

§ 12. Vermögenszuwachs durch Wertzuwachs.

Innerhalb des verbesonderten Wirtschaftslebens entsteht ein dauernder Kreislauf von Wechsellagen. Dem Aufschub der erfolgreichen wirtschaftlichen Tätigkeit des Menschen folgt der Niedergang, und aus diesem hebt sich das menschliche Geschlecht wieder hervor. Hierzu wirkt zunächst die wechselnde Leistungsfähigkeit der Kräfte, welche der Menschheit innewohnen; damit verbunden, aber auch vom Zufall beeinflusst, wirkt der Wechsel des Verhältnisses von Angebot und Nachfrage, entsteht eine dauernde Schwankung der Preise. Die Wirkung dieser Vorgänge besteht darin, dass gegebenenfalls, dem Eigentümer zugute, ein Vermögenszuwachs entsteht. Der Aufschwung ist, der Regel nach, durch die Vermehrung des Kapitalgewinnes gekennzeichnet und der Niedergang durch dessen Verminderung, gegebenenfalls durch dessen vollständiges Fehlen, oft sogar durch Verminderung des Kapitals.³¹⁾

Es kann nicht jeder dadurch entstehende Vermögenszuwachs als gerechtfertigt betrachtet werden. J. Kohler hat diese Frage nicht eingehend behandelt. Es besteht jedoch die Möglichkeit, in seinem Sinne das Problem grundsätzlich zu lösen und zwar in Anschluss an die Kohlersche Lehre über die Korrekturordnung. J. Kohlers Ausführungen hinsichtlich der Aufgaben der Korrekturordnung schliessen sich an die Lehre des Aristoteles über die Hauptaufgaben der Gerechtigkeit, wie er sie im 5. Buche der Nikomachischen Ethik darstellt. Die Möglichkeit einer Rechtfertigung des Vermögenszuwachses hängt mit der Bezeichnung der unmittelbaren Ursachen der Schwankungen der ökonomischen Werte zusammen, mit der Ausdehnung dieser Schwankungen und mit der Bedeutung des Kapitals für die Wirtschaft, die jeweilig in Frage kommt. Die Ursachen der Schwankungen sind deshalb von Bedeutung, weil der Vermögenszuwachs als eine Vergütung betrachtet werden kann für die Gefahr der Wertverminderung, die vom Eigentümer der Sache getragen wurde. Falls aber und so weit der Vermögenszuwachs nicht eine Vergütung, sondern einen mit der Sache als Gegenstand des Güterverkehrs verbundenen Gewinn darstellt, welcher genetisch betrachtet als Wirkung der gemeinen wirtschaftlichen Arbeit der Gesellschaft erscheint, soll dieser Gewinn nicht dem Eigentümer zukommen.

Von Bedeutung ist ferner die Grösse des Gewinnes, denn wegen eines geringen Gewinnes darf der Eigentümer nicht belastet werden, weil dadurch den Inhabern der gesetzgeberischen Gewalt eine dauernde und schwer erfüllbare Aufgabe gestellt wäre, die gerade deshalb ein Hemmnis für ihre fernere Tätigkeit sein würde. Die Kapitalbedürfnisse einer Wirtschaft und die Wichtigkeit des Eigentumsrechtes als Kapitalsanlage ist massgebend, denn durch

die Beschränkung des Vermögenszuwachses durch Werterhöhung wird die Flucht des Kapitals in der Richtung des Landes, dessen Wirtschaftsordnung solche Gewinne begünstigt, verursacht. So weit also mit Rücksicht auf die Ursachen und die Ausdehnung der Schwankungen der Preise und mit Rücksicht auf die Wichtigkeit des Kapitals ein Vermögenszuwachs durch Werterhöhung keineswegs als gerechtfertigt zu betrachten ist, soll die Rechtsordnung die Ausgleichung vornehmen. Diese Ausgleichung kann, im Sinne J. Kohlers, durch Besteuerung erfolgen und da hiermit die unbillige Folge der Verbesonderung der Eigentumsrechte verschwindet, darf kein Schluss daraus gegen das Eigentumsrecht als solches gezogen werden.³¹⁾

Die Besteuerung, die mit der Absicht vorgenommen wurde, den Vermögenszuwachs, der durch die Werterhöhung des Objektes des Eigentumsrechtes entstanden ist, zu beseitigen, bildet eine übliche Erscheinung der Korrekturordnung. Nicht immer kann die Rechtsordnung sofort die letzten Ziele des Rechtes erreichen. So war hier der Kohlerschen Lehre gemäss die erste notwendige Stufe die Begründung des verbesonderten Eigentumsrechtes. Das Ergebnis aber des rechtmässigen Güterverkehrs ist unvollkommen gewesen. Erst durch die Besteuerung wird die Unvollkommenheit ausgeglichen und das letzte und rechte Ziel erreicht.³²⁾

§ 13. Die Enteignung.

Subjekt eines Rechtes soll diejenige Person sein, die durch Ausübung der aus diesem Rechte entstehenden Gewalt das Objekt desselben im vollen Masse der Kulturentwicklung dienstbar macht, denn nur deshalb ist das Eigentumsrecht anerkannt, und nur deshalb soll es sein. Es folgt also mit logischer Notwendigkeit aus der Kohlerschen Lehre, dass das Eigentumsrecht jeder Person beseitigt werden muss, sobald es erwiesen wird, dass sie ihr Eigentum zweckmässig nutzbar zu machen nicht im Stande ist oder nicht will. Es soll der Kohlerschen Lehre hinzugefügt werden, dass es nicht von Bedeutung sein kann, ob die Untauglichkeit des Objektes oder die des Subjektes die Unmöglichkeit der zweckmässigen Ausnutzung verursacht. Darin liegt das Entscheidende der Lehre vom Subjekte des Eigentumsrechtes. Auf dieser Beseitigung beruht der Sinn der Enteignung, die zunächst ein Sieg der Allgemeinheit über das Sonderrecht darstellt. Das Eigentumsrecht wird aber nur als Substanzrecht beseitigt. So weit es ein Wertrecht begründen könnte, soll es unberührt bleiben, weil die Notwendigkeit der Enteignung nicht aus dem Vorhandensein eines individuellen Wertrechtes entstanden ist, dessen Beseitigung die Rechtssicherheit vernichten würde.³³⁾

Damit aber dies erreicht werde, soll dem enteigneten Eigentümer der Preis der Sache als Entschädigung ausbezahlt werden. Die Berechnung der Entschädigung soll ohne Rücksicht auf die jeweiligen Schwankungen des Preises stattfinden, besonders ohne Rücksicht auf die Schwankungen, die eine Wirkung der nahenden Enteignung darstellen. In diesem Falle kommt die Bedeutung der Kohlerschen Unterscheidung der Wert- von den Substanzrechten in vollem Masse zum Ausdruck. Denn dadurch wird der Gedanke, demgemäss eine billige Entschädigung notwendig ist, der in den meisten liberalen Verfassungen ausgesprochen wurde, sogleich offenbar gemacht, und einen Sinn bekommen. Wichtig ist es, dass dadurch der Gedanke zum Ausdruck kommt, demgemäss die Besitznahme erst nach der Zahlung der Entschädigung statthaft sein soll. Dieser Gedanke kommt dadurch zum Ausdruck, dass das Wertrecht eine gewisse Dinglichkeit besitzt, die sich in der Abwehrbefugnis des Wertberechtigten äussert.³⁶⁾

Darin, dass eine Entschädigung notwendig ist, sieht J. Kohler einen Sieg der Einzelnen über die Allgemeinheit.³⁶⁾

J. Kohler hat aber das Problem nicht behandelt, was geschehen soll, wenn ein Wertrecht als solches einem nicht zur Ausübung seiner Gewalt geeigneten Subjekte zusteht. Das Enteignungsrecht ist, im Sinne J. Kohlers, ein Recht des Staates, denn im Hintergrund jeder organisierten Gemeinschaft soll dieser, der kraft eigenen Rechtes besteht, gedacht werden. Deshalb entspricht es seinem Wesen, auch die allseitige Förderung der Kultur und den Schutz gegen Unkultur zur Aufgabe zu haben. So weit er seine Aufgabe erfüllt, bedeutet der Niedergang des Staates die Vernichtung der Kultur, um so mehr weil keine andere zweckentsprechende Menschenvereinigung zur Kulturförderung und zur Zurückdrängung aller feindlichen Bestrebungen möglich ist. Deshalb soll er auch hierzu berechtigt sein.³⁷⁾

Es soll jedoch der Kohlerschen Lehre hinzugefügt werden, dass die Rechte des Staates auch übertragen werden können. Die Bedeutung des Staates bringt es mit sich, dass der Einzelne ihm unterworfen ist. Die Befriedigung des Staatsinteresses bildet eine Kulturforderung. Der Staat als Verwirklichung der Kulturbestrebungen soll die Rechte, die durch den Zwang seiner Gewalt gesichert sind, selbst beseitigen können, sobald sie im Gegensatz zu den Bestrebungen, die der Staat zu verwirklichen hat stehen sollten. Denn wenn die Rechte, die durch den Staat bestehen sollen, nicht ausschliesslich durch den Staat vernichtbar wären, wäre seine sonst bestehende Aufgabe, diese Rechte zu fördern, unerfüllbar. Dies bedeutet keineswegs die Errichtung der staatlichen Willkür. Aus der Zweckbestimmung des Staates folgt es, dass nur so weit eine staatliche Massnahme die menschlichen Errungenschaften in der Überwindung des Alls weiter zu bilden oder zu

sichern bezweckt, der Staat diese Massnahme treffen darf. Dies gilt der Person gegenüber, welche, im Sinne J. Kohlers, der von der Natur gegebene Träger der Kultur ist.

§ 14. Der prozessuale Schutz des Eigentumsrechtes.

Das Vorhandensein eines Rechts ruft Zustände hervor, die rechtlich bestehen müssen. Die menschliche Leidenschaft sowie die Unvollkommenheit der Erkenntnis bewirken es, dass dauernd Versuche, die Rechtszustände zu zerstören, stattfinden. Es liegt im menschlichen Wesen, dass der getroffene sich durch Selbsthilfe zu wehren versucht. Bei der Selbsthilfe ist keine Gewähr vorhanden, dass diese auch wirklich berechtigt ist; es ist aber auch keine Gewähr vorhanden, dass sie tatsächlich das Recht zur Geltung bringt. Deswegen entsteht neben der Rechtsordnung, deren Ziel zunächst in der Regelung des Ganges der menschlichen Tätigkeit besteht, die Friedensordnung, deren Zweck nicht die Bewegung der rechtlichen Verhältnisse betrifft, sondern den Ruhezustand dieser Verhältnisse. J. Kohler spricht dies ausdrücklich aus, indem er sagt: Recht ist Bewegung, Friede ist Ruhe.²⁸⁾

J. Kohlers Gedanke erinnert an jenen berühmten Satz womit R. von Jherings Kampf ums Recht eingeleitet wurde: «Das Ziel des Rechts ist der Friede, das Mittel dazu der Kampf.» Es handelt sich jedoch um grundverschiedene Auffassungen. In R. von Jherings Sinne kann man den Frieden nur durch einen dauernden Kampf erringen, wobei das Aufhören dieses erbitterten Kampfes die Vernichtung des Rechtes bedeutet. Die Kohlersche Auffassung ist auch durch die Vorstellung eines Kampfes gekennzeichnet, aber, in J. Kohlers Sinne, besteht gerade in diesem Kampf der Zweck des Rechtes, das dazu da ist, um der Menschheit zu helfen, ihre Kulturentwicklung durch den alogischen Pragmatismus der Welt hindurch, zu vollziehen. Die Rechtsordnung muss aber von der Friedensordnung vervollständigt werden; damit die erstere zum Ziele gelangt, muss alle Rechtsverwirklichung den staatlichen Organen überlassen sein. Deshalb gibt der rechtliche Schutz des Eigentumsrechtes diesem Recht seine volle Tatsächlichkeit hinzu. Wenn aber der Schutz des Eigentümers als ein notwendiges Mittel zur Erhaltung des Eigentumsrechtes betrachtet wird, so weit das Eigentumsrecht überhaupt zweckmässig ist, so — setzt J. Kohler hinzu — wird damit noch nicht ein Anspruch des Eigentümers gegen jedermann, «nicht gestört zu werden», begründet. Denn die Begründung eines solchen Anspruchs würde dazu führen, dass der Eigentümer auch diejenigen Personen zurückzuweisen berechtigt wäre, die innerhalb des räumlichen Bereiches seines

Rechtes treten und ihm weder Schaden verursachen noch die ihm zustehenden Befugnisse gefährden. Dies wäre aber keineswegs zweckmässig, denn dadurch würde jedes Eigentumsrecht auf unbewegliche Güter einen vollständigen Abzug eines Teiles des Raumes vom gemeinschaftlichen Leben bedeuten, ohne dass dadurch irgend ein Nutzen für irgend jemand entsteht. Der Schutz des Eigentümers soll nur so weit gehen, dass jede ihm zustehende Befugnis, die von Nutzen sein kann, sicher gestellt ist. Aus der Tatsache, dass die Befugnisse des Eigentümers je nach dem Objekt seines Rechtes räumlich beschränkt sind, folgt, dass der Eigentümer innerhalb des räumlichen Bereiches seines Rechtes eine eigenartige Stellung erwirbt, besonders hinsichtlich der Selbsthilfe. Das Schicksal einer Sache und zwar die tatsächliche Möglichkeit der Verwirklichung aller aus dem Eigentumsrecht entstehenden Befugnisse hängt vom Besitz ab. Deshalb soll der Besitz ein Selbsthilfsrecht begründen. So weit aber die Friedensordnung, die darin besteht, dass die Rechtsverwirklichung gegen widerstrebende Personen den staatlichen Organen überlassen werden muss, die Verwirklichung der Rechte des Eigentümers bewirken kann, soll die Selbsthilfe unterbleiben. In dieser Hinsicht übernimmt J. Kohler die allgemein herrschende Lehre.³⁹⁾

J. Kohler verwirft aber alles, was die ältere konstruktive Arbeit der Romanisten hinsichtlich des Besitzes zu begründen versucht hat. Ausdrücklich verwirft J. Kohler v. Savigny's, v. Jherings und E. I. Bekkers Auffassungen.⁴⁰⁾

Nur Puchtas Gedanke, der Besitz sei das Recht an der eigenen Person, denn das was den Besitz ausmacht, ist die Verknüpfung mit der Person, steht der Kohlerschen Lehre nahe. Das richtige der Puchtaschen Auffassung liegt, in J. Kohlers Sinne, darin, dass der Friede den Personen gebührt und darum auch der mit der Person verknüpften Umwelt. Besitz ist also im Kohlerschen Sinne kein Persönlichkeitsrecht, sondern ein Verhältnis der Personen zur Umwelt.⁴¹⁾

J. Kohler geht in dieser Hinsicht von Hegels Lehre aus. Hegel hat den Besitz als ein Verhältnis der Person zur materiellen Umwelt und gerade die Bedeutung des Besitzes darin gefunden, dass der Wille der Person dadurch Dasein erhält. Dies ist bezeichnend für die Kohlersche Lehre, besonders für die Behandlung der Personen als des von der Natur gegebenen Rechtssubjektes.⁴²⁾

J. Kohler beruft sich auf den, nach seiner Ansicht grössten mittelalterlichen Juristen, Bartolus; Bartolus hat die Gedanken des deutschen Rechtes der römischen Systematik adaptiert. Er unterschied zwischen der civilis possessio, der naturalis possessio und der corporalis possessio. Dies entspricht der dem deutschen Rechte eigenen Unterscheidung der Eigengeweren von der Lehen- und Leihgewere und dieser von der hebbenden Gewere.⁴³⁾

Wie der Rechtsgang, der zur Rechtsverwirklichung führt, gestaltet werden muss, ist eine wichtige Frage, die je nach dem Stand der Kulturentwicklung anders behandelt wurde. Seine Geschichte fasst J. Kohler folgendermassen auf: Die älteste Gestaltung des Rechtsganges stellt der Gottesprozess dar. Die Gottheit ist vielfach Beschützerin des Friedens und widerstrebt der Gewalt. Deshalb unterstützt die Priesterschaft, um die Durchsetzung des göttlichen Willens zu fördern, die Friedensordnung. Die Priesterschaft war sogar die Vermittlerin, von deren Tätigkeit man Gebrauch machen musste, wenn man die Gottheit hören wollte, und deren Zusammenwirken bei der Gottesprobe notwendig war. Ihre eigenartige Stellung führt dazu, dass Priester zu Schiedsrichtern genommen wurden.“)

Diese Stufe aber muss überwunden werden. Der Prozess muss zum Vernunftsprozess werden, indem ein leidenschaftsloses fortschreitendes Denken herrscht. Heute noch ist der Sinn mancher Einrichtungen als ein Ausläufer des Gottesprozesses zu betrachten. Der Eid ist nichts anderes als eine Selbstverfluchung und darf beibehalten werden, nur so lange der Glaube, dass man sich mit dem Eide unter die strafende Allmacht der Gottheit begibt, dem Menschen nicht ferne steht. Die Gestaltung des Feststellungs- und Verwirklichungsprozesses zum Vernunftsprozess entwickelt sich besonders günstig, wenn die Rechtsprechung staatlich geworden ist. Denn die Macht des Staates trägt in sich das Bestreben, das Recht, und nur das Recht, zu verwirklichen. Ferner besitzt der Staat grössere Mittel, um die Rechtsverhältnisse und die tatsächlichen Umstände zu erkennen. Endlich bewirkt die Macht des Staates, dass die Machtverhältnisse der streitenden Parteien nicht mehr in Betracht kommen. Die Feststellung und Verwirklichung des Rechtes durch den Staat vermeidet alle Unvollkommenheiten, die der Selbsthilfe anhaften.

§ 15. Die Rechtssicherheit.

J. Kohler stellt fest, dass der Prozess nicht nur zur Rechtsverwirklichung führen soll, sondern auch zu sicheren Rechtszuständen, die eine Bedingung des Güterverkehrs und deshalb jedes höheren Wirtschaftslebens sind. Die Gestaltung des Prozesses ist hinsichtlich des Eigentumsrechtes von massgebender Bedeutung, denn das Eigentumsrecht ist immer ein ausserordentlich begehrtes Recht gewesen und deshalb Gegenstand dauernder Angriffe. Aus diesem Rechte entstehen zahlreiche dingliche und schuldrechtliche Verhältnisse, die wirtschaftlich wichtige Vermögensrechte darstellen. Die wirtschaftliche Bestrebung, die sich auf solche Vermögensrechte stützt, wird vernichtet, sobald ein wichtiges

Vermögensrecht als rechtlich unbegründet sich erweisen lassen wird. Daraus zieht J. Kohler die Folgerung, dass nicht nur ein Verwirklichungs-, sondern auch ein Feststellungsprozess notwendig ist, der sogar dem Verwirklichungsprozess oft vorausgesetzt sein muss. ⁴⁵⁾

Der gemeine Zivilprozess hat sogar Feststellung und Verwirklichung in solcher Weise gebunden begriffen, dass nur die Verwirklichung des bereits festgestellten Rechtsverhältnisses denkbar sein könnte. Rechtsverwirklichung und Rechtsfeststellung bestehen im heutigen Prozess getrennt. J. Kohler sieht darin den Fortschritt des heutigen Prozesses, denn so weit wirtschaftliche Nachteile aus der Aufschiebung der Rechtsverwirklichung entstehen würden, kann man gleich zur Rechtsverwirklichung schreiten, bevor die massgebende Rechtsfeststellung beendet ist. Dies geschieht durch vorläufig vollstreckbare Urteile, schleunige Prozessformen (Arrest, einstweilige Verfügung) und namentlich durch die vollstreckbare Urkunde. Es soll jedoch im Gegensatz zu J. Kohler behauptet werden, dass es sich nicht um eine der Rechtsfeststellung vorausgehende Rechtsverwirklichung handelt. Keine Verwirklichung ist denkbar ohne eine vorausgehende Feststellung. Ob die erfolgende Feststellung den endgültigen Besitz gibt oder nicht, bildet eine Frage für sich. Um die Rechtssicherheit herbeizuführen, wurde gesucht, die Abgabe einer rechtsbindenden Erklärung zu erreichen, wodurch die Parteien sich der Entscheidung unterwerfen. Die *litis contestatio* des römischen Zivilprozessrechtes ist ein zwischen den Parteien geschlossener Formalvertrag der eine Ausschlusswirkung hat. Nach altgermanischem Rechte werden die streitenden Parteien nach erfolgter Entscheidung gezwungen, diese Entscheidung durch ausdrücklichen Rechtsakt anzuerkennen. Die Notwendigkeit der Rechtssicherheit führt aber dazu, die Entscheidung nicht nur für die Rechtsverwirklichungstätigkeit, sondern im allgemeinen für massgebend zu erklären. Dadurch wird dem Richter die Befugnis Rechte durch Rechtsprechung zu schaffen, was einer Ausübung der Gesetzgebungsgewalt im einzelnen Falle gleichzustellen ist. Gerade deshalb sollen die Richter Organe des Staates sein. Damit wird die Wirkung des Prozesses endgültig und auf Grund dieser endgültigen Wirkung ein sicherer Güterverkehr ermöglicht. J. Kohler unterlässt es, daraus eine bedeutungsvolle Folgerung zu ziehen. Denn daraus, dass die richterliche Tätigkeit zum Teil der Rechtsfeststellung und zum Teil der Rechtsverwirklichung dienlich ist, folgt, dass die Funktion des Richters nicht einheitlich, also nicht eigenartig ist, sie besteht zum Teil aus gesetzgeberischer und zum Teil aus verwaltender Tätigkeit. Dies beweist aber, dass eine Dreiteilung der Gewalten sowie eine Dreiteilung der Funktionen begrifflich unmöglich ist. ⁴⁶⁾

Vierter Abschnitt.

§ 16. Vorbemerkung.

Die Bedeutung der Kohlerschen Konstruktion liegt in ihrer eigentümlichen Stellung zwischen den Gegensätzen; deshalb ist auch der Vergleich mit gleichgerichteten Versuchen zum vollen Begreifen notwendig. Nicht der grundlegende Begriff des Eigentumsrechtes als Vollrecht an Sachen, wie ihn J. Kohler vollzogen hat, sondern die spezifische Gestaltung dieses Rechtes, die, in J. Kohlers Sinne, der zeitgenössischen Kultur entspricht, soll mit anderen verglichen werden. Denn der grundlegende Begriff des Eigentumsrechtes umfasst jede denkbare Gestaltung dieses Rechtes. Die Begriffsbestimmungen des Eigentumsrechtes, wie dieses Recht innerhalb des geistesgeschichtlichen und wirtschaftlichen Kreises, in dem J. Kohler gelebt und gewirkt hat, gestaltet wurde, hat man einerseits mit Rücksicht auf das deutsche, andererseits mit Rücksicht auf das römische Recht vorgenommen. Diese Begriffsbestimmungen stellen aber nicht immer das dar, was tatsächlich als Rechtseinrichtung des römischen und des deutschen Reiches bestanden hat. Die Unkenntnis des Gegensatzes von Personalismus und Transpersonalismus gibt eine ganz eigentümliche Prägung den rechtlichen Gestaltungen innerhalb der römischen und germanischen Welt, was gerade allzuoft übersehen wurde. Dieses Gegensatzes ist sich aber die deutsche Welt des XIX. Jahrhunderts mehr oder weniger bewusst. Zwei entgegengesetzte Strömungen der Volkswirtschaftslehre haben dauernd dazu beigetragen. Gerade darin, dass sie diesen Gegensatz innerhalb ihres Bereiches zum Ausdruck bringen, liegt die Bedeutung des Streites der zwei grossen historischen Schulen der deutschen Rechtswissenschaft, aber auch die Gefahr ihre historische Aufgabe zu verfehlen. Nicht das deutsche, nicht das römische Recht an sich, sondern die aus ihrem Gewesensein sich ergebenden Möglichkeiten besitzen heute tatsächliche Bedeutung. Diese germanistischen und romanistischen Begriffsbestimmungen stimmen nicht überein; dies gilt auch hinsichtlich der Begriffsbestimmungen, die von derselben allgemeinen Auffassung ausgehen, hauptsächlich aber hinsichtlich der germanischen Begriffsbestimmungen. Deshalb soll J. Kohlers Begriff des Eigentumsrechtes zunächst mit den einzelnen Begriffsbestimmungen dieses Rechtes verglichen werden. Erst dann wird der Vergleich mit der zu Grunde liegenden allgemeinen Auffassung des Eigentumsrechtes ermöglicht.

§ 17. J. Kohlers Begriffsbildung und die germanistische Auffassung des Eigentumsrechtes.

Das römische Recht kommt, obwohl es weltgeschichtlich betrachtet, älter ist als das germanische der fränkischen Zeit, für die deutsche Rechtsgeschichte erst nach seiner Reception in Betracht. Zunächst galt das römische Recht nur dann, wenn ihm nicht ein deutscher Rechtssatz entgegenstand. Deshalb wird hier J. Kohlers Begriff des Eigentumsrechtes zunächst mit der germanistischen Auffassung verglichen. Die Vertreter dieser Auffassung berufen sich auf das deutsche Recht. Der historische Zug hat es herbeigeführt, dass ihre Begriffsbildung vom Zufälligen der geschichtlichen Wirklichkeit bedingt bleibt, womit auch ihre Widersprüche zu erklären sind. Sie haben jedoch im grossen Ganzen das deutsche Recht im Sinne des XIX. Jahrhunderts aufgefasst. Die Rechtslehrer, deren Begriffsbestimmungen zum Gegenstand der vergleichenden Analyse gemacht werden, sind R. Maurenbrecher, Bluntschli, G. Beseler, P. v. Roth, A. Heusler, H. G. Gengler, O. Stobbe, O. v. Gierke, C. v. Schwerin, und R. Hübner.¹⁾ Franklin und Lehmann leisten hinsichtlich der Begriffsbestimmung des Eigentumsrechtes nichts Wesentliches. K. v. Amira, H. Brunner und R. Schröder haben sich hauptsächlich mit der geschichtlichen Entwicklung des Eigentumsrechtes befasst, und nicht mit seiner allgemeinen Begriffsbestimmung.²⁾

Die germanische Begriffsbestimmung des Eigentumsrechtes wurde durch Bezeichnung des Subjektes, des Objectes und des Umfangs des rechtlichen Verhältnisses des ersteren zu dem letzteren durchgeführt. Das unterscheidende Merkmal des germanistischen Begriffes des Eigentumsrechtes von anderen Auffassungen konnte man zunächst in der eigentümlichen Gestaltung des Subjektes, des Umfangs oder des Objectes des Eigentumsrechtes finden, ferner aber auch in der eigentümlichen Gestaltung zweier oder sogar aller Merkmale dieses Rechtes.

I.

Den germanistischen Begriff des Eigentumsrechtes durch Feststellung der eigentümlichen Gestaltung des Subjektes des Eigentumsrechtes hat G. Beseler vollzogen. Beseler behauptet, mit Recht, dass die Verschiedenheiten, welche nach dem römischen und deutschen Rechte für das Vereinswesen gelten, auch auf die Lehre vom Eigentum eingewirkt haben.³⁾

Damit hat Beseler das unterscheidende Merkmal des deutschen Rechtes von dem römischen Recht genetisch festgestellt. Und zwar besteht dieser Unterschied darin, dass das germanische subjektive Recht nicht dem Einzelnen, sondern der Genossenschaft

zugute kommen soll. In dieser Richtung hat sich das germanische Recht ausgebildet. Das Rechtsgebilde, in dem das Subjekt des Rechtes nicht verschieden von den Genossen ist, die Gemeinschaft also zur gesamten Hand, stellt die endgültige Gestalt dieses Gedankens dar, so wie er in Deutschland durchgeführt wurde. Dies hat sich hinsichtlich des Eigentumsrechtes folgendermassen vollzogen: die Gebundenheit des Eigentumsrechtes des Einzelnen an die gemeinsamen Kulturzwecke führt dazu, das Vorhandensein einer Zweckgenossenschaft anzunehmen, die über das Ganze insoweit verfügt, als es nötig ist, wenn die betreffenden Zwecke erreicht werden sollen. Es steht jedoch fest, dass der genossenschaftliche Gedanke des XIX. Jahrhunderts keineswegs seine Verwirklichung in der germanischen Genossenschaft findet. Alles, was zur Gestaltung der germanischen Genossenschaft führte, hat sich weiter entwickelt, und da der Grund ihres Daseins verschieden ist, ist auch die Genossenschaft des XIX. Jahrhunderts von der Genossenschaft der germanischen Welt verschieden. Ihre Ähnlichkeit beruht vielmehr auf der äusseren Gestaltung als auf dem Geist. Diese Gestaltung übernimmt auch J. Kohler in seine Auffassung.⁴⁾ Trotzdem betrachtet J. Kohler den Übergang vom Gesamtrecht des Volkes, des Stammes, der Familie zum individuellen Einzelrecht als eine der wichtigsten Errungenschaften des Kulturlebens. Dies bedeutet aber nicht, dass die Rechte des Einzelnen, in J. Kohlers Sinne, von jedem Gemeinzwirk losgelöst sein sollen, sondern nur dass die Überwindung des Alls, wozu die Rechtsordnung dient durch zweckgebundene Einzelrechte vollständiger verwirklicht wird. Die Genossenschaft soll nicht auf den Zufall der Völkerströmungen oder Familienbildungen beruhen, sondern auf dem bewussten gemeinsamen Zweck.

II.

In der Art wie das Objekt des Eigentumsrechtes gestaltet ist, findet Paul v. Roth das unterscheidende Merkmal des deutschen Rechtes von anderen Rechtsgestaltungen. « Das deutsche Recht kannte nur Eigentum an körperlichen Sachen. Das ältere deutsche Recht dagegen dehnte den Eigentumsbegriff auch auf unkörperliche Sachen aus, und es ist das insofern in das geltende Recht übergegangen, als dieses für einzelne Rechte die Anwednung des Eigentumsbegriffes zweifellos anerkennt. Hiernach ist also der Eigentumsbegriff erweitert und es ist Eigentum an Rechten bei uns nicht wie nach römischem Rechte ausgeschlossen. » Paul v. Roth hat damit nicht das getroffen, was die Eigenart des deutschen Rechtes ausmacht. Seine Gedanken betreffen mehr die Technik als den Geist des deutschen Rechtes. Er hat allerdings übersehen, was die von ihm erwähnte Ausdehnung des Eigentumsbegriffes auf

unkörperliche Sachen im älteren deutschen Recht beweist, dass das Eigentumsrecht seiner Zeit verschieden ist vom Eigentumsrecht der Germanen und der älteren deutschen Welt.⁶⁾

Diese deutschrechtlichen Gedanken hat J. Kohler nicht im ganzen übernommen. Das Immaterialgüterrecht, wie es J. Kohler gestaltet hat, lässt die Lehre des geistigen Eigentums fallen und übernimmt nur die Gedanken des Schutzes der Rechte an geistigen Erzeugnissen. Denn, im Sinne J. Kohlers, ist das Eigentumsrecht mit Rücksicht auf die materielle Welt gestaltet und kann nicht ein Verhältnis zu immateriellen Gütern begründen, deren rechtliche Behandlung verschieden sein muss, desto mehr weil Liegenschaften und Fahrnissen eine verschiedene rechtliche Behandlung gebührt.⁷⁾

A. Heusler hat die Eigentümlichkeit des germanischen Sachenrechtes darin gefunden, dass es von massgebender Bedeutung ist, ob das Objekt des Rechtes beweglich oder unbeweglich ist.

«Das deutsche Sachenrecht erhält seinen eigentümlichen Charakter vor allem dadurch, dass es den gesamten Rechtsverkehr an Sachen verschieden gestaltet, je nachdem es sich um liegendes oder um fahrendes Gut handelt.» Für die germanistische Auffassung Andreas Heuslers aber ist dieser Unterschied aus anderen Gründen gerechtfertigt und muss es sein, denn das Lehnwesen besteht nicht mehr und gerade dieses machte die verschiedene Behandlung des fahrenden Gutes vom Liegenden zur Notwendigkeit.⁷⁾ Die scharfe germanistische Unterscheidung der Fahrnis von Grundeigentum, auf die A. Heusler hinweist, hat J. Kohler mit übernommen, im Gegensatze zur romanistischen Lehre.⁸⁾

III.

Den germanischen Begriff des Eigentumsrechtes durch Bezeichnung des Umfangs dieses Rechtes zu bestimmen, haben die meisten Germanisten unternommen und zwar Romeo Maurenbrecher, Otto Stobbe, Otto v. Gierke, Rudolf Hübner und Claudius v. Schöwerin. Romeo Maurenbrecher schreibt mit Rücksicht auf gewisse germanische Rechtssätze folgendes:

«Das deutsche Eigentum an Grundstücken ist insbesondere mehreren solchen gesetzlichen Beschränkungen unterworfen, die so allgemeiner Natur sind, dass sie in den Begriff desselben notwendig mit aufgenommen werden müssen.»⁹⁾

Dadurch hat Romeo Maurenbrecher etwas Grundlegendes festgestellt und somit zum Bewusstsein gebracht, nämlich, dass diese Beschränkungen so allgemein sind, dass sie in den Begriff des Eigentumsrechtes mit aufgenommen werden müssen. Dies bedeutet, dass sie Merkmale dieses Begriffes selbst sind, und ferner, dass der Begriff des unbeschränkten Eigentumsrechtes aufgegeben

werden muss. Darin stimmt J. Kohler mit R. Maurenbrecher überein. Die Verpflichtungen des Eigentümers, ohne Unterschied, ob sie in Unterlassungen, Duldungen oder Handlungen bestehen, wurden nicht als eigentliche Beschränkungen aufgefasst, sondern als wesentliche Eigenschaften des Eigentumsrechtes, die seiner Zweckbestimmung entsprechen. Es handelt sich keineswegs um einige von aussen einwirkende Bestimmungen, sondern um eine dem Wesen des Eigentumsrechtes entsprechende Beschränkung der Eigentümerwillkür.¹⁰⁾

H. G. Gengler versucht den Umfang des germanischen Eigentumsrechtes dadurch zu bestimmen, dass er den ethischen Sinn dieses Rechtes erkennt. «Die höchste Stufe der Sachgewalt bezeichnet das Eigentum nach altgermanischer Auffassung, wie es sich namentlich aus den Urkunden und Formen erkennen lässt, an einer Sache das dreifache Recht der Benützung, Verfügung und Vererbung gewährend. Dabei stellt sich im Gegensatze zum römischen *dominium*, welches als «ein Recht absoluter Herrschaft über die Sache» gedacht werden muss, das deutsche Eigentum in den Quellen «*dominium, proprium, dominatio, dominium et proprietas, eygen, eghendom, aigenschaft, oberkeit*» genannt, zwar auch als eine Gewalt, («*potestas*») auf der Grundlage des Rechts («*sicut lex et iustitia de proprietate concedit*»), aber als eine solche dar, welche in den Geboten der christlichen Ethik ihren Ausgang hat und ihre Benutzung findet, indem sie von der Idee getragen und durchdrungen erscheint, dass Gott eigen Gut dem Menschen gegeben hat, auf dass er zum Zweck der Erfüllung seiner Lebensaufgabe, mithin nicht mit gedankenloser Willkür, sondern sich unterordnend den moralischen Gesetzen der Coexistenz, gebrauchen solle.»¹¹⁾

Die Bedeutung dieser Begriffsbestimmung liegt darin, dass sie den Sinn des germanischen Begriffes des Eigentumsrechtes in dem Gebundensein an bestimmte Zwecke aufsucht, was den Umfang dieses Rechtes eigentümlich gestaltet. Gengler ist tief in die geschichtliche Wirklichkeit eingedrungen. Das Eigentumsrecht konnte man sich nur als ein Recht sittlicher Herrschaft vorstellen was, für das deutsche Mittelalter, mit christlicher Herrschaft gleichzustellen ist. Diesen Gedanken hat J. Kohler übernommen und weiter entwickelt. Die Rechtsordnung ist nicht vorhanden, um die Willkür des Einzelnen in dem Bereiche seines Rechtes zu unterstützen, sondern um dieser Willkür eine Richtung zu geben. Die Zweckbestimmung ist aber verschieden. Nicht die Gebote und Verbote der christlichen Ethik, sondern die Kulturanforderungen bedingen die Tragweite des Eigentumsrechtes, denn die Sittlichkeit ist weder von einer profanen noch von einer religiösen Moral heraus zu begreifen, sondern sie ist absolut, sie

beruht also auf dem zeitlosen Gesetz des menschlichen sittlichen Bewusstseins.

Otto Stobbe sucht die Bestimmung des germanischen Begriffes des Eigentumsrechtes nicht durch quantitative sondern ausschliesslich durch qualitative Bezeichnung seines Umfangs zu geben: « Das Eigentum ist an sich nicht das Recht der vollständigen und ausschliesslichen, sondern nur der obersten Herrschaft ». O. Stobbe hat übersehen, dass die Unterscheidung der vollständigen von der obersten Herrschaft rechtsgeschichtlich betrachtet einen anderen Sinn hat, wenn die Zeit, die ein oberstes aber kein vollständiges Recht gestaltet, dieser Tat nicht bewusst ist, als wenn die Zeit sich deren bewusst ist. ¹¹⁾

J. Kohler hat das Eigentumsrecht als ein Vollrecht betrachtet, darin liegt zunächst eine Abweichung von der germanistischen Auffassung O. Stobbes. Vollrecht aber, in J. Kohlers Sinne, bedeutet nicht vollständiges und ausschliessliches Recht. Diese Ausschliesslichkeit und Vollständigkeit muss, damit ein Vollrecht vorhanden sei, bestehen, aber nur so weit dies rechtlich möglich ist. Eine absolute Vollständigkeit ist immer denkbar. In der Rechtsordnung aber, die J. Kohler als für seine Zeit zweckmässig ansah, ist diese an sich denkbare Vollständigkeit rechtlich nicht begründet. Dadurch ist dieser Widerspruch sachlich aufgehoben.

Otto v. Gierke sagt: « Unter den Sachenrechten nimmt das Eigentum eine besondere Stellung ein. Es ist das dingliche Recht, das auf Beherrschung der Sache im ganzen gerichtet ist. Ihm gegenüber erscheinen alle anderen Sachenrechte, weil sie die Sache nur in bestimmten Beziehungen ergreifen, als begrenztes dingliche Recht ». Ferner: « Eigentum und begrenzte dingliche Rechte ergreifen die Sachen nicht auf verschiedene Art sondern nur in verschiedenem Umfange ». ¹²⁾

Wenn O. v. Gierke behauptet, dass das Eigentumsrecht das dingliche Recht ist, das auf Beherrschung der Sache im ganzen gerichtet ist, muss darunter nicht verstanden werden, er meine, dass dieses Recht die Sache tatsächlich beherrscht. Eigentumsrecht ist das dingliche Recht, das auf Beherrschung der Sache lediglich gerichtet ist. Dieser Formulierung hat sich Cl. v. Schwerin angeschlossen. Die bewusste Problematik, welche sie in sich schliesst, setzt die Kenntnis der Aufgaben des XIX Jahrhunderts voraus. ¹³⁾

Otto v. Gierkes Ansicht, der gemäss beschränkte Rechte und Eigentumsrecht die Sachen nicht auf verschiedene Art, sondern nur nach verschiedenem Umfange ergreifen, stimmt mit J. Kohlers Theorie über Voll- und Teilrechte überein. Denn daraus, dass den Teilberechtigten ein Teil der Vollrechtsbefugnisse zu-

steht, folgt, dass das Recht des Teilberechtigten nur dem Umfang nach vom Rechte der Vollberechtigten verschieden ist. ¹⁵⁾

Franken formuliert denselben Gedanken dadurch, dass er die Sachenrechte in absolute und relative Rechte scheidet. ¹⁶⁾

Dies gilt ebenfalls für Rudolf Hübners Begriffsbestimmung. Denn Rudolf Hübner hat, der Lehre Gierkes folgend, das Eigentumsrecht als das auf Beherrschung der Sache im ganzen gerichtete Recht definiert und zugleich in ihm keine Gegensätzlichkeit zu den beschränkten dinglichen Rechten gesehen. « Der Begriff des Eigentums als des vollsten Rechts, das man an einer Sache haben kann, als des » auf Beherrschung der Sache im Ganzen » gerichteten Rechtes war nicht bloß dem deutschen Fahrnisrecht sondern auch dem deutschen Liegenschaftsrecht seit ältester Zeit bekannt ». « Der Eigentumsbegriff des mittelalterlichen Liegenschaftsrechts hatte nun aber keineswegs die scharfe Ausprägung, die uns vom römischen und modernen Recht her geläufig ist. Insbesondere fehlte ihm die prinzipielle Ausschliesslichkeit und Gegensätzlichkeit zu den beschränkten dinglichen Rechten ». ¹⁷⁾

IV.

J. C. Bluntschli hat unterscheidende Merkmale des Begriffes des germanischen Eigentumsrechtes mit Hinsicht auf das römische sowohl in der Gestaltung des Objektes als in dem Umfang dieses Rechtes gefunden. Bluntschli nämlich hat auf die Unterscheidung des Eigens von der Habe und die öffentlichrechtliche Bedeutung des Grundeigentums im deutschen Rechte hingewiesen. « Dem älteren deutschen Rechte war die Idee des Eigentums zuerst in der Gestalt des Grundeigentums klar geworden. Das im Eigentum befindliche Grundstück wurde vorzugsweise das Eigen, das fahrende Gut aber die Habe genannt. In dieser verschiedenen Bezeichnung wurde schon deutlich auf den alten Gegensatz hingewiesen, wonach die Herrschaft über den Boden wesentlich als Rechtsherrschaft — was der Person eigen ist —, die über die fahrende Habe dagegen zunächst mit Rücksicht auf das tatsächliche Innehaben betrachtet ward. Alles was jemanden zugehört, alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen heissen sein Eigentum. Das Grundeigentum galt als das wichtigste Privatrecht und zugleich ruhte auf ihm auch der Bau der alten Volks- und Staatsverfassung ». ¹⁸⁾

J. C. Bluntschli hat, mit Recht, auf diese scharfe germanische Unterscheidung des Grundeigentums vom fahrenden Gut hingewiesen, denn Innehaben des fahrenden Gutes ist für die Herrschaft über dasselbe tatsächlich massgebend, und die Anerkennung dieser Tatsachen ist für das deutsche Recht bezeichnend. Es

entspricht nicht dem Geiste des deutschen Rechtes, die Wirklichkeit zu vergewaltigen, um mit Hilfe der Fiktion die Struktur der Theorie zu vollenden. Bluntschli hat aber mit dem Begriffe des Eigentumsrechtes seiner Zeit gearbeitet und erklärt die Eigentümlichkeit des älteren deutschen Rechtes dadurch, dass die «Idee des Eigentums» noch nicht erkannt war. Es soll ferner folgendes bemerkt werden: Selbst im deutschen Rechte erscheint nicht das Grundeigentum vom fahrenden Gut vollkommen unterschieden. Im Sinne J. Kohlers hätte dies zu keinem guten Ende geführt. Die Erwerbsmöglichkeiten sind verschieden gestaltet, je nach dem, ob es sich um Fahrnis oder Liegenschaften handelt. Dagegen aber gelten dieselben Rechtsgedanken für das bereits bestehende Eigentumsrecht. Ferner stellt das Fruchtrecht einen ständigen Übergang vom unbeweglichen ins bewegliche Eigentum dar. Ausserdem behauptet J. Kohler, dass in dem Rechte der Zubehörten bewegliches und unbewegliches Eigentum zusammen trifft. Gerade aber in der Lehre vom Zubehör tritt — geschichtlich betrachtet — die Unterscheidung des unbeweglichen vom beweglichen Eigentum deutlich hervor, denn die unbewegliche Sache ist stets Hauptsache.¹⁹⁾

J. C. Bluntschli hat ferner auf die öffentlichrechtlichen Befugnisse, die bezeichnende Merkmale des deutschen Begriffes des Eigentumsrechtes sind, hingewiesen. Die öffentlichrechtlichen Befugnisse, die dem Eigentümer dem deutschen Recht gemäss zustanden, stellen die notwendige Wirkung der Entstehung und Entwicklung des staatlichen Wesens in Deutschland dar und bezeugen den Mangel einer Scheidung vom Privatrecht und öffentlichen Rechte. Die Trennung aber des privaten vom öffentlichen Rechte bildet eine wichtige kulturelle Errungenschaft. J. Kohler stellt für seine Zeit einen Staatsbegriff auf, der dem mittelalterlichen Staat nicht entspricht. Die Verwirklichung eines solchen Staates betrachtet er als eine weltgeschichtliche Aufgabe. Dies muss auf die Hegelsche Lehre zurückgeführt werden.²⁰⁾

Diese Bestimmungen des deutschen Rechtes hinsichtlich der Befugnisse des Eigentümers haben, im Sinne J. Kohlers, nur eine zeitlich bedingte Bedeutung. Sie wurden endgültig überwunden.²¹⁾

V.

Weiter wie J. C. Bluntschli, der zwei unterscheidende Merkmale des germanischen Begriffes des Eigentumsrechtes aufstellt, sind Maurer, Phillips und Vollgraff gegangen. Diese haben alle drei Merkmale des germanischen Eigentumsrechtes eigentümlich betrachtet und damit gewissermassen das Vorhandensein eines germanischen Eigentumsrechtes geleugnet.²²⁾

VI.

J. Kohlers Auffassung fällt nicht mit dem germanistischen Begriff des Eigentumsrechts zusammen. Dies war sogar von vorneherein ausgeschlossen. Das Eigentumsrecht der modernen Kultur muss anders gestaltet sein wie das Eigentumsrecht der germanischen Kultur. J. Kohler hätte die heutige Kultur verleugnen müssen, um den germanistischen Begriff des Eigentumsrechtes im ganzen übernehmen zu können, oder die germanischen Rechtseinrichtungen wieder herstellen zu wollen. J. Kohler hat sich aber viel von der germanistischen Auffassung zu Eigen gemacht und hat gewusst von der deutschen Rechtsgeschichte viel zu lernen. Nicht alles ist vergänglich, besonders ist nicht alles im selben Umfang vom Ablauf der kulturell ausgenützten Zeit getroffen. Bezeichnend ist besonders die Analogie des Kohlerschen Gedankens mit dem Geist des germanischen Rechts, hinsichtlich des Umfangs des Eigentumsrechtes. Darin sogar, dass die sogenannten Beschränkungen des Eigentumsrechtes eigentlich keine Beschränkungen sind, sondern Beschaffenheiten dieses Rechtes, welche aus dem Wesen dieses Rechtes entspringen, besteht eine vollständige Übereinstimmung des Kohlerschen Systems mit dem Geist des germanischen Rechts. Hinsichtlich des Subjektes und des Objektes besteht jedoch ein gewisser Unterschied. Das Subjekt ist anders gestaltet worden und sollte sich anders gestalten, da es mit der Zeit zu einem immer vollständigeren Selbstbewusstsein gekommen ist. Das Objekt wurde rechtlich anders gestaltet, da die erworbenen Güter haben sich in solchem Masse vermehrt, ihre Zweckbestimmung so genau festgestellt, dass ihre genauere rechtliche Behandlung eine Notwendigkeit darstellte. J. Kohler war nicht ausschliesslich vom germanischen Rechte beeinflusst, sondern auch vom römischen Rechte. Gerade der Einfluss des Geistes des römischen Rechtes hat hauptsächlich bewirkt, dass seine Gedanken über Eigentumsrecht von der germanischen Auffassung abweichen.

§ 18. J. Kohlers Begriffsbildung und die romanistische Auffassung des Eigentumsrechtes.

Die verschiedenen Formulierungen des Begriffes des römischen Eigentumsrechtes weichen nicht beträchtlich voneinander ab, denn das System des römischen Rechtes wurde, im Gegensatze zu dem System des deutschen Privatrechtes, durch Jahrhunderte lang dauernde Arbeit der dogmatischen Rechtswissenschaft ausgebildet und abgeschlossen. Die dauernde Verwechslung aber des Naturrechtes und des römischen Rechtes hat jeden historischen

Sinn von der Auffassung des letzteren ausgeschlossen. Diese Auffassung hat ein neues Recht erzeugt, welches von der romanistischen Theorie bedingt ist. Der romanistischen Auffassung gemäss ist das Eigentumsrecht das ausschliessende und an sich unbeschränkte Recht einer einzelnen Person auf eine Sache. Es besteht kein Unterschied, ob die Person eine juristische oder eine natürliche Person ist. Dieses Recht schliesst jedes andere Recht, welches nicht auf dieses zurückzuführen ist, aus; deshalb ist dieses Recht an sich unbeschränkbar. Endlich macht es keinen Unterschied, ob dieses Recht auf eine bewegliche oder eine unbewegliche Sache gerichtet ist. Das aber, was die romanistische Auffassung erzeugt hat, darf nicht mit den geschichtlichen Rechtseinrichtungen der Römer verwechselt werden. Die Gestaltung des Subjektes des römischen Eigentumsrechtes ist vollständig individualisiert und entspricht dem allmächtigen Hervorringen einiger Einzelnen, nicht jedes einzelnen Menschen aus der Gesamtheit, was zur Ausbildung des starr unabhängigen römischen Bürgers geführt hat. Gerade deswegen, weil nicht jeder Mensch, sondern nur einige einzelne Menschen, die römischen Bürger, berufen waren über die Güter zu verfügen, war diese vollständige Individualisierung möglich. Dies wurde öfters übersehen, sowohl es rechtsgeschichtlich betrachtet, massgebend ist. Es darf jedoch nicht angenommen werden, dass das Eigentumsrecht der römischen Bürger unbeschränkt oder sogar unbeschränkbar war. Der Eigentümer durfte nicht die Freiheit seines Gutes vernichten. Jahrhunderte hindurch konnte der römische Eigentümer nur mittelst der Dienstbarkeiten sein Recht beschränken. Dies beweist ferner die Entstehung des Noterbrechtes. Also war, geschichtlich betrachtet, das römische Eigentumsrecht zunächst als Bestandteil des individualisierten Vermögens, aber auch mit Rücksicht auf die Familie vermutlich gebunden.³⁹⁾

Der romanistische Begriff des Eigentumsrechtes ist dadurch gekennzeichnet, dass jede Bedeutung, dergemäss die grösste denkbare Ausdehnung dieses Rechtes beschränkt wird, nicht als Merkmal dieses Rechtes, sondern als eine von aussen bewirkte Verringerung zu betrachten ist. Im Sinne der romanistischen Auffassung also besteht die ursprüngliche Vorstellung eines durchaus ausschliesslichen und unbeschränkbaren Rechtes. Im Gegensatz hierzu erfasst J. Kohler die Wandelbarkeit der Ausdehnung des Eigentumsrechtes als ein dem Wesen dieses Rechtes entsprechendes Merkmal. Dies beweist, dass J. Kohler dem römischen Recht näher gestanden ist als der romanistischen Auffassung. In J. Kohlers Sinne ist die Gestaltung des Subjektes das spezifische Merkmal, welches das Eigentumsrecht, wie es eine bestimmte Kultur ausgebildet hat, von anderen Erscheinungen dieses Rechtes

unterscheidet. Die Kultur seiner Zeit hat J. Kohler als die Kultur der Individualisierung des Eigentumsrechtes betrachtet, jedoch ohne damit die starre romanistische Unabhängigkeit jedes einzelnen Eigentumsrechtes begründen zu wollen. J. Kohlers Individualisierung des Eigentumsrechtes erhält eine besondere Prägung dadurch, dass sie keinen Selbstzweck darstellt. Sie ist der Kultur gegenüber sekundär und von ihrer Verwirklichung bedingt. Hinsichtlich der Gestaltung des Objektes stimmen die romanistische Auffassung und J. Kohlers Ansicht überein. Dieses Zusammenfallen besteht wohl hinsichtlich des ausschliesslich materiellen Charakters des Objektes, nicht aber hinsichtlich der romanistischen Gleichgültigkeit gegenüber dem Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen. Die Intensität und der Umfang des wirtschaftlichen Verkehrs haben es mit sich gebracht, dass die rechtliche Behandlung der Fahnis und des Grundeigentums eine andere sein soll. Dies tritt schon im germanischen Rechte in Erscheinung.⁴⁰⁾

§ 19. Die Aufhebung der Gegensätze.

Die grundlegende Kohlersche Begriffsbestimmung des Eigentumsrechtes umfasst jede denkbare Gestaltung des Eigentumsrechtes. Dies wurde hinsichtlich des germanistischen und romanistischen Begriffes durch Vergleichung näher festgestellt. Zugleich hat aber J. Kohler mit Rücksicht auf die europäische Kultur über die spezifische Gestaltung des Eigentumsrechtes seiner Zeit sein Urteil ausgesprochen und diese Gestaltung definiert. Durch die Vergleichung dieser Kohlerschen Lehre mit der germanistischen und romanistischen Auffassung wurde ihr geschichtlicher Sinn festgestellt. Der einzelne ist nicht deswegen da, weil er in sich selbst seine Berechtigung findet, sondern nur deswegen und nur so weit er ein Schöpfer ist. Dadurch versucht J. Kohler den Gegensatz des Personalismus zum Transpersonalismus zu überwinden. J. Kohlers Auffassung bildet einen weit durchgeführten Versuch, die Aufhebung der Gegensätze des romanistischen und germanistischen Begriffes des Eigentumsrechtes zu vollziehen und alles, was der lebendigen Überlieferung der römischen und germanischen Kultur entspricht, vom römischen und deutschen Recht zu übernehmen und in sich einzuschliessen, wobei die germanistische sowie die romanistische Auffassung von massgebender Bedeutung sind. Gerade darin besteht ihre geschichtliche Aufgabe. J. Kohlers Leistung stellt sogar den ersten Versuch in dieser Richtung dar. Diese Aufhebung hat J. Kohler im Sinne der Hegelschen dialektischen Entwicklung vorzunehmen versucht, obwohl er sie prinzipiell verwirft. Nicht also dieser Gedanke hat ihn dazu

geführt, sondern die empirische Betrachtung der Geschichte. Denn daraus, dass deutsches Recht und römisches Recht zugleich gegolten haben und gelten sollten, daraus, dass Germanisten und Romanisten Forderungen, die aus dem geschichtlichen Werden des deutschen Volkes herabflossen, geltend gemacht haben, entsteht die tatsächliche Notwendigkeit der Aufhebung der Gegensätze, die auch in der Wirklichkeit aufgehoben wurden. Deshalb besteht für J. Kohlers Auffassung die Möglichkeit einer einheitlichen und vollkommenen Durchführung, deren Ergebnis, der Begriff des Eigentumsrechtes, den geschichtlichen Verhältnissen seiner Zeit entsprechen kann, abgesehen davon, ob J. Kohler diese Durchführung in der Tat vorgenommen hat. Denn es gibt kein unbedingt abzulehnendes Eigentumsrecht, sondern Gestaltungen des Eigentumsrechtes, die verschiedenen Kulturstufen verschiedener Kulturvölker entsprechen. In dieser Hinsicht ist J. Kohler, welcher den Streit der Germanisten und Romanisten in sich abgeschlossen hat, Germanist, denn gerade dadurch erlangen die deutschen Rechtseinrichtungen die ihnen gebührende Achtung.
