrung der Gesellschaftstypen gefährdet die Praktikabilität des Gesellschaftsrechts.

6. Unser Gesellschaftsrecht kennt kein Ordnungsprinzip, wonach die Machtstellung im Innenverhältnis und die Haftung gegen außen aufeinander abzustimmen sind.

Das Gleichgewicht zwischen Macht und Verantwortung ist trotzdem sehr wichtig für das Gesellschaftsrecht, vornehmlich aber für die Regelung der Innenverhältnisse.

7. Zwingende Vorschriften können auch zum Schutze der beteiligten Parteien nötig sein. Es geht hier um die Frage, nach welchen «Spielregeln» der gemeinsame Zweck verfolgt werden soll.

§ 7. *Personengesellschaften und juristische Personen als Einheiten von «Spielregeln» zur kollektiven Zweckverfolgung*

I. Die vertragliche Grundlage

1. Wenn sich mehrere Personen zur gemeinsamen Verfolgung eines Zweckes zusammenschließen, so müssen sie sich notwendigerweise organisieren. Die Organisation ist besonders dann von Bedeutung, wenn durch den Zusammenschluß eine neue Einheit entstehen soll, die sich mehr oder weniger von den einzelnen Gliedern abhebt und welche für die Dauer bestimmt ist. Das ist im Gesellschaftsrecht die Regel.

2. Die Probleme, die sich im Hinblick auf das richtige Funktionieren dieser Dauerrechtsverhältnisse stellen, sind außerordentlich vielfältig. Sie können, je nach den Voraussetzungen, welche die einzelnen Glieder der Gemeinschaft in personeller und finanzieller Hinsicht erfüllen, und je nach dem gemeinsam erstrebten Ziel, ganz verschiedenartig sein. Dementsprechend muß auch die Gesellschaftsstruktur dem Einzelfall angepaßt werden. Die Hauptaufgabe besteht jeweils darin, die vielfältigen im Spiel stehenden Interessen derart aufeinander abzustimmen, daß ein Gleichgewicht besteht und, falls es vorübergehend gestört werden sollte, mit eigenen Mitteln wiederhergestellt werden kann¹.

Trotz der Vielfalt der Verhältnisse im Rechtsleben haben sich mit der Zeit gewisse typische Verbandsstrukturen herausgebildet, die, im wesentlichen vom Gesetzgeber übernommen, zu Gesetzestypen ausgestaltet worden sind.

3. Jede Gesellschaft, als Lebenstyp oder als Gesetzestyp, kann – rechtssoziologisch betrachtet – auch als Einheit von «Spielregeln» zur kollektiven Zweckverfolgung verstanden werden. Diese «Spielregeln» entstehen teilweise durch

¹ Vgl. zum Problem der widerstreitenden Interessen und des Interessenausgleichs in der Aktiengesellschaft insbesondere G. WEISS, Kommentar zum Aktienrecht, Einleitung, N. 140 ff. und W. F. BÜRGI, Bedeutung und Grenzen der Interessenabwägung bei der Beurteilung gesellschaftsrechtlicher Probleme, in: Etudes de droit commercial en l'honneur de Paul Carry, 1964, S. 1 ff.

rechtsgeschäftliche Handlungen. Auch wenn die Parteien in der Ausgestaltung ihrer gegenseitigen Beziehungen nicht ganz frei sind, so steht ihnen doch in unserer Rechtsordnung selbst nach der Wahl eines Gesetzestypus noch ein relativ großer Raum zu freier Gestaltung zur Verfügung.

Die rechtsgeschäftliche Grundlage jeder Gesellschaft wird erst deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, wie eine Gesellschaft in der Praxis entsteht.

Wird von den Sonderfällen der Einmann-Gesellschaft und der Stiftung abgesehen, so kann festgestellt werden, daß in der Regel der Gründung einer Personengesellschaft oder einer juristischen Person Verhandlungen vorausgehen. Oft wird die Initiative von einem Einzelnen oder von einer kleinen Gruppe ergriffen. Unter Umständen muß schon innerhalb dieses «Spurtrupps» um eine bestimmte Konzeption gerungen werden. Reichen die verfügbaren personellen oder finanziellen Mittel zur Verwirklichung des Plans nicht aus, so müssen neue Interessierte, sei es als Gesellschafter, sei es als Kreditgeber, gefunden werden.

Die unzähligen Möglichkeiten der Ausgestaltung sollen hier nicht näher dargestellt werden. Das ist zum Teil andernorts geschehen. Beabsichtigt war lediglich, kurz darauf hinzuweisen, was unter der rechtsgeschäftlichen Grundlage verstanden wird.

4. Über die besondere Rechtsnatur dieser rechtsgeschäftlichen Grundlage, insbesondere über die rechtliche Qualifikation der Gesellschaft, sind die Meinungen immer noch geteilt².

² Vgl. zum Problem in der schweizerischen Literatur insbesondere A. SIEGWART, Kommentar, N. 1 ff. der Vorbemerkungen zu Art. 530–551 OR; DERSELBE, Kommentar zum Aktienrecht, N. 90 ff. der Einleitung und N. 18 ff. der Vorbemerkungen zu den Art. 629–639 OR; G. WEISS, Kommentar, N. 54 ff. der Einleitung; W. VON STEIGER, Betrachtungen über die rechtlichen Grundlagen der Aktiengesellschaft, in ZbJV 91^{bis}, 1955, S. 334 ff.; DERSELBE, Über die Verantwortung des Hauptaktionärs, in: Ius et Lex, Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller, 1959, S. 699 ff.; R. BÄR, Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der Aktiengesellschaft, in

Es dürfte der Erkenntnis dienen, zur Bewältigung dieses Problems zwischen dem Rechtsgeschäft und dem Rechtsverhältnis zu unterscheiden. Das ist nicht immer eindeutig genug erfolgt.

5. Betrachtet man das Rechtsgeschäft, welches der Errichtung einer Personengesellschaft oder einer juristischen Person zugrunde liegt, vorerst rechtssoziologisch, so wird man erkennen, daß es auf die Lösung von zwei verschiedenen Problemen gerichtet ist: einerseits geht es um die Verständigung darüber, ob ein bestimmter Zweck überhaupt gemeinsam verfolgt werden soll, und wenn ja, was jede Partei im Hinblick auf die gemeinsame Zweckverfolgung zu leisten hat; andererseits müssen sich die Parteien darüber einigen, nach welchen «Spielregeln» der Zweck gemeinsam verfolgt werden soll.

Es dürfte auch für die Rechtsdogmatik fruchtbar sein, diese beiden Vorgänge auseinanderzuhalten. Man wird dann sagen können, daß durch ein einziges Rechtsgeschäft unter den nämlichen Personen zwei Rechtsverhältnisse mit verschiedenem Charakter begründet werden, die allerdings in einem sachlogischen Zusammenhang zueinander stehen. Das erste Rechtsverhältnis wird durch Erfüllung beendet; es ist ein einfaches Rechtsverhältnis. Das zweite ist für die Dauer bestimmt; es ist ein Dauerrechtsverhältnis³. Im Anfangsstadium sind die beiden Rechtsverhältnisse mitein-

ZbJV 95, 1959, S. 369 ff.; W. R. SCHLUEP, Schutz des Aktionärs auf neuen Wegen?, in SAG 33, 1960/61, S. 137 ff.; O. M. BÜRGI, Die Anwendung der *exceptio non adimpleti contractus* im Gesellschaftsrecht, in SJZ 57, 1961, S. 334 ff.; W. F. BÜRGI, Bedeutung und Grenzen der Interessenabwägung bei der Beurteilung gesellschaftsrechtlicher Probleme, in: *Etudes de droit commercial en l'honneur de Paul Carré*, 1964, S. 1 ff.

In den zitierten Werken finden sich zahlreiche Hinweise auf die ausländische Literatur.

Vgl. ferner BGE 69 II, 1943, S. 246; 80 II, 1954, S. 267; 87 II, 1961, S. 89; 91 II, 1965, S. 298.

³ Vgl. zum Dauerschuldverhältnis J. ESSER, Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Auflage, S. 61 ff.

ander verknüpft. Infolge Beendigung des einfachen Rechtsverhältnisses wird das Dauerrechtsverhältnis selbständig.

Zu beachten ist, daß beide Rechtsverhältnisse durch ein einziges Rechtsgeschäft begründet werden, und daß die Parteien in den Verständigungsverhandlungen gleichberechtigt sind.

Betrachtet man die Gleichberechtigung und die gegenseitige Verständigung der Parteien als wesentliche Elemente des Vertrages, so kann man sagen, daß dieses Rechtsgeschäft ein Vertrag ist. In der Regel ist es ein mehrseitiger Vertrag. Weil die Leistungen nicht auf Austausch, sondern auf die Verwirklichung eines gemeinsamen Zweckes gerichtet sind, ist er indessen kein Austauschvertrag; man nennt ihn etwa Organisationsvertrag (WÜRDINGER), Kooperativvertrag (ESSER).

Die Art der Bezeichnung dieses Vertrages ist von sekundärer Bedeutung. Wichtig dagegen ist die Erkenntnis, daß zur Beurteilung der Verbindlichkeit der Willensäußerungen der Parteien nicht die für den Austauschvertrag geltenden Regeln maßgebend sind. Das wird, mit Nuancen, allgemein anerkannt. Erstaunlich ist nur, daß unser Gesetz – wie übrigens auch andere gesetzliche Ordnungen – keine entsprechenden Regeln enthält.

Das Zivilgesetzbuch Italiens ist uns in dieser Hinsicht voraus. Es enthält verschiedene Sondervorschriften für den mehrseitigen Vertrag (*contratto plurilaterale*). Es rechtfertigt sich, sie hier (in deutscher Übersetzung)⁴ wiederzugeben:

Art. 1420. Nichtigkeit beim mehrseitigen Vertrag. – Bei den Verträgen mit mehr als zwei Parteien, bei denen die Leistungen einer jeden von ihnen auf die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks gerichtet sind, bewirkt die Nichtigkeit, welche das schuldrechtliche Band nur einer der Parteien betrifft, nicht die Nichtigkeit des Vertrags, es sei denn, daß die

⁴ Übersetzung von M. SAN NICOLO/H. J. BECHER, in: Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht 6, 1965.

Beteiligung der betreffenden Partei nach der Sachlage als wesentlich anzusehen ist.

Art. 1446. Anfechtbarkeit beim mehrseitigen Vertrag. – Bei den im Art. 1420 erwähnten Verträgen bewirkt die Anfechtbarkeit, die das schuldrechtliche Band bloß einer der Parteien betrifft, nicht die Nichtigkeitserklärung des Vertrags, es sei denn, daß die Teilnahme der betreffenden Partei nach der Sachlage als wesentlich anzusehen ist.

Art. 1459. Auflösung beim mehrseitigen Vertrag. – Bei den im Art. 1420 erwähnten Verträgen hat die Nichterfüllung seitens einer Partei nicht die Auflösung des Vertrags hinsichtlich der übrigen zur Folge, es sei denn, daß die unterbliebene Leistung nach der Sachlage als wesentlich anzusehen ist.

Art. 1466. Unmöglichkeit beim mehrseitigen Vertrag. – Bei den im Art. 1420 erwähnten Verträgen hat die Unmöglichkeit der Leistung einer der Parteien nicht die Auflösung (scioglimento) des Vertrages hinsichtlich der übrigen zur Folge, es sei denn, daß die unterbliebene Leistung nach der Sachlage für wesentlich zu erachten ist.

6. Während das einfache Rechtsverhältnis – abgesehen von den Sonderfällen der Stiftung und der Sukzessivgründung der Aktiengesellschaft – bei allen hier betrachteten Personengesellschaften und juristischen Personen eine ähnliche Struktur hat, kann das Dauerrechtsverhältnis je nach den vereinbarten «Spielregeln» von Gesellschaft zu Gesellschaft sehr verschieden strukturiert sein. Ausschlaggebend ist insbesondere, wie das Problem der Willensbildung und der Vertretung geregelt und wie das Verhältnis der Einzelnen zum Ganzen gestaltet wird (Frage der Personifizierung des Ganzen).

Es ist fruchtbar, die Personengesellschaften und juristischen Personen im Hinblick auf diese beiden Regelungstatbestände ordnend zu betrachten. Dann kann festgestellt werden, daß in dieser Hinsicht Reihenordnungen gebildet werden können.

a) Relativ selten wird der gemeinsame Wille im Dauerrechtsverhältnis durch Übereinkunft gebildet. Dieser

Sachverhalt ist typisch, jedoch nicht zwingend für die Personengesellschaften. In den juristischen Personen wird der gemeinsame Wille in der Regel durch Beschluß ermittelt.

Der Beschluß hat einen ganz anderen rechtlichen Charakter als der Vertrag. Der Einzelne muß sich hier dem Willen einer bestimmten Mehrheit unterordnen. Unter Umständen wird sogar dem Willen der Einzelnen verschiedenes Gewicht (verschiedene Stimmkraft) beigemessen.

Daraus darf aber nicht gefolgert werden, daß das der Personenverbindung zugrundeliegende Rechtsgeschäft kein Vertrag sei. Dieses Rechtsgeschäft muß vom Beschluß unterschieden werden. Der Beschluß ist ein Instrument der Willensbildung innerhalb der Gesellschaft. Die Tatsache, daß die Parteien im Dauerrechtsverhältnis über ihre gemeinsamen Angelegenheiten beschließen, ist indessen vertraglich vereinbart worden⁵.

Die korporative Willensbildung ist unabhängig von der Personifizierung des Ganzen. Sie ist auch in den Personengesellschaften möglich.

b) Besonders groß sind die Unterschiede unter den Gesellschaften hinsichtlich des Verhältnisses des Einzelnen zum Ganzen (Problem der Rechts- und Handlungsfähigkeit des Ganzen).

Durch die Personifizierung kann das Ganze rechtlich selbstständig werden.

Es wäre indessen nicht richtig, im Hinblick darauf die rechtsgeschäftliche Grundlage zu vergessen oder sogar zu verneinen. Ebenso falsch wäre es aber auch, gestützt auf diese rechtsgeschäftliche Grundlage, voreilig (formal-logische) Folgerungen auf die Rechtsbeziehungen der Einzelnen zum Ganzen und unter sich zu ziehen; etwa, die Frage beantworten zu wollen, ob unter den Aktionären eine Treuepflicht be-

⁵ Auf die Sonderfälle der Sukzessivgründung der Aktiengesellschaft und des Beitritts zur Personengesellschaft und zur juristischen Person nach erfolgter Gründung kann hier nicht eingetreten werden. Vgl. dazu u.a. W. VON STEIGER, Betrachtungen über die rechtlichen Grundlagen der Aktiengesellschaft, in ZbJV 91^{bis}, 1955, S.345 ff.

stehe. Die Tatsache, daß sich die Parteien über die «Spielregeln» verständigt haben, sagt noch nichts über den Inhalt der Verständigung aus.

Infolge der juristischen Technik der Personifizierung ist es allerdings möglich, juristische Personen zu gründen, welche keine «echte» vertragliche Grundlage haben. Abgesehen vom Sonderfall der Stiftung ist hier an die Einmann-Gesellschaft zu denken. Sie kann – unter Mitwirkung von Fiduziaren – schon als solche gegründet werden. Oft entsteht sie erst nach der Gründung infolge der Vereinigung der Beteiligungsrechte in einer Hand⁶.

Diese Abart der Gesellschaft darf indessen nicht den Blick von den typischen Fällen ablenken, in denen mehrere Personen an einer Gesellschaft beteiligt sind.

7. Es kann somit festgestellt werden, daß – abgesehen von der Stiftung und von der Einmann-Gesellschaft – jede Gesellschaft⁷, unabhängig von der Regelung des Problems der Willensbildung und der Vertretung sowie des Verhältnisses des Einzelnen zum Ganzen (Problem der Rechts- und Handlungsfähigkeit der Gesellschaft), eine vertragliche Grundlage hat⁸.

Unterscheidet man das Rechtsgeschäft vom Rechtsver-

⁶ Vgl. dazu die interessanten Ausführungen von P. JÄGGI, in SJZ 56, 1960, S. 1 ff., unter dem Titel «Ein Gerichtsurteil über den «abhängigen» (fiduziarischen) Verwaltungsrat».

⁷ Dieser Ausdruck wird hier in dem auf Seite 17 erläuterten Sinn verwendet.

⁸ Nach GEORGES RIPERT (*Traité élémentaire de droit commercial*, 3. Auflage, 1954, S. 263) ist die Gesellschaft «un mécanisme juridique particulier»; sie ist nicht Vertrag, hat aber einen Vertrag als Grundlage. GIUSEPPE FERRI (*Manuale di diritto commerciale*, 2. Auflage, 1965, S. 179) sagt ähnlich: «La società anche se dal contratto trae origine, non è mai soltanto un contratto.»; und WERNER VON STEIGER (Über die Verantwortung des Hauptaktionärs, in: *Ius et Lex*, Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller, 1959, S. 707) meint: «Wohl ist die AG Körperschaft, aber sie bleibt Gesellschaft.» Die Auffassung des Bundesgerichts zur Rechtsnatur der Gesellschaft ist nicht einheitlich. Vgl. BGE 69 II, 1943, S. 246; 80 II, 1954, S. 267; 87 II, 1961, S. 89; 91 II, 1965, S. 298.

hältnis, so ist es sinnlos zu fragen, ob die Gesellschaft ein Vertrag ist. Man müßte dann sagen, daß die Gesellschaft ein Dauerrechtsverhältnis ist, das vertraglich begründet worden ist, aber nicht nur vom Vertrag (im Sinne des Verständigungsergebnisses), sondern auch vom Gesetz mitbestimmt wird. Sie kann – rechtssoziologisch betrachtet – als eine Einheit von «Spielregeln» zur kollektiven Zweckverfolgung aufgefaßt werden. Je nach der Art dieser «Spielregeln» kann das Rechtsverhältnis unter Umständen durch Beschluß geändert oder aufgehoben werden⁹. Diese Einsicht ist als Ausgangspunkt wesentlich sowohl für die gesetzliche Gestaltung der Gesellschaftstypen als auch für die Rechtsanwendung.

Auf das letzte Problem wird unter § 8 Ziffer II¹⁰ eingetreten. Zur ersten Frage wird im folgenden Stellung genommen.

II. Folgerungen für den Gesetzgeber

Da die in einem Dauerrechtsverhältnis zu regelnden Fragen komplex sind und der Gesetzgeber die Gesetzestypen infolge des Grundsatzes der beschränkten Typenzahl bis zu einem bestimmten Grad fixieren muß, kommt der gesetzlichen Regelung der Gesellschaftstypen eine besonders große Bedeutung zu.

1. In erster Linie muß der Gesetzgeber dafür sorgen, daß zum mindesten auf jene Fragen geantwortet wird, welche einer Regelung bedürfen, damit die Gesellschaft funktionsfähig ist. Dazu gehören, um nur die wichtigsten zu nennen,

⁹ Die Ausdrücke «Vertrag» und «Beschluß» werden in der Rechtsprache in doppeltem Sinne verwendet, einerseits zur Kennzeichnung des Rechtsgeschäftes, anderseits zur Bezeichnung des Ergebnisses der rechtsgeschäftlichen Handlungen. Dieses Ergebnis darf indessen nicht mit dem Rechtsverhältnis verwechselt werden. Das Rechtsverhältnis wird durch das Rechtsgeschäft (im Sinne des Ergebnisses der rechtsgeschäftlichen Handlungen) und durch das Gesetz bestimmt.

¹⁰ hinten, S. 153 ff.

Vorschriften über den Zweck, die Firma (den Namen), den Sitz (Wohnsitz), die Organisation, die interne Willensbildung, die Leistungs- und Verhaltenspflichten der Mitglieder unter sich und gegebenenfalls gegenüber der Verbandsperson, allenfalls das Recht der Mitglieder auf geldwerte Leistungen der Gesellschaft, den Wechsel des Mitgliederbestandes, mit Einschluß der finanziellen Folgen, die Verantwortlichkeit im Innenverhältnis und die Haftung gegen außen, das Verfahren zur Änderung des Rechtsverhältnisses, die Umwandlung in eine andere Gesellschaft, die Auflösung und die Liquidation.

Würde der Gesetzgeber in jedem Fall entweder die Parteien zwingen, sich zu den Hauptfragen zu äußern, oder dafür zum mindesten eine dispositive Ordnung schaffen, so wäre schon sehr viel erreicht. Schon in dieser Hinsicht könnte mancher Gesetzestypus besser umschrieben werden.

2. Dem Gesetzgeber wird man aber auch das Recht zugestehen, bis zu einem bestimmten Grad für einen Interessenausgleich zu sorgen, oder zum mindesten eine Ordnung zu schaffen, in der die finanziellen Interessen der Gesellschafter in einem angemessenen Verhältnis zu jenen der Gesellschaft stehen, und in welcher die Rechte einzelner Gesellschafter, der Minderheiten und der Mehrheiten sowie der Gesellschaftsorgane im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit des Verbandes geordnet sind.

Die Mittel dazu sind zwingende Vorschriften einerseits über die Organisation, mit Einschluß der Regelung des Verhältnisses der Organe unter sich, über die Willensbildung und die Verantwortlichkeit, anderseits über jene Elemente der vertraglichen Regelung, welche nachträglich nicht durch Beschluß gegen den Willen Einzelner geändert werden dürfen (Schutz wohlervorbener Rechte). Das Ziel besteht darin, eine Ordnung zu schaffen, welche den für die Geschäftsführung verantwortlichen Personen ermöglicht, die gemeinsamen Angelegenheiten derart zu leiten, daß der gemeinsame Zweck erreicht werden kann, und den nicht geschäftsführenden Mitgliedern Gelegenheit gibt, sich zu vergewissern, ob

die Geschäftsleitung Gesetz und Grundgeschäft beachtet und ihre Rechte gewahrt hat.

Daß darin ein enormes Programm beschlossen liegt, ist evident. Die Probleme sind je nach der Struktur der Personenverbindung verschieden. Deshalb ist eine allgemeine Antwort darauf nicht möglich.

3. Es ist nicht beabsichtigt und würde auch den Rahmen dieser Arbeit sprengen, hier auf Einzelfragen einzutreten. Im folgenden sollen lediglich einige Grundgedanken weiterverfolgt werden.

Die echten Schwierigkeiten bestehen selten in Fällen, in denen alle Mitglieder der Personenverbindung an der Geschäftsleitung beteiligt sind. Man ist in diesen Fällen über die gemeinsamen Anliegenheiten gegenseitig unterrichtet und darauf angewiesen, ständig miteinander Gedanken auszutauschen und sich zu verständigen. Sind die entsprechenden personellen Voraussetzungen nicht gegeben, so ist damit oft auch das Schicksal der gemeinsamen Anstrengungen besiegelt.

Größere Schwierigkeiten entstehen erst dann, wenn nur ein Teil der Mitglieder an der Geschäftsführung beteiligt ist. Es entstehen dann Probleme der Berichterstattung, der Rechenschaftspflicht, der Überwachung und der Kontrolle. Diese können wiederum je nach der Zahl der am Verband beteiligten Personen vielschichtig sein.

Man muß sich bewußt sein, daß die Gesellschaft nur dann ihren Zweck erfüllen kann, wenn in solchen Fällen die Rechte und Pflichten der einzelnen Gruppen ganz klar geregelt sind.

Oft genügt indessen auch eine klare Kompetenzordnung nicht. Das hängt damit zusammen, daß auch die beste Organisation Schwierigkeiten, welche personell bedingt sind, nicht ganz eliminieren kann. In solchen Situationen ist es manchmal empfehlenswert, eine neutrale Instanz als Mittlerin einzuschalten. Diese Instanz kann, soweit das Gesetz es erlaubt, ein kraft der Privatautonomie geschaffenes Gesellschaftsorgan sein; es ist aber auch denkbar, innerhalb eines gesetzlich vorgeschriebenen Organs, etwa des Ver-

waltungsrates, dem Neutralen ein maßgebendes Wort einzuräumen.

In der Aktiengesellschaft, in der Genossenschaft und – dort wo sie in den Statuten vorgesehen ist – auch in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung hat die Kontrollstelle bereits von Gesetzes wegen die Funktion des Neutralen. Die Bedeutung dieses Organs, insbesondere in Publikumsgeellschaften, ist bisher oft zuwenig beachtet worden. Die Kontrollstelle kann im Spannungsfeld, das aus dem Auskunftsbefürfnis der Publikumsgesellschafter einerseits und den Führungsbestrebungen der Geschäftsleitung andererseits entsteht, eine vermittelnde Rolle spielen. Das setzt allerdings voraus, daß ihre Rechte und Pflichten in den Statuten klar umschrieben sind. Das geschieht in den seltensten Fällen. Leider sind auch die gesetzlichen Vorschriften sehr fragmentarisch und zudem unklar. Es ist deshalb zu hoffen, daß anläßlich einer nächsten Revision die Funktion der Kontrollstelle auch unter diesem Gesichtspunkt eingehend gewürdigt wird. Insbesondere sollte geprüft werden, ob gewissen Minderheiten das Recht zugestanden werden müßte, auf die Zusammensetzung der Kontrollstelle Einfluß zu nehmen und unter bestimmten Voraussetzungen Sonderprüfungen zu veranlassen. Dabei wäre allerdings noch genau zu untersuchen, wem Bericht zu erstatten wäre¹¹.

4. Da unser Gesellschaftsrecht in bezug auf die Gesetzestypen vom Grundsatz der beschränkten Typenzahl beherrscht wird¹², obliegt dem Gesetzgeber auch die wichtige Aufgabe, einerseits die Gesetzestypen gegeneinander abzugrenzen und andererseits die Typen im Gesetz zu fixieren.

Zu diesen Fragen haben wir uns bereits geäußert¹³. Hier ist lediglich noch auf einige Sonderprobleme hinzuweisen.

¹¹ Vgl. dazu etwa die Art. 225 und 226 des französischen Gesetzes über die Handelsgesellschaften von 24. Juli 1966 und § 163 Absatz 2 des deutschen Aktiengesetzes vom 6. September 1965.

¹² Vgl. dazu vorne, S. 111 ff., insbes. 117/118.

¹³ Vorne, S. 72 ff., 118 ff.

Der Gesetzgeber muß nicht nur darüber befinden, ob eine Norm zwingenden oder dispositiven Charakter hat, sondern auch, welches die Folgen der Mißachtung zwingender Vorschriften (Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit) sind. Wäre diesem Prinzip immer mit der nötigen Sorgfalt nachgelebt worden, so hätten oft Streitigkeiten vermieden werden können.

Es ist allerdings nicht leicht, dieses Postulat zu erfüllen. Ist sich der Gesetzgeber indessen der großen praktischen Bedeutung des Problems bewußt, und ist er bestrebt, ihm nachzuleben, so wird er sehr oft eine Lösung finden.

Manchmal kann es zweifelhaft sein, ob eine Materie zwingend zu regeln, oder ob den Rechtsgenossen Gestaltungsfreiheit einzuräumen ist. Will man in einer solchen Situation auf den Einfluß des Gesetzgebers nicht ganz verzichten, so empfiehlt es sich, zum mindesten dispositive Normen zu erlassen. Soll der Einfluß noch verstärkt werden, so kann der Gesetzgeber beispielsweise vorschreiben, daß die gesetzliche Ordnung nur geändert werden kann, wenn eine bestimmte Anzahl der Mitglieder zustimmt.

Hält man sich dieses Instrumentarium vor Augen, so wird man sich bewußt, daß der Gesetzgeber nicht einfach vor der Alternative zwischen Freiheit und Zwang steht, sondern daß im Zwischenraum viele Variationsmöglichkeiten bestehen.

§ 8. Das Problem der Atypizität

I. Typisches und Atypisches

1. In der schweizerischen Rechtsliteratur ist in letzter Zeit verschiedentlich die Frage diskutiert worden, wie insbesondere im Recht der Personengesellschaften und der juristischen Personen die atypischen Fälle zu behandeln sind¹.

¹ Vgl. dazu insbesondere P. JÄGGI, Ungelöste Fragen des Aktienrechts, in SAG 31, 1958/59, S. 57 ff., insbesondere 65 ff.; R. BÄR, Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der Aktiengesellschaft,

Mit der Bezeichnung «atypisch» soll offenbar zum Ausdruck gebracht werden, daß eine bestimmte Erscheinung nicht mehr «typisch» ist. Wo sind aber die Grenzen zwischen dem «Typischen» und dem «Atypischen», und wann verdichtet sich das «Atypische» zu einem neuen Typus?

Auf diese Fragen muß man antworten können, wenn man aus der Typizität Schlußfolgerungen für die Gesetzesauslegung ziehen will. Was ist dazu zu sagen?

2. Wie bereits eingehend dargelegt worden ist², unterscheidet sich die Konstitution des Typusbegriffs grundlegend von jener des klassifikatorischen Begriffs. Klare Abgrenzungen sind nur mit dem letzteren möglich. In der Begriffskonstitution des Typus überwiegt oft das Anschauliche das Logische. Deshalb kann unter den Typusbegriff nicht subsumiert werden. In diesem Sinne ist der Typusbegriff ein unbestimmter Rechtsbegriff. Eine eindeutige Zuordnung ist nur im Raume des Begriffskerns möglich; sobald der Begriffshof erreicht wird, ist die Zuordnung schwierig. Die Übergänge von einem Typus über das Atypische zu einem anderen Typus sind fließend. Hält man sich dies klar vor Augen, so wird man sich der Problematik der Unterscheidung zwischen Typischem und Atypischem sofort bewußt.

3. Das italienische Zivilgesetzbuch hat hinsichtlich der Handelsgesellschaften den Grundsatz der beschränkten Typenzahl im Gesetz ausdrücklich statuiert³. Es dürfte deshalb fruchtbar sein zu prüfen, wie in Italien das Problem der Atypizität bewältigt wird.

Der Grundsatz der beschränkten Typenzahl der Handelsgesellschaften war im Codice di commercio vom 31. Oktober

in ZbJV 95, 1959, S. 369 ff.; W. R. SCHLUEP, Schutz des Aktionärs auf neuen Wegen?, in SAG 33, 1960/61, S. 137 ff.; S. CAFLISCH, Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, S. 149 ff.; A. KOLLER, Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, S. 146 ff.

Weitere Literaturangaben bei KOLLER, a.a.O., S. 161 ff.

² Vgl. vorne, S. 68 ff. und 87 ff.

³ Art. 2249 Codice civile.

1882 noch nicht enthalten. Dessen Artikel 76 bestimmte lediglich, daß die Handelsgesellschaften eine oder mehrere Handelstätigkeiten zum Zweck haben, und grenzte im folgenden die drei gesetzlich geregelten Handelsgesellschaften, nämlich die Kollektivgesellschaft, die Kommanditgesellschaft und die Aktiengesellschaft gegeneinander ab.

Bei dieser Rechtslage war es streitig, ob die italienische Rechtsordnung atypische Handelsgesellschaften kenne⁴. Im Gegensatz zu LA LUMIA behauptete ROCCHI, daß das Gesetz auch atypische Gesellschaften kenne. Als solche wurden jedoch nur Gesellschaften verstanden, welche nicht unter die klassifikatorischen Begriffe der im Gesetz geregelten Handelsgesellschaften subsumiert werden konnten.

Nach der heutigen Rechtslage ist es klar, daß es in Italien keine atypischen Handelsgesellschaften in diesem Sinne geben kann⁵. Trotzdem ist man sich bewußt, daß der Gesetzgeber den Parteien gestattet, die Gesetzestypen abzuwandeln. Innerhalb des zulässigen Rahmens⁶ spricht man aber nicht von atypischen Gesellschaften, sondern von atypischen Klauseln⁷.

4. Bevor wir uns zu dieser mehr terminologischen Frage äußern, wollen wir auf die Frage eintreten, wie weit die Gesetzestypen kraft der Privatautonomie geändert werden können.

Wir haben gesehen, daß der Gesetzgeber es in der Hand

⁴ Vgl. dazu insbesondere I. LA LUMIA, *La atipicità nelle società commerciali*, in: *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni* XXXVI, 1938, I, S. 217 ff.; L. ROCCHI, *Sulla classificazione delle società commerciali anche in relazione alla loro atipicità*, in: *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni* XXXIX, 1941, I, S. 297 ff.; ferner G. FERRI, *Kommentar*, herausgegeben von A. Scialoja und G. Branca, V, zu Art. 2249 Codice civile.

⁵ Vgl. dazu G. FERRI, a.a.O., S. 59.

⁶ Auf die Frage, wo in dieser Beziehung die Grenzen zu ziehen sind, werden wir im folgenden noch eintreten.

⁷ G. FERRI, a.a.O., S. 59 ff.

hat, die Gesetzestypen mehr oder minder eingehend zu fixieren. Die Fixierung erfolgt dadurch, daß die Gesetzestypen mittels zwingender Vorschriften umschrieben werden. Wenn der Gesetzgeber sich klar zur Frage geäußert hat, welche Bestimmungen zwingenden Charakter haben, ist die Antwort auf die hier gestellte Frage einfach; darüber wird indessen nie vollständige Klarheit herrschen.

PAULICK⁸ ist in Anlehnung an HEINRICH LEHMANN⁹ der Auffassung, die Gestaltungsfreiheit habe ihre Grenzen «in dem vom Gesetzgeber gewollten Zweck der einzelnen Rechts-einrichtung, die jeweils auf einen verkehrstypischen Sachverhalt zugeschnitten ist, so daß abweichende Abmachungen keinesfalls wesentliche Gerechtigkeits- und zwingende gesellschaftsrechtliche Ordnungsprinzipien auf Kosten der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit verletzen dürfen». Ähnlich drückt sich auch FERRI¹⁰ aus: «Naturalmente non sarà preclusa la possibilità di modificare il regolamento legale per scindere i tipi né la possibilità di una previsione di clausole atipiche, ma ciò purchè le modificazioni non riguardino elementi essenziali di quel determinato tipo e purchè le clausole atipiche non siano incompatibili con il tipo adottato.»¹¹

Welche die nicht antastbaren «gesellschaftsrechtlichen Ordnungsprinzipien» bzw. «wesentlichen Elemente» sind, wird im einzelnen weder von PAULICK noch von FERRI ausgeführt. Man wird offenbar auf die allgemeinen Grundsätze der Gesetzesauslegung verwiesen.

In diesem Sinne sind die zitierten Äußerungen zweifellos richtig. Da der Gesetzgeber es in der Hand hat, einen Typus mehr oder minder eingehend zu fixieren, stellt sich notwen-

⁸ Die eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenbeschränkung, S. 35.

⁹ Handelsrecht, II, 1949, S. 282.

¹⁰ a.a.O., S. 59/60.

¹¹ Näheres über die hauptsächlich in der deutschen und italienischen Rechtsliteratur vertretene Lehre von den dem Gesellschaftsrecht zugrunde liegenden «Gerechtigkeits- und Ordnungsprinzipien» bei A. KOLLER, a.a.O., S. 134 ff.

digerweise die Frage, wo er die Grenzen gezogen hat. Diese Frage kann aber nur mittels der allgemeinen Regeln der Gesetzesauslegung beantwortet werden. Es wäre deshalb verfehlt, in dieser Beziehung aus der Typuslehre irgend etwas ableiten zu wollen; denn es wird im wesentlichen gerade danach gefragt, wieweit ein bestimmter Typus im Gesetz fixiert worden ist.

Will man allgemeine Aussagen über die Grenzen der Gestaltungsfreiheit der Rechtsgenossen machen, dann erscheint es zweckmäßig, nicht an den Typusbegriff, sondern an den klassifikatorischen Begriff anzuknüpfen.

Die Grenzen sind sicher dann erreicht, wenn die Elemente des klassifikatorischen Begriffs der Gesellschaft in Frage gestellt würden. Aktiengesellschaften, deren Grundkapital zum voraus nicht bestimmt und in Teilsommen zerlegt wäre, und für deren Verbindlichkeiten auch Aktionäre aus Gesellschaftsrecht haften würden, wären nach schweizerischem Recht bestimmt nicht zulässig.

Im Sinne einer Richtlinie für die Gesetzesauslegung darf man aber noch einen Schritt weitergehen. Die Gestaltungsfreiheit findet auch dort eine Grenze, wo Bestimmungen verletzt würden, welche eine notwendige Folge von Vorschriften sind, die zum klassifikatorischen Begriff der entsprechenden Gesellschaft gehören. Welche Bestimmungen das im einzelnen sind, kann allerdings nur von Fall zu Fall gesagt werden¹².

¹² Das Bundesgericht erachtet in Übereinstimmung mit R. PEYER, Nichtig und anfechtbare Beschlüsse der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, 1944, S. 17, Generalversammlungsbeschlüsse dann als nichtig, wenn ihr Inhalt unsittlich ist, wenn sie unvereinbar sind mit Rechtssätzen, die dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger oder den öffentlichen Interessen dienen, oder wenn sie gegen die Grundstruktur der juristischen Personen verstoßen (BGE 86 II, 1960, S. 88; 93 II, 1967, S. 35).

Diese Grundstruktur wird nach der Auffassung PEYERS durch die Normen bestimmt, «welche die einzelnen Rechtsinstitute voneinander abgrenzen und die korporationsrechtlichen Voraussetzungen darstellen».

Wird der sachlogische Zusammenhang mit Vorschriften, die zum klassifikatorischen Begriff gehören, bejaht, dann dürfen die abhängigen Bestimmungen nicht geändert werden; sie sind dann zwingend.

Widerspruchsvoll erscheint deshalb die Lehre, wonach «auch die nachgiebigen, vom Gesetzgeber wohlerwogenen, aus der normalen Interessenlage der Parteien geschaffenen Rechtssätze» eine «bestimmte Ordnungsfunktion» haben¹³. Wenn gewissen Bestimmungen «Ordnungsfunktionen» zuerkannt werden, dann muß man auch ihren zwingenden Charakter bejahen.

5. Wir haben gezeigt, daß unsere Rechtsordnung in bezug auf die Gesetzestypen den Grundsatz der beschränkten Typenzahl kennt.

Wollte man die im italienischen Recht ausgebildete Terminologie zur Atypizität übernehmen, so müßte man sagen, daß es in unserem Recht überhaupt keine atypischen Personenverbindungen gibt. Alle Lebenstypen, welche unter den klassifikatorischen Begriff einer Gesellschaft subsumiert werden können, wären demnach typische Gesellschaften. Die Abweichungen vom Gesetzestypus würden lediglich als eine Summe von atypischen Klauseln aufgefaßt.

Angesichts der freiheitlichen Ausgestaltung des schweizerischen Gesellschaftsrechts darf diese Terminologie für unser Land nicht übernommen werden. Wir kennen Lebenstypen, welche so stark von den ihnen zugeordneten Gesetzestypen abweichen, daß es unzumutbar erscheint, sie lediglich unter dem Gesichtspunkt atypischer Klauseln zu erfassen. Wir sprechen in diesem Fall besser von atypischen Rechtsinstituten bzw. Gesellschaften, ausnahmsweise sogar von besonderen Typen.

Der Übergang vom Typischen zum Atypischen und vom Atypischen zu einem neuen Typus kann allerdings klassifikatorisch nicht erfaßt werden.

¹³ ENNECCERUS-NIPPERDEY, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I, 15. Auflage, 1959/60, S. 301, zitiert bei A. KOLLER, a.a.O., S. 136.

Das hängt mit der Konstitution des Typusbegriffs zusammen, in welcher das Anschauliche eine wichtige Rolle spielt. Die Zuordnung ist im wesentlichen nur mittels der (geistigen) Anschauung möglich.

Dem Problem darf im übrigen nicht allzu große Bedeutung beigemessen werden. Viel wichtiger ist die praktische Frage, wie der Richter Lebenstypen von Gesellschaften zu beurteilen hat, welche vom Gesetzestypus abweichen, sei es, weil die Parteien kraft ihrer Privatautonomie die gesetzliche Regelung geändert haben, sei es, weil sie den Gesetzestypus zur Verfolgung von Zwecken verwendet haben, welche nicht dem Leitbild des Gesetzgebers entsprechen. Darauf ist im folgenden einzutreten.

II. Typizität und Rechtsanwendung

1. Die Ansichten über die soeben gestellte Frage sind in der schweizerischen Rechtsliteratur geteilt.

a) Sehr kategorisch ist P. JÄGGI. Er schreibt¹⁴: «Die Häufigkeit der Typabweichung führt zu einer weiteren Frage, die leicht übersehen wird: Darf man bei der Auslegung des Gesetzes auf die Typabweichungen Rücksicht nehmen? In dieser Hinsicht gibt es nur ein klares Nein (so weit wenigstens das Gesetz nicht selber auf die Typabweichung Rücksicht nimmt, wie z.B. in Art. 625₂). Die auslegungsrechtliche Hauptfrage, was dem Zweck einer Gesetzesnorm entspricht, darf einzig im Hinblick auf den gesetzlichen Typ beantwortet werden. Denn einzig Gesellschaften dieses Typs bilden den Tatbestand, der einheitlich allen Normen zugrunde liegt. Also muß gefragt werden, was für diesen Tatbestand dem Zweck der einzelnen Norm entspricht. Nimmt man auf die Abweichungen vom gesetzlichen Typ Rücksicht, so sprengt man die innere Geschlossenheit des gedanklichen Gefüges, die nun einmal ein gesetzlich geregeltes

¹⁴ Ungelöste Fragen des Aktienrechts, in SAG 31, 1958/59, S. 70.

Rechtsinstitut kennzeichnen soll. Somit ist das Postulat der typgerechten Auslegung des Aktienrechts aufzustellen.»

b) Ähnlich, jedoch weniger kategorisch, denkt R.BÄR¹⁵. Nach seiner Meinung ist «das gesetzlich vorausgesetzte Interesse des typischen Aktionärs»¹⁶ als Bewertungsmaßstab für den Ausgleich der «vielfältigen konkreten Aktionär-interessen» heranzuziehen. Das ist nach dieser Auffassung allerdings insoweit nicht zwingend, als «eine nicht typgerechte Handhabung des Aktienrechts (Mißachtung von gewissen Fundamentalnormen und von Vorschriften zugunsten öffentlicher Interessen oder Dritter vorbehalten) dann zulässig bleibt, wenn die Beteiligten daran keinen Anstoß nehmen, wie es bei Familiengesellschaften häufig geschieht». BÄR läßt die Frage offen, «wie weit die Atypizität statutarisch verankert werden kann, und ob das Recht, sich auf die Ansprüche des typischen Aktionärs berufen zu dürfen, kraft Zustimmung zur Atypizität verwirke.»

c) Diesen beiden Auffassungen tritt W.R.SCHLUEP entgegen¹⁷. Er schreibt u.a.: «Nach der hier vertretenen Auffassung sind dagegen alle gesetzlich vorgesehenen Typabarten in der Aktienrechtsordnung mitbegriffen. Soweit keine Ausnahmenvorschriften bestehen, muß die Aktienrechtsordnung für alle Gesellschaften passen. Es ist daher nicht ohne weiteres einzusehen, weshalb das Aktienrecht so ausgelegt werden sollte, als gelte es eigentlich nur für eine bestimmte Kategorie von Gesellschaften.»¹⁸ «Die Frage¹⁹ kann m.E. nur

¹⁵ Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der Aktiengesellschaft, in ZbJV 95, 1959, S. 399/400.

¹⁶ Sperrung durch den Verfasser dieser Schrift.

¹⁷ Schutz des Aktionärs auf neuen Wegen?, in SAG 33, 1960/61, S. 137 ff., insbesondere 177 ff. (Stellungnahme zur Auffassung BÄRS) und 195 ff. (Stellungnahme zur Auffassung JÄGGIS).

¹⁸ a.a.O., S. 197.

¹⁹ ob auch der Richter die Atypizität einfach hinnehmen müsse, oder ob er nicht bei Anwendung des auf den gesetzlichen Typus zugeschnittenen Rechts den Abweichungen Beachtung schenken dürfe oder gar müsse

in einem Sinn beantwortet werden: Wenn die Abweichung vom gesetzlichen Typ im Gesetz überhaupt nicht geregelt ist, so fehlt es eben an einer zutreffenden Norm. Was atypisch ist, fällt nicht unter den Typus, selbst wenn die Typabweichung an und für sich zulässig ist. Wenn es aber an der Regelung solcher atypischer Verhältnisse fehlt, so ist es Aufgabe des Richters, die zutreffende Rechtsnorm in freier Rechtsfindung zu bilden. Die Rechtslage ist hier nicht anders als etwa bei der Behandlung atypischer Verträge.»²⁰

d) A. KOLLER ist zu folgendem Ergebnis gelangt²¹: «Das Prinzip des *numerus clausus* der Gesellschaftsformen verlangt, daß die zwingenden Normen einer Gesellschaftsform auch auf atypische Gesellschaften unmittelbar angewendet werden. Die dispositiven Vorschriften sind auf atypische Gesellschaften dagegen nicht direkt, sondern nur analog anwendbar»²².

2. Die Antwort auf die Frage erfordert zweifellos eine Differenzierung.

a) Ein Lebenstypus kann gegenüber dem Gesetzestypus atypisch sein, entweder weil die Parteien kraft ihrer Privatautonomie die gesetzliche Ordnung geändert haben, oder weil der (unveränderte) Gesetzestypus zur Regelung eines Sachverhaltes verwendet worden ist, welcher gegenüber dem der gesetzlichen Ordnung zugrundegelegten atypisch ist. Natürlich sind auch Kombinationen dieser beiden Varianten denkbar²³.

Diese Feststellungen sind für die folgenden Betrachtungen von grundlegender Bedeutung. Die verschiedenen Fälle müssen auseinandergehalten werden.

b) Es ist ferner zu unterscheiden zwischen der Frage, wie weit der Gesetzestypus kraft der Privatautonomie gewan-

²⁰ a.a.O., S. 188.

²¹ a.a.O., S. 172.

²² Weitere Ansichten sind bei A. KOLLER, a.a.O., S. 146 ff., wiedergegeben.

²³ Auf diesen Sachverhalt hat bereits A. KOLLER, a.a.O., S. 118 ff., hingewiesen, ohne indessen die Konsequenzen daraus zu ziehen.

delt werden kann, und der Frage nach den Folgen, welche sich im Einzelfall aus einer derartigen Änderung ergeben.

Die erste Frage stellt sich unabhängig vom konkreten Fall. Es ist die Frage nach der Intensität der Fixierung des Gesetzestypus. Sie ist gesondert zu behandeln²⁴.

Erst wenn durch Auslegung ermittelt ist, ob eine gesetzliche Bestimmung geändert werden darf, kann die Frage beantwortet werden, was diese Änderung im konkreten Fall für das Rechtsverhältnis unter den Gesellschaftern bedeutet.

c) Vorerst ist der Fall der kraft der Privatautonomie atypisch ausgestalteten Gesellschaft zu behandeln.

aa) Wenn der Gesetzgeber gestattet, Lebenstypen zu gestalten, die gegenüber dem Gesetzestypus atypisch sind, dann muß er auch zulassen, daß diese Typen insoweit von jener Ordnung beherrscht werden, welche sich die Parteien selbst gegeben haben, sei es durch Vertrag, sei es nachträglich durch Beschluß.

Diese Ordnung findet sich im Grundgeschäft²⁵ (Gesellschaftsvertrag oder Statuten)²⁶. Sie ist – im Rahmen der zwingend vorgeschriebenen gesetzlichen Ordnung – primär maßgebend.

Auch das Grundgeschäft ist indessen auslegungsbedürftig. Welche Kriterien sind bei der Auslegung anzuwenden?

Das Bundesgericht hat vor nicht allzulanger Zeit²⁷ – mit Recht – entschieden, daß «die Statuten einer privatrechtlichen Körperschaft wie vertragliche Willenserklärungen» auszulegen sind. In erster Linie ist der Sinn maßgebend, den die Parteien ihnen nach Treu und Glauben vernünftigerweise beimessen dürfen.

Da die Willensäußerungen der Parteien mit der Anwendung des Vertrauensprinzipes bereits nach objektiven

²⁴ Vgl. dazu vorne, S. 105 ff., 149 ff.

²⁵ hier im Sinne des Ergebnisses der rechtsgeschäftlichen Handlungen.

²⁶ Vgl. zu diesem Grundgeschäft vorne, S. 136 ff.

²⁷ BGE 87 II, 1961, S. 95.

Gesichtspunkten ausgelegt werden, ist eine weitere Differenzierung, etwa zwischen Personen, die am Grundgeschäft beteiligt waren, und anderen Personen²⁸ oder zwischen Innen- und Außenwirkungen²⁹, nicht angezeigt³⁰.

Jenen Personen, welche erst nachträglich der Gesellschaft beitreten, muß zugemutet werden, daß sie den Gesellschaftsvertrag oder die Statuten lesen. Wenn sie dies unterlassen, so bekunden sie damit, daß deren Inhalt ihr Verhalten nicht wesentlich beeinflußt hat. Ihren Interessen ist genügend Rechnung getragen, wenn sie die interne Ordnung mit dem Inhalt gegen sich gelten lassen müssen, der ihr nach Treu und Glauben vernünftigerweise beigemessen werden darf.

Dritte, welche mit der Gesellschaft in Geschäftsverkehr treten, sind praktisch auf die publizierten Angaben über die Gesellschaft angewiesen. Sie kennen in der Regel ohnehin das Grundgeschäft nicht in seinem vollen Sinnzusammenhang. Eine Vermutung, daß die konkrete Regelung dem Gesetzestypus entspreche, gestattet unsere Rechtsordnung ohnehin nicht. Das Handelsregister gewährt keinen so weitreichenden Vertrauensschutz. Selbst dort aber, wo ein Dritter ausnahmsweise das ganze Grundgeschäft kennt, ist er genügend geschützt, wenn dieses, was ihn betrifft – wie für einen Gesellschafter – nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt wird.

Den einzelnen Klauseln des Rechtsgeschäftes ist, wie der Art. 1363 des Codice civile richtig ausdrückt, jene Bedeutung beizumessen, die ihnen im Gesamtzusammenhang zukommt. Dadurch erst wird der volle Sinngehalt des Rechtsgeschäftes sichtbar. Die derart ermittelte «Natur des Geschäftes» geht dem dispositiven Recht vor³¹. Da die interne Ordnung im Dienste der gemeinsamen Zweckverfolgung steht,

²⁸ A. SIEGWART, Kommentar, N. 12 zu Art. 620 OR.

²⁹ W. VON STEIGER, in ZbJV 91^{bis} (1955), 356.

³⁰ Vgl. zur Auslegung der Rechtsgeschäfte nach schweizerischer Lehre und Praxis u.a. K. OFTINGER, Überblick über die Problematik und einige Hauptpunkte der Interpretation, in SJZ 63, 1967, S. 359 ff.

³¹ H. MERZ, Kommentar, N. 138 zu Art. 2 ZGB, unter Hinweis auf A. EGGER, N. 18 zu Art. 2 ZGB.

müssen die Klauseln des Gesellschaftsvertrages in erster Linie unter diesem besonderen Gesichtspunkt gewürdigt werden.

bb) Das Grundgeschäft kann auch lückenhaft sein. Das bedeutet, daß es – voraussetzungsgemäß – keine Anhaltspunkte für eine individuelle Lösung enthält. In diesem Fall, aber erst dann, ist «der vorgezeichnete Vertragstypus in Betracht zu ziehen»³²; im Gesellschaftsrecht kann das nur der Gesetzestypus sein.

Wer Mitglied einer Aktiengesellschaft werden will, muß in Kauf nehmen, daß das Rechtsverhältnis nach den Bestimmungen des Gesetzestypus beurteilt wird, und zwar nach Maßgabe des vom Gesetzgeber vorgestellten Leitbildes, soweit sich aus den Statuten nichts Abweichendes ergibt. Das muß man aus dem Grundsatz der beschränkten Typenzahl der Gesellschaften folgern³³. Mit Rücksicht darauf darf im Gesellschaftsrecht, im Unterschied zum Schuldrecht, nicht auf jenen Lebenstypus abgestellt werden, der dem konkreten Fall am nächsten steht³⁴.

Ist nun in diesem Fall auf die typische Gesellschaft oder auf den typischen Aktionär – um beim Beispiel der Aktiengesellschaft zu bleiben – abzustellen? Dieser Frage kommt wohl nicht jene grundsätzliche Bedeutung zu, die ihr schon beigemessen worden ist³⁵.

Der Aktionär als solcher ist nur ein Element der Aktiengesellschaft; er ist jedenfalls weder identisch mit dem Minderheitsaktionär, noch mit dem Mehrheitsaktionär, noch mit der Gesamtheit der Aktionäre, weder mit dem Kapitalan-

³² H. MERZ, a.a.O., N.219, mit Hinweisen auf weitere Literatur.

³³ Vgl. dazu auch A. KOLLER, a.a.O., S.169.

³⁴ Siehe zum Schuldrecht H. MERZ, a.a.O., N.219 zu Art.2 ZGB.

³⁵ Vgl. dazu R. BÄR, Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der Aktiengesellschaft, in ZbJV 95, 1959, S.369 ff.; W. R. SCHLUEP, Schutz des Aktionärs auf neuen Wegen?, in SAG 33, 1960/61, S.137 ff.; ferner dessen Votum anlässlich des Schweizerischen Juristentages 1966 in Zug, in ZSR 85 II, 1966, S.673 ff. und die Antwort BÄRS in ZSR 85 II, 1966, S.758 ff.

leger, noch mit dem Unternehmer-Aktionär. Man kann sich schon deshalb fragen, ob es überhaupt zulässig ist, von einem «typischen» Aktionär zu sprechen. «Typisch», bezogen auf das Leitbild des Gesetzgebers, dürfte vielmehr sein, daß eine Vielzahl von Personen, deren Interessen keineswegs gleichgerichtet sein müssen, sich bereithalten, nach gewissen «Spielregeln» gemeinsam einen Zweck zu verfolgen. Ist das richtig, dann kann es einen «typischen» Aktionär gar nicht geben. Angesichts dieser Sachlage wird man fragen müssen, nach welchem Leitbild die Aktiengesellschaft als einheitliches Ganzes vom Gesetzgeber gestaltet worden ist.

Es wäre ein Irrtum anzunehmen, die Typuslehre könnte darauf eine Antwort geben; denn es wird gerade nach dem Charakter des maßgebenden Typus gefragt. Dieser kann – wenn überhaupt – nur durch rechtsgeschichtliche Untersuchungen ermittelt werden. Steht der Typus einmal fest, dann geht es darum, die Bedeutung jeder einzelnen Vorschrift im Rahmen des Ganzen zu ermitteln. In dieser Hinsicht helfen die teleologische und die funktionale Betrachtungsweise mehr als die typologische³⁶. Mit Recht weist A. KOLLER³⁷ darauf hin, daß die Auslegung ein topisches Erkenntnisverfahren ist, in dem die Berücksichtigung des dem Gesetzestypus zugrundeliegenden Leitbildes nur ein Gesichtspunkt ist.

d) Aufgrund der im Hinblick auf die vom Gesetz abweichende Ordnung angestellten Überlegungen (lit. c) lassen sich auch die Regeln für die Behandlung des Lebenstypus ermitteln, welcher in bezug auf seine Verwendungsart gegenüber dem gesetzlichen Leitbild atypisch ist.

Auf diesen Lebenstypus sind ohne Einschränkung die Bestimmungen – auch die dispositiven Normen – des Gesetzestypus anzuwenden. Das Bundesgericht führte in BGE 91 II, 1965, S. 306/307 mit Recht aus: «Die Tatsache, daß die Gründer des Unternehmens die Form der Aktiengesell-

³⁶ Vgl. dazu vorne, S. 97 ff.

³⁷ a.a.O., S. 157.

schaft gewählt haben, setzt den Willen zur Schaffung einer Kapitalgesellschaft voraus, mit der Folge, daß die Gesellschafter die Rechte und Pflichten haben, die das Gesetz und die Statuten für diese Gesellschaften festlegen, keine ändern. Wer sich für die Form der Aktiengesellschaft und für die damit verbundenen Vorteile entscheidet, hat sich auch den Folgen zu unterziehen, die sich daraus ergeben. Wenn die Gründer das Hauptgewicht auf das persönliche Element legen wollten, standen ihnen dafür andere im Gesetz vorgesehene Gesellschaftsformen zu Gebote.»

Dieser Auffassung kann vollumfänglich zugestimmt werden. Man möchte lediglich wünschen, daß die Möglichkeit, innerhalb eines bestimmten Rahmens in den Statuten eine vom Gesetz abweichende Regelung zu treffen, etwas mehr betont worden wäre. Das meint wohl W. VON STEIGER in seiner Besprechung dieses Entscheides in ZbJV 103, 1967, S. 127, wenn er ausführt, die Charakterisierung der Aktiengesellschaft, «auch der kleinen (geschlossenen) als reine Kapitalgesellschaft» und der sich daraus ergebenden, scharf formulierten Konsequenzen, sei etwas apodiktisch ausgefallen. Man erwarte heute doch eine etwas freiere Auffassung vom Institut der Aktiengesellschaft und eine differenziertere Behandlung der zwischen Aktionär, Gesellschaft und Mitaktionären bestehenden Verhältnisse, auch wenn man die sogenannte Treuepflicht des Aktionärs ablehne, jedoch ein gesellschaftsrechtlich qualifiziertes Handeln nach Treu und Glauben postuliere.

e) In der Praxis werden allerdings die beiden unter lit. c) und d) behandelten atypischen Fälle selten in «reiner» Form vorkommen. In der Regel wird eine Kombination der beiden Fälle vorliegen. Das erleichtert keineswegs die Rechtsanwendung. Es besteht aber kein Anlaß, in diesem Fall grundsätzlich anders zu entscheiden.

Soweit die «Atypizität» auf die Änderung des Gesetzestypus beruht, sind die Regeln gemäß lit. c), soweit eine atypische Verwendungsart gegeben ist, jene gemäß lit. d) anzuwenden.

3. In diesem Zusammenhang wird deutlich, welche große Bedeutung der Gesellschaftsvertrag und die Statuten für die Beurteilung des Rechtsverhältnisses unter den Mitgliedern einer Personenverbindung haben.

Sehr oft wird das anlässlich der Gründung einer Personenverbindung, insbesondere einer solchen mit kleiner Mitgliederzahl, zuwenig bedacht. Insbesondere wird nicht selten verkannt, daß in unserem Gesellschaftsrecht die Möglichkeit besteht, statutarische wohlerworbene Rechte zu begründen³⁸.

Der Rechtsberater findet hier angesichts der freiheitlichen Ausgestaltung unseres Gesellschaftsrechts ein interessantes und vielseitiges Tätigkeitsfeld.

III. Typenkombinationen und Mischtypen

1. Es ist noch zu untersuchen, ob Typenkombinationen und Mischtypen mit dem Grundsatz der beschränkten Typenzahl vereinbar sind. In dieser Hinsicht ist zu differenzieren.

2. Verschiedene Gesellschaftstypen können derart miteinander verbunden sein, daß jeder Typ seine Eigenart behält, daß sich aber aus der Kombination verschiedener Typen wirtschaftlich ein neues einheitliches Ganzes ergibt. Solche Verbindungen von Gesellschaften wollen wir in Anlehnung an die für die schuldrechtlichen Verträge geltende Terminologie³⁹ Typenkombinationen nennen. TH. GUHL⁴⁰ spricht in diesem Zusammenhang von «zusammengesetzten Verträgen». Der Ausdruck «kombinierte Verträge» bzw.

³⁸ Vgl. zu diesem Problem insbesondere W. R. SCHLUEP, Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, 1955, S. 253 ff.

³⁹ Vgl. dazu u.a. J. ESSER, Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Auflage, 1960, S. 57 ff; G. GAUTSCHI, Kommentar zum Auftragsrecht, N. 45 a zu Art. 394 OR.

⁴⁰ Das schweizerische Obligationenrecht, 4. Auflage, 1948, S. 235.

«Typenkombinationen» ist indessen vorzuziehen, da er den Sachverhalt deutlicher kennzeichnet.

Das Hauptbeispiel einer Typenkombination ist der Konzern. Eine Typenkombination ist aber auch die Doppelgesellschaft oder die Verbindung von Stiftung und Körperschaft (Stiftung als Inhaberin von Beteiligungsrechten einer Kapitalgesellschaft). Selbstverständlich sind noch andere Kombinationen denkbar.

Abgesehen von besonderen Verhältnissen im Konzernrecht sind Typenkombinationen oft unnatürlich und zivilrechtlich kaum begründet. In der Regel entspringen sie steuerrechtlichen Überlegungen. Sie sind ein gutes Beispiel dafür, wie stark das Steuerrecht auf die Gestaltung der zivilrechtlichen Verhältnisse einwirken kann, solange es grundsätzlich an die zivilrechtlichen Begriffe anknüpft⁴¹.

Typenkombinationen verstoßen nicht gegen den Grundsatz der beschränkten Typenzahl. Sie können allerdings besondere Probleme hervorrufen, insbesondere solche des Min-

⁴¹ Damit soll keineswegs die sogenannte «wirtschaftliche Betrachtungsweise» in dem Sinne postuliert werden, daß die rechtsanwendenden Behörden jeweils nach ihrem Ermessen von der durch die Parteien gewählten Regelung absehen und den wirtschaftlichen Sachverhalt als Ausgangspunkt für ihre Beurteilung nehmen dürfen. Diese recht verbreitete Betrachtungsweise widerspricht rechtsstaatlichen Prinzipien, insbesondere dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Sie ist, wo keine gesetzliche Grundlage dafür besteht – abgesehen von Fällen der Steuerumgehung –, unzulässig. Zu postulieren ist dagegen, daß die Steuerrechtswissenschaft in vermehrtem Maße eigene Begriffe und ein eigenes System erarbeitet, welches, unter Wahrung der rechtsstaatlichen Grundsätze, gestattet, jene wirtschaftlichen Sachverhalte oder Vorgänge zu erfassen, welche nach der Absicht des Gesetzgebers besteuert werden sollen. Die Aufgabe ist enorm; es wird sich jedoch lohnen, sie in Angriff zu nehmen.

Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsschöpfung in Fragen der interkantonalen Doppelbesteuerung wiederholt an die tatsächlichen Verhältnisse und nicht an die zivilrechtliche Gestaltung der Rechtsgeschäfte angeknüpft. Vgl. dazu BGE 85 I, 1959, S. 99; 91 I, 1965, S. 282.

derheitenschutzes⁴². Denkbar ist auch, daß infolge von Typenkombinationen Bestimmungen einzelner beteiligter Gesellschaften verletzt werden, so etwa das Verbot der Kapitalrückzahlung im Falle der wechselseitigen Beteiligung⁴³.

Auf die vielen Probleme, die sich aus Typenkombinationen ergeben, insbesondere auf jene des Konzernrechts, kann hier nicht eingetreten werden. Es wird auf die Spezialliteratur verwiesen⁴⁴.

3. Gesellschaften können auch derart miteinander verbunden sein, daß, unter Beibehaltung des Namens eines Gesetzestypus, im Grundgeschäft oder zum mindesten im praktischen Verhalten Elemente verschiedener Gesetzestypen zu einer Einheit vereinigt sind. Solche Erscheinungen bezeichnen wir, wiederum in Anlehnung an die Terminologie der Schuldverträge, als Mischtypen.

a) Das vereinbarte Grundgeschäft kann im Rahmen des dispositiven Rechtes vom Gesetzestypus abweichen. Derartige Erscheinungen werden zweckmäßigerweise überhaupt nicht als Mischtypen bezeichnet⁴⁵.

b) Verletzte das Grundgeschäft von Anfang an zwingende Gesetzesvorschriften und wurde die Personenverbindung trotzdem ins Handelsregister eingetragen, so sind die Grundsätze anzuwenden, die zur Beurteilung von Gründungsmän-

⁴² Vgl. dazu W. R. SCHLUEP, Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, S. 231 ff.

⁴³ Vgl. dazu M. HETTLAGE, Die Begründung von wechselseitigen Beteiligungen auf dem Wege der gegenseitigen Aktienübernahme nach Schweizerischem Obligationenrecht, in SAG 39, 1967, S. 33 ff.

⁴⁴ Vgl. dazu insbesondere G. WEISS, Kommentar zum Aktienrecht, N. 313 ff. der Einleitung und die dort zitierte Literatur. Daraus seien insbesondere erwähnt: G. CAPITAINE, Le statut des sociétés holding en Suisse, Referat am Schweizerischen Juristentag 1943, in ZSR 62, 1943, S. 1 a ff.; W. VON STEIGER, Die Rechtsverhältnisse der Holdinggesellschaft in der Schweiz, Referat am Schweizerischen Juristentag 1943, in ZSR 62, 1943, S. 195 a ff.

⁴⁵ A. KOLLER reiht auch diese Fälle unter den Mischtypen ein. Sie sind indessen atypische Ordnungen, die nach den vorne, S. 153 ff., dargelegten Regeln zu beurteilen sind.

geln ausgebildet wurden: Heilung des Mangels, verbunden mit der Verpflichtung, nicht gegebene Voraussetzungen nachträglich zu erfüllen und fehlerhafte nachträglich zu korrigieren; oder – je nach der Intensität der Gesetzesverletzung – absolute Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes. Es wird auf die Spezialliteratur verwiesen⁴⁶.

c) Es kann sein, daß das Grundgeschäft den gesetzlichen Anforderungen entspricht, daß das tatsächliche Verhalten jedoch vom statutarischen oder sogar vom gesetzlich vorgeschriebenen Zweck des entsprechenden Typus abweicht.

Auch hier kommt es auf die Intensität der Gesetzesverletzung an. Sind die Voraussetzungen von Artikel 57 Absatz 3 ZGB (Verfolgung unsittlicher oder widerrechtlicher Zwecke) erfüllt, so ist die Verbandsperson gerichtlich aufzuheben. Von diesem Mittel wird indessen der Richter nur in schwerwiegenden Fällen Gebrauch machen⁴⁷.

d) Wenn nicht allgemeine Rechtsgrundsätze schwer verletzt sind, sondern lediglich zwingende Bestimmungen des entsprechenden Gesetzestypus, so wird der Richter prüfen, ob das ganze Rechtsgeschäft konvertiert werden kann.⁴⁸

Das BGB⁴⁹ umschreibt das Rechtsinstitut der Konversion (Umdeutung) wie folgt: «Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines andern Rechtsge-

⁴⁶ Vgl. insbesondere E. HIs, Kommentar, N. 14 ff. zu Art. 933 OR; A. SIEGWART, Kommentar, N. 1 ff. zu Art. 643 OR; F. VON STEIGER, Die schweizerische Aktiengesellschaft, 2. Auflage, S. 136 ff; W. VON STEIGER, Kommentar, N. 3 zu Art. 783 ZGB.

⁴⁷ Auf die Frage, wo die Grenze zu ziehen ist, wird hier nicht eingetreten. Es kann auf die Literatur und Praxis zu den Artikeln 57 Abs. 3, 78 (Vereine) und 88 Abs. 2 ZGB (Stiftungen) verwiesen werden.

⁴⁸ Das Rechtsinstitut der Konversion ist in unserem Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Es wird jedoch vom Bundesgericht als solches anerkannt. Siehe BGE 73 II, 1947, S. 88 E 7; 76 II, 1950, S. 13 E 5, S. 278 E 3; 80 II, 1954, S. 86 E 3; 89 II, 1963, S. 440 E 2.

⁴⁹ § 140.

schäftes, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, daß dessen Geltung bei gänzlicher Nichtigkeit gewollt sein würde.»

Etwas einschränkender definiert das italienische Zivilgesetzbuch⁵⁰ die Konversion: «Il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità.»

Das Bundesgericht führte zur Konversion folgendes aus: «La doctrine et la jurisprudence considèrent cependant que, lorsqu'un acte nul remplit les conditions d'un autre acte juridique, ce dernier est valable s'il a un but et produit un résultat semblable à ceux du premier et s'il faut admettre que telle aurait été la volonté des parties dans le cas où elles auraient eu connaissance de cette nullité⁵¹.»

Sehr oft werden allerdings die Voraussetzungen für eine Konversion nicht gegeben sein, weil die Formvorschriften des subsidiär gewollten Rechtsgeschäftes nicht erfüllt sind. Immerhin ist darauf hinzuweisen, daß das Bundesgericht eine unzulässige Unterhalts-Familienstiftung in eine gewöhnliche Stiftung konvertiert hat (BGE 75 II, 1949, S. 91).

Die Konversion läßt sich im Gesellschaftsrecht allerdings nur rechtfertigen, wenn durch sie keine Drittinteressen verletzt werden⁵².

e) Sind weder die Voraussetzungen zur richterlichen Aufhebung der Verbandsperson, noch jene zur Konversion gegeben, so kann unter Umständen teilweise Nichtigkeit gegeben sein (Art. 20 Absatz 2 OR)⁵³.

⁵⁰ Art. 1424.

⁵¹ BGE 80 II, 1954, S. 86.

⁵² R. BRINER, Zur Rechtsform der schweizerischen Wirtschaftsverbände, in: *Wirtschaft und Recht* 16, 1964, S. 81, ist mit Rücksicht auf diese Drittinteressen der Ansicht, daß eine Konversion im Gesellschaftsrecht überhaupt nicht statthaft sei.

⁵³ Zur Frage, ob die nichtigen Einzelbestimmungen zu konvertieren, oder ob insoweit das Recht der einfachen Gesellschaft anzuwenden sei, siehe hinten, S. 167.

f) Kommt auch eine teilweise Nichtigkeit nicht in Frage, so wird das Rechtsgeschäft von den Regeln mitbestimmt, welche für den Gesetzestypus gelten, unter welchen sich die Parteien gestellt haben. Abzulehnen ist die direkte oder analoge Anwendung von Normen, die einen andern Gesetzestypus umschreiben.

Diese Folgerung ergibt sich zwingend aus dem Grundsatz der beschränkten Typenzahl. Sie steht im Einklang mit der in Italien gestützt auf das neue Zivilgesetzbuch vertretenen Auffassung. Die entgegengesetzte Praxis des Bundesgerichtes⁵⁴ verstößt gegen den erwähnten Grundsatz⁵⁵.

⁵⁴ BGE 48 II, 1922, S. 1967; 76 II, 1950, S. 281; 82 II, 1956, S. 299.

⁵⁵ Gleicher Meinung: R. SECRÉTAN, *L'étendue de la liberté de choix entre diverses corporations de droit privé*, in ZbJV 96, 1960, S. 185 ff.; A. HEINI, *Besprechung von BGE 88 II, 1962, S. 209 ff.*, in ZSR 83 I, S. 447; P. PIOTET, *La nouvelle jurisprudence du tribunal fédéral sur le but des associations*, in JdT 111, 1963, I, S. 93 ff.; M. GUTZWILLER, *Die Genossenschaft im Spiegel der bundesgerichtlichen Judikatur*, in: *Festgabe der juristischen Fakultät Freiburg zur 77. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins 1943*, S. 232; R. BRINER, *Zur Rechtsform der schweizerischen Wirtschaftsverbände*, in: *Wirtschaft und Recht* 16, 1964, S. 80; weitere Literaturangaben bei M.-A. PELLET, *Le but non-économique de l'association*, S. 147 ff.

Anderer Meinung: M.-A. PELLET, a.a.O., S. 147; P. SCHRAG, *Internationale Idealvereine*, 1936, S. 33; CH. SPECKER, *Die Abgrenzung des Vereins von der wirtschaftlichen Verbandsperson*, 1948, S. 83; P. TUOR, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*, 5. Auflage, 1948, S. 110.

Die Stellungnahme SIEGWARTS zum Problem ist nicht ganz eindeutig. Er schreibt (Die Freiheit bei der Wahl der Verbandsperson und bei der Einzelgestaltung ihres Inhalts, S. 188): «Schwierigkeiten bereiten auch hier, wie in andern Fällen, die Mischformen, die Fälle, in denen Zwecke idealer und wirtschaftlicher Natur miteinander verbunden sind. Und doch entsprechen solche Mischformen einem praktischen Bedürfnis, und es kann darum keine Rede davon sein, sie etwa deshalb auszuschließen, damit die Rechtsverhältnisse sich übersichtlicher gestalten und die Rechtsanwendung erleichtert werde. Auch hier kann aber die Mischform formell nicht als solche auftreten, sondern es muß, weil ja die Frage der Eintragungspflicht zu lösen ist, nach den überwiegenden Elementen ein absoluter Entscheid im Sinne der einen oder andern Verbandsform getroffen werden. Das hin-

g) Abzulehnen ist auch die Theorie von P.PIOTET⁵⁶, wonach auf die nichtigen Einzelbestimmungen das Recht der einfachen Gesellschaft anzuwenden sei. Man würde damit indirekt wiederum zum Resultat gelangen, wonach auf eine Verbandsperson Normen verschiedener Gesetzestypen anwendbar wären, was auch PIOTET ablehnt. Auf diesen Widerspruch hat bereits A.HEINI⁵⁷ aufmerksam gemacht. Das Bundesgericht hat in BGE 90 II, 1964, S.338 insbesondere auf die praktischen Schwierigkeiten einer solchen Lösung hingewiesen.

Eine Konversion der nichtigen Einzelbestimmungen in solche eines andern Gesetzestypus ist nicht denkbar, weil die Konversion sich immer nur auf das ganze Rechtsgeschäft bezieht.

4. Nicht zum Problem der Mischtypen gehört die Frage, ob eine Personenverbindung mit teils idealen, teils wirtschaftlichen Zwecken sich als Verein konstituieren dürfe⁵⁸. Das ist die Frage nach den Verwendungsmöglichkeiten der Typen. Darauf ist noch einzutreten⁵⁹.

dert aber nicht, bei der materiell-rechtlichen Behandlung solcher gemischter Tatbestände eine gewisse Kombination der beidseitig geltenden Rechtsregeln durchzuführen.»

A.KOLLER, a.a.O., S.169 ff., kommt zum Schluß, daß für die Bestimmung des anwendbaren Rechts vom Gesetzestypus auszugehen ist, der der Regelung zugrunde liegt. Dessen zwingende Vorschriften seien direkt anwendbar, die nachgiebigen aber nur analog.

Weitere Literaturangaben bei A.KOLLER, a.a.O., S.158 ff.

⁵⁶ La nouvelle jurisprudence du tribunal fédéral sur le but des associations, in JdT 111, I, 1963, S.101.

⁵⁷ In ZSR 83 I, 1964, S.449.

⁵⁸ Das ist in der Literatur oft verkannt worden.

⁵⁹ Siehe dazu § 9, insbesondere Ziff. III, hinten S.170 ff.; ferner S.194 ff.

§ 9. Die Verwendungsmöglichkeiten der Gesetzestypen

I. Vorbemerkung

Das Problem ist bereits erläutert worden¹.

Wir haben auch bereits nach den Gründen gefragt, welche eine gesetzliche Bindung an Typen als angezeigt erscheinen lassen können².

Hier sind noch zwei Spezialfragen aus dem Problemkreis zu behandeln.

II. Sicherung der Einheit von Form und Inhalt?

1. Es wird behauptet, das rechtspolitische Ziel der gesetzlichen Typenbindung bestehe darin, «Form und Inhalt in der Weise zu einer Einheit zu verschmelzen, daß sich die Form der Eigengesetzlichkeit der Materie (des Inhalts) anpaßt und zum äußern Ausdruck des Inhalts wird³».

2. Dieser Ansicht kann nicht ohne weiteres beigeprpflichtet werden.

a) Problematisch ist bereits die Betrachtungsweise. Was ist «Form» und was ist «Inhalt» der Gesellschaft?

Der Ausdruck «Form» hat, wie bereits dargelegt worden ist⁴, in der Rechtswissenschaft verschiedene Bedeutungen.

Die Erklärungsform, d.i. die Art und Weise, wie ein rechtsgeschäftlicher Wille geäußert wird, kann hier nicht gemeint sein; es ist offensichtlich, daß der Inhalt eines Rechtsinstitutes in keinem funktionellen Zusammenhang mit den Regeln steht, welche für seine Entstehung gelten.

Wird dagegen unter «Form» der logische Aufbau des Rechtsinstitutes und das Verhältnis seiner Teile zueinander

¹ Vgl. vorne, S. 112 ff.

² Vorne, S. 114 ff.

³ H. PAULICK, Die eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenbeschränkung, S. 48.

Diese Auffassung scheint auch A. KOLLER, a.a.O., S. 130, zu teilen.

⁴ Vgl. vorne, S. 109 ff.

verstanden⁵, dann ist eine Gegenüberstellung von «Form» und «Inhalt» ungerechtfertigt. In diesem Sinne ist «Form» gleichzeitig auch «Inhalt». Sie ist nur ein Aspekt des Ganzen. Man kann das Ganze nicht in «Form» und «Inhalt» trennen.

b) Wenn gemeint sein sollte, mit der gesetzlichen Bindung an einen Typus würde notwendigerweise die Struktur des Gesetzestypus festgefügt und auf den vorgeschriebenen Zweck besonders ausgerichtet, dann wäre das wiederum unzutreffend. Die gesetzliche Typenbindung bedingt nicht notwendigerweise eine starke Typenfixierung. Das läßt sich sehr eindrücklich am Beispiel des Vereins des schweizerischen Rechts nachweisen. Dessen Verwendungsmöglichkeiten sind auf die Verfolgung idealer Zwecke beschränkt⁶. Trotzdem ist der Typ des Vereins in unserem Recht sehr schwach fixiert.

Es ist allerdings möglich, durch Kombination einer gesetzlichen Typenbindung und einer starken Typenfixierung die Art und Weise der Verfolgung eines bestimmten Zweckes sehr stark zu beschränken. Die Privatautonomie wird derart sowohl unter dem Gesichtspunkt der Verwendungsmöglichkeiten des Typus als auch unter dem Gesichtspunkt seiner inhaltlichen Ausgestaltung beschränkt. Das hat natürlich zur Folge, daß mit der besonderen Bezeichnung dieses Typus eine ziemlich genaue Vorstellung über seinen Inhalt verbunden ist; es bedeutet aber nicht, daß die «Form» sich der «Eigengesetzlichkeit der Materie» angepaßt hätte.

Der Gesetzgeber wird diese Kombination wählen, wenn es ihm darum geht, einer bestimmten (zweckgerichteten) Tätigkeit nur dann Rechtsschutz zu gewähren, wenn sich diese Tätigkeit nach einer (mehr oder weniger) zwingenden gesetzlichen Ordnung abwickelt⁷.

⁵ Vgl. dazu W. BURCKHARDT, Methode und System des Rechts, S. 107; ferner vorne, S. 110.

⁶ Näheres dazu, hinten S. 178 ff.

⁷ Vgl. dazu vorne, S. 115 lit. c.

III. Die Beschränkung der Verwendungsmöglichkeiten von Gesetzestypen auf die Verfolgung idealer Zwecke

1. Die Tatsache, ob eine Personenverbindung wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Zwecke verfolgt, spielt in allen unseren Nachbarländern eine Rolle für die Frage nach den Verwendungsmöglichkeiten der Gesetzestypen. Eigenartigerweise gelten jedoch für die Abgrenzung zwischen wirtschaftlichem und nichtwirtschaftlichem Zweck nicht überall die gleichen Kriterien. Damit wird die scheinbar einheitliche Lösung sehr stark relativiert.

Die Unterschiede der Abgrenzungskriterien sind offensichtlich auf die besonderen Schwierigkeiten einer genauen Abgrenzung zurückzuführen.

a) In Frankreich werden die Gesellschaften vom Verein (association) nach dem Gesichtspunkt unterschieden, ob die Absicht besteht, unter den Mitgliedern Gewinn zu verteilen.

Die bürgerliche Gesellschaft (société civile)⁸ und der Verein⁹ werden wie folgt definiert:

«La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter.»

«L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices.»

Die beiden Definitionen sind somit, soweit sie sich auf das Kriterium der Verteilung von Gewinnen beziehen, aufeinander abgestimmt. Die Trennung ist absolut. Personenverbindungen, welche eine Gewinnverteilung bezwecken, können sich nicht in Vereinsform konstituieren; Personenverbindungen, welche keine Gewinnverteilung bezwecken, können nicht Gesellschaften sein.

⁸ Art. 1832 Code civil.

⁹ Loi du 1^{er}. juillet 1901 relative au contrat d'association, Art. 1.

Das Unterscheidungskriterium (Absicht der Gewinnverteilung) scheint im französischen Recht einfach zu sein. Das trügt indessen; zahlreiche Probleme bedurften einer Klärung durch die Praxis. Diese ist keineswegs konstant, sondern hat sich im Verlaufe der Zeit stark gewandelt. Auf eine eingehende Darstellung muß hier raumeshalber verzichtet werden. Es wird auf den im Jahre 1964 publizierten Aufsatz von FRANÇOIS TERRÉ «La distinction de la société et de l'association en droit français»¹⁰ verwiesen.

b) Eine ähnliche Ordnung wie in Frankreich gilt auch in Italien. Ansatzpunkt für die Abgrenzung ist hier der Gesellschaftsbegriff.

Im System des neuen Zivilgesetzbuches Italiens ist die Gesellschaft ein Mittel zum kollektiven Betrieb eines Unternehmens. Ihre gesetzliche Definition lautet in der Übersetzung von SAN NICOLÒ/BECHER¹¹:

«*Artikel 2247.* Durch den Gesellschaftsvertrag bringen zwei oder mehrere Personen Gegenstände oder Dienstleistungen zur gemeinschaftlichen Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit zu dem Zwecke ein, die Erträge derselben zu teilen.»

In dieser Definition sind demnach für das hier behandelte Problem zwei Elemente wesentlich, nämlich die wirtschaftliche Tätigkeit und die Absicht, die Erträge dieser Tätigkeit zu teilen.

Eine Personenverbindung, welche nicht unter diesen Begriff subsumiert werden kann, ist nach italienischem Recht keine Gesellschaft. Unter Umständen ist sie eine Gemeinschaft¹² oder ein nicht anerkannter Verein¹³, d.h. ein Verein ohne Rechtspersönlichkeit.

Die starke Beschränkung der Verwendungsmöglichkeiten

¹⁰ Mélanges ROGER Secrétan, S. 325 ff.

¹¹ Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht 6, 1965.

¹² «Comunione» im Sinne der Art. 1100 ff. Codice civile, vergleichbar mit unserer Miteigentümergeinschaft.

¹³ Associazione non riconosciuta; vgl. dazu Art. 11 ff. Codice civile.

der Gesellschaft durch den Artikel 2247 des neuen Zivilgesetzbuches konnte indessen in der Praxis nicht durchgesetzt werden. In Wirklichkeit wird die Gesellschaftsform oft auch dann verwendet, wenn keine Absicht besteht, Gewinne zu verteilen, so z.B. als Organgesellschaft für ein Kartell¹⁴.

Im Gegensatz zu Frankreich kann in Italien der Verein auch zur Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke verwendet werden. Das Gesetz¹⁵ macht in dieser Beziehung keine Einschränkungen¹⁶.

Allerdings ist zu beachten, daß die Umschreibung des Gesetzestypus des Vereins auf die Verfolgung idealer Zwecke ausgerichtet ist.

c) In Österreich wird zwar auch zwischen wirtschaftlichem und nichtwirtschaftlichem Zweck einer Personenverbindung unterschieden, aber zur Regelung eines anderen Problems als in Frankreich und Italien.

Die Gesellschaft kann zur Verfolgung aller gesetzlich erlaubten Zwecke verwendet werden¹⁷. Das Gesetz¹⁸ definiert die Gesellschaft wie folgt:

«Durch einen Vertrag, vermöge dessen zwei oder mehrere Personen einwilligen, ihre Mühe allein, oder auch ihre Sachen zum gemeinschaftlichen Nutzen zu vereinigen, wird eine Gesellschaft zu einem gemeinschaftlichen Erwerbe errichtet.»

Der Zweck der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft kann allerdings nur «auf den Betrieb eines Handelsgewerbes» gerichtet sein¹⁹.

Auch Vereine können nach österreichischem Recht sowohl wirtschaftliche als auch nichtwirtschaftliche Zwecke

¹⁴ Vgl. dazu G. GUGLIELMETTI, Consorzi industriali, in: *Novissimo Digesto Italiano* IV, 1959, S. 279; P. RESCIGNO, Fondazione e impresa, in: *Rivista delle Società* XII, 1967, S. 833.

¹⁵ Art. 12 ff. des Codice civile.

¹⁶ Vgl. über die Ordnung des Vereins in Italien F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, 9. Auflage, 1957, 274 ff.

¹⁷ H. HÄMMERLE, *Handelsrecht*, II, S. 344.

¹⁸ ABGB Art. 1175.

¹⁹ §§ 105 und 161 HGB.

verfolgen. Es gilt jedoch eine verschiedene Ordnung, je nachdem, ob der Verein «auf Gewinn berechnet» ist oder nicht. Ein auf Gewinn berechneter Verein bedarf zu seiner Entstehung gemäß Kaiserlichem Patent vom 26. November 1852²⁰ einer behördlichen «Genehmigung». Im Zuge der Verfassungsreform des Jahres 1867 wurde durch das Gesetz über das Vereinsrecht vom 15. November 1867²¹ für nicht auf Gewinn berechnete Vereine das Konzessionssystem fallen gelassen und durch ein mit der Möglichkeit der Untersagung und Auflösung von Vereinen modifiziertes Anmeldungssystem ersetzt²².

d) Wiederum anders ist die Ordnung in Deutschland.

Die Gesellschaften können dort ebenfalls zur Verfolgung wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Zwecke benützt werden.

Paragraph 705 BGB definiert die bürgerliche Gesellschaft wie folgt:

«Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten.»

Hinsichtlich der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft gilt das nämliche wie in Österreich; ihr Zweck kann nur «auf den Betrieb eines Handelsgewerbes» gerichtet sein²³. Wird kein kaufmännisches Gewerbe betrieben, so liegt eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts vor.

Die Aktiengesellschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung können zur Verfolgung irgendeines erlaubten Zweckes verwendet werden²⁴.

²⁰ RGBL. Nr. 253.

²¹ RGBL. Nr. 134.

²² Vgl. dazu die «Einführung» zum Vereinsrecht in der amtlichen Gesetzessammlung Österreichs.

²³ §§ 105 und 161 HGB.

²⁴ § 3 des Aktiengesetzes vom 6. September 1965; § 1 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892.

Die Verwendungsmöglichkeiten der Genossenschaft sind dagegen noch mehr als im schweizerischen Recht beschränkt. Die Art der Zweckverfolgung wird noch stärker als in der Schweiz vorgeschrieben und gleichzeitig zum Merkmal des klassifikatorischen Begriffs erhoben. Gemeinsame Selbsthilfe («Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder») muß mittels eines «gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes» erfolgen²⁵.

Der Verein kann in Deutschland zur Verfolgung wirtschaftlicher oder idealer Zwecke verwendet werden. Der Zweck ist lediglich für die Zuerkennung der Rechtsfähigkeit von Bedeutung. Der Idealverein erlangt die Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichtes. Zur Entstehung eines wirtschaftlichen Vereins bedarf es in Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften der staatlichen Konzession.

Das Merkmal zur Unterscheidung zwischen Idealverein und wirtschaftlichem Verein ist die Tatsache, ob der Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist²⁶.

Die Unterscheidung zwischen Idealverein und wirtschaftlichem Verein bereitet auch in Deutschland erhebliche Schwierigkeiten. Es kann in dieser Beziehung auf die Kommentare zum Vereinsrecht, insbesondere zu den Paragraphen 21 und 22 BGB verwiesen werden.

e) Wiederum anders ist die Bedeutung des wirtschaftlichen und des nichtwirtschaftlichen Zweckes für die Verwendungsmöglichkeiten der Gesetzestypen in der Schweiz.

Entgegen der französischen und in Übereinstimmung mit der italienischen, österreichischen und deutschen Regelung, gibt es in unserem Land keine absolute Scheidung zwischen Gesetzestypen, welche wirtschaftliche Zwecke und solche, die nichtwirtschaftliche Zwecke verfolgen dürfen.

²⁵ § 1 des Gesetzes betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889.

²⁶ §§ 21 und 22 BGB.

Die Verwendungsmöglichkeiten des Vereins sind zwar nach schweizerischem Recht auf die Verfolgung idealer Zwecke beschränkt²⁷.

In Übereinstimmung mit Österreich und Deutschland kann dagegen die Aktiengesellschaft sowohl wirtschaftliche als auch nichtwirtschaftliche Zwecke verfolgen.

Das gilt – hier im Gegensatz zu Österreich und Deutschland – auch für die Kollektivgesellschaft und für die Kommanditgesellschaft.

Hinsichtlich der Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist die Frage kontrovers. Gemäß Artikel 772 Absatz 3 OR kann die Gesellschaft mit beschränkter Haftung zum Betrieb eines Handels-, eines Fabrikations- oder eines andern nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes oder zu andern wirtschaftlichen Zwecken gegründet werden. W. VON STEIGER vertritt in seinem Kommentar²⁸ die Ansicht, daß Personenvereinigungen zu idealen Zwecken die Rechtsform der GmbH benützen dürfen, wenn sie zur Erreichung oder Unterstützung ihrer idealen Aufgabe ein Gewerbe der genannten Art betreiben. Umgekehrt sei es fraglich, ob die GmbH Personenverbindungen mit ausschließlich idealer Tätigkeit (ohne Gewerbebetrieb) zur Verfügung stehe. Der Wortlaut des Artikels 772 OR schließt das eindeutig aus. Trotzdem vertritt A. SIEGWART²⁹ die Meinung, Artikel 772 Absatz 2 OR sei nicht im Sinne eines Ausschlusses idealer Zwecke auszulegen, weil «absolut kein Grund» bestehe, «die Verfolgung idealer Ziele in der Form der GmbH zu verbieten.»

In bezug auf die Genossenschaft ist die Rechtslage ebenfalls nicht ganz klar. Da das Gesetz lediglich verlangt, daß die Genossenschaft «in der Hauptsache» wirtschaftliche Interessen ihrer Mitglieder (in gemeinsamer Selbst-

²⁷ Näheres zum Problem hinten, S. 178 ff.

²⁸ N. 55 und 56 zu Art. 772 OR.

²⁹ Die Freiheit bei der Wahl der Verbandsperson und bei der Einzelgestaltung ihres Inhaltes, S. 192/93.

hilfe) verfolge, darf geschlossen werden, daß die Genossenschaft auch ideale Zwecke als Nebenzwecke haben könne.

Andererseits wird man angesichts des klaren Textes kaum die Meinung vertreten dürfen, mittels einer Genossenschaft könnten nur ideale Zwecke verfolgt werden³⁰.

2. Die Untersuchung über die Bedeutung des wirtschaftlichen und des nichtwirtschaftlichen Zweckes in der Schweiz und in ihren Nachbarländern ergibt folgendes:

a) Der wirtschaftliche und der nichtwirtschaftliche Zweck haben von Land zu Land für das Problem der Verwendungsmöglichkeiten der Personengesellschaften und der juristischen Personen eine verschiedene Bedeutung. Eine einheitliche Konzeption liegt nicht vor.

b) Wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Zweck werden von Land zu Land auch nach unterschiedlichen Kriterien voneinander abgegrenzt.

In Frankreich stellt man darauf ab, ob die Absicht besteht, Gewinn zu verteilen; in Italien darauf, ob eine wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird, in der Absicht, Gewinn zu verteilen. Das österreichische Recht unterscheidet den wirtschaftlichen vom nichtwirtschaftlichen Verein, je nachdem, ob der Verein «auf Gewinn berechnet» ist. In Deutschland wird darauf abgestellt, ob der Vereinszweck «auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist». Das schweizerische Recht unterscheidet den (Ideal-) Verein von den «Personenverbindungen, die einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen³¹», wobei in Artikel 60 ZGB exemplifizierend gesagt wird, welche Tätigkeiten nicht auf einen wirtschaftlichen Zweck ausgerichtet sind: die Verfolgung von politischen, religiösen, wissenschaftlichen, künstlerischen, wohlthätigen, geselligen Aufgaben.

c) Die Tatsache, daß das nämliche Problem in verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedlich geregelt ist, deutet

³⁰ Näheres dazu bei M. GERWIG, Schweizerisches Genossenschaftsrecht, S. 119 ff.

³¹ Art. 59 Absatz 2 ZGB.

darauf hin, daß keine in den Realfaktoren des Rechts vorgegebene Notwendigkeit besteht, die Verwendungsmöglichkeiten der Personengesellschaften und juristischen Personen nach dem Kriterium zu beschränken, ob sie wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Zwecke verfolgen.

3. Nach diesen allgemeinen Ausführungen über die Verwendungsmöglichkeiten der Gesetzestypen befassen wir uns noch mit zwei Einzelfragen, die sich im schweizerischen Recht in diesem Zusammenhang stellen, nämlich die Verwendungsmöglichkeiten des Vereins und der Stiftung.

4. Abschnitt

EINZELFRAGEN

*§ 10. Die Verwendungsmöglichkeiten des Vereins
im schweizerischen Recht**I. Entstehungsgeschichte der gegenwärtigen Ordnung*

1. Auf die Problematik, die sich aus der gegenwärtigen Rechtslage ergibt, ist bereits vorne, S.23 ff., hingewiesen worden. Es wird darauf verwiesen.

2. Zur Entstehungsgeschichte der Artikel 52 Absätze 1 und 2, 59 Absatz 2, 60 Absatz 1 und 61 Absätze 1 und 2 ZGB ist schon viel geschrieben worden. In den letzten Jahren befaßten sich insbesondere M.-A. PELLET¹ und M. GUTZWILLER² mit dieser Frage.

Das Bundesgericht untersuchte die Gesetzesmaterialien insbesondere im Entscheid 88 II, 1962, S.209 ff. (Miniera-Entscheid).

In dieser Arbeit wird die Entstehungsgeschichte dieser Artikel aus zwei Gründen nochmals verfolgt: einmal, weil das Problem trotz wiederholter Praxisänderung und trotz der vielen wissenschaftlichen Beiträge immer noch nicht befriedigend gelöst ist, weder *de lege lata*, noch *de lege ferenda*; zum anderen, weil die Materialien bisher vornehmlich konsultiert worden sind, um die gegenwärtige Rechtslage zu erforschen. Wir fragen dagegen in erster Linie, ob unsere gesetzliche Ordnung zweckmäßig, «richtig» ist. Es handelt sich also um eine im Hinblick auf eine Gesetzesänderung gerichtete Betrachtungsweise.

¹ Le but non-économique de l'association, 1964. Die Arbeit PELLETs enthält ein praktisch lückenloses Verzeichnis der schweizerischen Literatur zum Problem bis 1964, worauf hier verwiesen wird.

² Nachwort des Herausgebers, in ZSR 83 I, 1964, S.453 ff.

Die Materialien werden also hier unter einem ganz bestimmten Gesichtspunkt betrachtet.

3. Die Vorarbeiten zu den hier zu besprechenden Artikeln des ZGB bezogen sich im wesentlichen auf zwei Fragen:

a) Unter welchen Voraussetzungen soll ein Verein Rechtspersönlichkeit erlangen?

b) Welches sollen die Verwendungsmöglichkeiten des Vereins sein?³

Leider wurde nicht immer mit genügender Schärfe zwischen diesen beiden Fragen unterschieden. Das hat bereits in den Vorarbeiten, aber auch in der Rechtsliteratur zu Unklarheiten und Mißverständnissen geführt. Dieser Umstand spiegelt sich teilweise auch in der gegenwärtigen gesetzlichen Regelung wider.

4. Verwirrend mag auch gewirkt haben, daß der Begriff «Verein» in einem doppelten Sinn verwendet wurde, einmal – in Anlehnung an die Terminologie des BGB – als Oberbegriff für Personenverbindungen mit juristischer Persönlichkeit und körperschaftlicher Organisation, dann zur Bezeichnung des besonderen Gesetzestypus «Verein»⁴.

Heute sind wir daran gewöhnt, unter dem Begriff «Verein» lediglich den in den Art. 60 ff. ZGB umschriebenen Typus zu verstehen. Das ZGB spiegelt jedoch in den Art. 52 Absatz 2 und 60 Absatz 1 noch die «alte» Auffassung wider. Würde «Verein» in diesem Zusammenhang als der besondere Gesetzestypus verstanden, so wäre es verfehlt, von Vereinen, «die nicht wirtschaftliche Zwecke verfolgen» zu sprechen. Das wäre eine Tautologie.

³ Es war nie bestritten, daß der Verein in der Hauptsache der Verfolgung idealer Zwecke dienen sollte. Umstritten blieb indessen die Frage, wie die Kriterien zur Unterscheidung des Idealen vom Wirtschaftlichen zu wählen seien.

Stark vernachlässigt wurde insbesondere die Frage, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn der Zweck gemischt ist oder wenn er nachträglich geändert wird.

⁴ Vgl. dazu die Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes, 1. Auflage, S. 80.

Es ist bedauerlich, daß der Begriff «Verein» im ZGB zwei verschiedene Bedeutungen hat. Verwirrend ist insbesondere, daß die gesetzliche Ordnung des nichtwirtschaftlichen Vereins den Titel «Die Vereine» trägt.

Man kann zwar sagen, im nämlichen Abschnitt würden auch wirtschaftliche Vereine geregelt, nämlich jene Personenverbindungen, die sich eine körperschaftliche Organisation gegeben haben, einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen und keine Rechtspersönlichkeit besitzen, weil sie sich nicht als Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder als Genossenschaft konstituiert haben (Art. 62 ZGB). Diese Typen kann man als «wirtschaftliche Vereine» bezeichnen. Aber selbst unter Einbezug dieser Betrachtungsweise bleibt es dabei, daß Personenverbindungen, die unter den Oberbegriff «Verein» fallen (Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Genossenschaft) in den Artikeln 60 bis 79 ZGB, welche unter dem Titel «Die Vereine» stehen, überhaupt nicht erwähnt werden. Art. 59 Absatz 2 ZGB verweist ausdrücklich auf die Sonderbestimmungen des OR.

Ein zwingender Grund, den Begriff «Verein» auf die körperschaftlich organisierten Handelsgesellschaften und auf die Genossenschaft auszudehnen, besteht nicht. Es wäre deshalb zu begrüßen, wenn im schweizerischen Recht unter «Verein» nur jener Gesetzestypus verstanden würde, der in den Artikeln 69 bis 79 ZGB geregelt worden ist. Als «nicht-rechtsfähige Vereine» könnte man dann jene Personenverbindungen bezeichnen, die sich als Vereine organisiert haben, denen aber die Rechtspersönlichkeit aus irgendeinem Grunde nicht zukommt. Darunter können auch Personenverbindungen mit idealen Zwecken fallen, beispielsweise, wenn der Wille, als Körperschaft zu bestehen, aus den Statuten nicht ersichtlich ist. Sie wären nach der gegenwärtigen gesetzlichen Regelung den einfachen Gesellschaften gleichgestellt (Art. 62 ZGB).

5. Der Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements bekannte sich – im Gegensatz zum ZGB –

für die «körperschaftlich eingerichteten Personenverbindungen und die einem eigenen Zwecke gewidmeten und selbständigen Anstalten» zum Grundsatz der freien Verbandsbildung. Art.70 des Vorentwurfes lautete dementsprechend:

«Die körperschaftlich eingerichteten Personenverbindungen und die einem eigenen Zwecke gewidmeten und selbständigen Anstalten haben das Recht der Persönlichkeit.»

Allerdings war vorgesehen, «für die einzelnen Kategorien noch besondere Requisite» aufzustellen⁵. Für die körperschaftlich organisierten Personenverbindungen des Obligationenrechtes bestanden sie schon. Deshalb mußte der Verein von diesen Personenverbindungen abgegrenzt werden⁶.

Der Entwurf versuchte, das Problem dadurch zu bewältigen, daß der Begriff des Vereins in positiver und in negativer Hinsicht definiert wurde.

«Positiv muß der Verein einen politischen, religiösen, wissenschaftlichen, künstlerischen, wohltätigen, geselligen Zweck verfolgen – das Gesetz nennt diese hauptsächlichsten Beispiele.» «Negativ darf der Verein nicht einen unmittelbar wirtschaftlichen Zweck verfolgen, denn in diesem Falle gehört er unter die wirtschaftlichen Vereine des O.-R. (Genossenschaften, Aktiengesellschaften) oder des kantonalen Rechtes. Gesprochen wird von einem unmittelbar wirtschaftlichen Zweck, weil es sehr wohl Vereine im Rahmen der positiv aufgestellten Umschreibung geben kann, die ihrem Zweck durch das Mittel eines wirtschaftlichen Betriebes zu dienen suchen, wie z.B. Hilfsvereine mit Speiseanstalten.» «Die unmittelbare Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke gehört nach dem Vorentwurf, auch wenn der Betrieb Ziele der Wohltätigkeit im Auge hat, stets unter das O.-R., so bei Sparvereinen, Wohnungsvereinen und Konsumvereinen, wie überhaupt allen Verbindungen, die zur wirtschaftlichen Förderung der Mitglieder, sei es auch im Sinne der Unterstützung, dienen,

⁵ Erläuterungen, S. 75.

⁶ Erläuterungen, S. 80.

oder auf ein wirtschaftliches Ziel gerichtet sind, das erst mittelbar durch den Erwerb einem idealen Zweck zu dienen bestimmt ist.

Sache der Würdigung des einzelnen Falles muß es sein, alsdann zu entscheiden, ob der ideale oder der wirtschaftliche Zweck unmittelbar gegeben sei.»⁷

Zusammenfassend kann hinsichtlich des Vorentwurfes des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes folgendes festgehalten werden:

a) Die Abgrenzung zwischen dem Verein und den übrigen körperschaftlichen organisierten Personenverbindungen wurde deshalb nötig, weil für den Verein, anders als für die körperschaftlich organisierten Personenverbindungen des Obligationenrechts, der Grundsatz der freien Bildung nicht eingeschränkt werden sollte.

Schon dannzumal wurde erkannt, daß die Vereine «im Verkehrsleben» eine wichtige Rolle spielen können⁸.

Trotzdem wurde darauf verzichtet, aus diesem Umstand Konsequenzen hinsichtlich der Zuerkennung der Rechtspersönlichkeit zu ziehen.

b) Hinsichtlich der Verwendungsmöglichkeiten des Vereins war der Vorentwurf restriktiv.

Personenverbindungen mit idealer Zielsetzung, die zur Erreichung des idealen Zweckes eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübten, konnten sich nicht als Verein (mit Rechtspersönlichkeit) konstituieren.

Es wird nun untersucht, wie die beiden unter lit. a) und b) umschriebenen Hauptfragen im Verlaufe der folgenden Gesetzesberatung behandelt wurden.

6. a) Der Entwurf des Bundesrates ging hinsichtlich der Zuerkennung der Rechtspersönlichkeit im allgemeinen zum Grundsatz des Registrierzwanges über. Artikel 61 Absatz 1 bestimmte:

«Die körperschaftlich eingerichteten Personenverbindun-

⁷ Erläuterungen, S. 80/81.

⁸ Erläuterungen, S. 82.

gen und die einem eigenen Zwecke gewidmeten und selbständigen Anstalten erlangen das Recht der Persönlichkeit durch die Eintragung in das Handelsregister.»

Diese Änderung wurde mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit vorgenommen⁹.

Für den Verein galt nach wie vor der Grundsatz der freien Bildung, jetzt aber als Ausnahme von der Regel.

Artikel 61 Absatz 2 lautete:

«Keiner Eintragung bedürfen die öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten, sowie die Vereine, die nicht wirtschaftliche Zwecke verfolgen.»

b) Die Verwendungsmöglichkeiten des Vereins blieben gegenüber dem Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes unverändert, obwohl der Text einige Änderungen erfuhr. Die positive Umschreibung des Vereinsbegriffs (Vereine, die sich einer politischen, religiösen, wissenschaftlichen, künstlerischen, wohltätigen, geselligen...Aufgabe widmen) wurde lediglich ergänzt. Beigefügt wurden die Worte «oder einer ähnlichen»...Aufgabe widmen. Die negative Begriffsumschreibung wurde nun genauer. Nach der Fassung des Artikels 70 Absatz 1 des bundesrätlichen Entwurfes durften Vereine weder mittelbar noch unmittelbar einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen.

Das bedeutete, daß einem Verein, welcher die positiven Voraussetzungen erfüllte, also ideale Zwecke verfolgte, das Recht der Persönlichkeit nicht zuerkannt wurde, wenn er in Ausübung dieses Zweckes sich unmittelbar wirtschaftlich betätigte, beispielsweise einen Geschäftsbetrieb führte. Umgekehrt bedeutete dies jedoch nicht, daß eine Personenverbindung, welche wirtschaftliche Zwecke verfolgte, aber für deren Ausübung keinen Geschäftsbetrieb führte, als Verein die Rechtspersönlichkeit erlangen konnte. Dies kommt – allerdings etwas unklar – auch in der Botschaft¹⁰, zum Ausdruck.

⁹ Botschaft, S. 19.

¹⁰ S. 19.

«Der Eintragung bedürfen also: Die Körperschaften, die nicht zu den genannten Vereinen gehören, mithin alle Vereine mit wirtschaftlichem Zweck, sei es, daß sie direkt einen wirtschaftlichen Betrieb zum Zwecke haben oder einen solchen zur Erreichung eines andern Zweckes betätigen.»¹¹

Den Vereinsorganen wurde geraten, die Vereine in das Handelsregister eintragen zu lassen. Der Eintrag sollte eine Vermutung für das Vorhandensein der Voraussetzungen zur Erlangung der Rechtspersönlichkeit begründen, aber nicht mehr¹².

7a) Im Nationalrat blieb der Grundsatz des Registrierzwanges unangefochten.

Zur Ausnahme für die Vereine hinsichtlich der Zuerkennung der Rechtspersönlichkeit (freie Bildung) führte EUGEN HUBER als Berichterstatter der Kommission folgendes aus: «Bei Vereinen kann man in Zweifel sein. Da kann es sich fragen, ob mit Bezug auf Vereine, die nicht öffentlich-rechtliche Zwecke verfolgen, die Eintragung nicht doch vorgeschrieben werden sollte. Die früheren Kommissionen, wie auch die unsrige, haben sich durch alle Instanzen hindurch schließlich für die Nichteintragung entschieden, so daß also in Übereinstimmung mit Zürich, der Ostschweiz, der Zentralschweiz nach dem Entwurf für Vereine mit idealem Zweck das Recht der Persönlichkeit soll erworben werden können ohne Eintragung in das Register¹³.

In anderem Zusammenhang führte EUGEN HUBER zum nämlichen Problem aus: «Wenn nun der Entwurf davon absieht, daß Vereine, um juristische Persönlichkeit zu erlangen, in das Register eingetragen werden sollen, so setzt er sich, nach dem, was ich ausgeführt habe, in Gegensatz zu einer weitverbreiteten Anschauung, namentlich der Westschweiz, dann aber auch Bern, Solothurn, Baselland u.a. In diesen Gegenden wünscht man vornehmlich, daß in irgendeiner Art

¹¹ Der Ausdruck «Verein» wird hier offensichtlich im Sinne des Oberbegriffes verwendet.

¹² Vgl. Art. 71 des bundesrätlichen Entwurfes.

¹³ Sten. Bull. NR 1905, S. 475.

eine Registereintragung hergestellt werden möchte, damit man bestimmt wisse, wann ein solcher Verein als juristische Person anerkannt werden müsse und wann nicht. Der Grund, weshalb wir im Gegensatz zu diesen Anschauungen der ostschweizerischen Auffassung den Vorzug gegeben haben, ist namentlich der: Wenn die Publikation, d.h. die Eintragung ins Register überhaupt einen Zweck haben soll, so muß damit zugleich auch die Angabe der Vertreter oder Vorstandsmitglieder verbunden werden. Wenn nun aber diese nicht immer wieder je nach ihrem Wechsel in den Registern nachgetragen werden, so ist die Publizität des Registers in bezug auf diese Vereine nicht nur eine mangelhafte, sondern sogar eine irreführende. Sobald man aber die Vereine ernstlich zwingen sollte, die Eintragungen im genannten Umfange vorzunehmen, so müßte das für sie eine Belästigung bedeuten, die in gar keinem Verhältnis steht zu dem Nutzen, den eine solche Publizität für den Verkehr haben würde. Überdies fallen ja nur Vereine in Betracht, die keine ausgedehnte wirtschaftliche Tätigkeit entwickeln, denn wäre das der Fall, so würden sie nicht mehr unter Artikel 70 gehören und wären als Genossenschaften oder dergleichen eintragungspflichtig.»¹⁴

Aus den im Rat folgenden Voten geht hervor, daß man im übrigen mit dieser Regelung auch die Mitglieder von großen Vereinen vor den Folgen der Nichteintragung, nämlich der solidarischen Haftung, schützen wollte. Ein Vorschlag ISLER, die Zuerkennung der Rechtspersönlichkeit vom Eintrag in ein Vereinsregister abhängig zu machen, war bereits in der nationalrätlichen Kommission unterlegen¹⁵. Im Rat drang auch nicht der Antrag BROSI durch, als Voraussetzung der Zuerkennung der Rechtspersönlichkeit wenigstens die Veröffentlichung im Amtsblatt des Kantons, in dem der Verein seinen Sitz hat, zu verlangen¹⁶.

Interessant ist, daß Befürworter und Gegner der Regi-

¹⁴ Sten. Bull. NR 1905, S.480/481.

¹⁵ Sten. Bull. NR 1905, S.483.

¹⁶ Sten. Bull. NR 1905, S.483 ff.

strierpflicht (als Voraussetzung für die Zuerkennung der Rechtspersönlichkeit) sich auf die Rechtssicherheit beriefen. Die ersteren wollten mit der Eintragung Klarheit darüber verschaffen, ob man es mit einer rechtsfähigen Person zu tun habe oder nicht; die letzteren glaubten, mit dem Grundsatz der freien Verbandsbildung «die Rechtsunsicherheit für die ganze Zwischenzeit zwischen dem Moment, wo sich der Verein als Persönlichkeit konstituiert hat und dem Moment, wo die Publikation im Amtsblatt erfolgt», zu beseitigen¹⁷. «Vom Moment an, wo ein Verein sich Statuten gegeben hat und in den Statuten ausdrücklich erklärt hat, er wolle Persönlichkeit haben, weiß jedermann, woran er ist», behauptete BÜHLMANN. Daß dem nicht so ist, ist uns heute zur Genüge bekannt.

b) Die Verwendungsmöglichkeiten des Vereins wurden gegenüber der bundesrätlichen Fassung nicht erweitert, obwohl der Gesetzestext geändert wurde.

Die positive Umschreibung des Unterscheidungskriteriums («Vereine, die sich einer politischen, religiösen, wissenschaftlichen, künstlerischen, wohltätigen, geselligen oder andern ähnlichen Aufgabe widmen») blieb gegenüber der bundesrätlichen Fassung unverändert. Geändert wurde die negative Umschreibung («und nicht mittelbar oder unmittelbar einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen»). Sie wurde ersetzt durch folgende Fassung: ...«und nicht einen wirtschaftlichen Betrieb nach kaufmännischer Art führen».

Wie aus den Erläuterungen EUGEN HUBERS¹⁸ und BROSSIS¹⁹ ersichtlich ist, sollte gegenüber dem bundesrätlichen Entwurf in materieller Hinsicht trotz der Änderung des Textes nichts geändert werden. Es blieb also dabei: Vereine mit idealem Zweck, welche zu dessen Verfolgung einen Geschäftsbetrieb führten, konnten als Vereine keine Rechtspersönlichkeit erlangen und ebenso nicht Ver-

¹⁷ In diesem Sinne das Votum BÜHLMANN; Sten. Bull. NR 1905, S. 484.

¹⁸ Sten. Bull. NR 1905, S. 480.

¹⁹ Sten. Bull. NR 1905, S. 483.

eine, die wirtschaftliche Zwecke verfolgten, obwohl sie zu diesem Zweck keinen Betrieb nach kaufmännischer Art führten²⁰. Das ist der Sinn des Art. 70 (heute Art. 60 ZGB) in der Fassung des Nationalrates.

In Widerspruch dazu steht allerdings der Text des Art. 61 Absatz 2 (heute Art. 52 Absatz 2 ZGB), bei dessen Formulierung man offenbar vergessen hatte, daß – gemäß der bisherigen Systematik – in Artikel 70 (heute Art. 60 ZGB) näher umschrieben worden war, was ein idealer Zweck ist. Aus der vom Nationalrat geänderten Formulierung des Artikels 70 übernahm man nur die negative, nicht aber die positive Umschreibung. Dadurch wurde natürlich der Sinn stark verändert²¹.

8a) Hinsichtlich der Zuerkennung der Rechtspersönlichkeit folgte der Ständerat dem Beschluß des Nationalrates. Es blieb dabei, daß die Vereine die Rechtspersönlichkeit ohne Eintragung in das Handelsregister erlangen konnten, sobald der Wille, als Körperschaft zu bestehen, aus den Statuten ersichtlich war.

Zwar wurden auch die Argumente der Befürworter einer Eintragungspflicht (zwecks Erlangung der Rechtspersönlichkeit) erwogen. Man fand indessen, daß mit der Begründung der Eintragungspflicht der Rechtssicherheit tatsächlich kaum gedient wäre, «weil die Vereine sich einfach nicht eintragen lassen würden, so wenig, wie sie sich unter dem bisherigen Rechte haben eintragen lassen». Stark ins Gewicht fielen aber auch politische Überlegungen. Der Zwang zur Ein-

²⁰ Die Ausführungen EUGEN HUBERS in Sten. Bull. NR 1905, S. 480, «daß unter die Vereine des Art. 70 alle diejenigen bezogen würden, die nicht einen wirtschaftlichen Betrieb nach kaufmännischer Art führen», ist zum mindesten ungenau und steht im Widerspruch zu seinen übrigen im nämlichen Zusammenhang abgegebenen Erklärungen und nicht in Übereinstimmung mit dem diskutierten Text des Gesetzesentwurfes.

²¹ Art. 61 Abs. 2 lautete: «Keiner Eintragung bedürfen die öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten, sowie die Vereine, die nicht einen wirtschaftlichen Betrieb nach kaufmännischer Art führen, und die Familienstiftungen».

tragung sei «im höchsten Grade unpopulär». Er widerspreche «einer gewissen Volkssitte». Die unzähligen schweizerischen Vereine könnten sich allenfalls noch dazu entschließen, Statuten aufzustellen; vor der Öffentlichkeit, vor einer gewissen Publizität, hätten sie aber «eine ganz merkwürdige Furcht und Abneigung». Gegen die Eintragungspflicht (zwecks Erlangung der Rechtspersönlichkeit) wurde ferner wie im Nationalrat geltend gemacht, es wäre für die Vereine zu kompliziert, den ständigen Wechsel ihrer «Vertreter» im Handelsregister eintragen lassen zu müssen²².

b) Die Verwendungsmöglichkeiten des Vereins wurden nun erweitert.

Der Ständerat behielt die positive Umschreibung («Vereine, die sich einer politischen, religiösen, wissenschaftlichen, künstlerischen, wohltätigen, geselligen oder andern ähnlichen Aufgabe widmen») praktisch bei. Lediglich die Worte «oder andern ähnlichen» wurden gestrichen. Geändert wurde dagegen die negative Umschreibung («und nicht einen wirtschaftlichen Betrieb nach kaufmännischer Art führen»). Sie wurde ersetzt durch folgende Worte: «oder andern nicht wirtschaftlichen Aufgabe widmen».

Damit wurde es möglich, daß Personenverbindungen mit idealen Zwecken als Verein die Rechtspersönlichkeit erlangen konnten, auch wenn sie zur Ausübung ihres Zweckes sich eines wirtschaftlichen Betriebes nach kaufmännischer Art bedienten. Für diesen Fall wurde indessen die Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister vorgeschrieben, nicht jedoch als Voraussetzung für die Zuerkennung der Rechtspersönlichkeit²³.

²² Sten. Bull. StR 1905, S. 942.

²³ Art. 71 Absatz 2 (heute Art. 61 Absatz 2 ZGB) lautete: «Verbindet der Verein mit seinem Zweck ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe, so untersteht er der Eintragungspflicht.»

Über die Bedeutung der Eintragungspflicht (keine Voraussetzung für die Zuerkennung der Rechtspersönlichkeit) geben die Ausführungen des Berichterstatters der Kommission, HOFFMANN, in Sten. Bull. StR, 1905, S. 942, Auskunft.

Mit dieser Regelung sollte insbesondere verhindert werden, daß Vereine mit idealen Zwecken, welche nach ihrer Gründung zur Verfolgung dieser Zwecke einen wirtschaftlichen Betrieb nach kaufmännischer Art eröffnen sollten, dadurch die Rechtspersönlichkeit verlieren würden. Klargestellt wurde im Ständerat auch, daß gemischte Zwecke zugelassen würden, wenn der wirtschaftliche Zweck nicht Hauptzweck ist²⁴. Im Gesetzestext fand dieser Gedanke allerdings (leider) nicht Ausdruck.

Der Widerspruch zwischen den Artikeln 61 Absatz 2 und 70 Absatz 1 (heute Art. 52 Absatz 2 und 60 Absatz 1 ZGB) wurde behoben. Der Artikel 61 Absatz 2 wurde, soweit er die Vereine betrifft, wie im bundesrätlichen Entwurf formuliert, nämlich:

«Keiner Eintragung bedürfen die öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten, sowie die Vereine, die nicht wirtschaftliche Zwecke verfolgen.»

Die Konkretisierung dessen, was unter wirtschaftlichem und was unter idealem Zweck zu verstehen ist, wurde dem Artikel 70 Absatz 1 (heute Art. 60 Absatz 1 ZGB) vorbehalten.

9. Aus den späteren Beratungen der Eidgenössischen Räte ergeben sich für die hier interessierenden Fragen keine wesentlichen neuen Gesichtspunkte.

10. Es kann somit festgestellt werden, daß das Bundesgericht das Gesetz im *Miniera-Entscheid* (BGE 88 II, 1962, S. 209 ff.) hinsichtlich der Bedeutung eines nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes für die Zuerkennung der Rechtspersönlichkeit an einen Verein im Sinne der Materialien ausgelegt hat: Personenverbindungen, welche einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen, können auch dann als Vereine keine Rechtspersönlichkeit erlangen, wenn sie kein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben. Personenverbindungen mit idealem Zweck können als Verein die Rechtspersönlichkeit erlangen, auch wenn sie zur Verfolgung

²⁴ Sten. Bull. StR 1905, S. 942.

dieses Zweckes ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe führen. In diesem Fall ist jedoch der Verein verpflichtet, sich ins Handelsregister eintragen zu lassen. Der Eintrag ist jedoch nicht Voraussetzung für die Zuerkennung der Rechtspersönlichkeit.

Die Abgrenzungsfrage ist damit allerdings noch nicht abschließend geklärt. Zahlreiche Probleme sind trotzdem noch ungelöst. Darauf ist noch einzutreten.

II. Die Schwierigkeiten der Abgrenzung zwischen idealem und wirtschaftlichem Zweck

1. Dadurch, daß der Betrieb eines nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes als Abgrenzungskriterium fallengelassen wird, werden die Abgrenzungsschwierigkeiten nicht etwa vermindert, im Gegenteil.

Liegt der Grund etwa darin, daß die menschlichen Handlungen unter den Gesichtspunkten wirtschaftlicher und idealer Zwecktätigkeit oft gar nicht eingeteilt werden können? Es ist zwar evident, daß es gewisse Randzonen gibt, in denen diese Handlungen eindeutig nur auf die Verfolgung idealer oder wirtschaftlicher Zwecke ausgerichtet sind. Dazwischen gibt es aber eine Unmenge von Erscheinungen, welche nur mit Gewalt nach diesen Gesichtspunkten geordnet werden können. Mit einer klassifikatorischen Betrachtungsweise trägt man in dieser Beziehung der sozialen Wirklichkeit nicht genügend Rechnung. Das soziale Leben kann in seiner Vielfalt nur mit Hilfe der ordnenden und der typologischen Betrachtungsweise voll erfaßt werden²⁵.

Mittels der ordnenden Betrachtungsweise läßt sich feststellen, daß die menschlichen Handlungen hinsichtlich der Art der Zweckverfolgung eine Typenreihe bilden, deren Enden einerseits der rein ideale Zweck, anderseits der rein wirtschaftliche Zweck sind.

²⁵ Vgl. zu diesen Begriffen vorne, S. 97 ff.

Muß man sich dann noch wundern, daß der Gesetzgeber auf Schwierigkeiten stößt, wenn er zwischen den beiden Polen mittels klassifikatorischer Begriffe einen Trennungsstrich ziehen soll?

Angesichts dieser Wirklichkeit, die sich in den Realfaktoren des Rechts ausprägt, ist es verständlich, daß die Kontroverse «ideal oder wirtschaftlich» sich zu verewigen scheint²⁶.

2. Die Tatsache, daß die Abgrenzung große Schwierigkeiten bereitet, ist natürlich noch kein Grund, diesen Schwierigkeiten auszuweichen. Wenn die Abgrenzung unerläßlich ist, dann muß die Rechtswissenschaft auch damit fertig werden, selbst wenn der Rechtswirklichkeit durch die Klassifikation etwas Gewalt angetan werden müßte.

Man muß sich also die Frage stellen, ob es de lege ferenda notwendig ist, die wirtschaftliche und die nichtwirtschaftliche Tätigkeit im Gesellschaftsrecht voneinander abzugrenzen.

Diese Frage soll im folgenden für das schweizerische Recht geprüft werden.

Vorerst ist jedoch anhand einiger Beispiele zu zeigen, wo die Schwierigkeiten der Abgrenzung überhaupt liegen. Dabei kann im wesentlichen auf die Rechtsprechung und auf die Literatur abgestellt werden²⁷.

Es ist nicht beabsichtigt, die Abgrenzungsschwierigkeiten

²⁶ Feststellung von TH. GUHL, wiedergegeben von M. GUTZWILLER, in ZSR 83 I, 1964, S. 453.

²⁷ Eine gute Zusammenfassung der bis zum Jahre 1964 zum Problem geäußerten Ansichten enthält die Arbeit von M.-A. PELLET, *Le but non-économique de l'association*, 1964. Um die gleiche Zeit und später haben sich ferner mit dieser Frage befaßt insbesondere P. LIVER, in ZbJV 99, 1963, S. 329 und 101, 1965, S. 365 ff.; P. PIOTET, in JdT III, 1963, I, S. 98 ff. und 113, 1965, I, S. 194 ff.; M. GUTZWILLER, in ZSR 83 I, 1964, S. 443 und 84 I, 1965, S. 223 ff.; DERSELBE, *Das Recht der Verbandspersonen. Grundsätzliches*, in: *Schweizerisches Privatrecht*, II, 1967, S. 461 ff.; A. HEINI, in ZSR 83 I, 1964, S. 427 ff. und 84 I, 1965, S. 483 ff.; DERSELBE, *Die Vereine*, in: *Schweizerisches Privatrecht*, II, 1967, S. 517 ff.; F. VON STEIGER, in SAG 37, 1965, S. 244 ff.

abschließend darzustellen. Der Zweck der Untersuchung besteht hauptsächlich darin, die Probleme und die Möglichkeiten ihrer Behandlung zu illustrieren.

3. a) Es kann sein, daß der statutarische Zweck mit dem tatsächlich ausgeübten Zweck nicht übereinstimmt. Hier stellt sich die Frage, worauf für die Qualifikation abzustellen ist.

Das Bundesgericht²⁸ vertritt mit Recht die Auffassung, es sei auf den tatsächlichen, nicht auf den verbrieften Zweck abzustellen. Sehr oft wird es aber nicht leicht sein festzustellen, welche Zwecke in Wirklichkeit verfolgt werden.

Schon die Möglichkeit der Abweichung der Wirklichkeit von dem in den Statuten verbrieften und unter Umständen im Handelsregister eingetragenen Zweck²⁹ birgt eine Problematik in sich. Je stärker die Freiheit in der Typenwahl beschränkt wird, desto häufiger werden solche Abweichungen sein. Es ist deshalb nicht erstaunlich, daß sie insbesondere im Bereiche des in unserer Rechtsordnung am stärksten fixierten Gesetzestypus, der Genossenschaft, keine Seltenheit sind. R. SECRÉTAN³⁰ stellte in diesem Zusammenhang fest, daß zahlreiche Personenverbindungen dank der Geschicklichkeit der Gründer, die wirklichen Zwecke zu vertuschen, zu Unrecht als Genossenschaften eingetragen sind.

b) Wenn idealer und wirtschaftlicher Zweck voneinander abgegrenzt werden sollen, welche Unterscheidungsmerkmale sollen entscheidend sein?

Die Absicht, Gewinn zu verteilen (Frankreich)?

Die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit in der Absicht, Gewinn zu verteilen (Italien)?

Die Tatsache, ob die Personenverbindung auf Gewinn berechnet ist (Österreich)?

Die Tatsache, ob der Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist (Deutschland)?

²⁸ BGE 90 II, 1964, S. 337.

²⁹ Vgl. Handelsregisterverordnung Art. 97 lit. d).

³⁰ ZbJV 96, 1960, S. 180/81.

Die Tatsache, ob wirtschaftliche Vorteile für Dritte oder für den Verein und seine Mitglieder angestrebt werden?³¹

Wie ist zu entscheiden, wenn die Verfolgung des altruistischen Zweckes nebenbei auch den Mitgliedern Vorteile verschafft?³²

Ist darauf abzustellen, ob die vom Verein erstrebten Vorteile der ganzen Berufs- oder Wirtschaftsgruppe zugute kommen oder nur den Vereinsmitgliedern?³³

Kommt es auf die Aufgabe an, welcher die Vereinstätigkeit gewidmet ist, oder auf die mittelbaren Auswirkungen der Erfüllung dieser Aufgabe?³⁴

Ist die Absicht maßgebend, in das wirtschaftliche Geschehen einzugreifen?³⁵

Die Fragen könnten noch vermehrt und differenziert werden. Der gegebene Katalog sollte jedoch genügen, um die Problematik, aber auch die Schwierigkeiten der Abgrenzung zu illustrieren.

Gewiß wird der Gesetzgeber bestrebt sein, «ein möglichst präzises und gleichzeitig allgemein verständliches Abgrenzungskriterium zu finden»³⁶. Es könnte aber leicht geschehen, daß, auf der Suche nach einem solchen Kriterium, in der Typenreihe zwischen den Polen «ideal» und «wirtschaftlich» die Grenzen derart gezogen werden, daß der Zweck der Unterscheidung vereitelt wird. Wenn eine Abgrenzung unerläßlich ist, dann muß die Grenze dort gezogen werden, wo der gebietende Grund es erfordert, und nicht dort, wo al-

³¹ BGE 90 II, 1964, S.337; A.HEINI, in ZSR 83 I, 1964, S.438; DERSELBE, Schweizerisches Privatrecht, II, S.523.

³² P.LIVER, in ZbJV 99, 1963, S.336, mit dem Hinweis auf Gewerkschaften, Berufsorganisationen, Kurvereine, Fremdenverkehrsverbände; BGE 90 II, 1964, S.486; A.HEINI, in ZSR 83, I, 1964, S.438.

³³ A.HEINI, in ZSR 83 I, 1964, S.446; DERSELBE, Schweizerisches Privatrecht, II, S.527.

³⁴ P.LIVER, in ZbJV 99, 1963, S.331.

³⁵ BGE 88 II, 1962, S.220.

³⁶ M.GUTZWILLER, in ZSR 83 I, 1964, S.458.

lenfalls möglichst präzise und allgemein verständliche Abgrenzungskriterien vorhanden wären.

c) Soll der Verein nur zur Verfolgung rein idealer Zwecke zur Verfügung stehen, oder kann er neben dem idealen Hauptzweck auch einen wirtschaftlichen Nebenzweck verfolgen?

Nach der herrschenden Meinung kann ein Verein gemischte Zwecke verfolgen, wenn der Hauptzweck idealer Natur ist³⁷.

In letzter Zeit mehren sich jedoch die Autoren, welche die Ansicht vertreten, der Verein dürfe nur ideale Zwecke haben³⁸. Dies soll sich aus dem Grundsatz der beschränkten Typenzahl ergeben.

PIOTET und HEINI setzen dabei den Verein mit gemischtem Zweck³⁹ dem Mischtypus gleich. Das ist indessen verfehlt⁴⁰. Aus der Tatsache, daß Mischtypen mit dem Grundsatz der beschränkten Typenzahl nicht vereinbar sind⁴¹, ergibt sich nicht notwendigerweise auch die Folgerung, daß gemischte Zwecke unzulässig seien. Die Frage nach den zulässigen Zwecken ist – *de lege ferenda* – die Frage nach den Verwendungsmöglichkeiten des Typus. Sie steht in keinem

³⁷ Vgl. dazu A. EGGER, Kommentar, 2. Auflage, N. 8 zu Art. 60 ZGB; A. SIEGWART, Festgabe der juristischen Fakultät Freiburg 1943, S. 188; P. LIVER, in ZbJV 101, 1965, S. 366; H. MERZ, Über die Schranken der Kartellbindung, S. 9; R. SECRÉTAN, in ZbJV 96, 1960, S. 184; weitere Literaturangaben bei M.-A. PELLET, *Le but non-économique de l'association*, S. 140.

³⁸ P. PIOTET, in JdT 111, 1963, S. 100/101; A. HEINI, in ZSR 83 I, 1964, S. 446 ff.; DERSELBE, Schweizerisches Privatrecht, II, S. 528/29 (Bis der Gesetzgeber das «passende <Kleid> für die gemischten Organisationen» gefunden hat, möchte HEINI diese Organisationen – im Sinne eines Kompromisses – in Vereinsform dulden, sofern der wirtschaftliche Zweck von untergeordneter Bedeutung ist). M. GUTZWILLER, in ZSR 83 I, 1964, S. 467.

³⁹ Darunter wird ein Verein verstanden, der sowohl ideale als auch wirtschaftliche Zwecke verfolgt.

⁴⁰ Vgl. dazu vorne, S. 167.

⁴¹ Siehe dazu vorne, S. 166.

sachlogischen Zusammenhang mit dem Grundsatz der beschränkten Typenzahl. Der Gesetzgeber kann eine beschränkte Zahl von Typen vorsehen, ohne daß er für jeden Typus die Verwendungsart vorschreibt. Es ist sogar die Regel, daß der nämliche Typus zur Verfolgung wirtschaftlicher und idealer Zwecke (und somit gemischter Zwecke im Sinne der Ausführungen) verwendet werden darf⁴².

Aus dem Grundsatz der beschränkten Typenzahl kann deshalb auch *de lege lata* für die Frage, ob der Verein gemischte Zwecke verfolgen dürfe, nichts Wesentliches gewonnen werden. Diese Frage muß mittels der allgemein anerkannten Regeln der Gesetzesauslegung beantwortet werden.

d) Stellt man sich auf den Standpunkt, daß der Verein nur ideale Zwecke verfolgen darf, dann muß man weiter fragen, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn eine Personenverbindung sich als Verein konstituiert hat und in Wirklichkeit auch wirtschaftliche Zwecke verfolgt.

Soll man Teilnichtigkeit des Vereins annehmen und, soweit ideale Zwecke verfolgt werden, Vereinsrecht, soweit sich die Mitglieder einer wirtschaftlichen Aufgabe widmen, das Recht der einfachen Gesellschaft anwenden, wie PROTET⁴³ vorschlägt? Oder soll in diesem Fall überhaupt nur das Recht der einfachen Gesellschaft anwendbar sein? A. HEINI⁴⁴ läßt die Frage offen.

4. Diese Hinweise dürften genügen, um zu zeigen, daß die Abgrenzungsschwierigkeiten sehr groß sind.

Die Frage, ob diese Differenzierung, die zu «ewigen Kontroversen» führt, notwendig ist, drängt sich deshalb geradezu auf.

⁴² Vgl. dazu vorne, S. 170 ff.

⁴³ JdT 111, 1963, S. 100 ff.

⁴⁴ ZSR 83 I, 1964, S. 449.

III. Gründe für die Beschränkung der Verwendungsmöglichkeiten des Vereins auf die Verfolgung idealer Zwecke?

1. Die Frage, ob es Gründe für die Beschränkung der Verwendungsmöglichkeiten des Vereins auf die Verfolgung idealer Zwecke gibt, ist nicht identisch mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen und nach welchem System dem Verein die Rechtspersönlichkeit zuzuerkennen sei.

Die beiden Probleme können unabhängig voneinander gelöst werden. Es ist durchaus möglich, den Verein zur Verfolgung wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Zwecke zuzulassen und trotzdem in bezug auf die Zuerkennung der Rechtspersönlichkeit innerhalb des Vereinsrechtes nach sachlichen Gesichtspunkten zu unterscheiden. Es rechtfertigt sich deshalb, die beiden Fragen getrennt zu behandeln.

2. Die Beschränkung der Verwendungsmöglichkeiten gewisser Gesetzestypen auf die Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke und anderer Gesetzestypen auf die Verfolgung idealer Zwecke ließe sich nur rechtfertigen, wenn wichtige Gründe dafür bestünden, die Art und Weise der Verfolgung idealer Zwecke oder wirtschaftlicher Zwecke zwingend vorzuschreiben. Dann müßte aber mit der gesetzlichen Typenbindung auch eine relativ starke Typenfixierung verbunden werden.

a) Wie die Rechtsvergleichung gezeigt hat, sind solche Gründe vorerst nicht ersichtlich. Die meisten Gesetzestypen unserer Nachbarländer können sowohl zur Verfolgung wirtschaftlicher als auch nichtwirtschaftlicher Zwecke verwendet werden. Der Verein des schweizerischen Rechtes steht zwar nur zur Verfolgung idealer Hauptzwecke zur Verfügung. Wer ideale Zwecke verfolgen will, ist indessen nicht nur auf das Vereinsrecht angewiesen; er kann dazu auch andere Gesetzestypen verwenden⁴⁵. Selbst wenn die Vereinsform gewählt wird, besteht in bezug auf die Art und Weise der Zweckverfolgung große Gestaltungsfreiheit.

⁴⁵ Vgl. Näheres dazu vorne, S. 174 ff.

b) Es wird argumentiert, es wäre gefährlich, den besonders schwach fixierten Vereinstypus auch zur Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke zur Verfügung zu stellen. A. HEINI⁴⁶ meint, die auf Geldvermehrung gerichteten Mitgliederinteressen einer wirtschaftlichen Verbandsperson fänden «ihren adäquaten Schutz nur in den für die Körperschaftsformen des Obligationenrechts vorgesehenen Bestimmungen».

Diese Argumentation hält indessen einer näheren Prüfung nicht stand.

aa) Einmal hat eine dreißigjährige Rechtspraxis bewiesen, daß sich der Verein zur Verfolgung von wirtschaftlichen Zwecken, insbesondere von Kartellzwecken, sehr gut eignet. Insoweit besteht also kein Grund, de lege ferenda die Kartelle vom Vereinsrecht auszuschließen.

bb) Die Praxis hat auch bewiesen, daß die Vereinsstruktur den Betrieb eines nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes nicht ausschließt. Schon nach der geltenden Ordnung kann ein Verein ein solches Gewerbe führen, wenn dies als Mittel zur Verfolgung eines idealen Zweckes erfolgt (Art. 61 Abs. 2 ZGB).

Richtig ist allerdings, daß sich der Verein in der gegenwärtigen rechtlichen Ausgestaltung zur Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke mittels eines nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes nicht unbedingt eignet, weil die gesetzliche Ordnung die wirtschaftlichen Interessen der Mitglieder nur unzulänglich schützt.

Ist das jedoch Grund genug, um die Verfolgung dieser Zwecke vom Vereinsrecht überhaupt auszuschließen und alle damit verbundenen Nachteile in Kauf zu nehmen? Gibt es nicht eine bessere Lösung dieses Problems?

c) Man könnte auch einwenden, daß die Zulassung des Vereins zur Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke es ermöglichen würde, den zwingenden Vorschriften anderer Gesetzestypen auszuweichen.

⁴⁶ Schweizerisches Privatrecht, II, S. 526.

Dieser Einwand wäre nur dann gewichtig, wenn unser Gesetz in bezug auf die Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke den Grundsatz der gesetzlichen Typenbindung kennen würde. Das ist indessen nicht der Fall. Abgesehen vom Verein können die Rechtsgenossen zur kollektiven Zweckverfolgung jenen Gesetzestypus wählen, dessen «Spielregeln» ihnen am besten zusagt. Die Gesetzestypen sind, mit Ausnahme des Vereins, in bezug auf die damit verfolgten wirtschaftlichen Zwecke im wesentlichen «neutral».

Soweit Drittinteressen zu schützen sind, welche nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit Sinn und Zweck der «Spielregeln» und mit der Struktur des Gesetzestypus stehen, sind ohnehin vom einzelnen Typus losgelöste Sondervorschriften angezeigt⁴⁷.

Wenn keine wichtigen Gründe bestehen, einerseits die Art und Weise der Verfolgung idealer oder wirtschaftlicher Zwecke vorzuschreiben und anderseits die freiheitliche Regelung des Vereinsrechts den wirtschaftliche Zwecke verfolgenden Personenverbindungen vorzuenthalten, so kann die gesetzliche Typenbindung auch nicht mit dem Hinweis auf den Grundsatz der Typenreinheit gerechtfertigt werden⁴⁸; denn dieser Grundsatz ist natürlich nicht Selbstzweck, sondern höchstens die Folge einer irgendwie gerechtfertigten Kombination von gesetzlicher Typenbindung und starker Typenfixierung.

3. Hinsichtlich der Zuerkennung der Rechtspersönlichkeit dürfte de lege ferenda eine Differenzierung angezeigt sein.

Es erscheint fruchtbar, zur Behandlung dieser Frage von den Lebenstypen auszugehen.

a) In erster Linie wollte man zweifellos den für das schweizerische kulturelle Leben typischen Idealvereinen, wie Gesangsvereinen und ähnlichen Institutionen, die Vorteile der

⁴⁷ Vgl. Näheres dazu vorne, S. 126 ff.

⁴⁸ Vgl. dazu A. HEINI, in ZSR 83 I, 1964, S. 448.

freien Bildung gewähren. Diese Kategorie bildet jedoch nur eine Kerngruppe innerhalb der Idealvereine, welche der Artikel 60 ZGB umfaßt.

Einige besondere Repräsentanten dieser Gruppe haben indessen seit dem Erlaß des ZGB infolge einer enormen Entwicklung der Mitgliederzahl und der Vielfalt der Leistungen und wirtschaftlichen Vorteile, welche sie ihren Mitgliedern bieten, eine deutliche Wandlung durchgemacht. Als Hauptbeispiele können der Automobil-Club der Schweiz und der Touring-Club der Schweiz angeführt werden⁴⁹. GUTZWILLER nennt sie Mammut-Vereine.

b) In einer weiteren Gruppe kann man die religiösen und wohltätigen Vereine zusammenfassen. Auch diesen Institutionen wird man kaum die Vorteile der freien Bildung verweigern wollen, wenngleich sowohl die religiösen als auch die wohltätigen Vereine in Ausübung ihres idealen Zweckes erheblich «in das Wirtschaftsleben eingreifen» können.

c) Die wissenschaftlichen Vereine werden vom Gesetz ebenfalls als typische Repräsentanten der Idealvereine genannt.

Man kann sich indessen fragen, ob wissenschaftliche Vereine immer ideale Zwecke verfolgen. Was ist etwa von einem Verein zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung zu sagen, der von verschiedenen Industrieunternehmen gegründet und finanziert wird und eindeutig den Zweck hat, seinen Mitgliedern wirtschaftliche Vorteile zu verschaffen? Will man diesem Verein die Vorteile der freien Bildung versagen, wenn ja, besteht ein sachlicher Grund dafür?

d) Den politischen Vereinen, insbesondere den politischen Parteien, wird man den Idealcharakter nicht absprechen wollen.

Besteht jedoch ein sachlicher Grund, die Berufsverbände und Gewerkschaften sowie die Wirtschaftsverbände anders

⁴⁹ Vgl. Näheres dazu bei M. GUTZWILLER, in ZSR 84 I, 1965, S. 234/235.

zu behandeln, lediglich, weil sie den Mitgliedern auch wirtschaftliche Vorteile verschaffen?

Öffnet man den Verein ganz allgemein auch zur Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke, dann stellt sich allerdings die Frage, ob der Verein in bestimmten Fällen die Rechtspersönlichkeit erst mit der Eintragung in das Handelsregister soll erlangen können. Die Antwort kann indessen erst erteilt werden, wenn darüber entschieden ist, ob und allenfalls wie das Vereinsrecht für solche Fälle ergänzt werden müßte. Unter Umständen müßte der Registrierzwang eingeführt werden, um zu gewährleisten, daß bestimmte Minimalerfordernisse erfüllt sind.

IV. Schlußbetrachtungen

1. Wir stehen gegenwärtig vor der Tatsache, daß Kartelle, Wirtschaftsverbände, Berufsverbände und Gewerkschaften sich im Vertrauen auf die Praxis des Bundesgerichtes während 30 Jahren als Verein konstituieren durften und von dieser Möglichkeit oft Gebrauch gemacht haben. Der Versuch des Bundesgerichtes (BGE 88 II, 1962, S. 209 ff.), die gesetzmäßige Ordnung wiederherzustellen, mißlang. Offensichtlich unter dem Druck der im Schutze ihrer früheren Praxis entstandenen Verhältnisse kehrte unsere oberste Gerichtsbehörde wieder zur alten Praxis zurück, allerdings mit dem ausdrücklichen Zugeständnis, daß diese Praxis gesetzwidrig sei (BGE 90 II, 1964, S. 334 ff.).

2. Diese Situation kann offenbar nur der Gesetzgeber in befriedigender Weise meistern⁵⁰. In welche Richtung soll er jedoch wirken?

⁵⁰ Die Bezeichnung einer das Gesetz verletzenden Praxis, auf die das Gericht mit Rücksicht auf das öffentliche Interesse an der Rechtssicherheit nicht mehr zurückkommen kann, als Gewohnheitsrecht *contra legem* ist nur eine Verlegenheitslösung, jedenfalls dann, wenn sich die gesetzliche Ordnung nicht eindeutig als «unrichtiges» Recht erweist. Vgl. zum derogatorischen Gewohnheitsrecht im allgemeinen: P. LIVER, Der Begriff der Rechtsquelle, in

a) P. LIVER⁵¹ geht davon aus, daß unser Recht den «Vereinigungen, die sich in unserem Wirtschaftsleben ihren Platz gesichert haben» und die vom Vereinsrecht ausgeschlossen sind, «eine angemessene Unterkunft» bieten muß. Sollte es sich erweisen, daß die Gesellschaftstypen unseres Rechtes dazu nicht ausreichen, so müßte der Gesetzgeber eingreifen, sei es dadurch, daß er das Genossenschaftsrecht revidiert, «sei es durch die Schaffung einer besonderen Gesellschaftsform, wie sie im italienischen Recht für Zusammenschlüsse von Unternehmen (*coalizioni fra imprese*) ohne Geschäftsbetrieb und ohne unmittelbare Zuwendung von Wirtschaftsgütern an die Mitglieder im *consorzio* (C.c. it. art. 2602ss.) besteht».

b) Für A. HEINI⁵² ist es eine «Tatsache, daß trotz den verschiedensten Anstrengungen bis heute das für die gemischten Organisationen passende «Kleid» einfach nicht gefunden werden konnte». Er kommt deshalb zum Schluß, daß «letztlich nur der Gesetzgeber eine rechtlich saubere und die Praxis befriedigende Lösung schaffen kann». Worin diese besteht, wird nicht ausgeführt.

c) M. GUTZWILLER⁵³ vertritt die Ansicht, daß die außer dem Verein zur Verfügung stehenden Typen den Bedürfnissen der Kartelle durchaus genügen.

Für die Berufsverbände, die in der Hauptsache wirtschaftliche Zwecke verfolgen, sieht GUTZWILLER zwei Auswege: entweder Revision des Genossenschaftsrechtes in dem Sinne, daß die Gleichheit des Stimmrechtes für bestimmte Fälle aufgehoben wird, oder Schaffung eines Sondergesetzes, beispielsweise nach dem Vorbild Frankreichs.

ZbJV 91^{bis}, 1955, S. 49 ff.; A. MEIER-HAYOZ, Kommentar, N. 243 ff. zu Art. 1 ZGB; H. DESCHENAUX, Der Einleitungstitel (des ZGB), in: Schweizerisches Privatrecht, II, S. 105/106; zur Bildung von derogatorischem Gewohnheitsrecht im vorliegenden Fall: P. PIOTET, in JdT 111, 1963, I, S. 99 und 113, 1965, I, S. 195; ferner H. DESCHENAUX, a.a.O., S. 106 N. 21.

⁵¹ ZbJV 101, 1965, S. 369.

⁵² ZSR 83 I, 1964, S. 449 ff.

⁵³ ZSR 84 I, 1965, S. 238 ff.

Den «Monstreverbänden», deren Idealität an sich unbestritten bleibt, möchte GUTZWILLER nach wie vor einen Platz im Vereinsrecht reservieren. Sie sollten aber verpflichtet werden, sich ins Handelsregister einzutragen. Zu welchem Zweck und mit welchen Rechtsfolgen bleibt offen.

3. Es stellt sich indessen die Frage, ob es richtig ist, neue Gesellschaftstypen zu schaffen, die auf die Bedürfnisse der Kartelle (LIVER) oder der gemischten Verbände (HEINI) oder der Berufsverbände (GUTZWILLER) abgestimmt sind.

Liegt es nicht viel näher, die bestehende Praxis durch Gesetzesänderung zu sanktionieren und den Kartellen, Gewerkschaften, Berufs- und Wirtschaftsverbänden jene Organisationsform zu belassen, welche sie zur Verfolgung ihrer Zwecke bereits gewählt haben?

Es könnte sich nämlich erweisen, daß die in Aussicht genommenen neuen Gesetzestypen ähnlich wie der Verein ausgestaltet werden müßten. Dabei ist zu bedenken, daß die Vermehrung der Gesetzestypen notwendigerweise zu einer Einschränkung der Gestaltungsfreiheit der Rechtsgenossen führt.

Die Zulassung des Vereins zur Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke würde *de lege ferenda* – wie bereits dargetan worden ist⁵⁴ – gegen keine fundamentalen Grundsätze unseres Rechtes verstoßen. Sie drängt sich angesichts der gegenwärtigen Rechtspraxis geradezu auf.

4. Es dürfte allerdings angezeigt sein, das Vereinsrecht im Hinblick auf den Schutz einzelner Mitglieder oder von Minderheiten zum mindesten für bestimmte Fälle auszubauen, so etwa in bezug auf die Beitragspflicht (Art. 71 ZGB), auf den Ausschluß von Mitgliedern (Art. 72 ZGB), auf den Anspruch ausgeschiedener Mitglieder auf das Vereinsvermögen (Art. 73 ZGB) und auf die Anfechtung der Beschlüsse von Vereinsorganen (Art. 75 ZGB). Was den Gläubigerschutz anbetrifft, darf darauf hingewiesen werden, daß kein Gesetzestypus den Gläubigern Gewähr für Kreditwürdigkeit bietet.

⁵⁴ Vgl. vorne, S. 196 ff.

Wer sich mit einem Verein in Geschäftsbeziehungen einläßt, muß sich bewußt sein, daß unter Umständen kein Haftungssubstrat vorhanden ist. Der Verein gibt ihm in dieser Beziehungen keine unbekannten Probleme auf. In bezug auf die Publizität und die Buchführungspflicht gelten schon heute für Vereine, welche ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben, die nämlichen Vorschriften wie für den Einzelkaufmann, mit allen sich daraus ergebenden Konsequenzen⁵⁵.

Einer eingehenden Prüfung bedürfte auch die Frage, ob der Verein in bestimmten Fällen die Rechtspersönlichkeit erst nach Eintragung im Handelsregister sollte erlangen können.

Trotz allfälliger Korrekturen, die sich infolge der Ausdehnung der Verwendungsmöglichkeiten des Vereins aufdrängen würden, müßte dessen Grundstruktur auf die Bedürfnisse ausgerichtet sein, die sich aus der Verfolgung idealer Zwecke ergeben.

Die Fragen, die sich infolge der Ausdehnung der Verwendungsmöglichkeiten des Vereins gegenüber der gegenwärtigen Ordnung ergäben, konnten hier nur angeschnitten werden. Deren eingehende Behandlung liegt außerhalb der Zielsetzung dieser Arbeit.

5. Zum Schluß gilt es noch, einem Mißverständnis vorzubeugen.

Unser Vorschlag entspringt nicht dem Bedürfnis nach dem Weg des geringsten Widerstandes. Er ist vielmehr das Ergebnis der in unserer theoretischen Untersuchung gewonnenen Erkenntnisse, insbesondere der folgenden Einsichten:

a) Eine relativ kleine Zahl von schwach fixierten Typen ist einer relativ großen Zahl von stark fixierten Typen vorzuziehen.

b) Die Personengesellschaften und juristischen Personen sind unter dem hier interessierenden Gesichtspunkt als Ein-

⁵⁵ Art. 934 und 957 ff. OR; Art. 52 ff. HRegV.

heiten von Spielregeln zur kollektiven Zweckverfolgung aufzufassen. Drittinteressen, welche weder mit dem Sinn und dem Zweck dieser Spielregeln noch mit der besonderen Struktur der betreffenden Gesellschaft in unmittelbarem Zusammenhang stehen, ist gesondert Rechnung zu tragen, allenfalls in einem Spezialgesetz; hier etwa, je nach den zur Diskussion stehenden Fragen, im Kartellgesetz oder in Spezialerlassen zum Arbeitsrecht. Ihre Regelung muß unabhängig von der seitens der Mitglieder gewählten Organisationsform erfolgen.

c) Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb zur Verfolgung idealer Zwecke ein besonderer Gesetzestypus zur Verfügung stehen müßte. Schon nach geltendem Recht können die meisten Gesetzestypen sowohl idealen als auch wirtschaftlichen Zwecken dienstbar gemacht werden.

d) Die Zulassung des Vereins zur Verfolgung auch wirtschaftlicher Hauptzwecke würde das System der freien Bildung nicht in Frage stellen. Höchstens müßte sein Anwendungsbereich innerhalb des Vereinsrechts überprüft werden.

§ 11. Die Verwendungsmöglichkeiten der Stiftung im schweizerischen Recht

I. Die gegenwärtige Rechtswirklichkeit

1. Über die Entwicklung des Stiftungswesens im schweizerischen Rechtsleben seit dem Inkrafttreten des ZGB ist bereits in anderem Zusammenhang berichtet worden¹. Es wird darauf verwiesen. Hier genügt eine kurze Zusammenfassung.

2. Charakteristisch für die Rechtswirklichkeit der Gegenwart ist, daß die Stiftung – im Gegensatz zu ihrer früheren Verwendung – zu einem wichtigen Instrument der Unternehmenspolitik geworden ist. Die Stiftungen zur Verfolgung re-

¹ Vgl. vorne, S. 25 ff.

ligiöser und wohltätiger Zwecke sowie die Familienstiftungen haben zwar immer noch ihre Bedeutung; sie beherrschen aber nicht mehr das Feld des Stiftungsrechtes.

Die neue Entwicklung hat sich als Folge steuerrechtlicher Maßnahmen angebahnt und ist seither vom Steuerrecht her begünstigt worden.

3. Die Stiftung wird von den Unternehmern zur Hauptsache als ein Instrument der Personalfürsorge verwendet. Bereits im Jahre 1956 wurden in einer Erhebung 6551 Personalwohlfahrts-Stiftungen mit einem Vermögen von Fr. 2590 Mio. ermittelt. Heute dürften mehr als die Hälfte der eingetragenen Stiftungen Personalfürsorgezwecken dienen².

4. Die Stiftung wird noch andern Unternehmenszwecken dienstbar gemacht, insbesondere der Beteiligung der Belegschaft am Unternehmen. Diesem Zweck kann bereits die Personalfürsorge-Stiftung dienen; in Einzelfällen bestehen dafür besondere Stiftungen.

Je nach der Anzahl der Beteiligungsrechte, welche in die Stiftung eingebracht werden, kann diese zu einem wesentlichen Instrument der Willensbildung innerhalb des Unternehmens werden. Sofern die Mehrheit der Beteiligungsrechte der Stiftung gehört, wird diese zu einem Führungsinstrument (Holding-Stiftung) des Unternehmens.

Die Stiftung als Inhaberin von Beteiligungsrechten ist in der schweizerischen Rechtswirklichkeit keine ausgesprochene Seltenheit mehr.

5. Selten ist dagegen in unserem Lande die Stiftung als Rechtsform zum Betrieb eines (nach kaufmännischer Art geführten) Gewerbes. Aus der Rechtsprechung ist immerhin ein Beispiel bekannt: Im Jahre 1960 wurde in Zürich eine Stiftung zum Betrieb einer Reithalle gegründet³. Das Eidgenössische Amt für das Handelsregister ließ diese Stiftung,

² Näheres dazu vorne, S. 25 ff.

³ Die Frage, ob dieser «Betrieb» nach kaufmännischer Art geführt wird, kann hier offen bleiben.

wenn auch mit Bedauern, zur Eintragung ins Handelsregister zu ⁴.

Viel größere Bedeutung haben die Stiftungen als Rechtsform zum Betrieb eines nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes in Deutschland. Bedeutend sind sie nicht so sehr in bezug auf ihre Zahl, sondern auf die Unternehmen, die sich dieser Rechtsform bedient haben. Das bekannteste Beispiel sind die Zeiß-Werke ⁵.

6. Für Stiftungen, welche entweder Beteiligungsrechte an Unternehmen halten oder dem direkten Betrieb eines Unternehmens dienen, hat sich die Bezeichnung *Unternehmensstiftung* eingebürgert. Dieser Ausdruck wird hier übernommen.

In der Folge befassen wir uns nur noch mit dieser besonderen Erscheinungsform der Stiftung. Es wird untersucht, ob Unternehmensstiftungen im schweizerischen Recht zulässig sein sollen ⁶.

II. Die Problematik der Unternehmensstiftung

1. Die Diskussion um die Unternehmensstiftung ist in Deutschland schon seit mehr als einem Jahrzehnt im Gange. In neuester Zeit wird das Problem auch in Italien besprochen ⁷.

⁴ VEB 29, 1959/60, Nr. 43.

⁵ Eine Übersicht über die wichtigsten Unternehmensstiftungen Deutschlands findet sich im Gutachten von K. BALLERSTEDT für den 44. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages, 1962, I, 5. Teil, S. 20 ff.

⁶ Unternehmensstiftungen spielen auch in den Vereinigten Staaten, in Großbritannien und in Skandinavien eine bedeutende Rolle im Wirtschaftsleben. Im Rahmen dieser Arbeit kann auf die Rechtswirklichkeit dieser Länder nicht eingetreten werden. Wir müssen uns auf eine Untersuchung über die Problematik der Unternehmensstiftung und auf die Darstellung der gegenwärtigen Rechtslage in der Schweiz beschränken.

⁷ Vgl. P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, in: *Rivista delle società* XII, 1967, S. 812 ff.

In Deutschland ist über das Thema im Zusammenhang mit der Revision des deutschen Stiftungsrechtes besonders eingehend diskutiert worden. Der 44. Deutsche Juristentag befaßte sich im Jahre 1962 mit der Frage, ob das Stiftungsrecht bundesgesetzlich vereinheitlicht und reformiert werden soll, allenfalls mit welchen Grundzügen^{8,9}. Hinsichtlich der Unternehmensstiftung konnte sich der Juristentag schon dannzumal auf eine reichhaltige Literatur stützen¹⁰.

⁸ Das BGB regelt gegenwärtig in den §§ 80–88 lediglich einige Hauptfragen des Stiftungsrechts.

⁹ Das Gutachten erstatteten die Professoren Dr. KURT BALLERSTEDT und Dr. JÜRGEN SALZWEDEL (Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages I, 5. Teil, 1 ff.). Das Referat hielt Professor Dr. ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER (Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages II/G, S. 3 ff.).

¹⁰ Vgl. insbesondere G. STRICKRODT, Die Stiftung als neue Unternehmensform, 1948, 2. erweiterte Auflage 1951; DERSELBE, Unternehmen unter frei gewählter Stiftungssatzung, 1956; DERSELBE, Probleme zur rechtlichen Struktur von Stiftungsunternehmen, 1960; DERSELBE, Stiftungsrecht. Geltende Vorschriften und rechtspolitische Vorschläge, 1962/63; DERSELBE, Beitrag «Stiftungsunternehmen» in: HdSozWiss. X, S. 205; DERSELBE, Stiftungs- und Genossenschaftselemente in der Unternehmensverfassung, in: Archiv für öffentliche und freigemeinwirtschaftliche Unternehmen III, 1957, S. 206 ff.; DERSELBE, Öffentliche Stiftungen, ihre Erscheinungsformen und ihre Bedeutung, in: Archiv für öffentliche und freigemeinwirtschaftliche Unternehmen VI, 1962, S. 97 ff.; DERSELBE, Stiftungsunternehmen – Gründermotive und Wege der Gestaltung, in: «Tradition», Zeitschrift für Firmengeschichte und Unternehmerbiographie, 1959, S. 23 ff.; DERSELBE, Aktivierung des deutschen Stiftungsrechts für gesellschaftspolitische Zwecke, in: «Offene Welt», Zeitschrift für Wirtschaft, Politik und Gesellschaft, Nr. 72, 1961, S. 111 ff.; DERSELBE, Die Erscheinungsformen der Stiftungen des privaten und öffentlichen Rechts, in: NJW 1962, S. 1480 ff.; DERSELBE, Neuordnung des Stiftungsrechts, in: JR 1962, S. 285 ff.; D. PLEIMES, Die Rechtsproblematik des Stiftungswesens, 1938; DERSELBE, Weltliches Stiftungsrecht. Geschichte der Rechtsformen, 1938; DERSELBE, Irrwege der Dogmatik des Stiftungsrechts, 1954; K. DUDEN, Zur Verwendbarkeit der Stiftungsform für vergesellschaftete Betriebe, in: BB 1947, S. 142; A. ARNDT, Rechtsformen der Sozialisierung, in: DRZ 1947, S. 37; R. GÖRDELER, Die Stif-

Am Schluß der ausgedehnten Diskussion¹¹ wurde über verschiedene Fragen informell abgestimmt.

Die Frage: «Soll zugelassen werden, daß der Betrieb eines Erwerbsunternehmens der einzige oder Hauptzweck einer Stiftung ist?» wurde mehrheitlich verneint¹². Dagegen wurde die Frage: «Soll, ein sonst förderungswürdiger Stiftungszweck vorausgesetzt, zugelassen werden, daß eine Stiftung unmittelbar ein Erwerbsunternehmen betreibt?» mehrheitlich bejaht.

Seit dem 44. Deutschen Juristentag (1962) befaßten sich insbesondere R. GÖRDELER und P. ULMER¹³, E. KERSTEN¹⁴ und H.-L. STEUCK¹⁵ nochmals eingehend mit dem Problem.

GÖRDELER/ULMER und KERSTEN kommen zum Schluß, die Verwendungsmöglichkeiten der Stiftung zum Betrieb eines Unternehmens sollten nicht eingeschränkt, insbesondere nicht davon abhängig gemacht werden, daß die Stiftung

tung als Rechtsform für wirtschaftliche Unternehmen, in ZHR 113, 1950, S. 145 ff.

Weitere Literaturangaben in den angezeigten Werken, insbesondere auch bei P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, in: *Rivista delle società* XII, 1967, S. 812 ff.

¹¹ Wiedergegeben in Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages II/G, S. 31–96.

¹² a.a.O., G, S. 95.

¹³ R. GÖRDELER und P. ULMER, Der Stiftungszweck in der Reform des Stiftungsrechts, zugleich Überlegungen zur Behandlung von Unternehmensstiftungen und Familienstiftungen im künftigen Stiftungsrecht, in: *Die Aktiengesellschaft* 11, 1963, S. 292 ff.

¹⁴ E. KERSTEN, Stiftung und Handelsgesellschaft. Ein Beitrag zur Unternehmensstiftung und ihren Erscheinungsformen, in: *Festschrift für den 45. Deutschen Juristentag*, 1964, S. 123 ff.

¹⁵ H.-L. STEUCK, *Die Stiftung als Rechtsform für wirtschaftliche Unternehmen*, 1967.

Diese Schrift ist, soweit sie sich auf die besonderen Probleme der Unternehmensstiftung bezieht, zur Hauptsache auf betriebswirtschaftliche und steuerrechtliche Fragen ausgerichtet.

Weitere Literaturangaben bei STEUCK, a.a.O.

außerdem einen förderungswürdigen Zweck verfolge¹⁶. H.-L. STEUK dagegen ist der Ansicht, der «Verfolgung ausschließlich wirtschaftlicher Interessen unter der Rechtsform der Stiftung» sei «die rechtliche Anerkennung zu versagen». Eine Erweiterung des Stiftungszweckes «über den Rahmen des BGB» hinaus erachtet STEUCK indessen als «zulässig und vertretbar», sofern dabei die «Grundidee der Stiftung» beachtet und beibehalten wird¹⁷.

Zurückhaltung gegenüber der Wahl der Stiftung zum Betrieb eines Unternehmens empfiehlt ferner auch H. PAULICK¹⁸.

2. P. RESCIGNO¹⁹ kommt zum Schluß, daß die Unternehmensstiftung im italienischen Recht ohne Einschränkung zulässig ist. Er ist insbesondere der Meinung, daß in einer Rechtsordnung, in der die Verwendungsmöglichkeiten der Gesellschaften grundsätzlich nicht beschränkt sind, sich ein Ausschluß der Unternehmensstiftung nicht rechtfertigt²⁰.

3. In der schweizerischen Rechtsliteratur fehlt noch eine grundlegende Untersuchung des Problems. Auf die Problematik haben indessen bereits E. WOLF²¹ und R. BÄR²² hingewiesen. W. F. BÜRGI²³ hebt die große Bedeutung der Stiftung im modernen Wirtschaftsleben hervor und postuliert im Hinblick darauf einen Ausbau des Stiftungsrechts.

4. Im folgenden ist auf die wichtigsten Fragen einzutreten, die sich im Zusammenhang mit der Unternehmens-

¹⁶ R. GÖRDELER und P. ULMER, a.a.O., S. 333; KERSTEN, a.a.O., S. 147.

¹⁷ a.a.O., S. 72.

¹⁸ Die Stiftung als Unternehmensform, in: Archiv für öffentliche und freigemeinwirtschaftliche Unternehmen 6, 1964, S. 318 ff.

¹⁹ Fondazione e impresa, in: Rivista delle società XII, 1967, S. 812 ff.

²⁰ a.a.O., S. 840 ff.

²¹ Über die Verknüpfbarkeit einer Familien-Aktiengesellschaft mit einer Familienstiftung, in SAG 37, 1965, S. 225 ff.

²² Aktuelle Fragen des Aktienrechts, in ZSR 85 II, 1966, S. 530 ff.

²³ Revisionsbedürftige Regelungen im schweizerischen Aktienrecht, in SAG 38, 1966, S. 60.

stiftung stellen. Eine Auseinandersetzung mit allen in der zitierten Rechtsliteratur vertretenen Meinungen ist indessen im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich. Es wird versucht, die Hauptprobleme darzustellen und zu würdigen.

Man kann das Problem der Unternehmensstiftung unter verschiedenen Gesichtspunkten betrachten. In logischer Hinsicht gehört die Frage nach der Zulässigkeit an den Anfang. Genauer lautet die Frage, ob die Verwendungsmöglichkeiten der Stiftung derart einzuschränken seien, daß die Stiftung dem direkten oder indirekten Betrieb eines Unternehmens nicht dienstbar gemacht werden kann.

Die Frage kann aber auch lauten, ob das Stiftungsrecht eines bestimmten Landes sich für den Betrieb eines Unternehmens eignet²⁴.

Schließlich kann auch gefragt werden, wie das Stiftungsrecht beschaffen sein müßte und welche Mittel der Stiftung zur Verfügung zu stellen wären, damit die Unternehmensstiftung ihren Zweck erfüllen kann. Das ist die Frage nach der Funktionsfähigkeit der Unternehmensstiftung. Sie ist insbesondere für die Unternehmensstiftung, welche ein Unternehmen direkt betreibt²⁵, von besonderer Bedeutung. Diese Frage muß hier wegen der beschränkten Zielsetzung ausgeklammert werden.

5. Im folgenden befassen wir uns mit der Frage nach der Zulässigkeit der Unternehmensstiftung.

a) Auszugehen ist von der besonderen Funktion der Stiftung innerhalb unserer Privatrechtsordnung.

Die Stiftung ist eines der typischsten Mittel, um den Machtbereich des individuellen Willens über die natürlichen Grenzen, d.h. über den Tod hinaus, zu erweitern. Für den Gesetzgeber stellt sich deshalb notwendigerweise die Frage, ob, in welchem Umfang und während welcher Zeit derartige Bestrebungen Rechtsschutz finden sollen.

²⁴ Vgl. Näheres dazu hinten, S. 220 ff.

²⁵ In Deutschland nennt man dieses Unternehmen «Stiftungsunternehmen».

Das Problem stellt sich nicht nur hinsichtlich der Stiftung im allgemeinen und der Unternehmensstiftung im besonderen, sondern im Privatrecht überhaupt.

Keine der in dieser Arbeit berücksichtigten Rechtsordnungen hat unseres Wissens das Problem grundsätzlich gelöst. In einigen Sonderfällen wird allerdings dem Wirkungsbereich der «toten Hand» Grenzen gesetzt.

Für das schweizerische Recht ist insbesondere auf das Verbot der Errichtung von Familienfideikommissen (Art. 335 Abs. 2 ZGB), der sukzessiven Nacherbeneinsetzung und des sukzessiven Nachvermögens (Art. 488 Absätze 2 und 3 ZGB) sowie auf einzelne Beschränkungen der Privatautonomie im Sachenrecht hinsichtlich der zeitlichen Wirkung der Rechtshandlungen (Beschränkung der Dauer der Nutznießung und des selbständigen Baurechts auf 100 Jahre; Art. 749 Abs. 2 und Art. 779 I ZGB) hinzuweisen²⁶.

Im Stiftungsrecht gewährte der schweizerische Gesetzgeber den Rechtsgenossen sehr große Freiheit, und zwar sowohl hinsichtlich der Entstehung der Rechtspersönlichkeit (teils freie Bildung, teils Registrierzwang) als auch hinsichtlich der Typenfixierung. Dem Stifter macht es unsere Rechtsordnung somit relativ leicht, seinem Willen über den Tod hinaus Geltung zu verschaffen.

Trotzdem ist die Frage berechtigt, ob mittels der Stiftung jeder sittlich und rechtlich erlaubte Zweck soll verwirklicht werden können, und wenn ja, ob nicht wenigstens zeitliche Grenzen zu setzen sind.

Diese Frage wird vorerst ganz allgemein behandelt, unabhängig von der besonderen Regelung im schweizerischen

²⁶ Eine Frage für sich ist, wieweit die nämlichen Wirkungen rechtsgültig mit andern Mitteln des Zivilrechts erzielt werden können, etwa unter Lebenden mittels einer Schenkung mit Auflage, von Todes wegen kraft besonderer Weisungen an den Willensvollstrecker oder ebenfalls mittels von Auflagen. Dieses Problem, insbesondere die Frage nach der Dauer, während welcher eine Auflage verpflichtet, ist noch wenig geklärt.

Privatrecht. Auf unsere gesetzliche Ordnung wird später eingetreten.

b) Man kann das Problem unter dem Gesichtspunkt der Erfüllung öffentlicher Aufgaben und unter jenem der Entfaltungsmöglichkeit des Einzelnen betrachten. Im ersten Fall liegt eine öffentlich-rechtliche, im zweiten eine privatrechtliche Betrachtungsweise vor²⁷. Unter dem öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkt kann man fragen: Welche öffentlichen Aufgaben sollen dadurch besonders gefördert werden, daß man Stiftungen mit entsprechender Zwecksetzung zuläßt? Unter dem privatrechtlichen Gesichtspunkt lautet die Frage etwa: Soll es möglich sein, daß ein privates Vermögen einem bestimmten Zweck in der Weise gewidmet wird, daß sein Schicksal dem Grundsatz nach unabhängig vom Willen der gegenwärtig und künftig Lebenden bestimmt wird?

Insbesondere unter dem letzten Gesichtspunkt sind gegenüber der Stiftung im allgemeinen und der Unternehmensstiftung im besonderen Bedenken geäußert worden.

c) Die Auffassung, mittels der Stiftung könne ein Vermögen der Verfügungsgewalt der gegenwärtig und künftig Lebenden entzogen werden, erweist sich bei näherer Betrachtung als einseitig, jedenfalls als sehr formaljuristisch.

Würde das Stiftungsvermögen der unkontrollierten Macht einer anonymen «toten Hand» überlassen, dann allerdings dürften entsprechende Rechtshandlungen keinen Rechtsschutz finden. Diese Vorstellung ist indessen unzutreffend.

Rechtssoziologisch betrachtet ist auch die Stiftung eine Organisation, in welcher lebende Menschen bestimmte Aufgaben gemeinsam erfüllen. Der rechtliche Unterschied gegenüber den übrigen Gesellschaften besteht – jedenfalls im schweizerischen Recht – im wesentlichen darin, daß der

²⁷ Vgl. dazu J. SALZWEDEL in seinem Gutachten über verfassungsrechtliche Fragen zur Reform des Stiftungswesens zuhanden des 44. Deutschen Juristentages (Verhandlungen dieses Juristentages I, 5. Teil, S. 59/60).

Zweck, unter Umständen die Organisation und möglicherweise noch andere Spielregeln des Zusammenwirkens nicht mittels Übereinkunft unter den Beteiligten, sondern durch einseitiges Rechtsgeschäft des Stifters festgesetzt worden sind.

Oft gewährt der Stifter indessen den Stiftungsorganen große Gestaltungsfreiheit. Unter bestimmten Voraussetzungen können – je nach der gesetzlichen Regelung – sogar die Anordnungen des Stifters geändert werden²⁸.

Widmung eines Vermögens zu einem Stiftungszweck bedeutet somit nicht unbedingt Widmung dieses Vermögens an eine anonyme «tote Hand».

Angesichts der großen Bedeutung der Stiftungen für das soziale Leben lautet die praktische Frage nicht, ob Stiftungen überhaupt zulässig sein sollen, sondern eher, wie weit dem Stifterwillen Schutz zu gewähren ist und wie weit die Möglichkeit gewahrt bleiben muß, die vom Stifter geschaffene Ordnung den sich ändernden Verhältnissen anzupassen.

Die Diskussion über die Zulässigkeit der Stiftung im allgemeinen und der Unternehmensstiftung im besonderen wird erst dann fruchtbar, wenn sie nicht von einem fest konzipierten Stiftungstypus ausgeht, sondern wenn sie auch die Frage mit einbezieht, wie allenfalls der Typus zu umschreiben wäre.

d) Aus den Gründen, die soeben dargelegt worden sind, verfängt auch der Einwand nicht, infolge Widmung zu einem Stiftungszweck würde Vermögen dem Verkehr entzogen.

Dem Grundsatz nach können ideale und wirtschaftliche Zwecke ebenso gut von Stiftungsorganen als von Organen eines Vereins oder einer Aktiengesellschaft verfolgt werden. Das Stiftungsvermögen ist nicht irgendwo versorgt, sondern kann wie irgendein anderes Privatvermögen in der Volkswirtschaft wirken und Nutzen tragen.

²⁸ Vgl. die Artikel 85, 86 und 88 ZGB.

e) Gegen die Unternehmensstiftung im besonderen wird ferner geltend gemacht, sie ermögliche die Verwirklichung des «Unternehmens an sich». Das ist richtig, sofern man darunter ein Unternehmen versteht, über dessen Schicksal ein Einzelner oder mehrere Einzelne gemeinsam nicht nach Belieben verfügen können.

Dieses «Unternehmen an sich» ist aber als solches ebensowenig wie die «tote Hand» eine unkontrollierte dunkle Macht; es wird auch nicht um seiner selbst willen betrieben. Wie in irgendeinem anderen Unternehmen handeln und wirken auch hier Menschen nach bestimmten «Spielregeln» zur Erreichung eines gemeinsamen (privatwirtschaftlichen) Zweckes. In der Erfüllung dieser Aufgaben können sich diese Menschen wie anderswo entfalten und bewähren oder auch versagen. Darin liegt «an sich» nichts Besonderes. Viel bedeutsamer ist die Tatsache, daß in einer Unternehmensstiftung unter Umständen sehr große Macht konzentriert sein kann, ohne daß ein wirksames Mittel zur Verhütung von Machtmißbrauch vorhanden wäre.

Hier liegt wohl der Kern des Problem.

Genügt indessen die Möglichkeit des Machtmißbrauchs, um den Unternehmensstiftungen den Rechtsschutz überhaupt zu verweigern?

f) Die Frage könnte ohne weiteres bejaht werden, wenn feststünde, daß Unternehmensstiftungen keinem praktischen Bedürfnis entsprechen, oder daß sie sich bisher nicht bewährt hätten.

Es hat sich indessen erwiesen, daß die Unternehmensstiftung, insbesondere die Stiftung als Inhaberin von Beteiligungsrechten, ein nützliches und interessantes Instrument zur Bewältigung von wichtigen Problemen des Unternehmens ist. Insbesondere in der Schweiz war es mittels der Stiftungen möglich, die Personalfürsorge weitgehend auf privatwirtschaftlicher Grundlage zu verwirklichen.

Läßt man die Personalfürsorge in Stiftungsform zu, dann sollte man diesen Stiftungen nicht verwehren, Beteiligungen an der Arbeitgeber-Gesellschaft zu erwerben und

zu halten. Durch diese Kombination kann nämlich die Mitbeteiligung und Mitbestimmung der Belegschaft am Unternehmen auf organische Weise verwirklicht werden.

Es sind Anzeichen dafür vorhanden, daß die schweizerischen Unternehmer im Begriffe sind, auch dieses letzte Problem auf eigenständige, privatwirtschaftliche Weise zu lösen. Die Vorteile dieses Vorgehens gegenüber einer öffentlich-rechtlichen Ordnung sind offensichtlich.

In Deutschland haben sich im übrigen Stiftungen auch zum direkten Betrieb von Unternehmen bewährt.

Die Rechtspraxis zeigt somit, daß mittels von Unternehmensstiftungen Probleme gelöst werden können, welche – jedenfalls in der Schweiz – mit andern privatrechtlichen Mitteln nur schwer bewältigt werden könnten.

g) Der Gesetzgeber darf an diesen Tatsachen nicht vorbeisehen. Seine Hauptaufgabe besteht darin, das Stiftungsrecht derart zu gestalten, daß die Stiftung die vielfältigen und interessanten Aufgaben, die ihr in den letzten Jahrzehnten zugedacht worden sind, erfüllen kann, wobei insbesondere zu gewährleisten ist, daß die Stiftungsorgane ihre Macht nicht mißbrauchen können.

In diesem Zusammenhang stellen sich in erster Linie Fragen der internen Kontrolle und der Verantwortlichkeit. Die Probleme sind im Gesellschaftsrecht allgemein bekannt und können auch für das Stiftungsrecht gelöst werden. Die schwierigste Aufgabe besteht darin, innerhalb der Stiftungsorganisation ein Gleichgewicht der Kräfte zu schaffen. Unter diesem Gesichtspunkt verdienen zwei Fragen besondere Beachtung: Wie ist zu gewährleisten, daß das oberste Stiftungsorgan im Falle von Rechtsverletzungen zur Rechenschaft gezogen wird? Wie ist die Nachfolge in der obersten Stiftungsleitung zu ordnen?

Wenn über diese Fragen Klarheit herrscht, ist darüber zu entscheiden, wieweit der Gesetzgeber die Ordnung selber schaffen und wieweit er lediglich den Stifter anweisen soll, die wichtigsten Fragen zu regeln.

h) Gelangt man zur Auffassung, daß die Unternehmensstiftung einem praktischen Bedürfnis entspricht und grundsätzlich Rechtsschutz verdient, dann stellt sich die weitere Frage, ob dies im gleichen Maße für die Unternehmensstiftung als Inhaberin von Beteiligungsrechten und für die Unternehmensstiftung als unmittelbare Trägerin eines Unternehmens gilt.

Wir sind der Auffassung, daß keine sachlichen Gründe für eine Differenzierung bestehen. Im Gegenteil, diese Differenzierung würde lediglich zusätzliche, vermeidbare Schwierigkeiten schaffen.

Die Probleme, die sich hinsichtlich der Unternehmensstiftung stellen, insbesondere die besprochenen, hängen nicht davon ab, ob das Unternehmen von der Stiftung direkt oder indirekt geführt wird.

i) In der informativen Abstimmung des 44. Deutschen Juristentages sprach sich eine große Mehrheit dafür aus, Unternehmensstiftungen nicht zuzulassen, wenn ihr Hauptzweck der Betrieb eines Erwerbsunternehmens ist. Dieser Auffassung kann zugestimmt werden, wenn ein derart formulierter Stiftungszweck dahin ausgelegt werden müßte, daß das Unternehmen um seiner selbst willen zu betreiben wäre, mit dem einzigen Ziel der Vermögensäufnung. Einer derart konzipierten Verselbständigung eines Vermögens müßte schon deshalb der Rechtsschutz verweigert werden, weil ihr die Stiftungs-idee, «die Widmung des Hingegebenen für Etwas», fehlen würde²⁹.

Es lohnt sich indessen nicht, darüber allzu viele Worte zu verlieren. Solche Stiftungen wird es in der Praxis kaum geben. Im übrigen wäre die Differenzierung, ob das Unternehmen um seiner selbst willen oder zur Erfüllung eines sonst förderungswürdigen Stiftungszweckes betrieben wird, kaum praktikabel. Wie soll ein Richter in einem konkreten Fall entscheiden, welche die eigentlichen Stiftungszwecke sind:

²⁹ Vgl. dazu M. GUTZWILLER, Die Stiftungen, in: Schweizerisches Privatrecht, II, S. 580 ff.

die Personalfürsorge, die Erhaltung des Arbeitsplatzes der Belegschaft und die Förderung ihrer wirtschaftlichen Interessen, die wissenschaftliche Forschung auf einem bestimmten Gebiet oder die Erhaltung und der Fortbestand des Unternehmens? Das eine ist ohne das andere kaum denkbar. Es empfiehlt sich nicht, anlässlich der Revision des Stiftungsrechtes Wege zu beschreiten, die im Vereinsrecht nicht zum Ziel geführt haben.

III. Die gegenwärtige Rechtslage

1. Die Materialien zum ZGB geben keine besonderen Probleme auf.

a) Artikel 97 Absatz 1 des Vorentwurfes des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (entsprechend Art. 80 ZGB) bestimmte:

«Die Errichtung einer Stiftung, als privatrechtliche Anstalt, erfolgt mit der Widmung eines Vermögens zu einem eigenen, erlaubten Zweck.»

Die Erläuterungen des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes geben keine zusätzlichen Erklärungen zu diesem Text³⁰.

b) Im bundesrätlichen Entwurf, Artikel 90, ist der entsprechende Wortlaut:

«Zur Erreichung einer Stiftung bedarf es der Widmung eines Vermögens für einen sittlich und rechtlich erlaubten Zweck.»

Dazu wird in der Botschaft³¹ folgendes ausgeführt: «Stiftungen können in den vom Gesetz vorgeschriebenen Formen zu beliebigen Zwecken errichtet werden (Art. 90). Auch Familienstiftungen erklärt der Entwurf allgemein als zulässig (Art. 345), wobei aber die Schranken der erbrechtlichen Verfügungsfreiheit beobachtet werden müssen.»

³⁰ Vgl. S. 87 der Erläuterungen.

³¹ BBl 56, 1904, IV, S. 21.

c) In den Beratungen der eidgenössischen Räte blieb Artikel 90 des bundesrätlichen Entwurfes unbestritten und unverändert. Diskutiert und geändert wurde lediglich die Regelung der Familienstiftungen.

d) Die Worte «sittlich und rechtlich erlaubten» wurden in der Sitzung der Redaktionskommission vom 30.9.–5.10.1907 in Sierre gestrichen und durch das Wort «besonderen» ersetzt³². Offenbar erschien der Zusatz «für einen sittlich und rechtlich erlaubten Zweck» angesichts von Artikel 52 Absatz 3 ZGB als überflüssig. Mit dem Hinweis auf den «besonderen Zweck» kehrte man sinngemäß zur Formulierung des Vorentwurfes des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes zurück, in welchem von einem «eigenen Zweck» die Rede war. Dazu wird in den Erläuterungen³³ ausgeführt: «Zuwendung an einen schon in einer Stiftung bestehenden Zweck ist keine Stiftung, weil keine neue juristische Person dadurch entsteht.»

Abschließend kann festgehalten werden, daß die Materialien, abgesehen vom Problem der Familienstiftungen, keinen Hinweis auf die Beschränkung der Verwendungsmöglichkeiten der Stiftung enthalten.

2. In der Literatur wird fast einmütig die Meinung vertreten, die Stiftungen könnten im Rahmen der Rechtsordnung (sittlich und rechtlich erlaubter Zweck; Sondervorschriften für Familienstiftungen) zur Verfolgung irgendeines Zweckes errichtet werden³⁴.

Aus Artikel 59 Absatz 2 ZGB läßt sich angesichts des kla-

³² Auskunft des Bundesarchivs nach Konsultation der Textvorlage von EUGEN HUBER für diese Sitzung.

³³ S. 87.

³⁴ In diesem Sinne lautet übrigens auch Art. 493 ZGB: «Der Erblasser ist befugt, den verfügbaren Teil seines Vermögens ganz oder teilweise für irgendeinen Zweck als Stiftung zu widmen.»

Vgl. insbesondere A. EGGER, Kommentar, 2. Auflage, N. 9 zu Art. 80 ZGB; DERSELBE, Ausgewählte Schriften und Abhandlungen, II, S. 51; E. HAFTER, Kommentar, 2. Auflage, N. 5 und 6 zu Art. 80 ZGB. Besonders eingehend: W. E. HINDERMANN, Der Stiftungszweck, in ZSR 47, 1928, S. 225 ff.; J. ACKERMANN, Der besondere

ren Textes des Artikels 80 ZGB und der Eindeutigkeit der Materialien kaum etwas Gegenteiliges ableiten³⁵.

3. Vor Gericht sind Unternehmensstiftungen bereits als rechtsgültig anerkannt worden³⁶.

Dieser Auffassung haben sich auch Verwaltungsbehörden angeschlossen³⁷. Im Jahre 1966 anerkannte das Eidgenössische Departement des Innern eine Unternehmensstiftung als rechtsgültig und unterstellte sie der Bundesaufsicht.

4. Aufgrund dieser Ausführungen kann festgestellt werden, daß Unternehmensstiftungen nach schweizerischem Recht rechtsgültig gegründet werden können, sofern die verfolgten Zwecke weder unsittlich noch widerrechtlich sind und die Vorschriften über die Familienstiftungen (Art. 335 ZGB) nicht verletzt werden. Ob das letztere zutrifft, kann nur im Einzelfall beurteilt werden³⁸.

Zweck der Stiftung, 1950, S. 13 ff.; M. GUTZWILLER, Die Stiftungen, in: Schweizerisches Privatrecht, II, S. 580 ff.

Als Ergebnis seiner Untersuchung hält ACKERMANN fest: «Stiftung ist Widmung eines Vermögens zu einem bestimmten (nicht irgendwelchen) und altruistischen (nicht ausschließlich dem Stifter selbst dienenden) Zweck» (S. 17). Abgelehnt wird die Beschränkung der Verwendungsmöglichkeiten auf einen gemeinnützigen Zweck. Diese Auffassung finde weder im Gesetz noch in den Gesetzesmaterialien eine Stütze (S. 15).

³⁵ R. BÄR (Aktuelle Fragen des Aktienrechts, in ZSR 85 II, 1966, S. 534) wirft trotzdem die Frage auf, ob es nicht der «gute Sinn» von Art. 59 Absatz 2 ZGB sei, «daß ein wirtschaftlicher Zweck (außer vielleicht, er wäre einem idealen völlig untergeordnet oder nur sein Mittel) entweder von einer physischen Einzelperson oder in den Formen des Gesellschaftsrechts verfolgt werden müsse.

Selbst wenn dieser Bestimmung ursprünglich dieser Sinn beigelegt worden wäre, wäre der Grundsatz indessen mit der Sonderregelung der Wohlfahrtsstiftungen durchbrochen worden.

³⁶ Vgl. BGE 75 II, 1949, S. 89; Blätter für Zürcherische Rechtsprechung 45, 1946/47, Nr. 70.

³⁷ VEB 29, 1959/60, Nr. 43.

³⁸ Vgl. zu diesem besonderen Problem E. WOLF, Über die Verknüpfbarkeit einer Familien-Aktiengesellschaft mit einer Familienstiftung, in SAG 37, 1965, S. 225 ff.

IV. Schlußbetrachtungen

1. Mit der Feststellung, daß Unternehmensstiftungen nach schweizerischem Recht gültig errichtet werden können, ist noch nichts darüber gesagt, ob sich die Stiftung als Organisationsform zum direkten oder indirekten Betrieb eines Unternehmens eignet.

Zwar hat unser Stiftungsrecht in dieser Beziehung den großen Vorzug, daß der Gesetzestypus sehr schwach fixiert ist. Der Stifter hat es praktisch in der Hand, in der Stiftungsurkunde und in den Stiftungsreglementen eine Ordnung zu schaffen, welche auf seine besonderen Bedürfnisse abgestimmt ist.

In den weitaus meisten Fällen wird die Unternehmensstiftung in der Schweiz als Inhaberin von Beteiligungsrechten ausgestaltet. Insoweit stellt das Stiftungsrecht keine unüberwindlichen Probleme. Wird die Unternehmensstiftung zu einer eigentlichen Holding-Stiftung ausgebaut, dann empfiehlt es sich mit Rücksicht auf die Finanzierungsprobleme, eine Holding in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft vorzuschalten. In diesem Fall sind zahlreiche Einzelfragen zu lösen. Es muß insbesondere gewährleistet werden, daß der Stiftungszweck nicht mit gesellschaftsrechtlichen Mitteln vereitelt werden kann.

Die Frage, ob die Stiftung sich auch als direkte Trägerin eines Unternehmens eignet, soll hier offenbleiben. Sie ist für das schweizerische Rechtsleben vorläufig rein theoretischer Natur.

2. Diese wenigen Ausführungen mögen genügen, um zu zeigen, daß eine Unternehmensstiftung im geltenden schweizerischen Recht nur dann funktionsfähig und somit erfolgreich sein kann, wenn der Stifter von seiner Gestaltungsfreiheit Gebrauch macht und in der Stiftungsurkunde sowie in den Stiftungsreglementen die zahlreichen Fragen, die eine Unternehmensstiftung mit sich bringt und auf die das Gesetz keine Antwort gibt, selbst regelt.

Es geht insbesondere darum, den Stiftungsorganen die (rechtlichen) Mittel zur Erreichung des Stiftungszweckes zur Verfügung zu stellen, eine ausgewogene Kompetenzordnung zu schaffen, Macht und Verantwortung ins Gleichgewicht zu bringen und Vorsorge gegen Machtmißbräuche zu treffen.

3. Diese Probleme müssen zweifellos auch den Gesetzgeber beschäftigen. Dieser hätte zudem zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Verfahren die Stiftungsordnung veränderten Verhältnissen soll angepaßt werden können. Allenfalls wären auch Fragen der Publizität zu regeln³⁹.

Eine neue Ordnung des Stiftungsrechts wird unter Berücksichtigung der besondern Probleme der Unternehmensstiftung zweifellos der Stifterautonomie in bestimmten Richtungen engere Grenzen als bisher setzen müssen. Möglicherweise könnte demzufolge sogar ein neuer Gesetzestypus der Stiftung entstehen.

Trotz dem unverkennbaren Bedürfnis, bestimmte Fragen zwingend zu ordnen, wäre aber zu postulieren, daß der Gesetzgeber den Gesetzestypus der Unternehmensstiftung nicht stärker fixiert als notwendig⁴⁰.

Angesichts der sich anbahnenden Entwicklung wäre es zu begrüßen, wenn die besonderen Strukturprobleme der Unternehmensstiftung in rechtlicher und betriebswirtschaftlicher Hinsicht noch eingehend gewürdigt würden, und zwar unter Auswertung der im Ausland gemachten Erfahrungen. Damit sollte nicht allzulange zugewartet werden, damit der Gesetzgeber rechtzeitig die Entwicklungsrichtung mitbestimmen kann.

³⁹ Hinsichtlich der Buchführungspflicht gelten schon heute für Stiftungen, welche ein nach kaufmännischer Art organisiertes Gewerbe führen, die nämlichen Vorschriften wie für den Einzelkaufmann, mit allen sich daraus ergebenden Konsequenzen.

⁴⁰ In diesem Sinne auch H.-L. STEUCK, a.a.O., S. 70.

