

Rechtsgeschichte Legal History

www.rg.mpg.de

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg24>

Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte – Legal History Rg 24 (2016)

<http://dx.doi.org/10.12946/rg24/483-487>

Rg **24** 2016 483–487

Matthias Schwaibold

Codex Caroni

gebung oder wie in Deutschland in den der Professoren. Künftige Studien zur nordamerikanischen Kodifizierung werden die besondere Institution des praktischen Technokraten beachten müssen: die Anwälte, die, wie Cairns in seiner aktualisierten Einleitung schreibt, »did not found their decisions about the law on any kind of detailed and

profound study of the history in the style of Savigny. Instead they operated, without much public scrutiny, as legal technocrats, confident of their own patrician views, inscribing into their codes what they saw as necessary and appropriate.«



Matthias Schwaibold

Codex Caroni*

Der Berner Emeritus für Rechtsgeschichte erfreute seine Leser in der Vergangenheit wiederholt mit Beiträgen zur Privatrechtsgeschichte namentlich der Schweiz. Sie waren völlig uneitel und voller richtiger Gedanken, allem Modernismus abhold, ohne aber deshalb altmodisch oder gar theorielos gewesen zu sein, im Gegenteil: Caroni warnte davor, um es plakativ und nicht mit seinen Worten auszudrücken, Rechtsgeschichte als eine Art Selbstbedienungsladen zur Herstellung beliebiger historischer Kontinuitätslinien zu verstehen und ihr immer nur das entnehmen zu wollen, was einem für das geltende Recht gerade als Verlängerung auf der Zeitachse nach hinten passt. Er will nämlich gerade nicht, »dass die Reise in die Vergangenheit einer Plünderung gleichkommt« (3). Rechtsgeschichte dient für ihn – und das unterscheidet ihn von den allermeisten seiner Kollegen – auch nicht einfach einem besseren Verständnis der *lex lata*, eher allenfalls der Erkenntnis, dass diese das Ergebnis eines Ringens ist, das auch hätte anders ausgehen können. Seinen zahlreichen Veröffentlichungen namentlich zur Kodifikationsgeschichte der Schweiz folgt jetzt eine – von ihm (der Jahrgang 1938 ist) als »autobiographisch« abschliessend bezeichnete – weitere Darstellung, die den Band 1/1 des renommierten »Schweizerischen

Privatrechts« bildet. Das ist wohl kein Zufall, bemüht sich doch diese Schriftenreihe seit ihrem Anfang 1967 darum, das Wesentliche im geltenden Zivilrecht herauszuarbeiten und bildet damit einen Kontrapunkt zu den viel dickeren und nunmehr einander in hoher Kadenz jagenden Praktiker-Kommentaren, von denen sie sich nicht nur sprachlich und gedanklich, sondern auch konzeptionell abhebt.

Caroni stellt bei seiner Schilderung des 19. Jahrhunderts die schweizerische Entwicklung in den Mittelpunkt und knüpft damit vor allem an drei – vom Rezensenten früher schon besprochene – »Vorgängerwerke« an, nämlich die »Rechtseinheit« vom 1986, das »Privatrecht« (1. Aufl. 1988, 2. Aufl. 1999) und »Die Einsamkeit des Rechtshistorikers« (2005). Er legt allerdings mehr als eine zusammenfassende Neuauflage vor, vielmehr vertieft und erweitert er einige seiner dort (und möglicherweise auch noch anderswo) entwickelten Gedanken. Seinem Leser macht er es dabei noch weniger leicht als je zuvor, er verlangt ihm vielmehr eine Konzentration ab, die irgendwo ein entfernter Spiegel der hohen Konzentration ist, mit der Caroni diesmal ganz besonders spürbar ans Werk gegangen ist. Die äussere Gliederung der Abhandlung in 10 Paragraphen verrät dabei nicht allzu viel zum

* PRO CARONI, Privatrecht im 19. Jahrhundert. Eine Spurensuche. Schweizerisches Privatrecht, Erster Band, erster Teilband, hg. von Sibylle Hofer, Basel: Helbing Lichtenhahn 2015, XXXV und 255 S., ISBN 978-3-7190-3278-4

konkreten Inhalt: Was bescheiden als »Einleitung« (§ 1) überschrieben ist, erscheint auf 10 Seiten als die Summe der »rechtsgeschichtlichen Theorie« Caronis, der sich vermutlich aber gegen diese Bezeichnung verwahren würde. Es folgt »Der Kampf um die Rechtseinheit« (§ 2), in welchen auf gut 20 Seiten der schweizerische Sonderweg der Privatrechtsentwicklung – bzw. der Weg zur bundes einheitlichen Kodifikation – geschildert wird. Die nächsten 30 Seiten stehen unter dem Titel »Das Bekenntnis zur Kodifikation« (§ 3), der anschließende § 4 behandelt auf 30 Seiten das Verhältnis von »Kodifikation und Rechtswissenschaft«, die 20 Seiten des § 5 stehen unter der bemerkenswerten Überschrift »Privatrecht im Rechtsarchipel«, der kurze § 6 handelt von der »Entdeckung der allgemeinen Rechtsfähigkeit«, § 7 dreht sich um einen Gedanken, der schon vorher mehrfach angedeutet worden war, nämlich »Markt, Gleichheit, Privatautonomie«, § 8 sind 40 Seiten zu »Vertrag und Vertragsfreiheit«, § 9 gut 20 Seiten »Vom alten zum neuen Eigentumsbegriff«, gefolgt von den abschliessenden etwa 30 Seiten des § 10 unter der Überschrift »Von der einen zur anderen Funktion des Eigentums«.

Man könnte aus jedem Paragraphen und jedem Unterkapitel mehrere Sätze zitieren, die in vollendeter Weise einen Gedanken, ein historisches Phänomen, eine Erkenntnis – meist zur schweizerischen Entwicklung – zum Ausdruck bringen. In völlig willkürlicher Weise soll nachfolgend eine solche Auswahl von Sätzen oder kurzen Abschnitten zusammengestellt werden, die zweierlei belegen mag: Dass Caronis elegante Formulierungen über die Inhaltsschwere nur ausnahmsweise hinwegtäuschen können und dass die vorhin zitierten Überschriften zu den 10 Paragraphen eben nur sehr bedingt eine verlässliche Inhaltsangabe sind, sondern bestenfalls das Hauptthema umschreiben. So unterscheidet er einleitend zwischen Kodifikations- und Wirkungsgeschichte: »Neben dieser ersten Geschichte, die die *Entstehung* des Gesetzes vor uns ausbreitet, hat sich seit einiger Zeit eine *zweite* etabliert, die in dem Moment beginnt, in dem das Gesetzbuch endlich in Kraft tritt und in jener Gesellschaft zu wirken beginnt, die es gewünscht hat« (6). Man beachte: Mit dem »endlich« werden die Hoffnung, das Entwickeln und Werden des Gesetzes eingefangen, mit dem »gewünscht« zugleich der schroffe Gegensatz zum monarchischen Erlass wie der gesellschaftliche Konsens betont. Zum »ungelehrten Recht« als

einem Kennzeichen der alten Eidgenossenschaft lesen wir: »Die Eidgenossenschaft bildete eine republikanische Oase inmitten monarchischer Staaten, war daher stets eifersüchtig auf Erhaltung ihrer republikanischen Sitten und genossenschaftlichen Strukturen bedacht, erblickte in der Verwissenschaftlichung des Rechts deren Bedrohung und reagierte entsprechend« (8). Caroni wird später wiederholt die fehlende Verwissenschaftlichung des einheimischen Rechts als Kennzeichen hervorheben. Das Fehlen von Dogmengeschichte (nicht nur bei ihm selbst) begründet er – kürzer geht es nicht – wie folgt: »Einerseits weil sie jeglichen Bezug zur materiellen Wirklichkeit vermissen lässt. Andererseits, weil sie bloss auswärts blühte, wo die wissenschaftliche Pflege des Rechts die Oberhand gewonnen hatte« (9). Zum Zustand des vor-kodifikatorischen Privatrechts schreibt er: »Es war ein Recht, das die Bewohner der Weiler, Höfe, Dörfer, Städte, Talschaften etc. als einziges kannten und als das eigene schätzten, weil es durch bewährte Lösung lokaler Streitfragen Rechtssicherheit gewährleistete und keinerlei Verwirrung stiftete« (15). Rechtsvielfalt ist die »kongruente Erscheinungsweise des Rechts in einer naturalwirtschaftlichen Gesellschaft« (16). Den eigenständigen Weg der Schweiz fasst er so zusammen: »Dass nämlich in der neuzeitlichen Eidgenossenschaft eine Entwicklung stattgefunden hat, die sich von der reichsrechtlichen deutlich abhob. Ihre Andersartigkeit, ihr Hang zum Pragmatismus, ihre Scheu vor den *subtilitates iuris* sind nicht erst im 19. oder 20. Jahrhundert als solche erkannt worden« (74). Obwohl die Helvetik (1798 bis 1803) selbst nur ein Zwischenspiel von fünfjähriger Dauer war, hinterliess sie insbesondere die Kodifikationsidee, die sich im Verlaufe des 19. Jahrhunderts etappenweise (namentlich begünstigt durch die staatsrechtlichen Umgestaltungen mit der ersten und zweiten Bundesverfassung und deren Ergänzungen) ab 1819 durchsetzte: »Der dargestellte Ablauf erscheint zusammenfassend einerseits linear (da Rückschläge im Wesentlichen ausgeblieben sind), andererseits durch viele Umstände gehemmt, was die ungewöhnliche Dauer erklären mag« (24). Diese brachte auch keinen »Systemwechsel«, »(d)enn alles war hiezulande anders gelaufen«, man wuchs in eine neue Wirklichkeit hinein, »die ebenso unspektakulär wie erwartungsgemäss verlief und folglich keine enttäuschten oder zerknirschten Rechtsgelehrten zurückliess und auch nicht – sozusagen als Reaktion – zur Alleinherrschaft der Gesetzgebung

führte. Der Sprung ins Neue gelang ohne sichtbare Risse, im Grunde auch ohne laute Klagen« (38). Caroni nennt sodann sechs Ziele der Kodifikation – und damit Themen, denen er in der Folge nachgehen wird: »(D)ie Vereinheitlichung des Rechts (die als Gesamtstrategie weit über die bereits erörterte räumliche Unifikation hinausgehen konnte); die Vereinnahmung der Gesetzgebung zur Festigung der Staatsmacht (Statualisierung); die Berücksichtigung aufkommender Erwartungen durch materielle Rechtserneuerung; die Subjektivierung der Rechtsordnung durch Verallgemeinerung der Rechtsfähigkeit; der Übergang zu einer rationaleren, wissenschaftlich fundierten Rechtspflege und schliesslich die Öffnung gegenüber demokratischen, nicht zuletzt sozialausgleichenden Bestrebungen« (43). In der Schweiz erschienen die Gesetzbücher nicht als »die einzige, aber immerhin die *überlegene* Rechtsquelle« (46), und eine Eigentümlichkeit ist die »fehlende Identität von Recht und Gesetz« (49) – ein ganz besonders gelungener Satz. »Alleinherrschaft, gar Hegemonie des Gesetzes waren demnach abzulehnen, Quellenpluralismus statt dessen erwünscht« (87). Zum Spannungsverhältnis von Kodifikation und Rechtswissenschaft hält er fest: »Anders stellt sich freilich – einmal mehr – die Frage für die Eidgenossenschaft, weil hierzulande SAVIGNYS unmissverständliche Botschaften immer wieder mit Beifall aufgenommen worden waren, aber der systematischen Durchkodifizierung kantonaler Rechtsbereiche dennoch nicht im Wege standen« (60). Die Charakteristika des schweizerischen ZGB, Einfachheit und Volkstümlichkeit, erklärt er wie folgt: Sie »waren allerdings weniger das Ergebnis eines zufällig gelungenen Redaktionsverfahrens bzw. einer glücklichen momentanen Inspiration als Ausfluss einer vorbestehenden Grundhaltung. Nicht als isolierter Einzelfall imponieren sie uns daher, sondern als gewandte und geschickte Verbeugung des Gesetzgebers vor der Macht überlieferter republikanischer Strukturen, d.h. der eigenen Geschichte, auf die niemand im Grunde zu verzichten bereit war« (89 f.). Und bis weit über die nach-napoleonische Zeit galt: »Der Übergang zu einer von Juristen auch nur vereinzelt geprägten (und folglich noch nicht monopolisierten) Rechtspflege wurde nirgends prinzipiell postuliert, weil man nirgends der Meinung war, er hätte anstehende wirtschaftliche, soziale, politische Probleme besser gelöst. Er vermochte auch deswegen nicht als Fortschritt zu gelten, weil er in krassem Widerspruch

zur lauthals verteidigten republikanischen Verfassung stand« (77). Deshalb »musste generell auch nach Erlass des ZGB mit dem Fortbestehen der Laiengerichtsbarkeit gerechnet werden« (90). Dass die letzten Reste der Laiengerichtsbarkeit in der Schweiz bis heute nicht beseitigt sind, erlaubt sich der Rezensent am Ende dieser Zitateauswahl zu ergänzen.

Caroni untersucht insbesondere die Einflüsse, welche die demokratische (genossenschaftliche) Grundstruktur der Schweiz (namentlich in Bund und Kantonen) auf Entstehung und Inhalt der privatrechtlichen Gesetzbücher hatten, er betont den Einfluss von Industrialisierung und Markt (»Zwang« zur Zirkulationsfähigkeit), und geht der Frage nach, wie weit die allgemeine Rechtsfähigkeit und die Privatautonomie zu Schlüsselbegriffen einer zunehmend individualistisch interpretierten Privatrechtsordnung wurden. An den Bereichen »Tarifvertrag« (163 ff.), »Eigentum« (188 ff.) und Eigentumsbeschränkungen (212 ff.) zeigt er die Entwicklungen und Umdeutungen, insbesondere aber die Durchsetzung von »sozialen« Schranken gegenüber überbordendem Individualismus auf. Die politische Gleichheit der (Staats- und Stimm-)Bürger erscheint immer wieder als Korrektiv, das das Machtgefälle auszugleichen versucht bzw. der Verselbständigung der wirtschaftlichen Ungleichheit Grenzen setzt. An verschiedenen Beispielen (namentlich Höchstzinsvorschriften, Forstgesetzgebung und Grundpfandrechten) zeigt er, wie sich widerstreitende Interessen im Gesetz spiegeln – oder es letztlich dann doch auch wieder aushebeln. Nirgendwo in der Schweiz ging es darum, einen »gemeinrechtlichen Rechtswirrwarr« zu beseitigen, vielmehr besteht das – wohl wichtigste – helvetische Paradox darin, dass die Erforschung des einheimischen Rechts zwar ganz im Sinne der Volksgeistlehre erfolgte, aber entgegen ihrem Erfinder zu dessen Kodifikation führte: Der erste Zugriff der Juristen auf ihr »heimisches« Recht brachte die Zäsur des Gesetzes. Und so konnte auch das »freie und unbeschränkte« Eigentum zunächst einmal als Denkfigur sich Bahn brechen – aber derselbe Liberalismus, der sie erfunden und propagiert hat, erkannte alsbald eine Eigentumsbeschränkung nach der andern als nötig und setzte sie durch – was die §§ 8 und 9 näher darstellen.

Hat man von Caroni schon frühere Beiträge gelesen, dann weiss man, dass Rechtsgeschichte in seinem Verständnis nicht dazu dient, blosse

Belegstellen für Kontinuitäten zu liefern oder Brücken in eine beliebige Vergangenheit zu schlagen, auf welchen man dann sozusagen »sicher« zwischen dem geltendem Recht und dem der Vergangenheit wandern oder gar eine »Linie« aus der Vergangenheit in die Gegenwart ziehen könne (vgl. dazu z. B. 50). Caronis Ablehnung von »Kausalitäten«, »Monokausalitäten« allemal, aber auch seine Skepsis gegenüber allen »linearen« Entwicklungszusammenhängen haben sich seither sicher nicht verringert. Man geht wohl zu weit, wenn man nachgerade von einer »Erklärungsphobie« sprechen wollte – aber irgendwie liegen die Schwierigkeiten, die der Rezensent diesmal (und durchaus entgegen seinen Erwartungen) mit Caronis Gedankenführung hatte, in dieser Richtung: Als historisches Ergebnis stehen die Kodifikationen fest, ebenso, dass sie nicht überall zeitgleich und inhaltsgleich entstanden; und dass die Entwicklung etappenweise und nicht ohne Zusammenhang zur politischen und gesellschaftlichen Veränderung verlief, lässt sich ja auch nicht bestreiten. Bei allem, was Caroni uns dazu erzählt, wimmelt es allerdings nur so von Widerständen, Gegenbewegungen, Bremsenden, Ausnahmen und Gegenläufigem, keines seiner Beispiele erscheint als das »logische« Ergebnis einer, schon gar »geradlinigen« Entwicklung; das ist ganz besonders spürbar im § 9 zum Eigentumsbegriff. Sein Bemühen um Differenzierung und Relativierung ist nicht nur sprachlich omnipräsent, sondern steht vor, in und nach jedem Gedanken in vielfältiger Weise vor dem Leser da. Die »zwar« und »aber«, die »vorerst« und »dagegen«, die »nicht nur ..., sondern auch ...«, die »einen« und die »anderen Seiten«, die nicht abschliessenden Aufzählungen sind Legion. Sie lösen sozusagen das Bild, das jeweils gezeichnet wird, gleich wieder auf, dem Rezensenten fällt als Vergleich nur ein pointillistisches Gemälde ein: Da darf man die Nase auch nicht draufhalten, sonst sieht man nichts, sondern man muss in gemessenem Abstand davorstehen. Und deshalb sucht man dann bei Caroni vergeblich nach »Einzelgründen« oder »Beweisführungen«, wann warum genau etwas entstand oder scheiterte – aber das ändert nichts am Gesamtbild und dessen Schönheit, das er vom Werden der privatrechtlichen Kodifikationen zeichnet. Gibt es eigentlich noch, wenn man Caronis Weg so konsequent geht, für irgendetwas in der Rechtsgeschichte eine konsistente Erklärung? Kann man dann noch mehr sagen, als dass die »Verhältnisse stärker als alte

Gewohnheiten und Überlieferungen« sind (33 mit Fussnote 115), dass »die Fakten« (24 und 25) Druck erzeugten? Wohl kaum, womit Rechtsgeschichte die Beschreibung (hoch-)komplexer Interaktion zwischen vielfältig divergierenden und nur ausnahmsweise klar antagonistischen Interessen wird.

Caroni kann – fast ist man geneigt zu sagen: natürlich – doch nicht auf jede Kausalität verzichten. Aber sie wird – logischerweise, muss man auch hier sagen – nicht prominent in den Vordergrund geschoben, herausgehoben und gefeiert, sie wird an zahlreichen Stellen mehr versteckt als betont, aber ist nicht zu übersehen. Die »Verhältnisse« und »Fakten« haben nämlich einen weiteren Namen: Den Schlüssel der Entwicklung – auf welchen er in der Folge immer wieder hinweisen wird – sieht Caroni offenbar im Auftauchen bzw. in der Durchsetzung der Marktgesellschaft: »Zur Umsetzung ihres Programms brauchte die Marktgesellschaft offensichtlich mehr als eine bloss episodische Überwindung der kantonalen Rechtsvielfalt. Es bedurfte einer rechtlichen Regelung, die überall ausschliesslich galt und gleichmässig angewendet wurde, alle Bewohner des Landes als Destinatäre derselben Botschaft einstuft und möglich alle privatrechtlichen Fragen umfassend und übersichtlich beantwortete« (35). Ähnlich auch die Umschreibung des neuen Mittelpunkts der Gesellschaft: »Als solcher drängte sich just jene Einrichtung auf, die man zwar schon früher kannte, der aber ein noch nicht »entfesselter« Zeitalter eine bloss marginale Präsenz gegönnt hatte, nämlich der Markt« (125). Caronis Kausalität (so scheint es), ist die »totalisierende Strategie« des »modernen Marktes« (S. 134) und die »Öffnung der Wirtschaft zum Weltmarkt« (187), die uns also als letzte und zugleich abstrakteste Erklärung dafür bleibt, was uns der Blick in die Privatrechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts zeigt. Auch der eigentumsbeschränkende Staat trat »nicht als Vertreter überparteilicher, gar polizeilicher Anliegen in Erscheinung, sondern als Garant einer konkreten, dem Marktsystem entsprechenden, infolgedessen bürgerliche Erwartungen widerspiegelnden Eigentumsvorstellung« (216). »Zusehends vom Markt und seiner Disziplin erfasst, ja bald davon beherrscht, war sie (= *die Gesellschaft*, Anm. d. Rezensenten) aus naheliegenden Gründen so investitionsfreudig, wie keine bisher. Kapitalbildung war das höchste Gebot, auch das sachenrechtliche Programm hatte in ihrem Dienst zu stehen. (...) Diesem Konzept, bzw. dem hieraus

erwachsenen Druck hatte sich der Eigentümer, der ja zugleich Marktteilnehmer war, zu fügen« (214). Auch diese Auswahl von Zitaten ist nicht vollständig, das Stichwortverzeichnis in dieser Hinsicht aber besonders erhellend, insb. auf Seite 252.

Der Verzicht auf alle Arten von Dogmen-, Institutionen- und sonstige Kontinuitätsgeschichten ist ebenso richtig wie der Abschied von der »grossen Dichotomie« (99 ff.), welcher der Rezensent noch die »kleine Dichotomie« von Germanisten und Romanisten hinterherwerfen will, über die Caroni nicht nur auf Seite 11 ff. mit leisem Spott äussert. Selbstverständlich ist sein Blick auf die Sozialgeschichte der ertragreichere und sein Postulat nach

Erforschung der Wirkungsgeschichte des Gesetzes zweifellos begründet. Die Tragweite des »Marktarguments« hält der Rezensent ehrlicherweise für eher beschränkt. Entscheidend ist vielmehr das Gesamtbild, nämlich wie vielschichtig, bewegt und detailreich Caroni die Geschichte des Privatrechts darstellt. Er belegt damit abermals, dass sich auf einem kleinen Raum mit weniger als drei Millionen Einwohnern in der Schweiz im 19. Jahrhundert eine höchst spannende Rechtsgeschichte verfolgen lässt.



Urs Matthias Zachmann

Ungentle Civilizer: Treaties and Colonial War in 19th Century International Law*

Already Plato in the *Republic* had his protagonists muse about the application of the law of war – or its customary predecessor – to different groups of adversaries, notably fellow-Hellenes and outside »barbarians«. Among the former, Socrates argued, »civilized« rules should apply, particularly the protection of non-combatants and the rejection of a scorched earth policy. Towards barbarians, however, the ideal citizen should behave »like the Hellenes do among themselves today«,¹ hinting at the sorry state of warfare in reality even among Greeks at the time. Interestingly, Plato did not address the case when »barbarians« came under the rule of a Greek state, arguably because the ideal republic saw no room for such expansion.

For a long time, the states of Europe did not trouble themselves with this last problem, either because they were too weak to project their power overseas or they themselves were the objects of threat or occupation. Only with the discovery of the Americas and the beginning of European

expansion in the 15th and 16th century did this become a relevant problem (coinciding with the rise of modern international law as a distinct field of knowledge); it became particularly pressing in the age of high imperialism during the 19th and early 20th century.

In the monograph under review, Harald Kleinschmidt thus addresses one of the most pressing problems in international law during this last phase of western expansion. The questions that animate his study are as follows (35): How did scholars of international law legitimize the fact that European powers and the US ignored valid treaties with non-western nations during the expansion? How did military and legal experts explain excluding colonial warfare from the concept of regular warfare? And finally, how did these conceptual and theoretical developments shape international relations at the time?

Based on a host of primary sources in the fields of military science and international law (mostly

* HARALD KLEINSCHMIDT, *Diskriminierung durch Vertrag und Krieg: Zwischenstaatliche Verträge und der Begriff des Kolonialkriegs im 19. und frühen 20. Jahrhundert* (Discrimina-

tion by treaty and war: international treaties and the concept of colonial war in the 19th century and early 20th century), Munich: Oldenbourg 2013, 237 p., ISBN 978-3-486-71730-3

1 Plato, *Politeia*, Book V, 471–473.