

Rechtskultur ist eine Zeitschrift mit europäischem Charakter.  
Rechtskultur is a journal with a definite European character.  
Rechtskultur est une revue à caractère européen.

Rechtskultur ist strikt themenbezogen.  
Rechtskultur is strictly by theme.  
Rechtskultur est une revue thématisée de manière stricte.

Rechtskultur ist transdisziplinär ausgerichtet.  
Rechtskultur is a transdisciplinary endeavour.  
Rechtskultur est une revue axée sur une approche interdisciplinaire.

ISBN: 978-3-86646-430-8



9 783866 464308

# Rechtskultur 4

Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte  
European Journal of Legal History  
Journal européen d'histoire du droit

Wirtschaftsrechtsgeschichte  
History of commercial law  
Histoire du droit économique

Wirtschaftsrechtsgeschichte / History of commercial law / Histoire du droit économique

Rechtskultur 4

Susanne Henck Die Entwicklungsgeschichte der Kosten-Nutzen-Analyse als Verwaltungsinstrument. Eine rechtsvergleichende Skizze	1
Dorothee Guggenheimer Wechselwirkung zwischen Wirtschaft und Recht am Beispiel des Konkursrechts der frühneuzeitlichen Stadt St. Gallen	24
Ivelina Masheva From Islamic commercial law to the French Code de commerce – oral and written evidences in commercial trials in Ottoman Bulgaria during the Tanzimat	33
Urs Fasel Code unique als Schweizer Glanzleistung	40
Czemi Türk Die GmbH als Konzernbaustein: Von der „Kleinen Kapitalgesellschaft“ zur „Konzernspitze“ von Großkonzernen	45
Anna Käsbauer Das Berliner Abkommen vom 23. Dezember 1913. Ein erster Ansatz zur Bewältigung des Konflikts zwischen Vertragsfreiheit und Versorgungssicherheit in der gesetzlichen Krankenversicherung und Wegbereiter der gemeinsamen Selbstverwaltung	52
Antonio Sanchez Aranda The beginnings of the legal protection of consumers in Spain. A historical juridical study.	62
Edda Pauli Was mit dem Wirtschaftsrecht eigentlich nichts zu tun haben soll – Die Kommerzialisierung von Fruchtbarkeitssubstanzen	73
Ignacio Czeguhn Rapport de synthèse	77
Peeter Järvelaid Die Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft im 20. Jahrhundert und das Baltikum. Die Landesuniversität Dorpat 1918	79

Herausgeber: Ignacio Czeguhn - Lukas Gschwend - Dirk Heirbaut - Martin Löhnig - Antonio Sánchez Aranda

Edition Rechtskultur

# Die Entwicklungsgeschichte der Kosten-Nutzen-Analyse als Verwaltungsinstrument. Eine rechtsvergleichende Skizze

Susanne Henck

*Es ist international weit verbreitet für die Entscheidungsvorbereitung staatlicher Finanzmittelallokationen Kosten-Nutzen-Analysen anzustellen. Diese werden heute gewöhnlich, wenn auch nicht unumstritten als eine standardisierte Entscheidungsmethodik aus der wohlfahrtsökonomisch geprägten Wirtschaftswissenschaften mit Wurzeln in der subjektiven Nutzentheorie oder Utilitarismus betrachtet. Versteht man Kosten-Nutzen-Analyse hingegen als besondere Form der Abwägung mit hohem Quantifizierungsgrad der Abwägungsfaktoren, hat diese Methodik ihre praktische Wurzel in der Staatsverwaltung als einem zwischen Rationalitätsanspruch und Demokratieprinzip zu verortendem Rechtsphänomen in Nationalstaaten mit aufklärerischer Tradition. Der Artikel skizziert, dass sich die Kosten-Nutzen-Analyse im politisch-rechtlichen Kontext der Vorbereitung staatlicher Infrastrukturfinanzierungsentscheidungen im Wasserstraßen- und Eisenbahnbau Frankreichs und der USA im 19. Jahrhundert entwickelt hat und welche Rolle und welchen Einfluss auf die Entscheidung diesen Analysen aufgrund des jeweiligen Gewaltenteilungs- und Demokratieverständnisses zukommt. Es wird historisch illustriert, dass Kosten-Nutzen-Analyse auf flankierende rechtlichen Rahmenbedingungen angewiesen ist, um die mit ihr potentiell verbundene Funktion der Legitimierung staatlicher Entscheidung durch Rationalität und Transparenz tatsächlich entfalten zu können.*

*Cost-benefit-analysis is a common instrument in the decision-making-process of states around the world on how to allocate financial resources of the state. Usually, though not unequivocally cost-benefit-analysis is considered to be a brainchild of (welfare) economics with its theoretical foundations in utility theory or utilitarianism. If however cost-benefit-analysis is understood as a highly quantified sub-form of the widely common approach to decision making of weighing the „pros and cons“, the historical roots of cost-benefit-analysis can be traced back to the state administration of the then newly founded democracies of France and the United States in the 19th century. Cost-benefit-analysis can be understood as a phenomenon of the legal culture of national states founded on the ideals of the enlightenment, both an potential instrument to enhance legitimation of the state by rational decision making as well as to facilitate democratic or judicial accountability by transparency. The article delineates the role of cost-benefit-analysis in the legal-political decision making process in France and the USA pertaining to financial contributions of the state to improvements of the national infrastructure during the canal boom and railway era during the 19th century. Dependant of the respective understanding of democracy and the balance of powers in each political system the role and influence of the analysis on the final decision differs. The historial sketches illustrate that cost-benefit-analysis needs certain legal safeguards to increase the chance of cost-benefit-analysis actually fulfilling its potential function to legitimize state decisions with transparency and rationality.*

## I. Einleitung

Die Frage, nach welchen Maximen der Staat Entscheidungen über die Verwendung seiner Mittel trifft, ist in Anbetracht des Finanzvolumens, über das er verfügt<sup>1</sup>, von höchster Relevanz für die Märkte selbst wie Wettbewerber und Anbieter, aber natürlich auch für die Steuer-

zahler, dessen Gelder der Staat als Treuhänder verwaltet. Aus der Treuhandstellung des Staates leitet sich das dem modernen Nationalstaat innewohnende Verfassungsgebot der Wirtschaftlichkeit ab.<sup>2</sup> Doch wie entscheidet der Staat als „Investor“, als „Wirtschaftsakteur“? Anders als private Akteure ist für den Staat die optimale Mittelverwendung nie allein Endzweck staatlichen Handelns,<sup>3</sup> sondern dient stets der Verwirklichung der durch Grundgesetz und Sachgesetz vorgegebenen Zwecke, deren Verwirklichung sich als Gemeinwohlzuwachs der Bürger darstellt.<sup>4</sup> In Deutschland wird dies aktuell so verstanden, dass die staatliche Verwaltung verpflichtet ist, im Vorfeld zu prüfen, ob eine Maßnahme das/die gesetzte/n politische/n Ziel/e wirksam erreicht und ob die eingesetzten Ressourcen und Ergebnisse in einem möglichst vorteilhaften Verhältnis stehen.<sup>5</sup> Zur Umsetzung dieser Vorgabe sind für alle finanzwirksamen Maßnahmen sog.

<sup>1</sup> Die Bundesrepublik hat allein ein jährliches Vergabevolumen der öffentlichen Einrichtungen, Kommunen, Ländern, Sozialversicherungsträgern und Bund um die 250 Mrd. € nach Schätzungen des Statistischen Bundesamtes, BMWi, Impulse für Innovationen im öffentlichen Beschaffungswesen, 2010, S. 6.

<sup>2</sup> Ein wesentlicher Schritt zum modernen Staat ist die Trennung des Privateigentums des Fürsten und dem Vermögen, das durch die Abgaben der Untertanen entsteht sowie das Bewusstsein des Fürsten um die Verantwortung, die er für dieses nun nicht mehr als eigenes Vermögen verstanden, trägt, vgl. Krüger, Allgemeine Staatslehre, 1964, § 8 Rationalismus, S. 59; Büch, Zur Bestimmung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, 1980, S. 26 ff.; auf dem Treuhandgedanken basiert maßgeblich das Verständnis vom Wirtschaftlichkeitsgebot als Verfassungsgebot, v. Arnim, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, 1988, S. 74; Schmidt-Jortzig, Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit – verfassungsrechtliche Determinanten, S. 17 (25), in: Butzer, Wirtschaftlichkeit durch Organisations- und Verfahrensrecht, 2004; vgl. auch Kube, Finanzgewalt in der Kompetenzordnung, 2004, S. 244.

<sup>3</sup> Vgl. z.B. Empfehlungen des Bundesbeauftragten für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung – Anforderungen an Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen finanzwirksamer Maßnahmen nach § 7 Bundeshaushaltsordnung, 2013, S. 13 f.: „Die Bundesverwaltung ist bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtet.“

<sup>4</sup> vgl. BVerfGE 44, 125 (143); v. Arnim, Staatslehre, 1984, S. 235; Martini, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung, 2008, S. 218 ff.; zur Unterscheidung zwischen ökonomischer Effizienz und umfassender Gemeinwohlfizienz, Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, 1998, S. 245 (247); Kube, Finanzgewalt in der Kompetenzordnung, 2004, S. 335.

<sup>5</sup> Empfehlungen des Bundesbeauftragten für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung, 2013, S. 6.

„Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen“ durchzuführen.<sup>6</sup> Doch nicht nur „Maßnahmen“ unterliegen einer solchen Vor- und Nachteile in Zahlen bilanzierenden Betrachtungsweise. Auch Gesetze werden international in zunehmendem Maß einer Abschätzung hinsichtlich ihrer Folgen unterworfen: In nahezu allen OECD Staaten und der Europäischen Union gibt es mittlerweile Vorschriften, die dazu anhalten, Gesetzesfolgenabschätzungen (GFA oder englisch: Regulatory Impact Assessments (RIA)) als Teil des Regulierungsprozesses durchzuführen. GFAs sind ex-ante Evaluationen zur systematischen Erfassung der zu erwartenden, monetarisierten oder zumindest quantifizierten negativen (Kosten) und positiven Effekte (Nutzen) der jeweiligen Regulierung.<sup>7</sup> Sei es für Gesetze oder Maßnahmen, in beiden Fällen orientiert sich die Methodik der Bilanzierung von Nutzen- und Kosteneffekten maßgeblich an der sog. Kosten-Nutzen-Analyse (KNA),<sup>8</sup> auch wenn der regulative Anspruch von „regulatory oversight“ sehr viel umfassender ist als der von Einzelprojektevaluationen. Es kann daher von einer globalen Diffusion wie massiver funktionaler Expansion von cost-benefit analysis gesprochen werden.<sup>9</sup>

Gewöhnlich wird davon ausgegangen, dass die Kosten-Nutzen-Analyse (in Abwesenheit eines Marktes für z.B. öffentliche Güter wie frei zugängliche Infrastrukturen) ein methodisch standardisiertes Verfahren ist, um zu bestimmen, ob das Ergebnis (der in Geld ausgedrückte Nutzen) einer Aktion deren Aufwand (die in Geld ausgedrückten Kosten) rechtfertigt und zu wohlfahrtsökonomisch optimalen Ressourcenallokationsergebnissen führt.<sup>10</sup> Wenn man KNA so eng fassen will, mag dies stimmen. Legt man hingegen zugrunde, dass das Abwägen von Vor- und Nachteilen wohl keine Monopolmethode der Wirtschaftswissenschaft ist, und betrachtet man die Entwicklung der KNA eher als eine Art graduelle Entwicklung einer rein verbalen Abwägung hin zu einer zunehmenden Quantifizierung zuerst von Kosten-, dann von Nutzenaspekten bis hin zum Totalquantifizierungsanspruchs der „modernen“ KNA ergibt sich ein anderes Bild: Dann hat die methodische Gegenüberstellung von Nutzen und Kosten ihren Ursprung nicht erst in der

wohlfahrtsökonomisch geprägten (US-amerikanischen) Wirtschaftswissenschaft der 1950 – 70iger Jahre, sondern ist Teil der Verfassungsrechts- und Wirtschaftsrechtsgeschichte der modernen Nationalstaaten abendländischer Prägung über zwei Kontinente und Jahrhunderte hinweg.

In ihrem historischen Ursprung ist die KNA-Methodik vielmehr ein Produkt der Verwaltungspraxis im Kontext der großen Infrastrukturprojekte des 19. Jahrhunderts wie des Kanal-, Straßen- und Eisenbahnbaus der modernen Nationalstaaten Frankreichs und der USA. Diese Verwaltungspraxis wurde in den 1950igern durch die angloamerikanische Wirtschaftswissenschaft aufgegriffen und in den folgenden Jahrzehnten „scientifiziert“, zum einen indem der Versuch einer Standardisierung der in der Verwaltungspraxis entwickelten Verfahren und Kriterien unternommen wurde<sup>11</sup>, zum anderen indem ab 1971 versucht wurde, sie als Reformulierung des Kaldor-Hicks-Kriteriums,<sup>12</sup> des Pareto-Optimums oder schlicht utilitaristisch basiert in den wohlfahrtsökonomischen Gedankenkanon einzuordnen.<sup>13</sup> Die Methodik ist in ihrer theoretischen wie praktischen Ausformung Gegenstand vielfältiger Kritik aus Wirtschafts-, Sozialwissenschaft wie Philosophie, die die Verbreitung der Methodik aber nicht aufgehalten hat.<sup>14</sup> Im Ergebnis des historischen Rückblicks muss man heute wohl zwischen einer „praktischen“ Kosten-Nutzen-Analyse-Methodik mit der Wurzel in der Verwaltungspraxis<sup>15</sup> und einer wissenschaftlich-scientifizierten Kosten-Nutzen-Analyse-Methodik unterscheiden.<sup>16</sup> Diese gesamte Geschichte bis heute zu erzählen, würde den Rahmen dieses Artikels sprengen. Es wird hier der Fokus auf die eher unbekannteren zwei Kapitel der Geschichte der Kosten-Nutzen-Analyse als Verwaltungsinstrument im 19. Jahrhundert gelegt, um stärker die rechtlichen Bezüge herauszuarbeiten, in de-

<sup>6</sup> Vgl. § 7 Abs. 2 BHO.

<sup>7</sup> Vgl. OECD, Regulatory Policy Committee, Indicators of Regulatory Management Systems, 2009, S. 18 ff.; Tiessen/ Freudl/ Ley/ Mehlin/ Wegrich, Prognos-Gutachten für den Nationalen Normenkontrollrat, Quantifizierung des Nutzens von Regelungsvorhaben Internationale Erfahrungen im Vergleich, 2013; zur Entwicklung der „regulatory impact analyses“ de Sadelee, Implementing the Precautionary Principle: Approaches from the Nordic Countries, EU and USA, 2012, 359 f.

<sup>8</sup> BMF, Arbeitsanleitung Einführung in Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen vom 20.12.2013, S. 6; OECD, Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA), Version 1.0 October 2008, S. 10 ff.

<sup>9</sup> Wiener, The Diffusion of Regulatory Oversight, S. 123 ff., in: Livermore/Revesz, The Globalization of Cost-Benefit Analysis in Environmental Policy, 2013.

<sup>10</sup> Zur weitläufig geteilten, aber kontrovers diskutierten Zuschreibung der Methodik zur Wohlfahrtsökonomik: Boadway, The welfare foundations of cost-benefit analysis, The Economic Journal Vol. 84, No. 336 (Dec., 1974), S. 926 ff.; umfassend: Adler/Posner, New Foundations of Cost-Benefit Analysis, 2006, S. 5; vgl. zur unkommentierten Wiedergabe diese Einordnung in andere Disziplinen hinein z.B. Cole, Law, Politics, and Cost-Benefit-Analysis, Alabama Law Review, 2012, Vol 64, S. 57.

<sup>11</sup> Vgl. hierzu den historischen Abriss bei Fuguitt/Wilcox, Cost-Benefit Analysis for Public Sector Decision makers, 1999, S. 5 – 14; die KNA zu standardisieren ist ein weiterlaufendes Unterfangen, vgl. Zerbe, Ethical Benefit Cost Analysis as Art and Science – Ten Rules for Benefit-Cost Analysis, Working Paper #2008-06.

<sup>12</sup> Erstmals Mishan, Cost-Benefit Analysis, 1971, S. 3; Kaldor und Hicks haben ihre jeweiligen Artikel 1939 veröffentlicht, während der Flood Control Act bereits 1936 erlassen wurde. Insofern können Kaldor/Hicks jedenfalls historisch nicht real Pate gestanden haben.

<sup>13</sup> Für einen Überblick zur Debatte, ob dies zutreffend ist, siehe Adler/Posner, New Foundations of Cost-Benefit Analysis, 2006, S. 19 ff.

<sup>14</sup> Die gesamte Kritik an KNA hier darzulegen würde den Rahmen sprengen, für einen Überblick vgl. die der cost-benefit analysis gewidmeten Ausgabe des Journal of Legal Studies, Volume XXIX (2), June 2000, Cost-benefit-analysis: Legal, Economic and Philosophical Perspectives, u.a. Frank, Why Is Cost-Benefit Analysis So Controversial?, S. 913 ff; Richardson, The Stupidity of the Cost-Benefit Standard, S. 971 ff.

<sup>15</sup> Zur weiteren Entwicklung der Verwaltungsregularien mit KNA-Bezug nach 1936 vgl. Fuguitt/Wilcox, Cost-Benefit Analysis for Public Sector Decision makers, 1999, S. 5 – 14; nur USA: Campen, Benefit, Cost, And Beyond, 1986, The Political Economy of Benefit-Cost-Analysis, S. 16 – 21.

<sup>16</sup> So auch Scott/Zerbe Jr./Scott, Benefit-Cost Analysis in the Chehalis Basin, 2013, S. 1, die zwischen einer „ideal BCA“ und „bureaucratic BCA“ unterscheiden; vgl. zur zweifachen Wurzel der KNA auch das OECD-Papier, Cost-Benefit Analysis and the Environment Recent Developments, 2006, S. 16.

nen die KNA als Verwaltungsinstrument entwickelt wurde.

Das Bewusstsein vom Ursprung der Kosten-Nutzen-Analyse in der Verwaltung war zu Beginn der „Scientifizierung“ ab den 1950er Jahren durch die Wirtschaftswissenschaften durchaus vorhanden und daran wurde auch mahndend erinnert, um eine gewisse wissenschaftliche Abgehobenheit der methodischen Weiterentwicklung zu verhindern: „benefit-cost analysis made its first appearance as an administrative tool and as such it ought to be judged“.<sup>17</sup> Zeitweise wurde dieses Bewusstsein nicht aktiv wachgehalten, hat aber eine Art „revival“ in dem Ansatz erlebt, der versucht, Kosten-Nutzen-Analyse als formales Instrument zur Strukturierung des politischen Entscheidungsprozesses zu reformulieren, das seine Werte und Kriterien vom Entscheider bezieht.<sup>18</sup> Dennoch ist das historische Bewusstsein um die Ursprünge der KNA in der Verwaltung in den Wirtschaftswissenschaften noch eher gering ausgeprägt: Sofern in anglo-amerikanischen wirtschaftswissenschaftlichen Lehrbüchern auf die Geschichte der Kosten-Nutzen-Analyse eingegangen wird, sind dies vor allem zwei Daten: häufig 1936<sup>19</sup>, seltener 1844<sup>20</sup>.

In beiden Fällen stehen Normen im Hintergrund: 1936 wurde der Flood Control Act erlassen, in dem sich einer der ersten gesetzlichen Verankerungen einer positiven Kosten-Nutzen-Bilanz als Voraussetzung für den US Congress findet, sich mit einem Infrastrukturprojekt im Planungsstadium zu beschäftigen, um es ggf. mit öffentlichen Mitteln zu finanzieren. 1844 veröffentlichte der französische Wasserbauingenieur Jules Dupuis einen Aufsatz mit dem Titel „De la mesure d'utilité publique“. Darin formulierte er ein Konzept, das seit Marshall „Konsumentenrente“<sup>21</sup> genannt wird, um hierdurch einen auf der subjektiven Wertschätzung des Konsumenten aufbauenden Begriff von „Nutzen“ zu entwickeln; übrigens einige Jahrzehnte vor der „offiziellen“ „Erfindung“ der subjektiven Nutzentheorie um 1870 durch Walras, Menger und Jevons.<sup>22</sup> Was bisher nicht näher be-

leuchtet wurde, ist der rechtliche Kontext: Dupuit entwickelte dieses Konzept in Bezug auf eine Norm, nämlich Art. 545 Code Civil als Kernnorm des französischen Enteignungsrechts und den Rechtsbegriff der „utilité publique“ und zwar als Staatsdiener der staatlichen Institution des Corps des Ponts et Chaussées im Rahmen staatlicher Investitionsentscheidungen bezüglich des Baus von Straßen, Kanälen und Eisenbahnen.

Ziel der historischen Skizze ist es anhand dieser beiden Normen sowie des weiteren rechtlichen Kontexts die Kosten-Nutzen-Analyse als dem modernen Nationalstaat und seiner ideengeschichtlichen Wurzel im Rationalismus entwachsenes Rechtsphänomen zwischen dem dem Rechtsstaatsprinzip zuzuordnenden Rationalitätsanspruch staatlicher Entscheidung und dem Demokratieprinzip im Sinne einer legitimationsadäquaten Zuständigkeitsordnung zu verorten. Denn anders als der Privatakteur muss der Staat Allokationsentscheidungen über Gelder unter den „Nebenbedingungen“ subjektiver Rechte sowie eine Reihe an Verfassungsgeboten wie z.B. Rechtsstaatlichkeit und Demokratie treffen.

## II. Kosten-Nutzen-Analyse im Spannungsfeld zwischen Rechtsstaatlichkeit und Demokratieprinzip

Die Kosten-Nutzen-Analyse steht zu den „Nebenbedingungen“ staatlicher Entscheidung durchaus nicht per se in Konflikt, im Gegenteil: Theoretisch soll die KNA ein neutrales und transparentes Instrument für die Entscheidungsfindung sein, das dabei hilft, eine Maßnahme zu identifizieren, bei der die Nutzen die Kosten überwiegen.<sup>23</sup> In diesem Anspruch an das Entscheidungsniveau trifft sich die Methodik mit dem Anspruch des neuzeitlichen Nationalstaates, „rational“<sup>24</sup>, transparent und nachvollziehbar zu entscheiden und seiner Tendenz, in „unparteiischen“ Zahlen<sup>25</sup> sowie einer Mechanisierung oder Algorithmisierung von Entscheidungsprozessen durch Objektivität, Transparenz und Gleichbehandlung Legitimation und Akzeptanz für seine Entscheidungen zu suchen (Akzeptanz – und Legitimationsfunktion) sowie sich den übermäßigen Einfluss von Partikularinteressen zu neutralisieren (Antikorruptionsfunktion). Dies erreicht die Methodik durch eine gewisse standardisierte Strukturierung von Entscheidungsschritten und der Bewusstmachung, welche Informationen, Kriterien oder Wertentscheidungen für die abschließende Entscheidung notwendig sind.

Eine Kosten-Nutzen-Analyse (KNA) kann – simplifi-

<sup>17</sup> Hammond, *Convention and Limitation in Benefit-Cost-Analysis*, 1966, S. 221.

<sup>18</sup> Campen, *Benefit, Cost, And Beyond*, 1986, *The Political Economy of Benefit-Cost-Analysis*, S. 25 ff.; Fuguitt/Wilcox, *Cost-Benefit Analysis for Public Sector Decision makers*, 1999, S. 4.

<sup>19</sup> Pearce/Nash, *The Social Appraisal of Projects, A Text in Cost-Benefit-Analysis*, 1981, S.1; Chawla, *Social Cost Benefit Analysis*, 1987, S. 7 nennt beide; Fuguitt/Wilcox, *Cost-Benefit Analysis for Public Sector Decision makers*, 1999, S. 4: „The 1936 act marked the beginning of the application of economic principles to assess public expenditure decisions.“

<sup>20</sup> Vgl. Dasgupta/Pearce, *Cost-Benefit – Analysis – Theory and Practice*, 1972, S. 11; Priest/Turvey, *Cost-Benefit Analysis: A Survey*, *The Economic Journal*, Vol. 75, 1965, S. 683, 685; Gramlich, *Benefit-Cost analysis of government programs*, 1981, S. 7.

<sup>21</sup> Konsumentenrente ist das erfreuliche Ergebnis einer Situation, in der der tatsächliche Marktpreis unter der Summe liegt, die der Konsument bereit gewesen wäre zu zahlen, um das erwünschte Gut zu erwerben (Reservationspreis).

<sup>22</sup> Vgl. zum Verhältnis von Dupuit zu Walras, Menger und Jevons sowie zur Wahrnehmung Dupuits als „Ökonom“ durch die Wirtschaftswissenschaften insgesamt vgl. Ekelund/Hébert, *The secret origins of Modern Microeconomics*, 1999, S. 14; Mosca, Jules Dupuit, the French „ingenieurs économistes“ and the société d'économie politique, in: Faccarello (ed.), *Studies in the History of French Political Economy: From Bodin to Walras*, 2002; zu Du-

duit als „Erfinder“ einer Theorie öffentlicher Unternehmen: Glachant, *La théorie économique de l'entreprise publique*, 1996, S. 54 ff.

<sup>23</sup> Fehling, *Kosten – Nutzen – Analysen als Maßstab für Verwaltungsentscheidungen*, *VerwArch* 2004, 443, 444; Peters, *Die Ausfüllung von Spielräumen der Verwaltung durch Wirtschaftlichkeits-erwägungen* *DÖV* 2001, 749 f.

<sup>24</sup> Vgl. Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, 1964, § 8 Rationalismus, S. 60 ff.

<sup>25</sup> Vgl. zur Funktion von Zahlen in der politischen Sphäre ausführlich Porter, *Trust in Numbers*, 1995, S. 3 ff.

ziert<sup>26</sup> – als Entscheidungsfindungsprozess in sechs Schritten beschrieben werden<sup>27</sup>:

1. Definiere den Bedarf und das (politische/gesellschaftliche) Ziel.
2. Identifiziere die alternativen Maßnahmen, um das Ziel zu erreichen (einschließlich der Alternative nichts zu tun).
3. Stelle die möglichen Effekte innerhalb des festgelegten Zeithorizontes fest.
4. Bewerte die Effekte als
  - a) vorteilhafte Effekte = Nutzen
  - b) nachteilhafte Effekte = Kosten
 und drücke sie vollständig in Geldeinheiten aus (Monetarisierung).<sup>28</sup>
5. Zukünftig eintretende Effekte werden durch einen zu bestimmenden<sup>29</sup> Zinssatz abdiskontiert, die „Netto“-Effekte werden für jede Alternative berechnet und durch Subtraktion der Kosten vom Nutzen zu einer einzigen Kennzahl zusammengeführt.
6. Die Nutzen-Kosten-Verhältnisse aller Alternativen werden verglichen und die Alternative mit dem größten Nettonutzen, niedrigsten Nettokosten oder besten Nutzen-Kosten-Ratio wird ausgewählt.

So verstanden ist die Kosten-Nutzen-Analyse eine praxeologische Entscheidungshilfe, die sich in nachvollziehbare Analyseschritte zerlegen lässt. Rechtsstaatlich ermöglicht dies die erforderliche Kontrolle einer Verwaltungsentscheidung und demokratisch die notwendige Transparenz für die politische Verantwortung.<sup>30</sup> In praxi ist diese Methode aber nicht ohne Tücken. Ihre Inputbedürftigkeit macht sie anfällig für Manipulationen oder intransparente Wertauffüllungen, die unkontrolliert in Spannung zum Demokratieprinzip wie zum Rechtsstaatsprinzip stehen.

Ein zentraler rechtlicher Problempunkt beim Einsatz

von KNA betrifft die Frage der Gewaltenteilung zwischen Exekutive und Legislative bzw. in Form des Parlamentsvorbehaltes auch das Verhältnis zu staatsexternen Sachverständigen im Sinne einer legitimationsadäquaten Zuordnung der „Letzt Konkretisierungskompetenz“ offener „Leerstellen“ der Kosten-Nutzen-Analysemethodik: Bei einer KNA werden durch die oben dargestellten die Entscheidung vorbereitenden Schritte mehr Fragen an den Entscheider aufgeworfen, als er durch sie beantwortet haben möchte: Was ist das genaue Ziel der Maßnahme? Welche „Effekte“, die durch die Maßnahmen erzeugt werden, sind vorteilhaft als „Nutzen“, welche nachteilhaft als „Kosten“ einzuordnen? Wie weit reicht der Horizont an zu berücksichtigenden Effekten – sind nur die unmittelbar durch die Maßnahme erzeugten Effekte oder sind indirekte Folgeeffekte zu berücksichtigen (relevanter Effekthorizont)?<sup>31</sup> Wenn die Effekte nicht zeitgleich mit der Maßnahme auftreten, sondern später, wie weit reicht die zeitliche Berücksichtigung von Effekten (relevanter Zeithorizont)? Wenn Effekte zu einem anderen Zeitpunkt als andere auftreten, mit welchem Zinsfaktor sollten sie abdiskontiert werden?<sup>32</sup> Kurz: Eine KNA erfordert in nahezu jedem der oben beschriebenen Schritte subjektive Wertentscheidungen oder Fakteninputs, die das Ergebnis zumindest partiell präformieren.<sup>33</sup> Oder drastischer ausgedrückt: „[cost-benefit analysis is, Erg.d.V.] shot through with political and social value choices“.<sup>34</sup> D.h. Kosten-Nutzen-Analyse ist nur insoweit „neutral“, als sie als „auffüllungsbedürftige“, formale Entscheidungsstrukturierung betrachtet wird; in ihrer „ausgefüllten“ Form ist sie hingegen keineswegs wertfrei.<sup>35</sup> Analyst wie Entscheider muss in einem demokratisch verfassten System bewusst sein: Kosten-Nutzen-Analyse ist eine bloße Facade, die unvollständig ist ohne politisch-rechtliche Zielsetzungen (des Gesetzgebers) und ohne diese ist die Facade nichts anders sei als eine komplexe optische Illusion.<sup>36</sup> Der Neutralitätsanspruch ist daher mit Vorsicht zu genießen, denn es „gibt nichts Politischeres als den Anspruch das Politische beseitigen zu wollen“.<sup>37</sup>

<sup>26</sup> Wenn man tiefer in die Literatur zu Kosten-Nutzen-Analyse einsteigt, eröffnet sich einem ein Labyrinth an Unterformen der Methodik, vgl. Cole, Law, Politics, and Cost-Benefit-Analysis, Alabama Law Review, 2012, Vol 64, S. 56, 62; mitunter wird angemerkt, es gäbe gar keine Standardmethodik, vgl. Zerbe, Ethical Benefit Cost Analysis as Art and Science – Ten Rules for Benefit-Cost Analysis, Working Paper #2008-06, S. 2: „Practitioners and critics alike are sometimes unclear precisely what they mean when they speak of BCA [benefit-cost-analysis, Anm. D.V.], as there is no one uniform method or concept.“

<sup>27</sup> Angelehnt an die Darstellung bei Adler/Posner, Rethinking Cost-Benefit, Yale Law Review, 1999, Vol 109, S. 177.

<sup>28</sup> „Kosten-Nutzen-Analyse“ ist ein Oberbegriff für verschiedene Verfahren. Das Besondere an der Kosten-Nutzen-Analyse im „klassischen Sinne“ ist gerade Schritt 4, nämlich das versucht wird, sowohl alle Nutzeneffekte wie auch alle Kosten in Geld auszudrücken, so dass im Idealfall eine einzige Zahl ausdrückt, ob das Vorhaben zu befürworten oder abzulehnen ist. Ist die Kennzahl >1, ist das Projekt zu befürworten, dann da Nutzen die Kosten überwiegt. Ist eine vollständige Quantifizierung aller Entscheidungsfaktoren nicht möglich, kann die sog. Kosten-Nutzwert-Analyse verwendet werden, in der die Effekte in natürlichen Einheiten erfasst werden.

<sup>29</sup> Vgl. die umfangreiche Diskussion zu möglichen Wegen, Kosten und Nutzen durch Diskontierung wertmäßig auf denselben Zeitpunkt zuzurechnen Cole, Law, Politics, and Cost-Benefit-Analysis, Alabama Law Review, 2012, Vol 64, S. 56, 62.

<sup>30</sup> Meyke, Cost-Effectiveness-Analysis als Planungsinstrument, 1973, S. 30.

<sup>31</sup> Vgl. zum deutschen Recht BMF, Arbeitsanleitung Einführung in Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen vom 20.12.2013, S. 5.

<sup>32</sup> Vgl. die umfangreiche Diskussion alternativen zu möglichen Wegen, Kosten und Nutzen durch Diskontierung wertmäßig auf denselben Zeitpunkt zuzurechnen Cole, Law, Politics, and Cost-Benefit-Analysis, Alabama Law Review, 2012, Vol 64, S. 56, 62; Portney/Weyant, Introduction to Discounting and Intergenerational equity, 1999, S. 1 (4) merken an, dass in der Literatur Rechtfertigungen Diskontraten von Null bis 20% gefunden werden können.

<sup>33</sup> Diese Feststellung ist weder neu noch strittig vgl. z.B. Mishan, Cost-Benefit-Analysis: An introduction, 1971, S. 175–80, S. 322–324; Smithies, The Budgetary Process in the United States., 1955, S. 344 – 345; Nash/Pearce/Stanley, An Evaluation of Cost-Benefit Analysis Criteria, Scottish Journal of Political Economy, 1975, Vol. 22, Issue 2, S. 121, 122; Priest/Turvey, Cost-Benefit Analysis: A Survey, The Economic Journal, Vol. 75, 1965, S. 683, 685; Wildavsky, The Political Economy of Efficiency: Cost-Benefit Analysis, Systems Analysis, and Program Budgeting, Public Administration Review, Vol. 26, No. 4 (Dec., 1966), S. 294, 297.

<sup>34</sup> Wildavsky, a.a.O., S. 297.

<sup>35</sup> Schmid, Benefit-Cost Analysis: A Political Economy Approach, 1989, S. 30, 305.

<sup>36</sup> Hammond, Convention and Limitation in Benefit-Cost-Analysis, 1966, 195 (219).

<sup>37</sup> Spaemann, Zur Kritik der politischen Utopie, 1977, S. 90; vgl. zur Technokratie-Enthusiasmus und Kritik: Hacke, Philosophie der

Im Idealfall macht sich der Entscheider die eigenen Wertentscheidungen durch die Verwendung der KNA bewusst und offenbart sie zur Prüfung durch Dritte.<sup>38</sup> KNA kann dann zu einer transparenten, wertebewussten Entscheidung beitragen, die politische (oder sogar gerichtliche) Kontrolle und Verantwortung ermöglicht und Missstände im Entscheidungsprozess von Verwaltung wie Politik verhindern. Gerade diese Inputerfordernisse sind aber auch Ansatzpunkt für den Missbrauch der Methodik: De facto besteht bisweilen ein Interesse an Opazität.<sup>39</sup> Werden ergebnisrelevante, wertehaltige Inputentscheidungen nicht offengelegt,<sup>40</sup> z.B. indem nur Zahlenaggregate statt des Herleitungsweges mitsamt der getroffenen Annahmen präsentiert werden, ist die Kosten-Nutzen-Analyse hingegen manipulationsanfällig,<sup>41</sup> sie ist nicht mehr rational-transparent, sondern kann zu einer rationalisierenden Nebelwand für bereits vorher und anderweitig getroffene Entscheidungen werden. Der mit Zahlen verbundene Objektivitäts- und Unparteilichkeitsanspruch der KNA wird dann gerade in sein Gegenteil verkehrt, nämlich zum Vehikel für Partikularinteressen.

Neben diesem „Cave“ stellt es vor allem auch die Frage: Wer darf all dies entscheiden? Hier kreuzt sich der rechtsstaatliche Rationalitätsanspruch mit dem Demokratieprinzip in Form des Gesetzes, wenn nicht des Parlamentsvorbehaltes. Der Rationalitätsanspruch plädiert für die Entscheidung durch den sachlich kompetentesten, das Demokratieprinzip stellt die Forderung der hinreichenden Legitimation des Entscheiders durch das Wahlvolk auf. Beide Prinzipien setzen Sachverständigen und Politiker in eine gewisse Konkurrenzsituation um die Entscheidungshoheit, wie die Diskussion in der Wirtschaftswissenschaft zur Frage nach dem „richtigen“ Verhältnis zwischen Analysten und Entscheider bei der KNA zeigt. Als Antwort heben sich zwei unterschiedliche Auffassungen entwickelt:<sup>42</sup> Eine Auffassung in der Wirtschaftswissenschaft bleibt den Verwaltungswurzeln der Beratung politischer Entscheider treu mit dem sog. „decision maker approach“<sup>43</sup>, der die vom „decision –

maker“ postulierten Ziele als gesetzt akzeptiert und ihn bei seiner Entscheidung berät, z.B. indem der Analyst dem Entscheider seine impliziten Wertentscheidung vor Augen führt.<sup>44</sup> Eine andere Schule sieht den Analysten bei der Suche nach wohlfahrtsökonomisch optimalen Entscheidungen als unabhängig von politischen Zielen an, er solle Politik gerade nach unabhängig gewählten Kriterien beurteilen dürfen,<sup>45</sup> diese Position geht aber z.T. auch weiter und stellt in Hinblick auf die Imperfektionen, die Demokratie als realer Prozess haben kann, die Frage, wer die besseren Entscheider für die Gesellschaft sind.<sup>46</sup> Diese Auffassung steht offensichtlich in Spannung zum Demokratieprinzip, die aber bis zu einem gewissen Grad aufgelöst werden kann durch eine explizite gesetzliche Delegation.<sup>47</sup>

Als Fazit bleibt: Der moderne Staat sucht Legitimation für seine Entscheidung sowohl durch Rationalität wie Demokratie. Kosten-Nutzen-Analysen können so eingesetzt werden, dass Demokratieprinzip und rechtsstaatlicher Rationalitätsanspruch sich durch transparente Meinungsbildung gegenseitig verstärken. Sie kann aber auch dazu beitragen, dass durch Intransparenz und Verantwortungsverlagerung Legitimität nach Rechtsstaats – wie Demokratieprinzip untergraben wird. Der Effekt der Methode hängt von regulativ wie rechtskulturell flankierende Rahmenbedingungen ab. Jedes Rechtssystem muss daher seine eigene Antwort auf das Verhältnis der Entscheidungsanteile von Politik und Sachverstand, von Demokratie und Technokratie<sup>48</sup> finden.

### III. Kosten-Nutzen-Analyse als historisch gewachsenes Verwaltungsinstrument

Die historischen Skizzen können aufgrund der Weite des abgebildeten Zeitraumes und der Vielfältigkeit der Aspekte nur ein holzschnittartiges Bild entwerfen, wie die

Bürgerlichkeit: Die liberalkonservative Begründung der Bundesrepublik, 2008, S. 192.

<sup>38</sup> Wildavsky, a.a.O., S. 297: „The great advantage of cost-benefit analysis, when pursued with integrity is that some implicit judgments are made explicit and subject to analysis.“

<sup>39</sup> „Indeed, decision makers sometimes have strategic incentives to prefer the relative opacity of informal decision-making procedures. Particularly in such circumstances, the transparency offered by formal CBAs is a great virtue, which should not be underestimated. It can, and has, served to check abuses in agency decision-making processes“, Cole, Law, Politics, and Cost-Benefit-Analysis, Alabama Law Review, 2012, Vol 64, S. 70.

<sup>40</sup> Dabei ist die Grenze zwischen wertehaltiger und „technischer“ Frage natürlich manchmal schwer zu ziehen,

<sup>41</sup> „In reality, CBA inevitably requires value judgments that are inherently subjective, rendering the analyses potentially manipulable for political ends“, so Cole, a.a.O.

<sup>42</sup> Überblick bei Campen, Benefit, Cost, And Beyond, 1986, The Political Economy of Benefit-Cost-Analysis, S. 25 ff.; siehe so auch Sugden, Citizens, consumers and clients: Alan Williams and the political economy of cost-benefit analysis, S. 9 ff. in: Mason/Towse, The Ideas and Influence of Alan Williams: Be Reasonable – Do It My Way, 2008.

<sup>43</sup> vgl. Williams, Cost-benefit analysis: bastard science? and/or insi-

dious poison in the body politick?, Journal of Public Economics, 1972, Vol. 1, Issue 2, S. 199-225.

<sup>44</sup> Maßgeblich Williams, a.a.O.; zum „decision maker“ bezogenen Verständnis von KNA vgl. auch Fuguitt/Wilcox, Cost-Benefit Analysis for Public Sector Decision makers, 1999, S. 4; Schmid, Benefit-Cost Analysis: A Political Economy Approach, 1989, S. 287 f.; Schmid, Benefit-Cost Analysis: A Political Economy Approach, 1989, S. 303: „Just because politicians do not want to do their job, economists do not have to do it for them.“

<sup>45</sup> Mishan, The New Controversy about the Rationale of Economic Evaluation, Journal of Economic Issues, 1982, Vol. 16, S. 35.

<sup>46</sup> Kolm, History of public economics: The historical French school, 2010, S. 10 abrufbar unter: <http://sergekolm.org/wp-content/uploads/2014/02/HistoryPublEco7Feb10.pdf>: „Moreover, does the political system that selects the politician make the best choice for society? Markets are imperfect, but, compared to them, the political system often seems substantially more imperfect“; Z.B. Sugden, Citizens, consumers and clients: Alan Williams and the political economy of cost-benefit analysis“, S. 5 ff. in Mason/Towse (ed.), The Ideas and Influence of Alan Williams, stellt die Frage, ob „decision makers should decide, on behalf of the community, what the collective objective should be“, vgl. Mason, The Ideas and Influence of Alan Williams, S. viii.

<sup>47</sup> Vgl. aber Martini, Normsetzungsdelegation zwischen parlamentarischer Steuerung und legislativer Effizienz, AöR, Bd. 133 (2008), H.2, S. 155 ff.

<sup>48</sup> Der Wirtschaftswissenschaftler Thorstein Veblen plädierte zur Hochphase der US-amerikanischen technocracy-Bewegung zwischen 1920 und 1930 für eine Leitung jedes Staates durch Ingenieure, Veblen, The Engineers and the price system, 1921; vgl. umfassend Aikin, Technocracy and the American Dream: The Technocracy Movement 1900-1941, 1977.

beiden postrevolutionären, jungen Demokratien Frankreich und die USA im 19. Jahrhundert mit dem idealistischen Anspruch aufklärerischer Rationalität und demokratischer Verfasstheit realiter umgehen und für sich ein angemessenes Verhältnis zwischen Sachverstand und demokratischem Willen zu finden versuchen. Dazu wird der jeweilige rechtlich-politischen Kontext, in den die Verwendung quantifizierender Methoden eingebettet ist, dargestellt, das Verhältnis zwischen den Gewalten und welche Rolle der quantifizierende Methodik und dem sie anwendenden Sachverständigen zukommt. Es zeigt sich, dass die KNA bereits in ihren Anfängen im Spannungsfeld zwischen idealistischem Transparenzanspruch und interessenpolitisch motivierter Opazität changiert. Dabei wird deutlich, dass Kosten-Nutzen-Analyse ihre Funktion als transparentes Entscheidungsstrukturierungselement nur in einem entsprechend rechtlichen Rahmen erfüllen kann und das selbst dann die Erwartungen an eine solche Analyse begrenzt sein müssen.

### 1. Frankreich: 18./19. Jahrhundert: Die „utilité publique“ – Rechenwerk oder politische Entscheidung?

Jules Dupuit wird mitunter als „intellectual father of general CBA“ bezeichnet.<sup>49</sup> Wenn dies der Fall ist, dann weil er als einer der ersten in seinem Artikel „De la mesure d'utilité publique“ einen der Grundgedanken der heutigen Kosten-Nutzen-Analyse, nämlich das Prinzip der willingness-to-pay oder willingness-to-accept (WTP/WTA) artikuliert hat. Nach diesem Ansatz ist der Nutzen eines Gutes für einen Menschen daran zu messen, wieviel er bereit ist für diesen zu zahlen (WTP) oder wieviel es bräuchte, um ihn zum Verzicht zu bewegen.<sup>50</sup> Dupuit verwendet diesen Ansatz, um den Nutzen aus öffentlichen Investitionen in den Bau von Straßen für das Gemeinwohl auf Basis des subjektiven Nutzens für die Nutzer eines Bauwerkes zu quantifizieren.<sup>51</sup>

Die Standardmethode zur Berechnung des „öffentlichen Nutzens“ war bis dato der Ansatz, dass die Senkung der Transportkosten für den Warenproduzenten der „öffentliche Nutzen“ sei. Dupuit kritisiert diesen Ansatz, da er zu einer gravierenden Überschätzung des Nutzens führen würde.<sup>52</sup>

Dupuit schlägt statt einer am Warenproduzenten und Angebot ansetzenden Nutzen-Bestimmung eine an der Nachfrage anknüpfende Bestimmung des Nutzens auf Basis der individuellen Zahlungsbereitschaft des Konsumenten vor. Er legt dies anhand eines Beispiels einer Stadt dar, die durch einen neuen Transportweg, trotz dessen längerer Strecke aufgrund eines neu erschlossenen Steinbruchs mehr Steine als vorher zu einem niedrigeren Preis nachfragen kann.<sup>53</sup> Der Nutzen des neuen

Transportweges sei daher gleich der Differenz im Preis der Ware vor und nach dem Bau multipliziert mit der zuvor und nachher nachgefragten Quantität derselben Ware,<sup>54</sup> kurz die quantifizierte gesteigerte Nachfrage. Dieser Ansatz ist Dupuit aber noch nicht allgemein genug, da er als Vergleichsgröße den bisherigen Konsum einer bekannten Ware voraussetzt. Er stellt sich die Frage, wie der zusätzliche Nutzen zu bemessen sei, eine bisher unbekannte Ware konsumieren zu können und kommt zu einem Ansatz, der der Grund ist, weshalb Dupuit in die dogmengeschichtliche Entwicklung der wirtschaftswissenschaftlich basierten Kosten-Nutzen-Analyse aufgenommen werden wird. Dupuit zieht als Grundlage zur Bestimmung des Nutzens die unterschiedliche Reaktion einer Person auf den Preis einer Ware basierend auf dem Nutzen an, den die Person der Ware zuschreibt. Der Nutzen einer Ware ist nicht für alle Nachfragenden gleich, aber mindestens damit identisch, was sie bereit sind zu zahlen: Wenn unterschiedliche Menschen zu unterschiedlichen Preisen unterschiedliche Mengen an Ware kaufen oder zu einem bestimmten Preis eben nicht mehr kaufen, bewerten sie die Ware für sich mit unterschiedlichem Nutzen im Vergleich zu der Menge Geld, die sie für die Ware ausgeben müssten. Um also den subjektiven Nutzen einer Ware zu messen, bedürfte es der Kenntnis, ab welchem Preis ein Konsument vom Kauf einer Ware Abstand nehmen würde.<sup>55</sup>

Weshalb Dupuit als Pionier der KNA-Methodik eingeordnet werden kann, beruht auch auf dem Gedankenexperiment, mit dem er die unterschiedlichen Nutzen der Nachfrager herausfinden will: Es sollte in sukzessiven Stufen Steuern (nach Dupuit Kostenanteile ohne Beitrag zum Nutzen des Produktes) auf den Preis draufgeschlagen werden, um so herauszufinden, wie viele Konsumenten ab welchem Brutto-Preis (Preis + Steuer) nicht mehr bereit sind, die Ware zu kaufen, bis es keinen Nachfrager mehr gibt.<sup>56</sup> Diese Überlegungen kommen heutigen Ansätzen, sozialen Nutzen durch tatsächliche Konsumentenentscheidung bzw. deren Simulation zu messen bzw. zu monetarisieren, bemerkenswert nahe.<sup>57</sup> Konse-

<sup>54</sup> Dupuit, a.a.O., S. 267.

<sup>55</sup> Dupuit, a.a.O., S. 268: “in order to know the utility of each ton consumed it would be necessary for each consumer to make known the strength of his desire in terms of the price which would make him cease consuming.[...]”

<sup>56</sup> “Suppose that all those similar commodities of which we want to discover the utilities, are all subjected to a tax which rises by small steps. Each successive increase will cause a certain quantity of the commodity to disappear from consumption. This quantity, multiplied by the rate of the tax, will give its utility expressed in money. By thus letting the tax go up until there are no more consumers, and by adding together all the products of this multiplication process, we will arrive at the total utility of the goods”, Dupuit, a.a.O., S. 270.

<sup>57</sup> Zur Messung der Zahlungsbereitschaft wurde in den Wirtschaftswissenschaften eine Reihe von Methoden entwickelt. Diese Methoden lassen sich danach unterscheiden, ob sie die hypothetische Zahlungsbereitschaft (hypothetical willingness to pay, HWTP) in einem hypothetischen Kontext oder die tatsächliche Zahlungsbereitschaft (actual willingness to pay, AWTP) in einem echten Kaufkontext messen, je nachdem ob Beobachtungs- oder Umfragedaten verwendet werden, unterscheidet man auch revealed oder stated preferences, vgl. Breidert/Hahsler/Reutterer, A Review of Methods Measuring willingness-to-pay, Innovative Marketing, 2006, S. 9 f.

<sup>49</sup> Scholz/Binder, Environmental Literacy in Science and Society: From Knowledge to Decisions, 2011, S. 293.

<sup>50</sup> Horowitz/Keith/Mcconnell, Willingness to accept, willingness to pay and the income effect, Journal of Economic Behavior & Organization, 2003, Vol. 51, No. 4, p. 537 ff.

<sup>51</sup> Dupuit, De la mesure de l'utilité des travaux publics, Annales des ponts et chaussées, 1844, 2ieme serie, S. 8; abgedruckt in: Arrow/Scitovsky (Hrsg.), Readings in welfare economics, 1969, S. 255-283.

<sup>52</sup> Dupuit, a.a.O., S. 269.

<sup>53</sup> Dupuit, a.a.O. S. 266.

quenterweise schlägt Dupuit in einem anderen Artikel eine Gebührendifferenzierung bei Eisenbahnen vor, nach der die Nutzer am meisten zahlen sollten, denen der Transport am meisten (subjektiv) nutzt.<sup>58</sup>

Dupuits Ausführungen stießen keinesfalls auf sofortige Akzeptanz, sondern auf Widerstand und Kritik.<sup>59</sup> Ein namhafter Zeitgenosse Dupuits, Borgas, kritisiert, dass die von Dupuit entwickelten Nachfrageannahmen und errechneten Nutzen ausschließlich hypothetisch seien und stellt die noch heute gültige Frage, ob ein subjektiver Nutzenbegriff nicht ein zu instabile Entscheidungsgrundlage sei: „How can we build a theory on so variable a foundation, one that depends entirely on the taste and fortune of every consumer“?<sup>60</sup> Dupuit selbst erkennt, dass es zur Anwendung seiner Methode an Daten fehlt: „It may perhaps be objected that our formula depends upon certain data which no statistical method can furnish and therefore we shall never be able to express an exact figure the utility yielded by a machine, a road or any undertaking[...].“<sup>61</sup> Er adressiert auch bereits in sehr klaren Worten das Problem einer datentechnisch unvollständigen Entscheidungslage: „Are the known points sufficient? What are missing ones? What will be the margin of error [...]?“ Auch sieht er das heute noch bekannte Problem, dass die offenbarten Zahlungsbereitschaften nicht unbedingt die realen sind. Sein nach dem durch den konkreten Nachfrager jeweils erklärten subjektiven Nutzen differenzierendes System für Nutzungstarife würde wohl an dem „unüberwindbaren Hindernis der universelle Unehrlichkeit der allgemeinen Öffentlichkeit“ scheitern,<sup>62</sup> kurz die meisten würden, wenn nach dem Nutzen, den die Ware für sie bietet, wohl die Unwahrheit sagen, um sie billiger zu bekommen und benennt damit bereits ein Problem der Theorie Paul Samuelsons, der aus den beobachteten Wahlentscheidungen die Präferenzen der Konsumenten ableiten will.<sup>63</sup> – Zudem erkennt Dupuit bereits eine der Schwierigkeiten eines subjektiven Nutzensansatzes, nämlich die Frage interpersoneller Nutzenvergleiche: „it would be difficult to say whose hunger was the greater – the rich man’s, who would be willing to give a million for a kilogramme of bread, or the poor man’s, who, having nothing else to give, would risk his life for it.“<sup>64</sup> Damit ist aber auch das

politische Verteilungsproblem angesprochen, dass man Nutzen möglicherweise subjektiv quantifizieren kann, aber damit noch nicht die Frage beantwortet ist, wessen Nachfrage man fördern oder senken möchte. Dupuit hat damit eine ganze Reihe noch heute gültiger Fragen an eine auf einem hedonistischen Nutzenbegriff aufbauende KNA-Methodik, die mit Hilfe von offenbarten Präferenzen von Konsumenten Nutzen bestimmen will, aufgestellt.

Den vollen Gehalt Dupuits Ausführungen erfasst man jedoch nur, wenn man versteht, in welchem rechtlich-politischen Kontext er diese tätigte und welchen Funktionen die Quantifizierung des öffentlichen Nutzens im politisch-rechtlichen System dienen sollte.

#### a. Regulativ-politisches Umfeld: Das französische Enteignungsrecht

Dupuit entwickelte seine Gedanken zu einer subjektiven Nutzentheorie nicht als freier Theoretiker. Jules Dupuit war als Ingenieur Mitglied eines der Grand Corps, einer besonderen Eigenheit des französischen Verwaltungswesens,<sup>65</sup> der der Aufgabe des Ausbaus der Land – und Wasserstraßen Frankreichs gewidmet ist, der Corps des Ponts et Chaussées.<sup>66</sup> Er – wie viele andere Ingenieure des Corps – war eingebunden in das rechtliche Rahmenwerk zur Verwirklichung des Straßen – und Wegebbaus in Frankreich. Zum rechtlichen Rahmenwerk gehörte maßgeblich das französische Enteignungsrecht, um die für den Weg – und Kanalbau benötigten Grundstücke heranziehen zu können. Enteignungen privater Grundstücke für Infrastrukturmaßnahmen konnten basierend auf Art. 545 Code Civil nur bei überwiegendem Gemeinwohlnutzen („utilité publique“) vorgenommen werden. In diesem Rahmenwerk kam den Ingenieuren des Corps die Aufgabe zu, diesen das Privatinteresse am Eigentum überwiegende Gemeinwohlnutzen des geplanten Projektes zu berechnen. Dazu gehörte die Berechnung der Kostenminimierung der Baukosten durch Materialkostenvergleiche, Einnahmenmaximierungsberechnungen durch Tarifgestaltungen für die Nutzung von Kanälen, Brücken, Straßen oder Eisenbahnen sowie die Amortisierungsdauer der Investmentkosten für die Bauwerke. Hierfür legten die Ingenieure mathematische Ansätze zu Grunde, die, wie das Beispiel Dupuits zeigt, z.T. von überraschender Modernität sind. Zugleich diente die Mathematisierung der Entscheidungsgrundlagen für die Feststellung des „öffentlichen Nutzens“ aber auch rechtlich-politischen Zwecken: Die besondere politische Brisanz der Feststellung des „öffentlichen Nutzens“ lag dabei zum einen in dem Fakt der notwendigen Enteignung von Privatgrundstücken für den Bau der Infrastrukturmaßnahmen (Straßen, Kanäle, Brücken, Eisenbahnen) und zum anderen in der Auswahl der Infrastrukturprojekte: Im ersteren Fall dienten mathematisch verfasste Entscheidungsgrundlagen der Akzeptanz der Enteignung und der Durchführung des Projektes in der Bevöl-

<sup>58</sup> Dupuit, *Influences de péages*, S. 213 zitiert nach Porter, *Trust in Numbers*, 1995, S. 62.

<sup>59</sup> Vgl. ausführlich zur zeitgenössischen Kritik an Dupuit, Ekelund/Hébert, *Secret Origins of Microeconomics*, 1999, S. 103 ff.

<sup>60</sup> Bordas, *De la mesure d’utilité des travaux publics*, 257, 279 zitiert nach Porter, *Trust in Numbers*, S. 63.

<sup>61</sup> Dupuit, *De la mesure de l’utilité des travaux publics*, 1844, in: Arrow/Scitovsky (Hrsg.), *Readings in welfare economics*, 1969, S. 279.

<sup>62</sup> Dupuit, *De l’influence des péages sur l’utilité des voies de communication*, 1849, englische Übersetzung des letzten Abschnitts „On Tolls and Transport Charges“, by E. Henderson, *International Economic Papers* (1962), Nr. 11, S. 7-31 (S. 16): „I need hardly say that I do not believe it possible that such a tariff should be applied voluntarily, because it would come up against the unsurmountable obstacle of the general public’s universal dishonesty“.

<sup>63</sup> Samuelson, *A Note on the Pure Theory of the Consumer’s Behaviour*, *Economica*, 1938, S. 5 sowie ders., *Consumption Theory in Terms of Revealed Preferences*, *Economica*, 1948, S. 15.

<sup>64</sup> Dupuit, a.a.O., 1844, S. 262.

<sup>65</sup> Vgl. Kessler, *Les grands corps de l’Etat*, 1985; Bourdieu, *La noblesse d’État: grandes écoles et esprit de corps*, 1989.

<sup>66</sup> Vgl. hierzu Etner, *Histoire du calcul économique en France*, 1987.

kerung, im letzteren Fall der Zurückdrängung von Partikularinteressen im demokratischen Willensbildungsprozess.

### b. Quantifizierung als Mittel der Akzeptanzfähigkeit politisch-rechtlicher Entscheidungen

Die Schriften Dupuits zur Messung des „öffentlichen Nutzens“ wie das umfassende Werk seiner übrigen Ingenieurskollegen des Corps zur Quantifizierung der Kosten und Nutzen der Infrastrukturmaßnahmen des 19. Jahrhunderts ist maßgeblich in den Kontext der Akzeptanz staatlicher Entscheidungen einer nach – und latent revolutionären Gesellschaft einzuordnen. Anders als in politikverdrossenen Gesellschaften des 21. Jahrhunderts hatte im Frankreich des späten 18. und 19. Jahrhundert mit dessen „heißblütiger“ Tendenz zum raschen politischen Systemwechsel die Akzeptanz rechtlich-politischer Entscheidungen durch die Bevölkerung tatsächliche Relevanz. Gerade der Bau von Eisenbahnen und Kanälen war eine politische „hot potato“.<sup>67</sup> Im Mittelpunkt der politischen Konflikte des sich im 19. Jahrhundert herausbildenden französischen Nationalstaates stand die Eigentumsfrage als Schlachtfeld zwischen Individualrecht und Kollektivinteresse<sup>68</sup>: Im absolutistischen ancien regime waren Enteignungen nicht gesetzlich geregelt, sie konnten durch die Verwaltung jederzeit, erst nach Übergang des Eigentums fälliger und in der Höhe im freien Belieben des Königs zu bemessender Entschädigung vorgenommen werden.<sup>69</sup> In der Abschaffung des Feudalsystems und ihrer Eigentumsordnung wird eine der Haupttriebkraft der Französischen Revolution gesehen.<sup>70</sup> Entsprechend war eine der maßgeblichen Verbürgungen des Staates nach der Französischen Revolution 1789 die Unantastbarkeit des privaten Eigentums in Art. 17 der *déclaration des droits de l'homme et du citoyen*-

en.<sup>71</sup> Willkürliche Konfiskationen und entschädigungslose Enteignungen sollten unmöglich sein, eine Enteignung sollte nur aufgrund eines Gesetzes bei „gesetzlich festgestellter öffentlicher Notwendigkeit“ („*necessité publique, légalement constatée*“) entzogen werden können. Die Geschichte des französischen Enteignungsrechts im 19. Jahrhundert<sup>72</sup> ist die Geschichte einer Suche nach dem richtigen Gleichgewicht zwischen dem Individualrecht am Eigentum und dem öffentlichen Interesse des Eingriffs zu Gunsten gesellschaftlicher Interessen, maßgeblich dem an der Schaffung der notwendigen Infrastrukturen während der Fahrt aufnehmenden Industrialisierung Frankreichs in Europa.<sup>73</sup> Diese Suche erfolgt in einer Art Pendelbewegung der rechtlichen Grundlagen des französischen Enteignungsrechts, die mal zu Gunsten des Individual – , mal zu Gunsten des Gesellschaftsinteresse ausschlägt.<sup>74</sup>

Diese Suche nach einem angemessenen Ausgleich der Interessen spiegelt sich zum einen in der Formulierung der verfassungsrechtlichen Verbürgung der Eigentums-garantie und dem damit einhergehenden zu oder abnehmenden Schutzniveau des Privateigentums gegenüber dem Gemeinwohl nieder: Als z.B. Dupuit 1844 schrieb, war bereits an die Stelle der „*déclaration des droits de l'homme et du citoyen*“ die „*Charte constitutionnelle*“ vom 14. August 1830<sup>75</sup>, an die Stelle der demokratischen Legitimation des Staates die konstitutionell-monarchische<sup>76</sup> und an die Stelle der engen „*necessité publique*“ das ersichtlich weitere „*intérêt public*“ getreten.<sup>77</sup> In Anlehnung an das Wort Otto Mayers „*Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht*“ blieb nur die Formulierung der einfachgesetzlichen Grundlage des Enteignungsrechts in Art. 545 *Code Civil*<sup>78</sup> trotz der zahlreichen Verfassungsänderungen des 19. Jahrhun-

<sup>67</sup> Die politische Debatte um lokale Eisenbahnlinien nach dem Plan Freycinets sind nach dem Standardwerks Elwitts, *Making of the Third Republic, Class and Politics in France, 1868-84*, 1975 Kapitel 3 und 4 Hauptgrund der Krise der Republik im Jahr 1877; ebenso Ebhardt, *Personale Netzwerke und Korruptionsdebatten am Beispiel der Eisenbahnbranche in Großbritannien und Frankreich (1830–1870)*, 2015, S. 73 zum Verlust moralischer Autorität der politischen Elite [im Zusammenhang mit dem Kanal – und Eisenbahnbau] als wichtiger Facette der Krise der 1840er Jahre und dem folgenden Systemwechsel.

<sup>68</sup> Lacchè, *Administration et expropriation pour cause d'utilité publique en France (1810 – 1870): problèmes et solutions*, in: Burdeau, *Administration et droit*, 1996, S. 112 (120): „un gran champ de bataille“.

<sup>69</sup> Goma Mackoundi Loembet, *L'expropriation pour cause d'utilité publique de 1833 à 1935*, 2010, S. 20 m.a.N.; ausführlich: Harouel, *Aux origines du droit français de l'expropriation, utilité publique et juste indemnisation avant la révolution*, 2000; nach der Vorstellung der absolutistischen Monarchie hatte der König ein Recht an allem Boden, ein „*droit*“ oder „*domaine eminent*“, während seine Untertanen lediglich ein Nutzungsrecht hatten, „*domaine utile*“, siehe Auby/Ducos-Ader/Gonthier, *L'expropriation, régime juridique, méthode d'évaluation, formulaire*, 1968, S. 5; diese Unterscheidung beruhte auf dem von den Glossatoren entwickelten theoretischen Fundament des Feudalsystem, in dem über jedem „*dominium utile*“, also der Befugnis zur Nutzung von Grundeigentum, das „*dominium directe*“, das Feudaleigentum des Königs schwebte, siehe v. Richthofen, *Privateigentum in Frankreich*, 1970, S. 6 ff.; vgl. auch Sieber, *Das Recht der Expropriation*, 2012, S. 47 f.; zum seigneurialen Obereigentum s.a. Mager, *Frankreich vom Ancien Regime zur Moderne*, 1980, S. 121.

<sup>70</sup> v. Richthofen, *Privateigentum in Frankreich*, 1970, S. 9; siehe Botsch, *Eigentum in der französischen Revolution*, 1992, S. 19 ff.

<sup>71</sup> Art. 17: „*La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.*“ vgl. zu weiteren Hintergründen der genauen Formulierung des Art. 17 Lacchè, *L'expropriation pour cause d'utilité publique, la propriété et les garanties constitutionnelles dans la France révolutionnaire*, S. 509 ff, in: Martucci (Hrsg.), *Constitution & Revolution aux Etats-Unid d'Amérique et en Europe*, 1776/1815, 1995.

<sup>72</sup> Kurze historische Überblicke finden sich in den gängigen französischen Lehrbüchern zum Verwaltungs – bzw. Enteignungsrecht: Godfrin/Degoffe, *Droit administratif des biens*, 2007, S. 511; Guettier, *Droit administratif des biens*, 2008, S. 474; Chabé/Petit, *L'expropriation pour cause d'utilité publique*, 2000, S. 211; Marchiani, *Le monopole de l'Etat sur l'expropriation*, 2008, S. 422; Lemasurier, *Le droit de l'expropriation*, 2005, S. 686; Josse, *Les travaux publics et l'expropriation*, 1958, S. 449.

<sup>73</sup> Lacchè, *Administration et expropriation pour cause d'utilité publique en France (1810 – 1870): problèmes et solutions*, in: Burdeau, *Administration et droit*, 1996, S. 112 (120).

<sup>74</sup> Lacchè, a.a.O., S. 115.

<sup>75</sup> Die allerdings durchaus Elemente der Stärkung des Parlaments enthält, vgl. Hartmann, *Französische Verfassungsgeschichte der Neuzeit (1450 – 2002)*, 2003, S. 98.

<sup>76</sup> Prutsch, *Die Revision der französischen Verfassung im Jahre 1830, Zur Frage der Bewahrung des Verfassungssystems der „Charte constitutionnelle von 1814*, in: *Der Staat, Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht*. 47. Bd., 2008, S. 85–107.

<sup>77</sup> Art. 9 *Charte constitutionnelle révisée*: „*L'État peut exiger le sacrifice d'une propriété pour cause d'intérêt public légalement constatée, mais avec une indemnité préalable.*“

<sup>78</sup> Wortlaut: „*Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce*

derts – mal mit, mal ohne explizite Eigentumsgarantie<sup>79</sup> – seit dem 12. März 1804 konstant. Art. 545 Code Civil verbürgt das Eigentum ebenfalls als gegen obrigkeitliche Willkür geschütztes Individualrecht,<sup>80</sup> in das nur aufgrund eines – begrifflich auf halbem Weg zwischen enger „nécessité publique“ und weiter „intérêt public“ liegenden – „öffentlichen Nutzens“ („utilité publique“) eingegriffen werden durfte.

Nicht nur der Wortlaut der effektiven Rechtsgarantie, auch die Zuordnung der Entscheidung über die „utilité publique“ in der gerade als Verfassungsprinzip des französischen Staates akzeptierten Vorstellung von der Gewaltenteilung zwischen Exekutive und Legislative spiegelt die Pendelbewegung zwischen Privat – und Staatsinteresse wieder und die Frage, welche Gewalt der „bessere“ Treuhänder für welches Interesse ist: Bereits ab 1791 wird diskutiert, ob die hart erkämpfte Vorgabe des Art. 17 Menschenrechtserklärung 1789, „nécessité publique, légalement constatée“, nicht „durch Gesetz“, also durch die Legislative, sondern vielmehr „nach den durch Gesetz vorgeschriebenen Formalitäten durch einen Verwaltungsbediensteten“, also „aufgrund Gesetz“ und damit durch die Exekutive meinte.<sup>81</sup> Während die einen das Gesetz durch den Gesetzgeber als „une garantie précieuse“ gegen die Verwaltung bewerten, sehen andere diese Vorkehrung als ohne realen Wert.<sup>82</sup> In den folgenden Jahrzehnten wanderte die Kompetenz der Feststellung der „utilité publique“ zwischen Exekutive und Legislative hin und her: Die ersten Gesetze zur Regelung von Enteignung aus Gründen des Gemeinwohls, das Gesetz vom 28 pluviöse des Jahres VIII (loi concernant la division du territoire de la République et l'administration), das Gesetz vom 16. September 1807 (loi relative au dessèchement des marais) sowie das Gesetz vom 8. März 1810 verorten die Kompetenz zur Feststellung der „utilité publique“ beim Staatsoberhaupt.<sup>83</sup> Erst mit dem Gesetz vom 21. April 1832 wird diese Kompetenz für Sonderfälle und mit dem Gesetz vom 7. Juli 1833 generell für die „wichtigen“ Vorhaben während der liberal orientierte Julimonarchie an die Legislative, die Nationalversammlung, übertragen. Mit dem Gesetz vom 3. Mai 1841 wird die „wichtige Bedeutung“ genauer festgelegt und ein Gesetz

ist notwendig für alle Bauvorhaben (Kanäle, Straßen, Eisenbahn) mit mehr als 20 km Länge. Im Second Empire wird durch senatus – consulte du 25 décembre 1852 die Kompetenz wiederum zwar prinzipiell an den Kaiser übertragen<sup>84</sup>, sieht aber eine Beteiligung des Conseil d'État vor und für den Fall, dass die Bauprojekte nur mit Staatsmitteln zu finanzieren waren – was häufig der Fall war – musste auch die Nationalversammlung beteiligt werden. Im Jahr 1870 wird für die Dritte Republik im Prinzip die Rechtslage nach dem Gesetz vom 3. Mai 1841 wiederhergestellt.<sup>85</sup>

Doch die Verankerung der Gemeinwohldeklaration bei der einen oder anderen Gewalt allein sagt nichts aus, ob das Privat- oder Kollektivinteresse überwiegt. Es tritt auf der Ebene des Verwaltungsrechts ein an Komplexität zunehmendes System aus prozedural-institutionellen „checks and balances“ hinzu. Die auch auf dieser Ebene in rascher Zeitfolge vorgenommenen, zahlreichen Reformen des französischen Enteignungs(verwaltungs)rechts im 19. Jahrhundert spiegeln wider, dass es keine leichte Aufgabe ist, ein Gleichgewicht zwischen dem teuer erkämpften Individualrecht auf Eigentum und Staatsinteressen zu finden<sup>86</sup>: Bis 1810 dominiert die Verwaltung das gesamte Enteignungsverfahren, das bis dahin keine gesetzliche Ausgestaltung erfährt;<sup>87</sup> die gerechte Entschädigung bleibt eine abstrakte Idee, bis Napoleon mit dem Gesetz vom 8. März 1810 das Monopol der Verwaltung über die Enteignung aufgrund von Beschwerden der Bevölkerung über zu langsame und zu geringe Entschädigungszahlungen aufbricht.<sup>88</sup> Er teilt das Verfahren in eine „administrative“ und eine „gerichtliche“ Phase ein und überträgt den Gerichten die Festsetzung der Entschädigungssumme, auch in der Hoffnung, das Gerichte niedrigere Summen festsetzen würden als Experten.<sup>89</sup> Nunmehr schlägt das Pendel zu Gunsten des Individualinteresses aus: Die Stärke, die die Gerichte dem Eigentumsschutz ab 1810 verleihen, führt zu massiven Kostenüberschreitungen und Bauverzögerungen, gerade während der Kanalbauära ab 1820.<sup>90</sup> Einige Kostenüberschreitungen sind möglicherweise darauf zurückzuführen, dass Projektkosten bewusst zu niedrig kalkuliert werden, um die Politik vom Projekt nicht ab-

nést pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité.”

<sup>79</sup> Die Verfassungen von 1795, 1814, 1830, 1848 und 1852 wiederholen diese Rechtsgarantie, die Verfassungen von 1799, 1815 und 1875 sahen in ihrem Text keine Gewährleistung des Eigentums vor; vgl. Sieber, *Das Recht der Expropriation*, 2012, S. 47 f.; v. Richthofen, *Privateigentum in Frankreich*, 1970, S. 13; vgl. Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, 1885, Vol. 7, S. 9 ff.

<sup>80</sup> Bürge, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert*, 1991, S. 33.

<sup>81</sup> Unmittelbar nach der französischen Revolution 1789 wurde die Verfassungsvorgabe „légalement constatée“ derart umgesetzt, dass Enteignungen in der Tat durch Gesetz des Gesetzgebers stattfanden, vgl. Delalleau, *Traité de l'expropriation pour cause d'utilité publique*, 1828, S. 197 f., dass dies aber mindestens nach 1810 nicht mehr der Fall ist: „Nous pensons que légalement constaté, veut dire constaté selon les lois, et non en la form des lois.”

<sup>82</sup> vgl. Delalleau, *Traité de l'expropriation pour cause d'utilité publique*, 1828, S. 197 f.

<sup>83</sup> Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, 2. Auflage, 1885, Vol. 7, S. 27 f.

<sup>84</sup> Vgl. Daffry de La Monnoye, *Les Lois de l'expropriation pour cause d'utilité publique expliquées par la jurisprudence*, 1859, S. 27.

<sup>85</sup> Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, 2. Auflage, 1885, Vol. 7, S. 27 ff.

<sup>86</sup> Ausführlich zur Entwicklung des französischen Enteignungsrechts Lachèe, *L'Expropriation pour cause d'utilité publique en France aux XIXe siècle, Origines et développements d'un modale juridique*, in: Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des Institutions (Hrsg.), *L'Expropriation*, 2000, S. 79–104, S. 87; Josse, *Les Travaux Publics et L'Expropriation*, 1958, S. 264; Sieber, *Das Recht der Expropriation*, Mit Besonderer Berücksichtigung der Schweizerischen Rechte, 2012, S. 48; v. Richthofen, *Privateigentum in Frankreich*, 1970, S. 51.

<sup>87</sup> Goma Mackoundi, *L'expropriation pour cause d'utilité publique de 1833 à 1935*, 2010, S. 36.

<sup>88</sup> Lachèe, a.a.O., 1996, S. 114.

<sup>89</sup> Bürge, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert*, 1991, S. 336.

<sup>90</sup> Harouel, *Histoire de l'expropriation*, 2000, S. 80; Geiger, *Planning the French Canals: Bureaucracy, Politics, and Enterprise under the Restoration*, 1995, 237 – 239.

zuschrecken.<sup>91</sup> Doch vor allem sind es die Kosten der Enteignung, die dem Infrastrukturbau zu schaffen machen: Denn Napoleon irrt sich: Die mit der Festsetzung der Entschädigung beauftragten Richter entstammen gerade dem Kreis der Besitzenden, für den sie nun urteilen sollen und entsprechend großzügig bemessen sie.<sup>92</sup> Wichtige Kanalbauprojekte können und werden von wenigen Landbesitzern oder Spekulanten durch langwierige Prozesse oder übertriebene Vorstellungen zu Entschädigungssummen weit über dem angemessenen Wert des Grundstücks behindert bzw. herausgezögert.<sup>93</sup> Von Seiten der Verwaltung wie der Konzessionäre des Eisenbahnbaus werden Reformgesetze gefordert.<sup>94</sup> Die richtungsweisenden Gesetze von 1833 und 1841<sup>95</sup> kommen diesen Forderungen nach<sup>96</sup> und bauen die „Gewaltenteilung“ des Verfahrens weiter aus: Seit dem Gesetz von 1833 kann man das Verwaltungsverfahren zur Enteignung in vier Verfahrensphasen geteilt werden: (1) in die Feststellung der „utilité publique“ des Projektes, (2) die Feststellung der zu enteignenden Grundstücke, (3) die Vornahme der Enteignung durch Gericht bzw. der konsensuale Eigentumsübergang sowie (4) die Feststellung der angemessenen Entschädigungssumme.<sup>97</sup> Die Verfahrensaufteilung geht mit einer Segmentierung der Entscheidung einher: Der Gesetzgeber zieht mit dem Gesetz

1833 die Kompetenz der Feststellung der *utilité publique* für bedeutsame Vorhaben an sich, der vor Ort befindliche Präfekt stellt fest, welche Grundstücke enteignet werden müssen, ein Richter verkündet die (zwangsweise) Enteignung der Grundstücke, aber der Schutz des Eigentümerinteresse wird „objektiviert“, indem die Entschädigungssumme durch eine Jury aus nicht selbst betroffenen Grundeigentümern festgesetzt werden soll nach gesetzlich vorgegebenen Maßstäben.<sup>98</sup>

Wer auch immer laut den Rechtsvorgaben die „*utilité publique*“ feststellen darf, die Ingenieure des Corps sind maßgeblich in die Vorbereitung dieser Feststellung eingebunden.<sup>99</sup> Mit Art. 8 des Gesetzes vom 8. März 1810, fortgeführt durch die Gesetze vom 7. Juli 1833 und 3. Mai 1841<sup>100</sup> war eingeführt worden, dass der gesetzlichen Feststellung der „*utilité publique*“ ein administratives Vorverfahren voranzugehen hatte: Zunächst hatte der für das Projekt zuständige Ingenieur das Ziel des Unternehmens zu beschreiben sowie einen Projektabriss (*avant-projet*) über die Linienführung, geplante Ausführung des Projektes, eine Schätzung der Ausgaben wie der voraussichtlichen Vorteile zu verfassen.<sup>101</sup> Weiterhin hatte der Ingenieur einen Plan anzufertigen, der alle von der potentiellen Enteignung betroffenen Grundstücke in der jeweiligen Kommune mit namentlicher Nennung der betroffenen Grundstückseigentümer auszuweisen hatte.<sup>102</sup> Dieser Plan war in der jeweiligen Kommune auszuliegen; Stellungnahmen zum Projekt konnten abgegeben werden. Nach Ablauf der Auslagefrist fand eine Anhörung der betroffenen Eigentümer sowie Würdigung der eingegangenen Stellungnahmen durch eine in jedem vom Bauprojekt betroffenen commune zu bildende Kommission unter Vorsitz des Sous-Präfekten des Arrondissements, vier Mitgliedern des Rates des arrondissement bzw. départements, dem Bürgermeister der betroffenen Kommune und sowie dem das Projekt durchführende Ingenieur statt. Auch war in jedem betroffenen département eine beratende Kommission aus vom Präfekten vorzuschlagenden ansässigen Kaufleuten,

<sup>91</sup> So die Vermutung Fournels, *Examen de quelques questions des Travaux public*. Paris 1837, S. 18–21; Dunham, *How the First French Railways were Planned*, *The Journal of Economic History* 1, 1941, S. 12 (19) hingegen stellt die These auf, dass die Ingenieure der Ponts et Chaussées zwar technisch hochwertige Planungen erstellten, aber wirtschaftliche Aspekte vernachlässigten.

<sup>92</sup> Bürge, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert*, 1991, S. 336.

<sup>93</sup> Goma Mackoundi, *L'expropriation pour cause d'utilité publique de 1833 à 1935*, 2010, S. 40.

<sup>94</sup> Die Compagnie du Chemin de Fer de Mulhouse-Thann brauchte über zwei Jahre, um die Ländereien für die nur 20 Kilometer lange Strecke zu erwerben. Nicolas Koechlin, der Leiter des Unternehmens, der mit 700 Grundstückseigentümern verhandeln musste, forderte 1839 in einem offenen Brief an den Minister für öffentliche Arbeiten deutliche Nachbesserungen an dem Enteignungsgesetz von 1833 zu Gunsten des zügigen Eisenbahnbaus, vgl. Ehardt, *Personale Netzwerke und Korruptionsdebatten am Beispiel der Eisenbahnbranche in Großbritannien und Frankreich (1830–1870)*, 2015, S. 69; Lacchè, a.a.O., 1996, S. 112 (116 f).

<sup>95</sup> Mit den Gesetzen von 1833 bzw. 1841 hat Frankreich ein regulatives System zum Ausgleich zwischen Individual – und Gemeinwohlinteresse und gefunden, das bis ins 20. Jahrhundert in seinen Grundzügen nahezu unverändert bleiben sollte und europaweit beispielgebend wurde, Josse, *Les Travaux Publics et L'Expropriation*, 1958, S. 264; Auby/Ducos-Ader/Gonthier, *L'expropriation, régime juridique, méthode d'évaluation, formulaire*, 1968, S. 7; Lacchè, *L'expropriation pour cause d'utilité publique en France aux XIXe siècle, Origines et développements d'un modale juridique*, in: *Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des Institutions* (Hrsg.), *L'Expropriation*, 2000, S. 79.

<sup>96</sup> Zu den Motiven und Überlegungen des Gesetzgebers 1830 – 1840 vgl. Demilly, *Analyse, séparément pour chaque article, des exposés des motifs et de la discussion aux chambres en 1833, 1840 et 1841, de la loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique*, 1842, z.B. S. 51 zum Problem der Verfahrensdauer und zu hohen Entschädigungen; vgl. auch Lachè, a.a.O., 1996, S. 115 f.

<sup>97</sup> Lacchè, *Administration et expropriation pour cause d'utilité publique en France (1810 – 1870): problèmes et solutions*, in: Burdeau, *Administration et droit*, 1996, S. 112 (116 f); die gerichtliche Übertragung ist nicht zwingend, sofern der Grundstückseigentümer und der Unternehmer sich auch auf einen konsensualen Eigentumsübergang einigen können, vgl. Goma Mackoundi, *L'expropriation pour cause d'utilité publique de 1833 à 1935*, 2010, S. 143 ff.

<sup>98</sup> Josse, *Les Travaux Publics et L'Expropriation*, 1958, S. 264, f.; Bürge, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert*, 1991, S. 337; d.h. die Frage der Höhe und Art des gesamtgesellschaftlichen Nutzens wird von der Frage nach der Höhe der Entschädigung der Grundeigentümer getrennt und nach jeweils eigenen Maßstäben und von anderen Adressaten entschieden. Insofern werden gerade Nutzen – und Entschädigungsebene – anders als beim Kaldor-Hicks-Prinzip – ent – und nicht gekoppelt.

<sup>99</sup> Vgl. allerdings zur Frage, ob der Ingenieur des Konzessionärs oder der des Corps an der enquête préleable teilnehmen soll, Goma Mackoundi, *L'expropriation pour cause d'utilité publique de 1833 à 1935*, 2010, S. 73 ff.

<sup>100</sup> Vgl. hierzu Titre II des Gesetzes von 1833 wie von 1841; das Verfahren fand genauere Ausgestaltung durch die ordonnance du 18 février 1834 und du 15 février 1835; vgl. de Caudaveine/Théry, *Traité de l'expropriation pour cause d'utilité publique*, 1839, S. 12 ff.; Delalleau, *Traité de l'expropriation pour cause d'utilité publique*, Vol. 1, 1866, S. 28 ff.; Goma Mackoundi, *L'expropriation pour cause d'utilité publique de 1833 à 1935*, 2010, S. 104 ff.

<sup>101</sup> Art. 3 ordonnance du 18 février 1834: „A l'avant-projet sera joint, dans tous les cas, un mémoire descriptif indiquant le but de l'entreprise et les avantages qu'on peut s'en promettre; on y annexera le tarif des droits, dont le produit serait destiné à couvrir les frais des travaux projetés, si ces travaux devaient devenir la matière d'une concession.“

<sup>102</sup> Vgl. Art. 5, 6 des Gesetzes vom 8. März 1810 sowie Titel II des Gesetzes von 7. Juli 1833 sowie des 3. Mai 1841.

Minen-, Wald und Fabrikbesitzern zu bilden, die sich zur „utilité“ des Projektes einbringen durften<sup>103</sup>, ebenso wie die örtlichen Handels – und Handwerkskammern.<sup>104</sup> Die Ergebnisse der Enquête, genannt “de commodo et incommodo” bzw. “les avantages et les inconveniens”<sup>105</sup> wurden dann vom Sous-Präfekten mit allen dazugehörigen Unterlagen an den Präfekten des Departements versandt, die dieser wiederum an die administration supérieure, d.h. den Minister<sup>106</sup>, weiterleitete. Neben die Berechnungen der Ingenieure trat also ein umfangreicher Beteiligungsprozess Betroffener wie interessierter Bürger, der umfassend klären sollte, ob die Vorteile des geplanten Unterfangen die Ausgaben des Staates für das Infrastrukturprojekt wie den Eingriff in das Eigentumsrecht des Bürgers oder sonstige Nachteile für Einzelpersonen „wert“ waren.<sup>107</sup>

Die Rolle des Ingenieurs in diesem Verfahren ist erkennbar zentral und durchaus politischer Natur, er wird als Vertreter des Staates, der das Gemeinwohlinteresse herausarbeiten soll, verstanden.<sup>108</sup> Und das Ausbildungscurriculum der École zeigt, auf welche Weise die Ingenieure sich der politischen Dimension ihrer Rolle in diesem Verfahren bewusst sein sollten. Nach den Vorstellungen der französischen Elitenausbildung sollte die Legitimität staatlichen Handelns ganz im Sinne des in der Bewegung der Aufklärung verwurzelten Rationalismus<sup>109</sup> aus der nachvollziehbaren Rationalität der staatlichen Entscheidung entspringen. Die Quelle für rationale, objektive Entscheidungskriterien glaubte man in der Mathematik zu finden, entsprechend ausgerichtet war die Ausbildung der Corps Ingenieure an der Écoles des Ponts et Chaussées.<sup>110</sup> Die frühe Neuzeit war fasziniert von der Mathematik als Ersatzreligion.<sup>111</sup> Im säkularisierten<sup>112</sup> neuzeitlichen Staat konnte Macht für Legitimität nicht mehr nur auf göttliches Recht verweisen;<sup>113</sup> Politik sollte nicht mehr

willkürlich sein, sondern mathematisch berechenbar; die Rede war von der „mos geometrico“<sup>114</sup> und der „economique politique“<sup>115</sup>. Manche gehen soweit zu sagen, dass der heutige Staat ein Produkt der modernen Mathematik sei.<sup>116</sup> Vor dem noch wachen Eindruck der französischen Revolution finden sich Nachweise des bewussten Zusammenhanges zwischen Entscheidungsakzeptanz der Bevölkerung und objektiv begründeter Entscheidung z.B. in der Begründung des Rates der École Polytechnique zur Einführung eines neuen Kurses an der École Nationale des Ponts et Chaussées mit dem Namen „arithmétique sociale“ im Jahr 1819.<sup>117</sup> In diesem Kurs sollten sich die Ingenieure korrektes und genaues Wissen derjenigen Faktoren aneignen, die sie dazu befähigen würden, staatliche Investitionen in öffentliche Infrastrukturen wie Brücken, Kanäle und Chaussees auf ihre potentiellen Vorteile und Kosten zu bewerten, um so die Investitionen zu regulieren und zu steuern.<sup>118</sup> Der Bezug zum Staatsdienst und den Zeitumständen wird explizit hergestellt: Der Kurs wurde vom Conseil damit begründet, dass „die „tranquilité d`etat“ nur sichergestellt sei, wenn die oberen Klassen in der Lage seien, ihren Reichtum und Macht durch Tugend und Wissen zu rechtfertigen.<sup>119</sup> Bereits hier ist angedeutet, dass nach französischem Elitenverständnis des 18./19. Jahrhunderts der nüchterne Rationalismus durch subjektive Grundüberzeugungen der Staatsbediensteten ergänzt sein muss, nämlich dem Bewusstsein für den Dienst am Gemeinwohl, also letztlich einen gewissen Pflichtethos oder hier sogar „une ame élevée“ erfordert. Insofern verließ man sich in Frankreich nicht ganz allein auf Zahlen, sondern eher auf einen „Staatsdienst“ – und „Zahlenethos“.

### c. Quantifizierung als Mittel der Konsistenz und Unparteilichkeit politischer Entscheidungen

Tatsächlich ist die Sachlage aber nicht nur durch das Spannungsfeld zwischen „Staatsinteresse“ und „Privatinteresse“ geprägt: Vielmehr ist im französischen Enteig-

<sup>103</sup> Art. 4 ordonnance du 18ieme fevrier 1834.

<sup>104</sup> Art. 8 ordonnance du 18ieme fevrier 1834.

<sup>105</sup> Porter, Trust in Numbers, 1995, S. 118.

<sup>106</sup> Laferrrière Cours de droit public et administratif, Tome 1841, S. 462.

<sup>107</sup> Zum Umfang der Aspekte der enquête vgl. Proudhon, Traité du domaine public ou de la distinction des biens, Vol. 1, 1833, S. 223 – 224; Bauny de Récy R. op. cit. p.88; Laferrrière Cours de droit public et administratif, Tome 1841, S. 462: «l'enquête administrative a pour but de provoquer les observations de toutes personnes intéressées, sur l'ensemble des travaux à entreprendre, leur utilité, leur convenance»; Goma Mackoundi, L'expropriation pour cause d'utilité publique de 1833 à 1935, 2010, S. 105 f.

<sup>108</sup> Vgl. Goma Mackoundi, L'expropriation pour cause d'utilité publique de 1833 à 1935, 2010, S. 73 ff.

<sup>109</sup> Vgl. zur Aufklärung und dem Gedanken der utilité: Gusdorf, Les principes de la pensée au siècle des Lumières, 1971, pp. 428-443.

<sup>110</sup> Vgl. hierzu Weiss, The making of technological man, The social origins of french engineering educations, 1982; Porter, a.a.O., S. 116 ff.

<sup>111</sup> Hazard, Die Krise des europäischen Geistes, 1939, S. 52 ff.

<sup>112</sup> Zur Säkularisierung als geistige Voraussetzungen für die Entstehung des modernen Staates vgl. Krüger, Allgemeine Staatslehre, § 7 Säkularisation, S. 33 f.

<sup>113</sup> Vgl. Lord Bolingbroke in „Idea of a patriot king“, 1750, führt aus, es sei sinnlos, unter Berufung auf ein göttliches Recht Gehorsam zu verlangen, da ein solches Recht von Jedermann angezweifelt werden könne. Ein auf vernünftigen, einsichtigen Erwägungen beruhendes Recht hingegen sei keiner Möglichkeit der Anzweiflung ausgesetzt, zitiert nach Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 60 Fn. 28.

<sup>114</sup> Herberger, Mos geometricus, mos mathematicus, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte III (1984) Sp. 698 ff.: Der lateinische Begriff mos geometricus (geometrische Methode) kann ab dem 17. Jahrhundert nachgewiesen werden (vgl. z.B. Spinoza „Ethica, ordine geometrico demonstrata“ (Ethik, nach geometrischer Methode dargelegt), 1677, und bezeichnet die Grundlage des Rationalismus, wonach die Vernunft über die Kompetenz verfügt, für alles in der Welt eine schlüssige und überzeugende Lösung plausibel entwickeln zu können.

<sup>115</sup> Vgl. Say, Traité d'économie politique, ou simple exposition de la manière dont se forment les richesses.

<sup>116</sup> Burckardt, Richelieu – Aufstieg zur Macht, 1940, S. 227; zum Einfluss der Mathematik auf die Staatsräson vgl. Hippolitus a Lapide (Bogislaw Philipp von Chemnitz), Dissertatio de Ratione Status in imperio nostro Romano-Germanico, 1647, S. 4; Hazard, Die Krise des europäischen Geistes, 1939, S. 52 ff.

<sup>117</sup> Porter, Trust in Numbers, 1995, S. 58.

<sup>118</sup> Fourcy, Histoire de L' École Polytechnique, 1837, S. 350, abrufbar online in der Onlineversion von BnF Gallica, <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k64501909/f377.image.r=florence+italie.langFR>, zuletzt abgerufen 14.10.2015).

<sup>119</sup> “Nous vivons dans un temps où l' instruction des classes supérieures peut seule assurer la tranquillité de l' Etat, en faisant obtenir à ceux qui les composent, par une supériorité personnelle de vertus et de lumières, l' influence qu' il faut qu' ils exercent sur les autres pour le repos de tous: heuressé nécessité, si on l' envisage avec une ame élevée, qui constraint de justifier le rang par le mérite, et la richesse par le talent et la vertu.” Fourcy, Histoire de L' École Polytechnique, 1837, S. 351.

nungsrecht mindestens eine Interessentrias aus privaten Wirtschaftsinteressen, staatlichem Interesse an öffentlichen Gütern wie Infrastruktur und den Rechten der Betroffenen in Ausgleich zu bringen. An dieser Gemengelage setzt die zweite Funktion mathematisch-basierter Entscheidungsvorbereitung durch die Ingenieure des Corps an: Der Einsatz von mathematisch basierten Ansätzen zur Bestimmung der „utilité publique“ diente auch der Abwehr der eher illegalen Einflussnahmen Privater bzw. lokaler Interessen auf die Politik wie die Ingenieure selbst, schlicht: Objektive Zahlen sind der Versuch eines Gegenmittels gegen Korruption im politischen System.<sup>120</sup> Der Hintergrund hierfür lag in der besonderen Beteiligung des französischen Staates an der Schaffung der Infrastrukturen Straße, Kanal und Eisenbahn. Während in England Kapital – wie Marktstruktur hinreichend privates Kapital zur Verfügung stellte, bedurfte es in Frankreich mit seiner bautechnisch anspruchsvolleren Topographie, entsprechend teureren Projekten und dünneren Besiedlungs-, Kapital – und Marktstruktur ein wenig mehr:<sup>121</sup> Der französische Staat musste – entgegen der herrschenden Auffassung unter den politischen Eliten vom Laissez-faire-Liberalismus<sup>122</sup> – sich im Laufe des 19. Jahrhunderts immer mehr finanziell wie administrativ in den Infrastrukturschaffung engagieren. Hintergrund waren Spekulations“orgien“<sup>123</sup> und Korruption im Privatsektor wie der Politik, die gerade die Kleinanleger trafen und damit politisch besonders brisant waren.<sup>124</sup> Viele Infrastrukturprojekte – Kanäle wie Eisenbahnen – wurden als Joint-Venture im Wege der Konzession an Private realisiert,<sup>125</sup> da weder der Privatsektor, noch der Zentralstaat oder die Regionen<sup>126</sup> jeweils allein über genügend Gelder für Ausbau der Strecke und Betrieb des Kanals oder der Bahn verfügten.<sup>127</sup> Zurückhaltendes Privatinvestment sollte mit staatlicherseits garantierten Minde-

strenditen gefördert werden.<sup>128</sup> Der finanzielle Anteil, mit dem Staat sich z.B. am Bau der Eisenbahntrasse beteiligte, stand in Abhängigkeit von der von Ingenieuren zu berechnenden Profitabilität der jeweiligen Strecke<sup>129</sup> ebenso wie die Dauer der Konzession, nach der die Bahn in Gänze an den Staat zurückfallen würde.<sup>130</sup>

Ein weiterer Aspekt war die Wirkung neuer Infrastrukturen auf die Regionen: Die an den Straßen, Brücken und Eisenbahnstrecken gelegenen Ortschaften wie privaten Unternehmer würden von den durch neue Straßen, Kanäle oder Eisenbahntrassen verbesserten Transportmöglichkeiten profitieren, die Ortschaften, wo diese Verbesserungen nicht stattfinden, nicht. Das industriell höchst divers entwickelte Frankreich entdeckte lokale Begehrlichkeiten: Gemeinden wollten an die Eisenbahn angeschlossen werden und übten Druck durch ihre Repräsentanten im Parlament aus.<sup>131</sup> Abgeordneten wurde vorgeworfen, ihre Stellung zur persönlichen Bereicherung zu nutzen, indem sie sich ihre Unterstützung für Projekte von Eisenbahnunternehmen durch Verwaltungsratspositionen und Aktienbeteiligungen entlohnen ließen.<sup>132</sup> Mit der Auswahl der Projekte nach deren jeweiliger „utilité“ flossen öffentliche Gelder und positive wirtschaftliche Effekte für die Umsetzung des Bauprojektes in diese oder jene Stadt und Region oder zu diesem oder jenem Konzessionär.<sup>133</sup>

Die Ingenieure des Corps hatten die Aufgabe den Gesetzgebungsprozess für den öffentlichen Infrastrukturbau durch sachverständige Beratung jedenfalls zu einem gewissen Maß der Meinungsbildung durch private Interessen zu entziehen: „Otherwise the Corps, and indeed the state itself, would be reduced to pawns in a game played by private interests.“<sup>134</sup>

Die beiden möglichen Rollen, die Zahlen im politischen Prozess spielen können, werden bereits zu diesem Zeit-

<sup>120</sup> Porter, a.a.O., S. 121.

<sup>121</sup> Geiger, *Planning the French Canals: Bureaucracy, Politics, and Enterprise under the Restoration*, 1995, S.

<sup>122</sup> vgl. Doukas, *The French Railroads and the State*, 1976, S. 20 oder Geiger, a.a.O., S. 6 – 9 zur Ausnahme des Corps des Ponts et Chaussée, der ein staatseigenes Eisenbahnsystem von vorneherein bevorzugte.

<sup>123</sup> Doukas, *The French Railroads and the State*, 1976, S. 20.

<sup>124</sup> Aufgrund einer Wirtschaftskrise 1837 – 1839 kamen mehrere Privatbahnunternehmen in wirtschaftliche Schwierigkeiten und konnten den Weiterbau geplanter Linien nicht mehr garantieren; daraufhin engagierte sich der Staat, um den für das Gemeinwohl förderlich bewertete Eisenbahnstreckenausbau voranzutreiben mit Subventionen, Zinsgarantien oder Krediten, um den Weiterbau des mittlerweile als für das Gemeinwohl förderlich befundene Eisenbahnnetz voranzutreiben, Klenner, *Eisenbahn und Politik 1758 – 1914*, 2002, S. 24; vgl. auch Ehardt, a.a.O., S. 114 f.; Doukas, *The French Railroad and the State*, 1976, S. 20 ff., 25 ff.

<sup>125</sup> Art. 2 Abs. 2, Art. 5 und 6 1842 des *Loi relative à l'établissement des grandes lignes de chemin de fer* regelt die Konzession sowie die Kostenteilung zwischen Staat und Privatinvestoren.

<sup>126</sup> Die im Gesetz von 1842 vorgesehene Pflicht der Regionen 2/3 der Kosten für die Entscheidung der Grundstücksenteignungen zu tragen, wurde mangels Finanzkraft der Regionen mit Gesetz 1865 wieder abgeschafft, vgl. Klenner, *Eisenbahn und Politik 1758-1914 Vom Verhältnis der europäischen Staaten zu ihren Eisenbahnen*, 2002, S. 24 Fn. 36; vgl. *stattdessen loi du 17 juli 1865 relative aux chemins de fer d'intérêt local*.

<sup>127</sup> Obgleich der Staat die Kosten für den Bau der Trasse voll übernahm: vgl. *Article 3 Loi relative à l'établissement des grandes lignes de chemin de fer*.

<sup>128</sup> Während des französischen Boom im Kanalbau von 1821 – 1851 garantierte der französische Staat die Sicherheit des privaten Investment plus eine gewisse Rendite, Porter, *Trust in Numbers*, S. 120; für die Bahn Paris-Orléans garantierte der Staat eine vierprozentigen Zins über 40 Jahre, Klenner, *Eisenbahn und Politik 1758 – 1914*, 2002, S. 24; vgl. Doukas, *The French Railroads and the State*, 1976, S. 18, zur hohen Sparneigung bzw. Sicherheitsorientierung des französischen Durchschnittsbürger in Frankreich im 19. Jahrhundert.

<sup>129</sup> Vgl. Klenner, *Eisenbahn und Politik 1758 – 1914*, 2002, S. 25.

<sup>130</sup> Aufgabe der Ingenieure war es u.a. die Amortisationsdauer des Privatkapitals möglichst realistisch auszurechnen, um die Konzessionsdauer entsprechend zu regeln, vgl. Klenner, *Eisenbahn und Politik 1758 – 1914*, 2002, S. 25.

<sup>131</sup> Ehardt, *Personale Netzwerke und Korruptionsdebatten am Beispiel der Eisenbahnbranche in Großbritannien und Frankreich (1830–1870)*, 2015, S. 69.

<sup>132</sup> Zum Vorgehen potentieller Konzessionsnehmer von Eisenbahnen, die sich politische Unterstützung sichern wollten vgl. Ehardt, *Personale Netzwerke und Korruptionsdebatten am Beispiel der Eisenbahnbranche in Großbritannien und Frankreich (1830–1870)*, 2015, S. 72.

<sup>133</sup> Nach dem Gesetz von 1842 zum Ausbau eines Eisenbahnsystems in Staatsbesitz unter Verpachtung an Private zum Vertrieb wurden andere Bahnbauprojekte, die ausschließlich von Privaten eingereicht wurden (z.B. Marseille-Bordeaux), in den frühen 1840igern zurückgestellt, um das Privatkapital auf den Ausbau der Staatsbahnlinien zu konzentrieren, Klenner, *Eisenbahn und Politik 1758 – 1914*, 2002, S. 24.

<sup>134</sup> Porter, *Trust in Numbers*, 1995, S. 116.

punkt sehr klar verbalisiert. In der Linie, die eine weitgehende Determination der Politik durch Wissenschaft anstrebt, steht Dupuit<sup>135</sup>, wenn er seinen Artikel mit dem rechtlichen Ausgangspunkt und einer Kritik seiner bisherigen Ausfüllung wie folgt beginnt: „Legislators have prescribed the formalities necessary for certain works to be declared of public utility; political economy has not yet defined in any precise manner the conditions which these works must fulfill in order to be really useful. The ideas which have been put about on this subject appear to us to be vague, incomplete, and often inaccurate.“<sup>136</sup> Dupuit möchte den Gesetzesbegriff der *utilité publique* mit den exakten Methoden der Wirtschaftswissenschaft und Mathematik auffüllen, so dass das Recht die Inhalte die mit Hilfe der politischen Ökonomie bloß anerkennen muss: „The law ought merely to confirm the facts demonstrated by political economy.“<sup>137</sup>

Ein anderer Ingenieur des Corps, André Mondot de Lagorce, sieht die Möglichkeiten der Wissenschaft in Bezug auf die politische Entscheidung moderater, aber wohl mindestens ebenso im Geiste seiner Ausbildung, wenn er konstatiert, dass nicht alle relevanten Aspekte einer politischen Entscheidung in Zahlen ausgedrückt werden konnte.<sup>138</sup> Er sah aber die Vorzüge mathematischer Formeln in ihrer disziplinierenden Wirkung im Sinne von Entscheidungskonsistenz wie der Abwehr von Korruption: „Must we then renounce economic calculation? No, because this would abandon the legislature to inopportune solicitations. It is much better to adopt a synthetic formula even if it is not mathematically perfect so that there will at least be some coherence to budgetary expenditures.“<sup>139</sup>

Eindrückliches Beispiel für den Einsatz mathematischer Methoden zum Schutze nationaler Interessen vor lokalen oder partikulären ist die noch heute bestehende Struktur der Eisenbahntrassen in Frankreich. Bereits 1814 adressiert der Oberingenieur Pierre Michel Moisson-Desroches an Napoleon ein Memorandum über die „Möglichkeit, die Entfernungen zu verringern, indem man das Imperium mit sieben großen Bahngleisen, durchzieht.“<sup>140</sup> Diese Vision wird von den Ingenieuren des Corps wachgehalten und weiterentwickelt, bis schließlich 1838 Baptiste Alexis Victor Legrand seinen Entwurf von sternförmig auf Paris zulaufenden Eisenbahnlinien vorlegte, der zur Grundlage des am 11. Juni 1842 verabschiedete Eisenbahngesetzes „Loi relative à l'établissement des grandes lignes de chemin de fer“ wurde<sup>141</sup>. Artikel 1 dieses Gesetzes gab ein System von Paris

ausgehenden Eisenbahnstrecken vor, die Frankreich mit seinen Nachbarstaaten verbinden sollten.<sup>142</sup> Die Linienführung des Corps sah eine direkte Linienführung zu den Zielorten im Sinne der internationalen Anbindung der Capitale vor. Diese Vision des Corps war jedoch bereits weit im Vorfeld des Gesetzes „gefährdet“ durch die Forderungen von Städten von der linearen Linienführung zu Gunsten einer „mäandernden“ abzuweichen, um lokale Haltestationen vorzusehen. Der Corps sah es aber im öffentlichen Interesse von der linearen Linienführung nicht abzusehen: „It pains us to see that passions of locality work to embitter a discussion that ought to concern only the general interest.“<sup>143</sup> Der Ingenieur Charlemagne Courtois rechtfertigte die kürzest mögliche Linienführung mit dem Argument, dass der Effekt des Bauwerkes zu maximieren sei. Der erwünschte Effekt sei die Menge an transportierten Gütern durch Kosten. Der Ingenieur fasste die Aussage, dass die Kosten des Bauwerkes mit der Länge der Linienführung stiegen, in einer Formel, nach der sich der Effekt mit dem Quadrat bzw. in einer Schrift Courtois 1843 im Kubik der Kosten verringerte. Jede Verlängerung der Linie aufgrund einer Führung durch naheliegende Städte führte so zu einer Abnahme des „Nutzens“.<sup>144</sup> Die Kostendifferenz, die sich durch die Abweichung der Linie ergab, sollte entsprechend dieser Rechnung von der jeweiligen Stadt oder département getragen werden. Courtois ist sich dieser Wirkung eindeutig bewusst und hofft auf ein Ende der lokalen Einflussnahme durch diese Formel.<sup>145</sup>

Inwiefern die Quantifizierungen der Ingenieure tatsächlich dazu beigetragen haben, die politische Entscheidung rationaler zu gestalten, kann hier nicht untersucht werden. Doch in gewissem Maße konnte durch die regulative Ausgestaltung die Behauptung eines Gemeinwohlnutzens immerhin mit Gegenmodellen hinterfragt werden: Die öffentliche Diskussion um den sog. Freycinet-Plan, mit einem Sonderetat von 500 Mio. Franc, zeigt, dass Zahlen zumindest rhetorisch zur Kritik politischer gewünschter Programme verwandt werden können: Verkehrsminister Freycinets Plan war es jedem Franzosen Zugang zum Eisenbahnsystem zu ermöglichen, um den wirtschaftlichen Aufschwung Frankreichs zu unterstützen.<sup>146</sup> Dazu sollten die lokalen Linien ausgebaut werden. Es entspann sich eine kontroverse Debatte, inwiefern sich lokale Linien ökonomisch lohnen würden. Sie wur-

Doukas, *The French Railroads and the State*, 1945.

<sup>135</sup> Vgl. z.B. Dupuit, a.a.O., S. 283: „Not only do the symbols and drawings of mathematics give body and form to abstract ideas [...], but ist formulae take hold of these ideas, modify them, and transform them, and bring to light everything that is true, right and precise in them[...]. They are machines which, at a certain stage, can think for us[...].“

<sup>136</sup> Dupuit, a.a.O., S. 255.

<sup>137</sup> Dupuit, a.a.O. S. 255.

<sup>138</sup> Porter, a.a.O., S. 134.

<sup>139</sup> Zitiert nach Etner, *Histoire du calcul économique en France*, 1987, S. 129.

<sup>140</sup> Vachez, Moisson-Desroches: *le précurseur du chemin de fer Français*, 2014, S. 80.

<sup>141</sup> Caron, *Histoire des Chemins de Fer en France*. Fayard, Paris 1997;

<sup>142</sup> Laut Art. 1 und 2 *Loi relative à l'établissement des grandes lignes de chemin de fer* sah in groben Zügen Eisenbahnlinien vor, die von den Landesgrenzen von Nordosten, Ärmelkanal, Atlantik und Mittelmeer sternförmig auf Paris zulaufen sollten: zur Grenze Belgiens über Lille und Valenciennes; nach England über ein oder mehrere Stellen der Ärmelkanalküste; nach Deutschland über Nancy und Straßburg; zum Mittelmeer über Lyon, Marseille; nach Spanien durch Tours, Poitiers, Angoulême, Bordeaux und Bayonne; zum Atlantik durch Tours und Nantes; zu Landesmitte über Bourges. Hieraus entstanden die fünf Strecken, die den sog. „Stern von Legrand“ bilden: Paris – Lille, Paris – Strasbourg, Paris – Le Havre, Paris – Lyon – Marseille und Paris – Bordeaux – Hendaye.

<sup>143</sup> Zitiert nach Porter, *Trust in Numbers*, 1995, S. 121.

<sup>144</sup> Porter, *Trust in Numbers*, 1995, S. 121.

<sup>145</sup> Vgl. Porter, *Trust in Numbers*, 1995, S. 121.

<sup>146</sup> vgl. Caron, *Histoire des chemins de fer en France*, 1997, S. 476–480.

de im besonderen Maß quantitativ geführt: Freycinet hielt eine Rede vorm Parlament, in der er einen komparativen Vorteil von 24 centimes per Tonne Fracht per Kilometer des Eisenbahn- gegenüber dem Straßentransport darlegte. In Anhörungen des Senates wurde diese Berechnung von Ingenieuren des Corps bestritten und auch von seinem Vorgänger als Verkehrsminister, Albert Christofle, angegriffen. Er mahnte ihn an – und zwar mit dem Konzept Dupuits – die „utilité publique“ eher etwas zurückhaltender zu berechnen und warf ihm vor nicht durch „politische Ökonomie“, sondern Interessen geleitet zu sein.<sup>147</sup> Insofern muss man wohl konstatieren, dass die Quantifizierung des Nutzens von Infrastrukturmaßnahmen zum einen Teil von einem „Ethos“ des ehrlichen Bemühens um eine Berechenbarkeit des finanziellen Investments des Staates getragen war und zu einem anderen Teil politische Rhetorik war.

#### d. Grund der fehlenden Standardisierung der Methodik von Kosten-Nutzen-Vergleichen in Frankreich – Grenzen der Quantifizierung

Es überrascht vor diesem politischen Hintergrund auch nicht, dass es – anders als später zumindest ansatzweise in den USA<sup>148</sup> – trotz theoretisch so anspruchsvoller Überlegungen wie Dupuits nicht zu dem Versuch einer gewissen Standardisierung der Methoden innerhalb der Verwaltung kam.<sup>149</sup> Porter sieht in politischen Verteilungskonflikten eine Hauptantriebskraft für die Standardisierung und Formalisierung ökonomischer Rationalität.<sup>150</sup> Der politische Druck, der in den USA ab 1940 zur verwaltungsinternen Uniformierung der Methoden von Kosten-Nutzen-Vergleichen ausgeübt werden musste, habe letztlich auch auf eine Konkurrenzsituation zwischen Behörden mit sich überschneidenden Zuständigkeitsgebieten beruht. In einer solchen habe sich der Corps nie befunden: Das französische Corps hatte administrativ eine starke institutionelle wie rechtlich abgesicherte, allgemein anerkannte Monopolstellung,<sup>151</sup> die eine Uniformierung verhinderte.

Andere Gründe für eine fehlende Uniformierung mögen fehlende interne Anreize innerhalb einer sehr machtbesessenen Elite sein<sup>152</sup>: Gerade der aktive Austausch der Ingenieure über Publikationen in dem corpsinternen Journal „Annales des Ponts et Chaussées“ erzeugte zudem eher eine Vielfalt als eine Einheit an Mess- und Methodenvorschlägen. Ein weiterer Grund für die ausbleibende Uniformierung auf Ebene der Verwaltung liegt auch

in der Ermessens – und Verhandlungsdimension im Rahmen des die Feststellung der „utilité publique“ vorbereitenden Verwaltungsverfahren. Öffentlicher Nutzen musste teilweise erst durch Verhandlungen herbeigeführt werden: In Frankreich wurden die Anträge für neue Konzessionen in der Regel vom Leiter des Corps des Ponts et Chaussées oder dem Minister für öffentliche Arbeiten im Parlament eingebracht. Interessenten an einer bestimmten Strecke traten direkt mit dem Ministerium in Kontakt, dem das Corps des Ponts et Chaussées unterstellt war, und verhandelten über Modalitäten der Konzessionen.<sup>153</sup> Wenn z.B. durch die enquêtes in den départements alternative, staatlich vorteilhaftere Linieneränderungen vorschlugen, kam es u.a. darauf an, ob es dem Ingenieur gelang, den privaten Konzessionär zu einer Abweichung zu bewegen oder mit der Kommune hinreichende Beiträge zur Projektverwirklichung auszuhandeln, dass das Projekt überhaupt befürwortet werden konnte.<sup>154</sup>

Der maßgebliche Grund für eine fehlende Standardisierung war aber wohl die Grundüberzeugung von der politischen Natur der Entscheidung über die „utilité publique“ und der trotz der Tendenz zum technokratischem Staatsbeamtenverständnis begrenzten Bedeutung von Zahlen in dieser Entscheidung. Zahlen hatten ihren Platz in den Dossiers der Ingenieure wie der politischen Diskussion und durchaus einen wichtigen, aber nicht quantifizierte Erwägungen wie „Sicherheit“, „Zuverlässigkeit“, „Beförderung der administrativen Zentralisierung“, rein strategisch erfasste militärische Nützlichkeit oder auch dass eine Endstation „Napoleonville“ heißen würde, in einer Zeit, in der das Staatsoberhaupt entsprechend hieß, ein Effekt, der kaum quantifizierbar sein dürfte, konnten unangezweifelte ökonomische Vorteile anderer Alternativen überwinden.<sup>155</sup> Die Unterstützung des Corps bedeutete nicht, dass die Bewilligung eines Projektes im Parlament problemlos gewesen wäre. Zwischen 1832 und 1835 befassten sich 14 verschiedene parlamentarische Ausschüsse mit Anträgen für Konzessionen.<sup>156</sup> Die Nationalversammlung behielt sich vor, vom Conseil des Corps befürwortete Projekte abzulehnen, mit dem Argument, dass dies ein bereits vom Staat subventioniertes anderes Projekt durch unerwünschten Wettbewerb gefährden würde, in anderen Fällen spielte solche Konkurrenz politisch keine Rolle. Die „utilité publique“ eines Projektes konnte auch bejaht werden, wenn sie nicht profitabel im streng betriebswirtschaftlichen Sinne war, da die Vorteile den Nutzern und nicht den Betreibern zu Gute kommen würden und ein Privater ohnehin niemals die Unternehmung begonnen hätte.<sup>157</sup>

<sup>147</sup> Porter, a.a.O., S. 129.

<sup>148</sup> Tatsächlich ist der Grad der Standardisierung der Kosten-Nutzen-Analyse in den heutigen USA sicher höher als die Ansatzvielfalt im Frankreich des 19. Jahrhunderts, aber bis heute ist auch in den USA keine völlig uniforme Standardisierung in der Verwaltungspraxis anzutreffen. Trotz der Leitlinien des OIRA (Office of Information and Regulatory Affairs) zu Verwaltungs-Kosten-Nutzen-Analysen variiert die konkrete Methodik von Agentur zu Agentur, schon weil die gesetzlichen Vorgaben oder die Sachmaterie solche Variationen erfordern, vgl. Cecot/Viscusi, Judicial Review of Agency Benefit-Cost Analysis, Vanderbilt University Law School, Working Paper Number 14-31, 2015, S.6 online abrufbar.

<sup>149</sup> Porter, Trust in Numbers, 1995, S. 116 ff.

<sup>150</sup> Porter, a.a.O., S. 119.

<sup>151</sup> Porter, a.a.O., S. 115.

<sup>152</sup> Vgl. Porter, a.a.O., S. 137 – 145.

<sup>153</sup> Ehardt, Personale Netzwerke und Korruptionsdebatten am Beispiel der Eisenbahnbranche in Großbritannien und Frankreich (1830–1870), 2015, S. 67.

<sup>154</sup> Beispiel siehe Porter, a.a.o., S. 126.

<sup>155</sup> Porter, Trust in Numbers, 1995, S. 124.

<sup>156</sup> Ehardt, Personale Netzwerke und Korruptionsdebatten am Beispiel der Eisenbahnbranche in Großbritannien und Frankreich (1830–1870), 2015, S. 67.

<sup>157</sup> Porter, a.a.O., S. 120: „They [the engineers, Erg.d.V.] undertook to show that the state was justified in constructing roads canals and railroads, where a private investor could never be induced to build them.“

Anders als später in der theoretischen Ausformung der Kosten-Nutzen-Analyse durch die Wirtschaftswissenschaften<sup>158</sup> gab es entsprechend keinen gesetzlichen (oder auch nur faktischen) Anspruch einer Totalquantifizierung der „utilité publique“; auch ein quantitativ festgestelltes „Surplus“ von Vorteilen über Nachteile war für die Feststellung der „utilité publique“ nicht erforderlich.<sup>159</sup> Die Auffassung, dass der öffentlichen Nutzen eines Infrastrukturmaßnahme mehr sei als nur die Einnahmen aus dem Betrieb der Straße, Brücke, Kanals oder Eisenbahn sei, war weithin geteilter Konsens unter Ingenieuren wie Politikern.<sup>160</sup> Die „utilité publique“ wurde weder von den Ingenieuren noch der Politik rein quantitativ-ökonomisch oder als bloße Addition der Individualnutzen verstanden, sondern stets als politische Entscheidung mit nichtquantifizierbaren Variablen. Und dies überrascht vor dem Hintergrund des Verständnisses von Demokratie und Staatswille des französischen Nationalstaates nicht: Eine formelle inhaltliche Bindung des Staatsoberhauptes oder der Nationalversammlung an die Dossiers des Ingenieure, die vom Conseil générale befürworteten Projekte oder die Empfehlung des Conseil d'État gab und konnte es aufgrund der auf die Staatslehre von Jean Jaques Rousseau zurückgehenden postrevolutionären Vorstellung vom Gesetz als Ausdruck des „volonté générale“<sup>161</sup> nicht geben.<sup>162</sup> Anders als der am persönlichen Interesse orientierte Einzelwille strebt der vom Staat im Gesetz gebildete Wille zum Gemeinwohl. Dieser ist aber nach Rousseau eben gerade nicht die Summe der Einzelwillen aller („volonté de tous“), sondern ein emergentes Phänomen, das aus der Repräsentativität der gewählten Volksvertreter für die Idee der Souveränität der Nation entsteht.<sup>163</sup> Kurz: Eine durchgängige Quantifizierung oder Algorithmisierung der Entscheidung auf sachverständiger Verwaltungsebene oder politischer Ebene war rechtskulturell nicht denkbar.

Der Lehre vom Gesetz als Ausdruck des Gemeinwillens entsprechend konnte auch von Seiten der Gerichte kein Druck in Richtung einer Uniformierung der Methoden zur Feststellung der „utilité publique“ ausgehen. Als Ausdruck des Gemeinwillens sind Gesetze von der gerichtli-

chen Kontrolle in Frankreich ausgenommen: Der Gemeinwille kann nicht irren, so besitzt auch das ihn verkörpernde Gesetz und notwendigerweise unbedingte Richtigkeit und Gerechtigkeit,<sup>164</sup> eine Kontrolle durch einen Richter als Person mit Einzelwille wäre konzeptwidrig. Zum anderen hatte sich seit den Zeiten des Ancien Regime in der Bevölkerung ein solides Misstrauen gegenüber der Gerichtsbarkeit gehalten, geradezu eine Angst vor dem „gouvernement des juges“<sup>165</sup>, aber auch ein gewisses Misstrauen gegenüber Juristen an sich<sup>166</sup>, wodurch eine starke Stellung der Exekutive im System der Gewaltenteilung begünstigt wurde,<sup>167</sup> aber auch das Gesetz als Ausdruck des Gemeinwillens von einer gerichtlichen Kontrolle ausgenommen war.<sup>168</sup> Da die déclaration d'utilité publique in Frankreich mit zunehmender Durchsetzung des demokratisch-parlamentarischen Elements gegenüber dem konstitutionell-monarchischen für den größten Teil des 19. Jahrhundert und für die wichtigeren Infrastrukturmaßnahmen beim Gesetzgeber lag. Gegen die déclaration d'utilité publique gab es nur in sehr begrenztem Umfang Rechtsschutz, der lediglich auf eine Prüfung der Einhaltung der notwendigen Verfahrensschritte im Verwaltungsverfahren oder auf eine Gnadenpetition hinauslief.<sup>169</sup> Die Frage der utilité publique selbst, ob tatsächlich ein die Individualrechte überwiegender Gemeinwohlnutzen vorlag, wurde im 19. Jahrhundert gerichtlich nicht aufgeworfen.

Diese reduzierte Form der gerichtlichen Kontrolle der déclaration des utilité publique dauerte bis 1971 an: Erst mit der Entscheidung „Ville Nouvelle Est“ (C. E. v. 28. 5. 1971) begnügte sich der Conseil d'État nicht mehr damit, die utilité publique abstrakt, d.h. ohne Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalles und ohne Überprüfung der zugrunde gelegten Kriterien,<sup>170</sup> zu prüfen, sondern ging zu eine Vollkontrolle über (controle maximal). Hintergrund war, dass der Begriff der „utilité publique“ eine zunehmende Ausuferung erfahren hatte<sup>171</sup>, so dass von ihm

<sup>158</sup> Auch in den USA gibt es in der Verwaltungspraxis keinen gesetzliche Vorgabe, die zwingend eine Totalquantifizierung der Entscheidung erfordern würde, vgl. Executive Order 12,866 von Präsident Bill Clinton, die insbesondere nicht monetarisierbare Effekte betont und bestätigt durch die aktuelle Executive Order 13,563 Präsident Obamas: „It must take into account benefits and costs, both quantitative and qualitative.“

<sup>159</sup> Porter, a.a.O., S. 125.

<sup>160</sup> Als Beispiel kann der massive Widerstand gegen das Argument von Félix de Labry im Jahr 1875 dienen, dass der Staat nur in Eisenbahnen investieren sollte, wenn das Investment durch tatsächliche Einnahmen an die Staatskasse sich amortisieren würde, Porter, a.a.O., S. 120, S. 132; Klenner, Eisenbahn und Politik 1758 – 1914, 2002, S. 24.

<sup>161</sup> Vgl. Art. 6 Satz 1 Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen 1789: „La loi est l'expression de la volonté générale“, vgl. ausführlich: Hecker, Europäische Integration als Verfassungsproblem in Frankreich, 1998, S. 29 ff.

<sup>162</sup> Porter, a.a.O., S. 127.

<sup>163</sup> zum Begriff der Nation: Böckenförde, Staat, Nation, Europa – Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie, 1999, S. 41 f.; Tatur, Nationales oder kosmopolitisches Europa, 2009, S. 127 ff.; König, Politische Kultur in den USA und Deutschland, 2010, S. 101 f.

<sup>164</sup> Herbert, Der Enteignungsbegriff und das Enteignungsverfahren in Deutschland und Frankreich, 1998, S. 19 m.w.N.; Hecker, Europäische Integration als Verfassungsproblem in Frankreich, 1998, S. 29.

<sup>165</sup> Woehrling, Die französische Verwaltungsgerichtsbarkeit im Vergleich mit der deutschen, NVwZ 1985, 21 ff, 24.

<sup>166</sup> Napoleons Code Civil, eben Grundlage der Tätigkeit des Corps, war die Idee zugrundegelegt, ein Gesetzeswerk nach Art eines more geometrico zu sein. Einer der Biographen Napoleons überliefert, dass er beim Entwurf des Code Civil die Interpretationsmethoden der Juristen mit Argwohn betrachtete: De les Cases, 1823, Bd. 6, S. 307 ff (Biographieeintrag vom 3.10.1816); S. 308 f: „A peine le code eut paru, qu'il fut suivi presque aussitot, et comme en supplément, de commentaires, d'explications, de développemens, d'interprétations, que sais-je? Et j'avais m'écrier: Eh! Messieurs, nous avons nettoye l'eucrie d'Augias, pour Dieu ne l'encombrons pas de nouveau!“

<sup>167</sup> Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht Bd. I, 1988 109; Riedel VVDStRL 58 (1999) 180 (188).

<sup>168</sup> Brown/Bell, French Administrative Law, 1998, S. 65; v. Richthofen, Staat und Privateigentum in Frankreich, 1970, S. 29.

<sup>169</sup> Batbie, Traité théorique et pratique de droit public et administratif, 1885, Vol. 7, S. 32 ff.

<sup>170</sup> Bürge, Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert, 1991, S. 339.

<sup>171</sup> Vgl. zum Stand der Interpretation im Jahr 1968 Auby/Ducos-Ader/Gonthier, L'expropriation, régime juridique, méthode d'évaluation, formulaire, 1968, S. 23 ff.; Homont, L'expropriation pour cause d'utilité publique, 1975, S. 18 f.

sogar die Förderung einzelner Wirtschaftsunternehmen erfasst war.<sup>172</sup> Begleitend zu dieser Begriffsausweitung war der Conseil d'État immer mehr zu einer konkreteren Betrachtungsweise übergegangen, bis er in besagter Entscheidung befand, dass die Vorteile einer Enteignung nicht in einem krassen Missverhältnis zu ihren Nachteilen stehen dürfen, wenn sie für rechtlich zulässig erklärt werden soll. Erforderlich sei eine konkrete Kosten-Nutzen-Bilanz, in die als Negativposten insbesondere die Belastungen für die öffentlichen Haushalte, die sozialen Kosten und die Eigentumseinbußen Privater eingehen, die durch die Enteignung hervorgerufen werden. Allerdings schadet nur ein krasses Missverhältnis, nicht jedes minimale Überwiegen der Kosten über den Nutzen; zudem stellte die Begründung klar, dass sich der Conseil nicht an die Stelle der Verwaltung setzen und nach der optimalen Lösung suchen würde; vielmehr sollten offensichtlich unvernünftige und willkürliche Entscheidungen ausgeschieden werden; so sollte der Exekutive ein größerer politischer Gestaltungsspielraum gesichert werden.<sup>173</sup> In den wenigen Fällen, in denen der Conseil die déclaration als unrechtmäßig wegen negativer Kosten-Nutzen-Bilanz erklärt hat, war die negative Bilanz stets offensichtlich. Bei dieser im französischen Schrifttum so benannten „*theorie du bilan couts-avantages*“<sup>174</sup> handelt es sich jedoch nicht um eine gerichtliche Kontrolle anhand der Methodik der KNA; aus rechtsvergleichender Perspektive entspricht diese bilanzierende Prüfung dem deutschen Verhältnismäßigkeitsprinzip,<sup>175</sup> das eher eine verbale Ausdrucksweise zugrundelegt.

Auch in den USA achtet die Gerichtsbarkeit seit Aufgabe ihrer absoluten Zurückhaltung gegenüber der administrativen Kosten-Nutzen-Analysen bis in die 1970er<sup>176</sup> den Gestaltungsspielraum der Verwaltungsbehörde aufgrund höheren technischen Sachverständes<sup>177</sup>, prüft aber Verwaltungsentscheidungen auf die Adäquatheit der Methode für den zu beurteilenden Sachverhalt, die ausreichende Tiefe und Reichweite der angestellten Analyse im Lichte des gesetzlichen Auftrages oder konkreter gesetzlicher Vorgaben und die Transparenz der Analyse, d.h. ob fundamentale Annahmen hinreichend offengelegt wurden.<sup>178</sup> Dies weist daraufhin, dass letztlich die Bi-

lanzierung von Vorteilen und Nachteilen in ihrer konkreten Ausgestaltung jede beliebige Form zwischen dem einen Pol eines nahezu ausschließlich verbal formulierten juristischen Konzept der Abwägung im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips und dem anderen Pol einer ausschließlich zahlenbasierten ausschließlich zahlenmäßig ausgedrückten Kosten-Nutzen-Analyse annehmen kann. Inwieweit dabei die Transparenz der Kosten-Nutzen-Analyse auch gerichtlich eingefordert werden kann, kommt hingegen auf die Bestimmtheit gesetzlicher Vorgaben an.

## 2. USA – Ausgangspunkt: Der Flood Control Act 1936

Es ist nahezu Standard, dass englischsprachige, vor allem US-amerikanische Publikationen zur Kosten-Nutzen-Analyse die Geschichte der cost benefit analysis mit dem Flood Control Act von 1936 beginnen lassen.<sup>179</sup> Man kann die Formulierung des § 1 Flood Control Act 1936 als die erste abstrakte Formulierung einer positiven Kosten-Nutzen-Bilanz in einem Gesetz betrachten.<sup>180</sup> § 1 des Flood Control Act von 1936 (FCA 1936) sah vor, “that the Federal Government should improve or participate in the improvement of navigable waters or their tributaries including watersheds thereof, for flood-control purposes if the benefits to whomsoever they may accrue are in excess of the estimated costs, and if the lives and social security of people are otherwise adversely affected.” Diese Formel “if the benefits to whomsoever they may accrue are in excess of the estimated costs” ist Ausgangspunkt aller in den folgenden Jahrzehnten angestellten Überlegungen in den USA zu einer standardisierten Entscheidungsmethodik.

Doch mit dem FCA 1936 begann die Geschichte der cost benefit analysis in den USA nicht, aus rechtshistorischer Sicht ihr erstes Kapitel findet vielmehr seinen Schlussakkord. Das Besondere am FCA 1936 ist nicht die Idee, eine Kosten-Nutzen-Bilanzierung der Projekte vorzunehmen, das wurde bereits vorher getan.<sup>181</sup> Das „Innova-

of Cost-Benefit Analysis under NEPA, Nebraska Law Review, Volume 53 (1974), Iss. 4, S. 540; Morrison, 1998, Judicial Review of Discount Rates Used in Regulatory Cost-Benefit Analysis, Columbia University Academic Commons, <http://dx.doi.org/10.7916/D8FQ9W48>.

<sup>179</sup> Diese Beobachtung macht Dobes, A century of Australian cost benefit analyses: Lessons from the past and the present, Working papers in cost-benefit analysis, WP 2008-01, Office of Best Practice Regulation Department of Finance and Deregulation, 2008, S. 1 zu recht, wenn man die Literatur durchsieht: Pearce/Nash, The Social Appraisal of Projects, A Text in Cost-Benefit-Analysis, 1981, S.1; Chawla, Social Cost Benefit Analysis, 1987, S. 7 nennt beide; Fugitt/Wilcox, Cost-Benefit Analysis for Public Sector Decision makers, 1999, S. 4 u.v.a.

<sup>180</sup> Tatsächlich findet sich die Anweisung einer solchen Gegenüberstellung schon im Rivers and Harbors Appropriation Act of 1921, ch. 252, § 2, 41 Stat. 1010 §547: „Every report submitted to Congress in pursuance of any provision of law for a survey, in addition to other information which the Congress has directed shall be given, shall contain a statement of special or local benefit which will accrue to localities affected by such improvement and a statement of general or national benefits, with recommendations as to what local cooperation should be required, if any, on account of such special or local benefit.“

<sup>181</sup> Porter, Trust in Numbers, S. 154: It has sometimes been supposed that the Corps took up benefit-cost-analysis only in response to the 1936 act. That is clearly wrong”; Hammond datiert den Ge-

<sup>172</sup> Vgl. zu ursprünglichen Zielen der „*utilité publique*“, Delalleau, Delalleau, *Traité de l'expropriation pour cause d'utilité publique*, 1828, S. 65 (zu unumstrittenen Fällen), S. 122 (zu kontroversen Fällen); Grote, Ermessenslehre und Ermessenspraxis in Frankreich, NVwZ 1986, 269, 274 f.

<sup>173</sup> Grote, Ermessenslehre und Ermessenspraxis in Frankreich, NVwZ 1986, 269, 274 f.

<sup>174</sup> Schwarze, Grundlinien und neuere Entwicklungen des Verwaltungsrechtsschutzes in Frankreich und Deutschland, NVwZ 1996, 22 (25).

<sup>175</sup> Fehling, *VerwArch* 2004, 443 (446); vgl. Lerche Landesbericht Frankreich in, Frowein (Hrsg.) *Die Kontrollrechte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung*, 1993, 1 ff, 11; Schwarze, NVwZ 1996, 22 ff. 25.

<sup>176</sup> Buntain, *Judicial Review of Cost-Benefit Analysis under NEPA*, Nebraska Law Review, Vol. 53, Iss. 4, 1974, S. 504.

<sup>177</sup> *Motor Vehicle Mfrs. Ass'n of U.S., Inc. v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co.*, 463 U.S. 29, 43 (1983).

<sup>178</sup> vgl. Cecot/Viscusi, *Judicial Review of Agency Benefit-Cost Analysis*, Vanderbilt University Law School – Law and Economics, Working Paper Number 14-31, 2015, S.6 online abrufbar unter: <http://ssrn.com/abstract=2519139>; siehe auch Buntain, *Judicial Review*

tive“ ist die Vorgabe, dass die mit der Vorbereitung des jeweiligen Bauprojektes betrauten Ingenieure eine Stellungnahme abgeben sollte, die eine Erfassung der Effekte und Kosten des Projektes beinhaltet. Die Sprache vom die Kosten überwiegenden nationalen Nutzen lässt sich bereits seit Beginn des 19. Jahrhunderts nachweisen.<sup>182</sup> Selbst wenn man für den „Beginn“ der Geschichte der Kosten-Nutzen-Analyse nicht auf Frankreich und Dupuit verweisen will, gab es auch in den USA schon weit aus früher als 1936 ein waches Bewusstsein für die grundsätzliche Notwendigkeit eines Überschusses der Vorteile über die Nachteile als Voraussetzung öffentlichen Investments (in große Infrastrukturprojekte) und eine Verwaltungspraxis, die versucht diese Überlegungen in Zahlen zu übersetzen.<sup>183</sup>

Der Report des damaligen US-Finanzministers Albert Gallatin von 1808, zur Prüfung eines föderalen Beitrages für die Errichtung eines nationalen Land – und Wasserstraßeninfrastruktur, erstellt mit Unterstützung durch Benjamin Latrobe, eines in Deutschland und England ausgebildeten Ingenieur,<sup>184</sup> ist ein frühes Beispiel für die Auffassung, dass sich öffentliche Investments durch einen Beitrag zur Erhöhung des „Nationaleinkommen“ rechtfertigen müssen, der sich aus einem Überschuss der Vorteile über Ausgaben ergibt bzw. dass die potentiellen Zinseinnahmen aus dem eingesetzten Kapital übersteigen.<sup>185</sup> Der Report zeigt ein weites Nutzenverständnis: Er inkludiert Nutzeneffekte wie eine verbesserte Angebotsseite, gesteigerte Nachfrage nach bisher nicht oder nicht so transportierten Waren,<sup>186</sup> die Vorteile einer verbesser-

ten Infrastruktur insbesondere für Farmer sowie die staatlichen Einnahmen aus dem Verkauf des im Wert durch den Verkehrsanschluss gestiegenen staatseigenen Bodens. Dem Report lagen u.a. Informationen über die bisherige Beschaffenheit, Ausgaben, Einnahmen existierender Kanäle und Straßen zugrunde,<sup>187</sup> die Gallatin per circular query von Bediensteten des Finanzministeriums, Ingenieuren, den Regierungen der Bundesstaaten, aber auch Privatpersonen wie z.B. Privatunternehmern, die bereits kleinere private Kanäle betrieben etc. angefragt hatte.<sup>188</sup> Auf Grundlage dieser Daten bezifferte Gallatin, die Ausgaben pro Meile und stellte Gesamtausgabenschätzungen an.<sup>189</sup> Zugleich anerkannte er die Vorläufigkeit seiner Quantifizierungsbemühungen und regte einen Survey an, der eine präzisere Beurteilung von Umsetzbarkeit und Ausgaben ermöglichen sollte.<sup>190</sup> Insofern hat der Report ein Quantifizierungsschwergewicht auf der Kostenseite, während die Nutzen eher verbal umschrieben werden.

#### a. USA – Die Anti-Logrolling-Funktion der Kosten-Nutzen-Bilanzierung

Das Besondere am Flood Control Act von 1936 war, dass sich der Congress nunmehr nur bei einem positiven Votum des U.S. Corps of Engineers zum „nationalen“ Nutzen mit einem Projekt beschäftigen durfte, eine Vorkehrung, die also sehr viel später und ohne formelles Teilnahmeverfahren als in Frankreich eingeführt wurde. Tatsächlich ist der Flood Control Act 1936 nur Kodifizierung einer in Quantifizierung von Vorteilen und Nachteilen geübten Verwaltungspraxis, der nur keine ebenso geübte rational-zahlenbasierte Entscheidungspraxis des Gesetzgebers gegenüberstand. Vielmehr waren über Jahrzehnte, im sog. „Golden Age of Pork Barrel“ von 1866 bis 1936<sup>191</sup> öffentliche Gelder in Projekte für den Ausbau von Flüssen und Häfen geflossen, für die die gewählten Repräsentanten aus Gefälligkeit gegenüber anderen Repräsentanten und im Gegenzug für deren Zustimmung für Projekte in ihrem eigenen Wahldistrikt gestimmt hatten (sog. „logrolling“ oder „pork barrel“).<sup>192</sup>

brauch von cost-benefit-analysen auf mindestens seit dem „River and Harbor Act“ von 1902; Hammond, *Convention and Limitation in Benefit-Cost Analysis*,

<sup>182</sup> Law of July 4th, 1836, Sec 2: „And be it further enacted, That all the Reports upon aforesaid surveys shall contain a statement of all such facts within the knowledge of the engineers respectively making the surveys, as are or may be in any way materially connected with the proposed improvements, and also with estimates, in detail, of the sums of money necessary for such improvements [...]“

<sup>183</sup> Vgl. Hines, *Precursors to Benefit-Cost Analysis in Early United States Public Investment Projects*, *Land Economics* Vol. 49, No. 3, 1973, S. 310-317; Kneese, *Whatever happened to benefit-cost analysis*, *Journal of Contemporary Water Research and Education*, Vol. 116 (2000), Iss. 1, S. 58.

<sup>184</sup> Ausführlich z.B.: Formwalt, *Benjamin Henry Latrobe and the revival of the Gallatin Plan of 1808*, abgedruckt in *Pennsylvania History* 48, April 1981, S. 106-12; online abrufbar unter <https://journals.psu.edu/phj/article/viewFile/24239/24008>.

<sup>185</sup> Albert Gallatin, *Report of the Secretary of the Treasury; on the Subject of Public Roads and Canals, 1808*: „The general utility of artificial roads and canals, is at this time so universally admitted, as hardly to require any additional proofs. It is sufficiently evident that, whenever the annual expense of transportation on a certain route in its natural state exceeds the interest on the capital employed in improving the communication and the annual expense of transportation (exclusively of the tolls,) by the improved route; the difference is an annual additional income to the nation. Nor does in that case the general result vary, although the tolls may not have been fixed at a rate sufficient to pay to the undertakers the interest on the capital laid out. They indeed, when that happens, lose; but the community is nevertheless benefited by the undertaking.“

<sup>186</sup> Albert Gallatin, *Report of the Secretary of the Treasury; on the Subject of Public Roads and Canals, 1808*: „The general gain is not confined to the difference between the expenses of the transportation of those articles which had been formerly conveyed by that route, but many which were brought to market by other channels, will then find a new and more advantageous direction; and those which on account of their distance or weight could not be trans-

ported in any manner whatever, will acquire a value, and become a clear addition to the national wealth.“

<sup>187</sup> Albert Gallatin, a.a.O., S. 65: „[...] 12. Expenses per mile and in the whole, and as far as practicable, of every component part of the work in all its details. 13. Rate and gross amount of tolls; annual expenses of repairs and contingencies; annual nett income[...].“

<sup>188</sup> Koepfel, *Bond of Union: Building the Erie Canal and the American Empire*, 2010, S. 41.

<sup>189</sup> Inwiefern diese Zahlen korrekt sind oder pseudowissenschaftlich, kann hier nicht geklärt werden; die Bezifferung möglicher Kosten und Vorteile sog. „internal improvements“ auf Basis zu erwartender Gebühreneinnahmen für Benutzung von Straßen und Kanälen begleitet dieses Projekt seit erster Theatisierung durch die Gründerväter, vgl. Larson, *Internal Improvements*, S. 29.

<sup>190</sup> Albert Gallatin, a.a.O., S. 62: “[...] an immediate authority might also be given to take the surveys [...] by which the practicability and expense of the undertakings would be ascertained with much more correctness than in this report.“

<sup>191</sup> siehe Pross, *A History of River and Harbour Appropriation Bills, 1938*, S. 42 ff.

<sup>192</sup> Vgl. dazu Johnson, *River and Harbor Bills*, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 2 (May, 1892), S. 50 (51); Ransdell, *The High Cost of the Pork Barrel*, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 64, (Mar., 1916), S. 43 ff.

Dieser Korruptionszusammenhang ist ein maßgeblicher Aspekt des historischen Kontextes, in den diese Formel gesetzt werden muss. Oder wie Porter es ausdrückt: „The Flood Control Act was one of the heroic efforts of the United States Congress to control its own bad habits“.<sup>193</sup> Über Jahrzehnte war dieses System starker öffentlicher Kritik als „shameless robbery of public funds“ oder „the grab“ ausgesetzt gewesen.<sup>194</sup> Hintergrund war, dass seit nahezu hundert Jahren der eigentliche politische Konflikt – der um faire Verteilung von Geldern in einem Föderalstaat – nicht offiziell, sondern eben inoffiziell durch einen Art Votum-Markt („logrolling“) gelöst wurde. Zahlen konnten hier Korruption nicht verhindern, da ihnen der rechtliche Rahmen fehlte, in dem sie wahrgenommen werden mussten.

Konkret ist dieser heroische „Aufstand“ wohl auf ein Gesetz aus dem Vorjahr 1935 zur Umsetzung des „308 Reports“ zurückzuführen, der in besonders drastischer Weise das „logrolling“-System aktivierte: Im Januar 1927 hatte der U.S. Congress mit einem Rivers and Harbors Act<sup>195</sup> das U.S. Army Corps of Engineers beauftragt eine bundesweite Untersuchung zur Umsetzbarkeit eines Plans zur Nutzbarmachung von Wasserkraft in Verbindung mit den Interessen der Schifffahrt, Bewässerung und des Hochwasserschutzes zu unternehmen. Das vorgelegte Dokument „House Document 308, 69th Congress, 1st Session“ wurde bekannt als „308 Program“ und sollte das erste nationale „multipurpose water resources planning program“ der Vereinigten Staaten werden. Der Corps empfahl nur eine Handvoll Projekte für föderale Unterstützung und überließ die meisten Projekte den Staaten oder Privaten. Das Flood Control Committee des U.S. House of Representatives<sup>196</sup> legte 1935 ein Gesetz zur Umsetzung des Reports vor und hatte diejenigen mit der besten Kosten-Nutzen-Ratio ausgesucht. Das Gesetz passierte das House und gelangte in den Senate, wo es mit Einzelanträgen von Senatoren (floor amendments) für Projekte, die der Corps nicht für föderale Gelder empfohlen oder sich nie angesehen hatte, derart beladen wurde, dass der bill insgesamt am empörten Widerstand anderer Senatoren scheiterte.<sup>197</sup> Möglicherweise war es das Finanzvolumen, das aufgrund wiederholter schwerer Überflutungen in den Jahren 1917, 1928 und 1927 für „flood control“ anwuchs, das die Forderung nach mehr Verantwortlichkeit im Umgang mit Staatsgeldern bei „public works“ immer weiter stärkte<sup>198</sup> oder der konkrete politische Kontext der Weltwirtschaftskrise und des „New Deal“<sup>199</sup> oder der im New Deal nachwirkende Ein-

fluss der ihren Höhepunkt überschrittenen „technocracy“-Bewegung, die für eine Herrschaft durch Experten plädierte und eventuell auch das Klima in Washington einfärbte<sup>200</sup>, jedenfalls konnte sich 1936 eine Koalition aus Mitgliedern von House und Senate beider Parteien bilden, die mit dem Flood Control Act 1936 die Vorkehrung verankerten, dass Congress sich nur mit Projekten beschäftigen durfte, die vom U.S. – Corps of Engineers für überwiegend nutzbringend befunden waren. Die Voraussetzung einer positiven Kosten-Nutzen-Bilanz diente dabei die Debatten zu (offensichtlich) dubiosen Projekten zu reduzieren und „floor amendments“ für Einzelprojekte zu blockieren.<sup>201</sup> Tatsächlich versuchte diese Vorkehrung, eine Entscheidungspraxis des Congresses zu beenden, die nahezu hundert Jahre andauernde hatte und ihren Ursprung – ähnlich wie in Frankreich – in einer verfassungsrechtlichen Debatte hatte.

#### b. USA – Der politisch-rechtliche Kontext: Verteilungskonflikte in einem nach seiner Identität suchenden Föderalstaat

Der tradierte rechtliche Anknüpfungspunkt des Flood Control Acts 1936 für die Entwicklung der Kosten-Nutzen-Analyse als Verwaltungsinstrument in den USA führt als Schlusspunkt mitten hinein in eine der zentralen Streitfragen der Verfassungsgeschichte der USA im 19. Jahrhundert: In den Streit um die „richtige“ Lesart der US – amerikanischen Verfassung in Bezug auf Aufteilung der Finanz – und Aufgabenverantwortung zwischen Union und Föderalstaaten. Die Lösung dieses Konfliktes führte über ein Jahrhundert in ein System, dass dieses Verteilungsproblem zunächst gerade nicht durch transparente Quantifizierung löste, sondern durch ein legislatives Gefälligkeitssystem („logrolling“).

Ebenso wie in Frankreich ist die Antikorruptionswirkung von Kosten-Nutzen-Analyse und die (hier föderalistisch gestellte) Verteilungsfrage der rechtshistorische Kontext an, in den die berühmte Formel des Flood Control Act 1936 gestellt werden muss. In den USA zeigt sich, was passiert, wenn zahlenbasierte Rationalität nicht institutionell, verfahrensrechtlich und pflichtenethisch abgesichert ist.

Hintergrund des Gallatin Reports von 1808 ist die die im Disput stehende Aufgaben – und Finanzlastverteilung zwischen Bundesebene und Einzelstaaten: Solange alle Staaten der USA Teil an der Atlantikküste hatten, erschien es nur fair, dass sie finanziell wie organisatorisch allein für die Wasserwege in ihrem Staat zuständig waren. Doch mit zunehmender Anzahl an Inlandstaaten ohne eigene Küstenlinie und zunehmendem Handel

<sup>193</sup> Porter, Trust in Numbers, S. 155.

<sup>194</sup> Pross, A History of River and Harbour Appropriation Bills, 1938, S. 67 ff.

<sup>195</sup> Section 1, Rivers and Harbors Act of Jan. 21, 1927 (PL 70 – 560).

<sup>196</sup> Zu den unterschiedlichen Committees, die sich mit Hochwasserschutz oder „public works“ beschäftigten siehe Guide to Federal Records in the National Archives of the United States, 1789-1988, online abrufbar unter <http://www.archives.gov/legislative/guide/house/chapter-17-flood-control.html>.

<sup>197</sup> Porter, Trust in Numbers, S. 155.

<sup>198</sup> Porter, Trust in Numbers, S. 154.

<sup>199</sup> Der Flood Control Act war Teil einer ganzen Serie an Wirtschafts – und Sozialgesetzen, die in den Jahren 1933 bis 1938 unter US-Präsident Franklin Delano Roosevelt als Antwort auf die Weltwirt-

tschaftskrise und einige desaströse Hochwasser durchgesetzt wurden. Es fällt speziell in den sog. „relief“-Zweig des New Deal, der durch die Bereitstellung öffentlicher Gelder für sog. „public works“ versucht, die Massenarbeitslosigkeit zu bekämpfen, vgl. Leuchtenburg, Building New Deal Liberalism, The Political Economy of Public Works, 1933–1956, 2005, S. 70, 133–34.

<sup>200</sup> Aikin, Technocracy and the American Dream: The Technocracy Movement 1900-1941, 1977, S. 110 zum Verhältnis zwischen technocracy movement und New Deal; Adair, The Technocrats 1919-1967: A Case Study of Conflict and Change in a Social Movement, 1967.

<sup>201</sup> Porter, Trust in Numbers, S. 155.

wurden die Forderungen nach Bau und Verbesserung der Verkehrswege ins Inland lauter.<sup>202</sup> Unter dem Eindruck der Jahr für Jahr vehementer vorgebrachten Forderungen aus der Bevölkerung beschloss der Senat am 2. März 1807 den damaligen Finanzminister Albert Gallatin, ein gebürtiger Schweizer und Bewunderer des staatsbasierten Infrastruktursystems Frankreichs, zu beauftragen, einen Plan zur Unterstützung des Kanal- und Wegebbaus durch den Kongress zu erarbeiten. Dieser Plan lag ein Jahr später vor und sah die Errichtung eines umfassenden Verkehrsnetzes bestehend aus Kanälen wie Straßen entlang der Atlantikküste wie Verbindungskanäle zu den Flüssen des mittleren Westens und den Großen Seen vor.<sup>203</sup>

Die im Report skizzierten Projekte wurden jedoch nicht umgesetzt, denn rechtlich fehlte der Föderalebene dazu die Kompetenz und auch das Geld: In den zwei Jahrzehnten nach Gründung der USA traten sich zwei politische Richtungen mit ihrer Auslegung der Verfassung zum Verhältnis der Einzelstaaten und der Bundesebenen gegenüber, das zugleich auch ein Bekenntnis zu einem bestimmten Verhältnis zwischen Staat und Privatsektor war: In enger Auslegung der Verfassung (strict constructionism)<sup>204</sup>, genauer von Art. 1 Section 8, also auf Basis der sog. „enumerated powers“ vertraten Jefferson und die Democratic-Republicans, maßgeblich beeinflusst durch Agrarinteressen aus dem Süden, dass der Föderalebene ausschließlich die ihr explizit übertragenen Aufgaben zukämen und alle übrigen Befugnisse bei den Einzelstaaten blieben; sie bevorzugten z.T. einen laissez-faire-Ansatz, der einen weitestgehende Zurückhaltung des Staates im Bereich der Wirtschaft vorsah.<sup>205</sup> Sie hielten eine starke Zentralmacht für eine Gefahr für die Freiheitsrechte und konnten so Ängste und Motivationslagen aus der Revolution gegen eine „tyranny of the few“ für sich aktivieren.<sup>206</sup> Gemäßigte Republikaner wie Jefferson hätten es für ausreichend betrachtet, die Kompetenz durch eine Verfassungsänderung zu verankern, radikale Jeffersonians hingegen hielten die Idee prinzipi-

ell für unmoralisch. Maßgeblich Hamilton und die sog. „federalists“ plädierten hingegen für einen interventionistische Zentralebene, die mit föderalen Geldern die für die nationale Einheit und für den Wirtschaftsaufschwung von Industrie, Handwerk und Handel notwendige Infrastruktur schaffen sollte. Sie appellierten an den „Frontier“-Geist und plädierten für ein evolutionäres Verfassungsverständnis, das mit der Entwicklung des Landes Schritt halten müsse: Auf Basis einer „implied power“ für das Gemeinwohl („general welfare clause“)<sup>207</sup>, der „necessary and proper clause“<sup>208</sup> bzw. der „commerce clause“, also die Zuständigkeit der Föderalebene den Handel zwischen den Staaten zu regulieren, sah Hamilton genügend Elastizität, um der Regierung die Wahl der Mittel zur Erfüllung der ihr durch die Verfassung aufgetragenen Pflichten zuzusprechen.<sup>209</sup>

Dass Jefferson und weitere Präsidenten die Vorschläge des Congress für „internal improvements“ immer wieder mit einem Veto belegten, hatte aber nicht allein mit den verfassungsrechtlichen Bedenken zu tun, die hierfür als „moral high ground“ kommuniziert wurden, um die populäre Forderung abschlagen zu können. Hintergrund der Vetos war bis 1835 vielmehr das noch populärere politische Ziel des vollständigen Schuldenabbaus.<sup>210</sup> Gerade der damalige Präsident Jefferson hatte höchst moderne Auffassungen von der nur begrenzten Zulässigkeit einer staatlichen Schuldenaufnahme zu Lasten zukünftiger Generationen.<sup>211</sup> Insofern ist die Zurückhaltung bei internal improvements bis 1835 nicht unbedingt eine Geschichte des politischen Versagens der Mehrheit eine favorisierte policy zu implementieren,<sup>212</sup> sondern die der Präferenz von Konsolidierung vor deficit spending.

Der verfassungsrechtliche Konflikt dauerte offiziell mindestens bis 1824 an,<sup>213</sup> als der U.S. Supreme Court im „landmark case“ *Gibbons v. Ogden*, in der Tat die „com-

<sup>202</sup> Lalor, Stichwort: INTERNAL IMPROVEMENTS, Rn. II.196.4 in: *Cyclopaedia of Political Science, Political Economy, and the Political History of the United States*.

<sup>203</sup> Der Plan wurde abgelehnt, aber die in Gallatin's report vorgeschlagenen Projekte würden über kurz oder lang verwirklicht werden, Goodrich, *The Gallatin Plan after One Hundred and Fifty Years*, *Proceedings of the American Philosophical Society*, 1958, S. 436 ff.

<sup>204</sup> Sogenannter „strict constructionism“, us-amerikanischer Begriff aus der Rechtsphilosophie und Auslegungslehre, der für eine strikte Wortlautauslegung plädiert, vgl. zur Prägung des Begriffes in den Anfangsjahren der Vereinigten Staaten ausführlich Zavadnyik, *The Age of Strict Construction: A History of the Growth of Federal Power, 1789-1861*, 2007, S. 195.

<sup>205</sup> Shallat, *Water and Bureaucracy: Origins of the Federal Responsibility for Water Resources, 1787-1838*, S. 10.

<sup>206</sup> Vgl. Toquevilles Beobachtung, in: Nolla (ed.) *Historical-Critical Edition of De la démocratie en Amérique*, Vol. 2, 2010, S. 617: „The Americans are clearly preoccupied by a great fear. They notice that among most peoples of the world the exercise of the rights of sovereignty tend to become concentrated in a few hands, and they are afraid of the idea that it will end up by being so among them. The statesmen themselves experience these terrors, or at least pretend to experience them; for in America centralization is not popular, and you cannot more skillfully court the majority than by rising against the alleged encroachments of the central power.“

<sup>207</sup> Vgl. U.S. Const. art. 1, § 8: „The Congress shall have power to lay and collect taxes, duties, imposts and excises, to pay the debts and provide for the common defense and general welfare of the United States“.

<sup>208</sup> Vgl. U.S. Const. art. 1, § 8: „To make all laws which shall be necessary and proper for carrying into execution the foregoing powers, and all other powers vested by this Constitution in the government of the United States, or in any department or officer thereof.“

<sup>209</sup> Shallat, *Water and Bureaucracy: Origins of the Federal Responsibility for Water Resources, 1787-1838*, S. 10.

<sup>210</sup> Im Jahr 1835 hatte die USA tatsächlich den vollen Schuldenabbau erreicht, vgl. ausführlich Lane, *Nation Wholly Free: The Elimination of the National Debt in the Age of Jackson*, 2014, Abschnitt 8; Larson, *Internal Improvements*, S. 163 f.

<sup>211</sup> Vgl. Jefferson's 1813 Brief an John Wayles Eppes: „What is to hinder them from creating a perpetual debt? The laws of nature, I answer. The earth belongs to the living, not to the dead. The will and the power of man expire with his life, by nature's law. [...] Each generation has the usufruct of the earth during the period of its continuance. When it ceases to exist, the usufruct passes on to the succeeding generation, free and unincumbered, and so on, successively, from one generation to another forever. We may consider each generation as a distinct nation, with a right, by the will of its majority, to bind themselves, but none to bind the succeeding generation, more than the inhabitants of another country.“

<sup>212</sup> Minicucci, *Internal Improvements and the Union, 1790-1860*, *Studies in American Political Development*, Vol. 18, Issue 02, 2004, S. 160.

<sup>213</sup> Tatsächlich würde die Kompetenz der Föderalebene auch in den nächsten Jahrzehnten immer wieder bestritten werden oder Versuche unternommen werden, diese zu beschneiden, vgl. Pross,

merce clause“ heranzog und die Förderalkompetenz Handel und Schifffahrt zwischen den Staaten zu regulieren, bestätigte und damit zumindest finanzielle Förderung von Verbesserungen an national bedeutsamen Schifffahrtswegen zwischen mindestens zwei Staaten den Weg bereitete. Der Congress hatte auf dieses Urteil nur gewartet und erließ im April 1824 den General Survey Act, der dem Präsidenten die Befugnis gab, Untersuchungen des U.S. Army Corps of Engineers in Auftrag zu geben für Straßen und Kanäle “of national importance, in commercial or military point of view, or necessary for the transportation of public mail”. Ein weiteres Gesetz, einen Monat später erlassen, sah die Verwendung von \$75,000 für die Verbesserung der Schifffahrt des Ohio und Mississippi vor. Es war der erste „River and Harbour Act“, dem nun nahezu jährlich ein „River and Harbour Appropriation Act“ folgen sollte. Die Türen zu den Geldkoffern des Staates war aufgestoßen, das „pork barrel“ – Banquet, der „scramble for appropriations“ durch „logrolling“ hatte begonnen.<sup>214</sup> Dabei gab es in der „goldenen Zeit“ des „pork barrel“ von 1866 – 1883 durchaus auch gute Gründe, für ein Staatsinvestment in Infrastrukturen, weshalb der politische Widerstand der Opposition vermutlich ebenfalls schwach ausfiel.<sup>215</sup> Wenn es in Frankreich der Begriff „utilité publique“ war, so entbrannte die politische Debatte des folgenden Jahrhunderts am Begriff der „national importance“. Während Schifffahrtsverbesserungen am Ohio oder Mississippi, die zusammen durch insgesamt 12 Staaten fließen, ohne weiteres als „national bedeutsam“ befunden werden konnten<sup>216</sup>, gab es doch viele Repräsentanten des Congress, die in den nächsten Jahrzehnten der Versuchung nicht widerstehen konnten, kleinste, rein lokale Projekte als „national bedeutsam“ darzustellen, selbst wenn Projekte eindeutig nur in einem Staat verwirklicht wurden und damit von der „commerce clause“ nicht erfasst waren.<sup>217</sup>

#### b. USA – Die Rolle des U.S. Army Corps of Engineers

Die Rolle der U.S. Army Corps of Engineers unterschied sich inhaltlich nur wenig, aber prozedural erheblich von den Ingenieuren des französischen Corps: Anders als in Frankreich lag die Vorbereitung der Entscheidung über „national importance“ nicht hinreichend prozedural abgesichert bei den sachverständigen Ingenieuren. Der U.S. Army Corps<sup>218</sup> war zwar nach dem Vorbild der Ingenieure des Corps des Ponts et Chaussées gegründet wor-

den mit West Point als mit Hilfe französischer Ingenieure und französischer Fachliteratur ausgestatteter Ausbildungsstätte<sup>219</sup> nach dem Vorbild des Ecole Polytechnique und Ecoles des Ponts et Chaussées.<sup>220</sup> Ähnlich wie in Frankreich wurde 1824 ein internes Gremium für die Projektevaluation im Corps gegründet, das Board of Engineers of Internal Improvements, dem u.a. Simon Bernard, Ingenieur ausgebildet an der l'École polytechnique und ehemaliger General Napoleons, angehörte. Anders als die im System fest verankerten und anerkannten Staatsingenieure in Frankreich blieben aber die army engineers aufgrund des ebenfalls aus Frankreich importierten Elitismus des Corps und des hohen mathematischen Standards ihrer Ausbildung ein Fremdkörper im potentiell und partiell antiintellektuellen Amerika des 19. Jahrhunderts.<sup>221</sup> Die partielle Rezeption des französischen Modells der Ingenieure des Corps des Ponts et Chaussées ist damit ein gutes Beispiel für die „Hybridisierung“ von Rechtsstrukturen durch Übernahme in eine andere Rechtskultur, die trotz Ähnlichkeiten mit jungen postrevolutionären Demokratien mit Menschenrechtsverbürgungen eben nicht völlig identisch ist.<sup>222</sup> Die USA sollten erst Ende des 19. Jahrhunderts mit der „civil service reform“ ein eigenes Verständnis vom Wert eines sachverständigen Staatsbeamtentum entwickeln<sup>223</sup>; zuerst musste die demokratische „rule of majority“ ihren Glanz verlieren, das parteipolitische Rekrutierungsprinzip politischer Staatsbediensteter nach dem „spoils system“ abgeschafft werden<sup>224</sup> und das politische System in der Wissenschaft sich auf die Suche nach einer verlorenen gegangenen<sup>225</sup> Moralität („scientific morality“)<sup>226</sup> machen, in der die Hoffnung lag, Minderheiten – und Individualrechte auch gegen die Mehrheit schützen zu können.<sup>227</sup> Erst danach, zu Beginn des 20. Jahrhunderts entsteht ein politisches Klima und eine neue Rechtskultur, in der innere „checks and balances“ zur Gewährleistung sachverständiger Präevaluation der Projektauswahl installiert

a.a.O., S. 20 (Auffassung Jacksons), S. 25 (Veto Präsident Tyler), S. 29 (Veto Präsident Polk).

<sup>214</sup> Larson, Internal Improvements, 2010, S. 161; bereits 1832 war der Begriff „logrolling“ für gegenseitige Gefälligkeitsvoten bekannt, vgl. Pross, A History of River and Harbour Appropriation Bills, 1938, S. 21, 354

<sup>215</sup> Pross, A History of River and Harbour Appropriation Bills, 1938, S. 44.

<sup>216</sup> Pross, A History of River and Harbour Appropriation Bills, 1938, S. 19.

<sup>217</sup> Pross, A History of River and Harbour Appropriation Bills, 1938, S. 55; vgl. z.B. Cong. Record, 47 Cong., 1. Sess., p. 4954.

<sup>218</sup> vgl. dazu ausführlich Shallat, Structures in the Stream: Water, Science, and the Rise of the U.S. Army; Hope, A Scientific Way of War: Antebellum Military Science, West Point, and the Origins of American Military Thought, 2015.

<sup>219</sup> Shallat, Structures in the Stream: Water, Science, and the Rise of the U.S. Army, S. 3.

<sup>220</sup> Seit Revolutionszeiten hatten die USA Frankreich und seinen Corps als Vorbild eines „scientific builders“ – eines Offiziers mit Ingenieurausbildung empfunden vgl. Ballard, History of the U.S. Army Corps, 1998, S.8, geupdate Version online abrufbar unter <http://www.usace.army.mil/About/History/BriefHistoryoftheCorps.aspx>; siehe auch Porter, S. 148 f.

<sup>221</sup> Porter, Trust in Numbers, 1995, S. 148; vgl. ausführlich Hofstadter, Anti-intellectualism in American life, 1968.

<sup>222</sup> Vgl. zu diesem Modell, das bisherige Kategorien des Rechtsvergleichs in Frage stellt, Wiener, The Diffusion of Regulatory Oversight, S. 128 ff., in: Livermore/Revesz, The Globalization of Cost-Benefit Analysis in Environmental Policy, 2013.

<sup>223</sup> Van Riper, The American Administrative State: Wilson and the Founders, S. 3 ff. in: Chandler (Hrsg.), A Centennial history of the American administrative state, 1987.

<sup>224</sup> Hoogenboom, Outlawing the Spoils: A history of the civil service reform movement, 1865-1883, 1961; Friedrich, The Rise and Decline of the Spoils Tradition, Annals of the American Academy of Political and Social Science Vol. 189, 1937, S. 10-16.

<sup>225</sup> Pollock, The Cost of the Patronage System, Annals of the American Academy of Political and Social Science, Vol. 189, 1937, S. 29 (30).

<sup>226</sup> Morrow, The Pluralist Legacy in American Public Administration, S. 161 (169 f.) in: Chandler (Hrsg.), A Centennial history of the American administrative state, 1987.

<sup>227</sup> Nelson, The Roots of American Bureaucracy, 1830-1900, 1982, S. 15 ff., 83 ff.

werden, auch bereits vor 1936. So schafft der U.S. Congress z.B. bereits 1902 als „anti-logrolling“-Maßnahme ein Board of Engineers for Rivers and Harbors zu Evaluation von Projekten innerhalb des Corps of Engineers, der auch an den Congress direkt berichtet und nicht nur den Präsidenten; es etablieren sich zumindest innerhalb des Corps interne Evaluationsschwellen,<sup>228</sup> die allerdings den Congress noch nicht binden. Doch zu Beginn des 19. Jahrhunderts ist die Position der U.S. Army Corps of Engineers weder verfahrensrechtlich noch institutionell oder rechtskulturell hinreichend abgesichert, sich gegen die Flut an Projektwünschen und Lokalinteressen zu stellen, die den Congress in den nächsten Jahrzehnten in einen Markt des Stimmentausches bei der Projektauswahl verwandeln würde.

Versuche der Bändigung des Votenmarktes gab es durchaus schon vorher, auch warnende Stimmen: In der Hoffnung durch bessere Daten die Projekte auf Basis ihrer Vorteile und Ausgaben zu diskutieren, war bereits mit Gesetz vom 4. Juli 1836 verankert worden, dass eine Sammlung aller mit dem Projekt verbundenen Fakten inklusive einer Kostenschätzung erstellt und dem Congress zugleitet werden sollte.<sup>229</sup> Präsident Tyler warnte z.B. explizit bereits in seiner 4th Annual Message 1844, keine Gelder an Projekte zu vergeben, die nicht vorher durch einen Survey untersucht seien: „Without this precaution, the expenditures are but too apt to inure to the individuals, without references to the only consideration which can render them constitutional – the public interest and the general good.“<sup>230</sup> Doch die Hoffnung auf mehr Vorsicht sollte zunächst enttäuscht werden: Zum einen war es üblich die Projekte in einem Omnibus-„River and Harbour Appropriations Bill“ zusammenzufassen, so dass das einzelne Projekt kaum en detail diskutiert wurde, anders als in Frankreich (und auch einigen Einzelstaaten der USA)<sup>231</sup>, in dem jedes Projekt ein einzelnes Gesetz erforderte, das z.T. äußerst detailliert diskutiert wurde, u.a. auch deshalb weil ein Gutteil der Parlamentarier der französischen Nationalversammlung selbst Teil Staatsdiener, Corpsmitglieder, z.T. Ingenieure waren.<sup>232</sup> In den USA wurden jedoch die Surveys der In-

genieure nicht abgewartet, man fand andere Grundlagen Projektanträge zu stellen.<sup>233</sup> wenn die Surveys vorlagen, wurden sie kaum gelesen, nur wenige representatives schienen willens zu sein, die Vor- und Nachteile auf ihrer Basis zu erörtern.<sup>234</sup> Andere representatives erklärten offen, den Surveys und Kostenstatements der Ingenieure als Teil der Exekutive zu misstrauen,<sup>235</sup> in einer durch Parteipolitik besetzten Administration ein oberflächlich plausibles Argument. Der Vorwurf an den Corps selbst Teil des „logrolling“-Systems wurde zunehmend zu einem gängigen politischen Argument, dem andere das übermäßige Lob des Corps entgegenstellten.<sup>236</sup> Tatsächlich gibt es Anzeichen dafür, dass das Corps lokalen Interessen selbst nachgab, indem es Kosten z.B. signifikant unterschätzte.<sup>237</sup> – Präsident Polk stellte entsprechend in Frage, ob der Congress überhaupt zu einer Projektauswahl imstande sei und lehnte das gesamte System der föderalen Finanzzuweisungen für „internal improvements“ ab, da die Folge „hopeless indebtedness, political abuses and speculation“ sei.<sup>238</sup> Es wurden zwar Stimmen laut, die ein ideales Prozedere skizzierten, wie das House die Resultate der Ingenieure für die Appropriation nutzen sollte statt von Lokalinteressen bestimmt zu sein.<sup>239</sup> Eben dieselben Stimmen nutzen dann aber sog. „congressional engineering“ und riefen private Ingenieure zu Hilfe, wenn ihnen die Ergebnisse der Surveys des U.S. Army Corps nicht passten.<sup>240</sup> Im Gegenteil: Der Ruf nach Surveys und Zahlen der Ingenieure wurde politisch genutzt, um Infrastrukturprojekte des politischen Gegners zu blockieren.<sup>241</sup>

### c. Fehlen politischer Leitentscheidungen im Kernkonflikt zur Verteilung und zwei kollidierende Demokratie – und Staatsverständnisse

Der General Survey Act und der U.S. Army Corps hätten dazu verwendet werden können, ein nationales kohärentes Infrastruktursystem zu planen und zu verwirklichen.<sup>242</sup> Resultat des politisch-verfassungsrechtlich-finanziellen Konfliktlage war, dass dem politischen System der Föderalebene gelang, zwar generell „internal improvements“ gutzuheißen, die explizite Entscheidung für oder gegen einen interventionistischen Staat aber weit-

<sup>228</sup> Arnold, The evolution of the 1936 Flood Control Act, 19, S. 12; zu den „splendid safeguards“ für River and Harbour appropriation bills Ransdell, The High Cost of the Pork Barrel, Annals of the American Academy of Political and Social Science, Vol. 64 (1916), S. 43 (46 f.).

<sup>229</sup> Pross, A History of River and Harbour Appropriation Bills, 1938, S. 23; Law of July 4th, 1836, Sec 2: “And be it further enacted, That the reports upon all the Reports upon aforesaid surveys shall contain a statement of all such facts within the knowledge of the engineers respectively making the surveys, as are or may be in any way materially connected with the proposed improvements, and also with estimates, in detail, of the sums of money necessary for such improvements [...]”.

<sup>230</sup> Vgl. Tyler, 4th Annual Message, S. 105 (115), in: Whitney, American Presidents: Farewell Messages to the Nation, 1796-2001, 2003.

<sup>231</sup> In Einzelstaaten gab es Vorgaben der Legislative nur über ein Projekt auf einmal abzustimmen, um „logrolling“ zu verhindern, vgl. Goodrich, The Revulsion Against Internal Improvements, The Journal of Economic History, Vol. 10, No. 2 (Nov., 1950), S. 145 (146).

<sup>232</sup> Ehardt, Personale Netzwerke und Korruptionsdebatten am Beispiel der Eisenbahnbranche in Großbritannien und Frankreich (1830–1870), 2015, S. 67 ff.: Rund 45 Prozent der Abgeordneten in den 1830er Jahren waren Staatsbedienstete und ihre Zahl stieg in

den 1840er Jahren sogar noch an. Die sogenannten Députés Fonctionnaires stimmten meist im Sinne ihrer Minister und sicherten der Regierung stabile Mehrheiten.

<sup>233</sup> Larson, Internal Improvements S. 162; Pross, A History of River and Harbour Appropriation Bills, 1938, S. 12.

<sup>234</sup> Pross, a.a.O., S. 60.

<sup>235</sup> Larson, a.a.O., S. 173

<sup>236</sup> Shallat, Structures in the Stream, 2010 S. 6; corps-kritisch, z.B. Hayes, Conservation and the Gospel of Efficiency, 1999; lobend: Ransdell, The High Cost of the Pork Barrel, Annals of the American Academy of Political and Social Science, Vol. 64, (Mar., 1916), S. 43 (47): “best and ablest men of our republic”.

<sup>237</sup> Shallat, Structures in the Stream, 2010, S. 5: Drastisches Beispiel ist der River and Harbour Act von 1887, der 10 Millionen für ca. 400 Projekte vorsah, die wohl auf tatsächlich 200 Millionen geschätzt werden müssen, so dass der Congress in den Folgejahren gezwungen war Folgezahlungen zu beschließen.

<sup>238</sup> Pross, a.a.O., S. 30.

<sup>239</sup> Larson, a.a.O., S. 170.

<sup>240</sup> Larson, a.a.O., S. 170.

<sup>241</sup> Larson, a.a.O., S. 165.

<sup>242</sup> So auch Larson, a.a.O., S. 165.

gehend zu vermeiden. Die Durchführung der „internal improvements“ wurde maßgeblich den Einzelstaaten zu überlassen, deren Unternehmen aufgrund von Wirtschaftskrisen 1819 und 1837 zur massiven Verschuldung der Einzelstaaten beitrugen. Viele Einzelstaaten sahen deshalb ab den 1940igern verfassungsrechtliche Regelungen vor, die es ihnen sogar verboten sich finanziell in „internal improvements“ zu engagieren, dafür Schulden aufzunehmen oder private Unternehmer zu unterstützen.<sup>243</sup> Hierdurch entstand der Eindruck von Staatsversagen, der zu der Annahme der Überlegenheit privatbetriebener Unternehmen gegenüber staatlichen Unternehmungen führte. Dieses politische Axiom sollte dazu beitragen, dass nicht der Konsens der Regierten zum Grundpfeiler US-amerikanischen Republikanismus wurde, sondern die Freiheit und das Eigentumsrecht des Einzelnen.<sup>244</sup>

Auch die weitere zentrale politische Frage nach der Verteilungsgerechtigkeit umschiffte das politische System, und da sie nicht offiziell entschieden wurde, wurde sie inoffiziell entschieden. Im Herzen des Kampfes um „internal improvements“ ging es um eine Gerechtigkeitsfrage, genauer um eine Verteilungsfrage: Steuergelder der Bundesebene sollten fürs das Gemeinwohl der Gesamtheit der Bevölkerung eingesetzt werden, da durch die Finanzierung aus der Staatskasse alle die Kosten trügen und nicht lediglich lokal verortete Interessen von ihrem Einsatz profitieren.<sup>245</sup> Ohne offiziellen Verteilungsschlüssel bestand aber nach dem General Survey Act von 1824 die permanente und sich realisierende Gefahr, dass das vorhandene Geld zu dünn über zu viele Projekte in zu vielen Staaten verteilt wurden,<sup>246</sup> so dass im Ergebnis viele Projekte unvollendet blieben, d.h. letztlich Verschwendung eintrat.

Der Grund: Tatsächlich standen sich hier zwei unterschiedliche Verständnisse von Staat und Demokratie gegenüber. Dass Verteilungsdebatten bei Infrastrukturmaßnahmen durchaus auch als berechtigtes Anliegen betrachtet werden konnten, zeigt bereits Gallatins Vorschlag, eine offizielle Art von „Kompensationszahlung“ vorzunehmen: Von den 20 Millionen Dollar sollten 16,6 auf die aus nationalem Interesse erforderlichen Projekte entfallen, aber „justice, and perhaps policy not less than justice“ erforderte, dass weitere 3,4 Millionen Dollar für lokale Projekte eingesetzt werden sollten,<sup>247</sup> in den Staa-

ten, die ein geringeres oder nur indirektes Interesse an den nationalen Projekten hätten – „sufficient to equalize the advantages“ der anderen. Was vor allem fehlte, war aber wohl die Fähigkeit des Congresses vom lokalen Eigennutz zurückzutreten, sich als „broker“ der eigenen Wählerschaft zu sehen und tatsächlich dazu beizutragen, den „volonté générale“ zu formen. Gallatin hatte in seinem Report daraufhin gewiesen, dass nur ein Blick aus nationaler Perspektive zur verantwortlichen Projektauswahl geeignet ist: „The national legislature alone, embracing every local interest, and superior to every local consideration, is competent to the selection of such national objects.“<sup>248</sup> Also nur ein Entscheider, der zugleich die lokalen Interessen aufnimmt und von ihnen sich losmacht, kann wirklich über das nationale Interesse entscheiden. Diese paradoxe Formulierung zeigt die hohe intellektuelle wie moralische Anforderung, die hier an den Entscheider gestellt wird.

Diese Auffassung wurde gestützt durch eine Mehrheit der Kongressmitglieder bis 1936 nicht geteilt: Hier standen sich aber nicht nur ein unterschiedliches Grundverständnis in Bezug auf die Frage gegenüber, wie sich die Demokratie der USA selbst verstand, als eine Nation oder als Konföderation einzelner Staaten. Aus der letzteren Position heraus, konnte man „logrolling“ als legitim betrachten; danach sei doch nichts anderes zu erwarten, als das die Repräsentanten nichts anderes vertreten würde als das Interesse der Bewohner des sie entsendenden Staates.<sup>249</sup> Dem der Revolution noch entstammenden Idealismus<sup>250</sup>, durch den demokratischen Prozess „Gemeinwohl“ herzustellen, stand auch ein völlig anderes rechtskulturell dominantes Verhältnis zu Institutionen, rechtlicher Selbstbindung oder systematischer Planung gegenüber. Wenn Maßnahmen der Regierung oder der Legislative nicht unmittelbaren, messbaren Zwecken dienten, wurden jedes „disziplinierenden“ Rahmenwerk mit der politischen Rhetorik der anhaltende Furcht vor einer Pseudo-Aristokratie des neuen korrupten Geldadels,<sup>251</sup> als republikanisch oder freiheitsberaubend abgelehnt.<sup>252</sup> Stimmen, die einen national übergreifenden Plan im Sinne des General Survey Acts von 1824 forderten, konnten sich schon deshalb nicht durchsetzen.<sup>253</sup>

Damit fehlte aber sowohl das rechtliche wie ideologische Umfeld, in dem Kosten-Nutzen-Analysen ihre Funktion erfüllen können. Ganz im Sinne des Fazits, das Larson zum Einfluss der Ingenieure und ihrer Quantifizierungen im Rahmen der Diskussion zu River and Harvour appropriations zieht: „in an community defined by goodwill and common objectives, engineers might direct the selection of projects; but in a hotly contested political

without any material difficulty be selected so as to do substantial justice, and give general satisfaction.”

<sup>248</sup> Gallatin, Report, S. 62.

<sup>249</sup> vgl. Larson, Internal Improvement: National Public Works and the Promise of Popular Government in the Early United States, 2001 S. 167.

<sup>250</sup> Vgl. auch Larson zu John Quincy Adams, First Annual First Annual Message of December 6, 1825, S. 160 ff.

<sup>251</sup> Larson, a.a.O., S. 150.

<sup>252</sup> Larson, a.a.O., S. 40.

<sup>253</sup> Larson, a.a.O., S. 171.

<sup>243</sup> Goodrich, The Revulsion Against Internal Improvements, The Journal of Economic History, Vol. 10, No. 2 (Nov., 1950), S. 145 (146 f.).

<sup>244</sup> Larson, Internal Improvements, 2010, S. 5.

<sup>245</sup> Arnold, The Evolution of the Flood Control Act 1936, 1988, S. 4.

<sup>246</sup> Larson, a.a.O., S. 165.

<sup>247</sup> Gallatin, Report, S. 52: „As the expense must be defrayed from the general funds of the union, justice, and perhaps policy not less than justice, seem to require that a number of local improvements, sufficient to equalize the advantages, should also be undertaken in those states, parts of states, or districts, which are less immediately interested in those inland communications. Arithmetical precision cannot indeed be obtained in objects of that kind; nor would an apportionment of the monies applied, according to the population of each state, be either just or practicable; since roads, and particularly canals, are often of greater utility to the states which they unite, than to those through which they pass. But a sufficient number of local improvements, consisting either of roads or canals, may

universe, no surveyor's prospectus could match the force of determined local spoilsmen[...].<sup>254</sup> Da ein rechtlich verfasstes Verteilungssystem mit nationalen Zielen für eine als gerecht empfundene faire Verteilung der Infrastruktur Gelder, in dessen Rahmen eine transparente Kosten-Nutzen-Analyse die konkrete Zuteilung hätte fundieren können, nicht gegeben war, war schlicht kein rechtlich-politischer Anknüpfungspunkt vorhanden, der für ihre Wirksamkeit als Transparenzinstrument hätte dienen können.

#### IV. Fazit

Die – hier nur holzschnittartig möglichen – historischen Skizzen zum rechtlich-politischen Umfeld der Entwicklung von Kosten-Nutzen-Analysemethodik in der Verwaltungspraxis zweier Nationalstaaten im 19. Jahrhundert haben zwei unterschiedliche und doch ähnliche Bilder entworfen. In beiden Ländern haben sachverständige Staatsbedienstete in Bezug auf rechtliche relativ unbestimmte Normen (*utilité publique/national importance*) mit Hilfe der Mathematik versucht, Projektevaluationen möglichst rational und quantifiziert zu begründen.

Die historische Skizze zeigt u.a. das gerade die Antikorruption – und Legitimationswirkung transparenter Zahlen im Sinne des Rationalitätsanspruchs aufklärerisch gestimmter Nationalstaaten Hauptgrund für den Einsatz der Methode war, aber auch das die der Methode immanente „Verführung“ zum „Schönrechnen“ erwünschter Ergebnisse ebenfalls schon früh Wirkung entfaltete. Eine immanente Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit der KNA ist also die Integrität, der „Ethos“ der Anwender. Der rechtliche Kontext ist jeweils ein hochpolitischer, wenn nicht der brisanteste Verfassungsdisput des jeweiligen Landes im jeweiligen Jahrhundert. Der politische Kontext sind die Verteilungs- und Korruptionsdebatten bei der Schaffung der notwendigen Infrastruktur für die an Fahrt gewinnende Industrialisierung. Wirtschaftliche Fehlschläge oder Korruption kann die Kosten-Nutzen-Bilanzierungs-Methodik in beiden Ländern nicht verhindern, aber in Bezug auf die Erhöhung der Chance, dass Zahlen Eingang in und Einfluss auf die politische Entscheidung im Sinne einer „Rationalisierung“ des demokratischen Willensbildungsprozesses haben, zeigt sich ein ganz unterschiedliches Bild.

In Frankreich institutionell stark ausgestaltet, mit Torwächterfunktion sachverständiger Staatsdienern und mehrfachen Stufen der Reevaluation der Evaluation durch interne Gremien wie Bevölkerungsbeteiligungsverfahren sowie öffentlicher Debatte im Parlament pro Projekt ist zumindest die Wahrscheinlichkeit einer zahlenbasierten Debatte und die „Entlarvung“ allzu starker „Schönrechnung“ oder zu starker Interessenpolitik erhöht. Aufgrund der rechtskulturellen Überzeugung von der parlamentarischen Ebene als „Letztentscheider“ des Gemeinwohles haben die Zahlen keinen die Entscheidung determinierenden Einfluss, wohl aber finden sie Eingang in die Debatte. Damit ist das französische Beispiel – bei Kenntnis aller realen Schwächen – grund-

sätzlich vom Rechtsstaatsprinzip und Demokratieprinzip her bis heute eine überzeugende Gestaltung des rechtlichen Rahmens für die Anwendung einer KNA durch die funktionsadäquate Abgrenzung von Entscheidungssphären: Der politische Gestaltungsspielraum und das Entscheidungsprimat des Gesetzgebers für finanziell wie rechtsgüterrelevante Entscheidungen ist gesichert. Ein Wandel der Demokratie zu einem zu stark auf quantifizierende Logik abstellenden Technokratie wird verhindert; zugleich wird eine zu stark auf Tagespolitik abstellende Entscheidungspraxis durch einen sich in einer spezialisierten Fachöffentlichkeit bewähren müssenden Methodenansatz zur Rechtfertigung herausgefordert; ein System ganz im Sinne Henri Chardons, des großen Verteidigers der französischen Staatsverwaltung: „In a well-constructed system the vices of the politicians and those of the administrators neutralize each other.“<sup>255</sup>

Das US-amerikanische Beispiel hingegen zeigt, dass sich dies bei ähnlicher Ausgangslage auch gänzlich anders gestalten kann. Die postrevolutionären Vereinigten Staaten apostasieren das demokratische Element und vernachlässigen eine Einhegung durch Rationalität. In den USA werden zwar auch Zahlen produziert, die Wahrscheinlichkeit ihres Einganges in die politische Debatte ist jedoch durch eine institutionell wie (rechts-)kulturell andere Disposition gegenüber einer sachverständig ausgebildeten Exekutive sowie das Vorherrschen eines inoffiziellen Entscheidungssystems stark herabgesetzt. Weder der demokratische Prozess noch der Rationalitätsanspruch können hier ihre Idealform auch nur annähernd erreichen. Hier zeigt sich: Kosten-Nutzen-Analyse kann dann ihre Transparenz – und Antikorruptionsfunktion erfüllen, wenn ein rechtliches Rahmenwerk zahlenbasierten Entscheidungsalgorithmien Stütze gibt, tatsächlich in den politischen Prozess einzufließen.<sup>256</sup> Die Skizze des politischen Konfliktes um „internal improvements“ in den USA führt aber auch vor Augen, dass das freie Aushandeln von kurzfristig denkenden, allein am Eigennutz orientierten Entscheidern de facto nicht zwingend zu wohlfahrtsoptimalen Verteilungen führt. Es ist wohl eher der homo spectator, der aufgrund seiner Fähigkeit zur „empathy“ die Fähigkeit hat, sich von seinem aktuellen, drängenden puren Eigennutz loszumachen, der zum Entscheider geeignet ist, als der (missverstandene) „homo oeconomicus“.<sup>257</sup> Die ethisch-philosophischen Voraussetzungen für das Funktionieren eines politischen Systems sind aber wohl die am schwersten zu schaffenden.

Insofern bleibt nur der realistische Blick auf die Kosten-Nutzen-Analyse, dass sie unter den notwendigen rechtlichen Vorkehrungen kein schlechtes Mittel ist, das

<sup>255</sup> Chardon, *Le Pouvoir administratif* (Paris, 1911), S. 29 zitiert nach Rosanvallon, *Democratic Legitimacy: Impartiality, Reflexivity, Proximity*, 2011, S. 50.

<sup>256</sup> Kornhauser, *On justifying CBA*, *Journal of Legal Studies*, 2000, 1037 (1053): Cost-benefit analysis funktioniert in dem institutionellen Rahmenwerk, in dem Verwaltungstätigkeit auftritt.

<sup>257</sup> Siehe dazu Gröschner, *Homo oeconomicus und Grundgesetz*, in: Engel/Morlok (Hrsg.), *Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung: die Begegnung der deutschen Staatsrechtslehre mit der konstitutionellen politischen Ökonomie*, 1998, S. 32, 34.

<sup>254</sup> Larson, a.a.O., S. 165.

Schlimmste zu vermeiden. Oder in den berühmten Worten Hammonds, in seiner frühen Kritik an der Kosten-Nutzen-Analyse aus dem Jahr 1966: "Everyone knows, of course, that cost-benefit analysis is not the messiah come to save [...] projects from contamination by the rival forces of ignorance and political corruption. [...] Yet cost-

benefit analysis may still be important getting rid of the worst projects. Avoiding the worst where one can't get the best is no small accomplishment."<sup>258</sup>

<sup>258</sup> Wildavsky, *The Political Economy of Efficiency: Cost-Benefit Analysis, Systems Analysis, and Program Budgeting*, *Public Administration Review*, Vol. 26, No. 4 (Dec., 1966), pp. 292-310.

## Wechselwirkung zwischen Wirtschaft und Recht am Beispiel des Konkursrechts der frühneuzeitlichen Stadt St. Gallen

*Dorothee Guggenheimer*

*Die Textilproduktion bildete in der frühneuzeitlichen Stadt St. Gallen das existenzielle Rückgrat einer ganzen Region. Dieses Hauptgewerbe sollte durch möglichst gute Bedingungen gefördert und rechtlich abgesichert werden. Diesem Zweck sollte auch das Konkursrecht Rechnung tragen, welches in St. Gallen die Bedürfnisse der textilproduzierenden Gläubiger lange privilegierte. Der vorliegende Aufsatz skizziert das frühneuzeitliche gemeinrechtliche Konkursverfahren und zeigt auf, wie eng Wirtschaft und Recht verzahnt waren. Es wird deutlich, dass das Konkursrecht wirtschaftliche Neuerungen umgehend adaptierte und dass auch das Strafrecht geprägt war von der aktuellen Wirtschaftslage.*

*The economic history of the city of St. Gallen has always been presented as exceptionally successful. Emphasis has been placed on the success of the international textile export business. Economic failure, on the other hand, has attracted little notice, although it happened regularly. Therefore it's worth to take a closer look on early modern economic failure. This article outlines how the city of St. Gallen tried to protect its economic prowess based on its common law, especially on its bankruptcy law. It is astonishing how close the connection between economy and law was. Law adapted economic change immediately, and not only bankruptcy law, but also criminal law was influenced by the current economic situation.*

Die Stadt St. Gallen – heute international eher einem kleinen Kreis vor allem aufgrund der barocken Klosterbibliothek oder der Universität bekannt – war in der Frühen Neuzeit bis über die Grenzen Europas hinaus ein Begriff. Dies verdankte die verhältnismässig kleine Stadt ihrer Textilproduktion, die weite Teile des Umlands einband und für den Export seit dem Mittelalter Leinenprodukte und später Baumwoll- und Stickereierzeugnisse herstellte.<sup>1</sup>

Aus der Perspektive der textilen Vergangenheit wird St. Gallens Geschichte denn auch über weite Strecken als Erfolgsgeschichte geschrieben. Bei genauerem Hinsehen zeigen sich jedoch in den im Stadtarchiv der Ortsbürgergemeinde St. Gallen überlieferten Gerichtsprotokollen, dass selbst in Jahren mit hohen Absatzzahlen häufig Konkurse überliefert sind. Die Verfasserin des vorliegenden Aufsatzes nahm diesen auf den ersten Blick widersprüchlichen Befund zum Anlass, eine „andere“ Geschichte der Wirtschaftsstadt St. Gallen zu schreiben

und ökonomischen Misserfolg ins Zentrum ihrer Dissertation zu stellen.<sup>2</sup>

In St. Gallen, wo die Textilproduktion das existenzielle Rückgrat nicht nur für die Stadt, sondern für die ganze Ostschweiz und die benachbarten Regionen Deutschlands und Österreichs darstellte, galt es, rechtlich möglichst gute Bedingungen für das Gedeihen der Wirtschaft zu schaffen. Dazu zählte unter anderem die Ausgestaltung des Konkursrechts, das hier eingehender beleuchtet wird.

### I. Das gemeinrechtliche Konkursverfahren in St. Gallen

Das erste St. Galler Konkursgesetz ist undatiert und stammt aus dem 16. Jahrhundert. Überliefert ist es in einer Stadtgerichtsordnung.<sup>3</sup> In diesem Quellenkorpus liegen auch überarbeitete Fassungen von 1628, 1726 und 1781 vor.<sup>4</sup> Daneben findet sich ein Fallimentsgesetz aus dem Jahr 1661, wiedergegeben in einem Stadtsatzungsbuch aus dem Jahr 1673.<sup>5</sup> Anpassungen finden sich weiter in den Mandatenbüchern (1728 und 1749) und in

<sup>2</sup> Guggenheimer, Dorothee. *Kredite, Krisen und Konkurse – Wirtschaftliches Scheitern in der Stadt St. Gallen im 17. und 18. Jahrhundert*. Zürich 2014.

<sup>3</sup> In den Stadtgerichtsordnungen sind Satzungen über die Stadtsanktgaller Gerichtsverfahren überliefert. Auch in Basel finden sich die Fallimentsgesetze in den Gerichtsordnungen, vgl. Heusler, Andreas. *Die Bildung des Concurprocesses nach schweizerischen Rechten*. In: *Schweizerische Zeitschrift für das Recht* 7 (1858), S. 117-230, hier S. 156.

<sup>4</sup> StadtASG, Bde. 554a, 554c, 922, 922b, 922c und 922d.

<sup>5</sup> StadtASG, Bd. 543. Das Gesetz selbst stammt aus dem Jahr 1661; in welches Buch es damals notiert wurde, ist nicht überliefert. Dieses Fallimentsgesetz liegt ediert vor: *Das Stadtbuch von 1673*. Bearb. von Ernst Ziegler (unter Mitwirkung von Ursula Hasler, mit einem Register von Anne-Marie Dubler). (Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen, XIV. Abt.: Die Rechtsquellen des Kantons St. Gallen. Zweiter Teil: Die Stadtrechte von St. Gallen und Rapperswil. Erste Reihe: Die Rechtsquellen der Stadt St. Gallen. Zweiter Band). Aarau 1996 (jeweils abgekürzt als RQSG 2).

<sup>1</sup> Vgl. das Lemma St. Gallen (Gemeinde) von Stefan Sonderegger und Marcel Mayer im Historischen Lexikon der Schweiz: <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D1321.php> (1.6.2015).

zahlreichen Ratsprotokollbänden.<sup>6</sup> In vielerlei Hinsicht war das St. Galler Konkursrecht über die untersuchten zwei Jahrhunderte konstant. So wurden die einzelnen Verfahrensschritte beispielsweise nur wenig verändert. Dennoch zeigen sich auf der Detailebene erstaunlich viele Anpassungen, die – wie weiter unten deutlich werden wird – in enger Wechselwirkung mit wirtschaftlichen und konjunkturellen Veränderungen standen.

### 1. Präparatorisches und Liquidationsverfahren

Über das präparatorische Verfahren ist den St. Galler Quellen nur wenig zu entnehmen. So bleibt beispielsweise unklar, ob bereits im 17. – wie später im 18. Jahrhundert – nur die Klage von Gläubigern ein Konkursverfahren gegen einen Schuldner einleiten konnte oder ob dies auch die Obrigkeit selber, sozusagen von Amtes wegen, tun konnte.<sup>7</sup> Hatte die Obrigkeit einen Hinweis auf Zahlungsunfähigkeit eines Schuldners erhalten, so wurde durch Rat und Amtsbürgermeister eine Delegation beauftragt, ein Inventar des Schuldners herzustellen und zu prüfen, ob der Schuldner wirklich zahlungsunfähig war.<sup>8</sup> Ausserdem wurden erste Sicherungsmassnahmen zugunsten der Gläubiger eingeleitet: Bücher, Schriften, Schlüssel und Effekten wurden in Gewahrsam genommen.<sup>9</sup>

Anschliessend war es Sache des städtischen Rates, als Einleitung des Liquidationsverfahrens die Gläubiger des Schuldners zu informieren. Dies wurde in St. Gallen mittels schriftlichen Aushangs und in der Kirche mündlich kundbar gemacht. Fremde Gläubiger wurden per Briefe benachrichtigt, welche die St. Galler Obrigkeit an die Bürgermeister und Räte fremder Orte schickten. Auch wurden Kaufleuten Informationsschreiben auf ihren Handelsreisen mitgegeben, um diese zu verteilen.<sup>10</sup> An einem festgelegten Datum kamen dann sämtliche Gläubiger in St. Gallen zusammen, wo sie vor dem Schuldgericht – eine Abteilung des Stadtgerichts bzw. die eigentliche Konkursbehörde<sup>11</sup> – an meist mehreren Liquidationsterminen<sup>12</sup> (in St. Gallen Rechtstage ge-

nannt) ihre Forderungen bekannt gaben. Gemäss einem der Pfeiler des frühneuzeitlichen gemeinrechtlichen Konkursrechts, dem Officialprinzip, blieb das Stadtgericht für das ganze Konkursverfahren zuständig. Es hatte die allgemeine Leitung des gesamten Verfahrens inne und war in jedem Verfahrensabschnitt mindestens als Kontrollorgan beteiligt.<sup>13</sup> Strittige Detailfragen gelangten bisweilen vor den Rat, der hierüber ein Urteil fällte; anschliessend wurde das Verfahren vor dem Schuldgericht fortgesetzt.<sup>14</sup>

Ein weiterer Pfeiler war das Universalitätsprinzip. Durch den Einbezug aller zum Vermögen des Schuldners gehörenden Gegenstände sowie durch die umfassende Ermittlung sämtlicher Gläubiger sollten die Interessen der Konkursgläubiger sichergestellt werden. Pfand- und Hypothekengläubiger zum Beispiel konnten keine frühzeitige oder separate Befriedigung aus diesen Rechten erlangen, sondern mussten an der Verteilung des Erlöses teilnehmen.<sup>15</sup>

### 2. Prioritätsverfahren

Waren alle Forderungen bekannt, fand als nächster Schritt das so genannte Prioritätsverfahren statt.<sup>16</sup> Ziel davon war es, die Reihenfolge festzulegen, gemäss derer die verschiedenen Gläubiger in der Befriedigung ihrer Forderungen berücksichtigt werden sollten. Sämtliche Gläubiger mit anerkannten Forderungen wurden dabei nach der Art ihrer Forderung (z.B. absolut privilegierte Forderungen, privilegierte Pfandforderungen, chirographische<sup>17</sup> Forderungen) in verschiedene Ränge (in St. Gallen Grade genannt) eingeteilt.<sup>18</sup>

In St. Gallen war im ersten Rang die Stadt eingeteilt.<sup>19</sup> Im zweiten Rang befanden sich diejenigen Gläubiger, welche Verschreibungen<sup>20</sup> auf liegende Güter besaßen. Da-

standen, an denen die Gläubiger ihre Forderungen anmeldeten, vgl. Meier, Die Geschichte des deutschen Konkursrechts, S. 66.

<sup>13</sup> Vgl. Meier, Die Geschichte des deutschen Konkursrechts, S. 74 f. In St. Gallen traf dies bei Fallimenten zu. Konnte im 18. Jahrhundert hingegen ein Schuldner bereits zu Beginn seiner Insolvenz einen Accord mit seinen Gläubigern vereinbaren, liess sich die Einschaltung des Gerichts vermeiden. In diesem Fall war der Rat die zuständige Instanz.

<sup>14</sup> Vgl. u.a. StadtASG, Bd. 751, S. 111-115 und Bd. 752, S. 45 f. In Zürich wurden strittige Fragen bereits seit den 1660er-Jahren vom Gericht selbst geregelt, in St. Gallen ist eine solche Entwicklung erst Mitte des 18. Jahrhunderts festgehalten. Vgl. Wyss, Friedrich von. Geschichte des Concurprozesses der Stadt und Landschaft Zürich bis zum Erlasse des Stadt- und Landrechtes von 1715. Zürich 1845, S. 55 und 58 sowie StadtASG, Bd. 548, S. 328 (1749).

<sup>15</sup> Meier, Die Geschichte des deutschen Konkursrechts, S. 76 f.

<sup>16</sup> Vgl. hierzu Gassert-Schumacher, Privilegien in der Insolvenz, S. 55 und Meier, Die Geschichte des deutschen Konkursrechts, S. 70.

<sup>17</sup> Darunter werden laufende Forderungen, so genannte Handschulden verstanden, vgl. von Wyss, Geschichte des Concurprozesses, S. 135.

<sup>18</sup> Meier, Die Geschichte des deutschen Konkursrechts, S. 70 f.

<sup>19</sup> StadtASG, Bd. 554a, S. 12. Gemäss Gassert-Schumacher war die absolute Privilegierung der öffentlichen Abgaben weit verbreitet, vgl. Gassert-Schumacher, Privilegien in der Insolvenz, S. 60.

<sup>20</sup> Verschreibung: Gewöhnlich zur Bezeichnung eines Dokuments, in dem jemand einem anderen gegenüber eine Verpflichtung eingeht, sich zu einer Schuld bekennt (Schuldverschreibung), eine Zahlung, eine Abtretung, Vererbung o.ä. zusichert; oder auch eine Bezeichnung eines beurkundeten Rechtsvorgangs, vgl. Grimm, Jacob/Grimm, Wilhelm. Deutsches Wörterbuch. Bd. 25, Sp. 1160, Stuttgart 1956.

<sup>6</sup> StadtASG, Bd. 548, S. 195-197 und ebd., S. S. 325-330.

<sup>7</sup> Generell beruhte die Einleitung eines Konkursverfahrens wohl auf der Tätigkeit der Gläubiger, vgl. Gassert-Schumacher, Heike. Privilegien in der Insolvenz. (Europäische Hochschulschriften. Reihe 2, Rechtswissenschaft 3208). Frankfurt am Main, Berlin, Bern 2002, S. 43. Ein Verfahren konnte aber auch vom Schuldner selbst initiiert werden, vgl. ebd., S. 54. In der das Gemeinrecht behandelnden Literatur wird teilweise auch eine amtliche Einleitung erwogen, ebd.

<sup>8</sup> Vgl. ebd., S. 54.

<sup>9</sup> Ebd. oder Meier, Anke. Die Geschichte des deutschen Konkursrechts, insbesondere die Entstehung der Reichskonkursordnung von 1877. (Rechtshistorische Reihe 268). Frankfurt am Main, Berlin, Bern 2003, S. 64. Für St. Gallen vgl. RQSG 2, S. 156.

<sup>10</sup> StadtASG, Bd. 554c, § 38.

<sup>11</sup> StadtASG, Bd. 752, S.45 f. Moser-Nef meint, die Bezeichnung Schuld- und Gantgericht erstmals in einem Ratsprotokolleintrag aus dem Jahr 1625 gefunden zu haben, doch irrt er an dieser Stelle, die Bezeichnung ist ein Vierteljahrhundert älter. Vgl. Moser-Nef, Carl. Die freie Reichsstadt und Republik St. Gallen. Geschichte ihrer Verfassung und staatsrechtlichen Entwicklung, Bd.1. Zürich, Leipzig 1931, S. 337 mit Verweis auf RP 1625, S. 168. Die Nennung des Schuld- oder Gantgerichts findet sich seit ca. 1600 regelmässig in Gerichtsbüchern, z.B. in Bd. 751 auf S. 27, S. 31, S. 49, S. 111 (stets 1600) oder Bd. 752, S. 29, S. 36, S. 45, S. 92 (alle 1601) u.v.m.

<sup>12</sup> Unter Liquidationsterminen werden Gerichtsverhandlungen ver-

mit gemeint waren die Inhaber von Pfandrechten auf Immobilien ihrer Schuldner.<sup>21</sup> An dritter Stelle privilegiert war so genanntes Vogtskindergeld. Damit war explizit sowohl Geld als auch Gut, das ein Vormund für Waisen oder Witwen verwaltete und das dann in einen Konkurs geriet, gemeint.<sup>22</sup> An vierter Stelle waren Gläubiger auszubehalten, denen so genannter Lidlohn<sup>23</sup> ausstand.<sup>24</sup> An fünfter Stelle berücksichtigt wurden Gläubiger, welchen zinsloses und ohne Sicherheit dargereichtes Bargeld („ohne gnuss und gniess“) ausstand oder welche Güter einem nachmaligen Falliten ohne Sicherheit anvertraut oder für ihn als Bürgen gewirkt hatten. Für Zwilch, Leinwand und anderes Tuch galten hier Sonderregelungen, die weiter unten eingehender behandelt werden. An sechster Stelle folgten Gläubiger, denen Mietzins ausstand.<sup>25</sup> Siebtens folgten Gläubiger, welche dem Falliten Nahrungsmittel gegeben hatten.<sup>26</sup> Achters wurden Gläubiger berücksichtigt, welche laufende<sup>27</sup> oder gemeine<sup>28</sup> Schulden forderten und bereits gerichtlich gegen ihren Schuldner vorgegangen waren und ein Betreibungs-

verfahren eingeleitet und/oder Pfändungsrechte erlangt hatten.<sup>29</sup> Im neunten Rang waren diejenigen Gläubiger mit laufenden oder gemeinen Schulden, welche noch keine rechtlichen Schritte eingeleitet hatten oder welche bereits Massnahmen zum Rechtstrieb ergriffen, jedoch noch keine Pfändungsrechte erhalten hatten.<sup>30</sup>

Bestritten ein oder mehrere Gläubiger die angemeldete Forderung eines Gläubigers, mussten die Beteiligten einen separaten Prioritätsstreit führen, bei dem sich in St. Gallen je nach Beschaffenheit auch der Rat einschaltete.<sup>31</sup> Erst nach Klärung jeder separaten Prioritätsstreitigkeit wurde das eigentliche Verfahren fortgesetzt.<sup>32</sup>

Nicht an allen eidgenössischen Orten wurde schon zu diesem Zeitpunkt über die Prioritätsstreitigkeiten entschieden, z.B. nicht in Basel und Genf.<sup>33</sup> Dort konnten Gläubiger, welche sich benachteiligt fühlten, erst nach Abschluss des Verfahrens und nach der Publikation des Kollokationsplans gegen das Gericht Klage führen. So wurden eine Menge Prozesse vermieden und damit viel Zeit gespart, weil viele Gläubiger, die sich zwar in einen zu hohen bzw. zu wenig privilegierten Rang eingeteilt wähnten, letzten Endes auf eine Klage verzichteten, da sie nach Prozessabschluss sahen, dass z.B. nur Gläubiger bis zum dritten Rang der Prioritätsordnung befriedigt wurden, sie sich aber höchstens eine Privilegierung im fünften Rang erhoffen konnten.<sup>34</sup>

Im Vergleich zum eben geschilderten Ablauf von Basel oder Genf ging in St. Gallen, wo solche strittigen Punkte in einem relativ frühen Zeitpunkt des Verfahrens geklärt wurden, viel Zeit für Fragen verloren, welche letzten Endes gar keine Klärung erfordern hätten.<sup>35</sup>

### 3. Distributionsverfahren

Wenn die Masse zusammengetragen und alle separaten Prozesse beendet waren, konnte die Distribution erfolgen.<sup>36</sup> Dabei sollten die Gläubiger die ihnen zustehenden Anteile an der Konkursmasse erhalten.<sup>37</sup> Über diesen Verfahrensschritt finden sich in den St.Galler Rechtsquellen keine Einträge, und auch nur selten wurden die Ergebnisse im Gerichtsbuch nachgetragen.<sup>38</sup> Die Bezahlung bzw. Verteilung des Guts fand in St. Gallen im Krei-

<sup>21</sup> Vgl. Hofer, Sibylle. „So haben wir zur Beförderung des Credits...“. In: Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte 26 (2004), S. 177-188, hier S. 184. Grundzinsforderungen waren gemäss Gassert-Schumacher in vielen deutschen Stadt- und Landrechten privilegiert, vgl. Gassert-Schumacher, Privilegien in der Insolvenz, S. 50.

<sup>22</sup> StadtASG, Bd. 554a, S. 12. Bei diesem dritten Rang handelt es sich um einen Nachtrag aus dem Jahr 1602. Zuvor war Geld, das ein Vormund für seine Mündel verwaltet hatte, nicht privilegiert gewesen. Die Privilegierung des Vogtskindergelds ist gemäss Heusler eine nachreformatorische Errungenschaft, vgl. Heusler, Die Bildung des Concursprocesses, S. 228; Forster ortet ein Vorbild des kanonischen Rechts, vgl. Forster, Wolfgang. Konkurs als Verfahren. Francisco Salgado de Somoza in der Geschichte des Insolvenzrechts. (Norm und Struktur 32). Köln, Weimar, Wien 2009, S. 142 f.

<sup>23</sup> StadtASG, Bd. 554a, S. 13. Was dies genau bedeutete, wurde zum Schluss von Band 554a in einem Nachtrag beigelegt. Zusammengefasst wird unter Lidlohn folgendes verstanden: Privilegiert behandelt wurde nicht jeder Lohn für Arbeit, die ein Handwerker im Rahmen eines Fallimentsprozesses geltend machte. Bei Handwerkern war die Einteilung zum Grad der Lidlöhne davon abhängig, ob das Material, aus dem der Handwerksauftrag ausgeführt wurde, vom Handwerker selbst stammte oder ob es vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt worden war. Hatte der Handwerker das Material selbst mitgebracht, dann wurde seine ausstehende Schuld bzw. seine unbezahlte Arbeit nicht privilegiert behandelt, sondern als eine normale Schuld gewertet – damit gelangte der Betrag in den höchsten, am wenigsten privilegierten Grad. Stammte das Material vom Auftraggeber, handelte es sich um bevorzugt zu behandelnden Lidlohn. Ebenfalls zu den Lidlöhnern zählten Fuhrleute, Tagelöhner und Apotheker.

<sup>24</sup> StadtASG, Bd. 554a, S. 13. Lidlohn gehörte zu den Forderungen, die in vielen deutschen Land- und Stadtrechten privilegiert waren, vgl. Gassert-Schumacher, Privilegien in der Insolvenz, S. 50.

<sup>25</sup> StadtASG, Bd. 554a, S. 13. Mietzinsforderungen der Vermieter waren in den deutschen Stadt- und Landrechten häufig privilegiert, vgl. ebd.

<sup>26</sup> StadtASG, Bd. 554a, S. 13. Aus der Speisung und Alimentation einer Person hervorgegangene Forderungen waren gemäss Gassert-Schumacher in vielen deutschen Stadt- und Landrechten privilegiert, vgl. ebd.

<sup>27</sup> Unter laufenden Schulden wird das Umlaufvermögen bzw. werden Current-Schulden verstanden, „[...] insgesamt diejenigen, welche nicht verbrieft sind, und von täglichen Ausgaben herrühren,“ vgl. Zedler, Johann Heinrich. Grosses vollständiges Universal-Lexicon aller Wissenschaften und Künste. Halle/Leipzig, 1731-1754, hier Bd. 6, Sp. 1882.

<sup>28</sup> Eine gemeine Schuld meint eine „[...] Schuld, die sich insgesamt auf ein blosses Darlehn und schlechte Schuld-Verschreibung, ohne Bürgen, Pfand und dergleichen beziehet.“ Vgl. Zedlers Universal-Lexicon, Bd. 35, Sp. 1430.

<sup>29</sup> StadtASG, Bd. 554a, S. 13.

<sup>30</sup> Ebd.

<sup>31</sup> Ebd.

<sup>32</sup> Vgl. z.B. StadtASG, Bd. 759, S. 13-16, 80-20, Bd. 765, S. 156 f und S. 161-163.

<sup>33</sup> In Genf wurde während der Liquidation keinerlei Bestreitung gestattet, vgl. Heusler, Die Bildung des Concursprocesses, S. 164.

<sup>34</sup> Ebd.

<sup>35</sup> Gassert-Schumacher hält denn auch fest, dass das frühneuzeitliche, gemeinrechtliche Konkursverfahren als dasjenige gilt, „[...] das am wenigsten die aus der Insolvenz eines Schuldners folgenden Probleme lösen konnte, da es sich in vielfältige Spezialprozesse zergliederte [...]“. Gassert-Schumacher, Privilegien in der Insolvenz, S. 53.

<sup>36</sup> Vgl. z.B. StadtASG, Bd. 754, S. 137 f. (1608) oder Bd. 764, S. 244 f. (1654) u.v.a.

<sup>37</sup> Meier, Die Geschichte des deutschen Konkursrechts, S. 72.

<sup>38</sup> Z.B. StadtASG, Bd. 752, S. 29-34 und S. 65-68 (1601); Bd. 761, S. 177-180 (1632).

se der Gläubiger selbst und damit ausserhalb der Sphäre von Rat und Gericht statt.<sup>39</sup>

In der Eidgenossenschaft waren seit dem späten 16. Jahrhundert v.a. zwei Liquidationsweisen gebräuchlich: Das Gant- und Zugverfahren.<sup>40</sup> Bei der Liquidation durch ein Gantverfahren wurden sämtliche noch vorhandenen Güter des Falliten durch Versteigerung zu Geld gemacht. Dieses Geld wurde dann unter die Gläubiger verteilt.<sup>41</sup> Dieses Verfahren scheint im Reich die Regel dargestellt zu haben.<sup>42</sup> Beim Zugverfahren scheint es sich um eine eidgenössische Ausprägung gehandelt zu haben.<sup>43</sup> Dabei wurde die Konkursmasse des Falliten ohne Verkauf in natura den Gläubigern zur Befriedigung überlassen, und zwar in der Weise, dass einer oder mehrere der Gläubiger die Masse an sich zogen und dadurch (anstelle des Falliten) Schuldner der besser berechtigten Gläubiger wurden. Wer dies tat, der konnte also sämtliche Aktiven des Falliten an sich nehmen. Er hatte dafür aber auch sämtliche Passiven, welche seiner eigenen Forderung in der Prioritätsordnung vorgingen, zu übernehmen. Zu diesem Zweck wurden sämtliche Gläubiger (und zwar in der Reihenfolge der Prioritätsordnung von den hinteren Rängen nach vorne) befragt, ob sie die Masse an sich ziehen wollten. Wer von den Gläubigern sich nicht für den so genannten Zug erklärte – und denselben somit einem sich in einem tieferen Rang befindenden und damit besser berechtigten Gläubiger überliess –, dessen Forderung wurde als erloschen betrachtet.<sup>44</sup> Den überlieferten Quellen ist das angewendete Verfahren oft nicht zu entnehmen.<sup>45</sup> Die Tendenz geht wohl dahin, dass bis gegen die Mitte des 17. Jahrhunderts das Gantverfahren und danach das Zugverfahren die häufigste Distributionsart darstellte.<sup>46</sup> Bisweilen kam auch gar kein Verfahren zum Zug – schlicht weil es nichts zu holen gab.<sup>47</sup>

#### 4. Strafverfahren

Für die Gläubiger war das Konkursverfahren damit abgeschlossen – im besseren, jedoch weitaus selteneren Fall mit einer ganzen oder teilweisen Rückzahlung ihres Ausstands, im schlechteren, aber häufigeren Fall mit dem Er-

halt eines Schuldscheins. Für die Konkursiten folgte anschliessend ein Strafverfahren.<sup>48</sup> Für dieses war in der Stadt St. Gallen nicht das Gericht, sondern der Rat zuständig, der nebst legislativen und exekutiven Aufgaben auch judikative Aufgaben übernahm. Im 17. Jahrhundert wurde ein Falliment in der Regel mit einem Stadtverweis geahndet. Auf betrügerischen Konkurs stand die Todesstrafe. Im Laufe des 18. Jahrhunderts veränderte sich die Strafpraxis tiefgreifend. Darauf wird weiter unten eingegangen, verbunden mit der Frage, ob sich gleichzeitig damit die gesellschaftliche Wahrnehmung von wirtschaftlichem Scheitern wandelte.

## II. Wirtschaft macht Recht: Der Einfluss der Konjunktur auf das Konkursrecht

Das St.Galler Konkursrecht blieb in seinen Grundzügen vom frühen 17. bis zum späten 18. Jahrhundert sehr ähnlich. Auf der Detailebene unterlag es jedoch einem grossen Wandel. Werden Wirtschafts- und Rechtsentwicklung verglichen, zeigt sich, dass diese in engem Zusammenhang standen. Werden zudem die Akteure herausgearbeitet, akzentuieren sich politische Machtverhältnisse und -verschiebungen, die ebenfalls stark ökonomisch geprägt waren. Diese Wechselwirkungen und ihre Akteure werden in der Folge anhand einzelner Beispiele skizziert.

### 1. Ausnahmen vom Universalitätsprinzip und ihre Hintergründe

Das frühneuzeitliche gemeinrechtliche Konkursrecht war stark durch das Universalitätsprinzip geprägt. Diesem gemäss wurden alle zum Vermögen des Schuldners gehörenden Gegenstände in die Konkursmasse integriert; damit sollte sichergestellt werden, dass die Interessen aller Konkursgläubiger möglichst gut gewahrt waren.

St. Gallen machte jedoch bereits im frühen 17. Jahrhundert eine Ausnahme vom Universalitätsprinzip: Grundsätzlich wurde „vertrautes Gut“, wie weiter oben unter 1.2 erwähnt, im fünften Rang der Prioritätsordnung eingeteilt. Für Zwilch, Leinwand und anderes Tuch galten jedoch Sonderregelungen. War solches Material einem späteren Falliten (z.B. einem Ausrüster oder Bleicher) anvertraut worden und geriet in ein Falliment, dann konnte es vom Gläubiger, von dem es stammte, wieder an sich genommen werden. Damit gerieten diese Gegenstände nicht in die Fallimentsmasse und konnten unkompliziert und schnell zurückgenommen werden. Gläubiger, welche dem Schuldner Gegenstände anvertraut hatten, die nicht der Textilproduktion dienten, konnten davon nicht profitieren. Dies illustriert die hohe Bedeutung der Textilproduktion für die Stadt St. Gallen; gleichzeitig zeugt es aber auch von der starken Stellung der Handwerkszünfte im Rat, der das Konkursgesetz verabschiedete.<sup>49</sup>

Ganz anders – nämlich ohne jegliche Privilegierung – wurden bis ins 18. Jahrhundert kaufmännische Interessen berücksichtigt. Erst 1726 wurde die Behandlung von

<sup>39</sup> Vgl. zu Zürich von Wyss, Geschichte des Concurprozesses, S. 55 f. Im Unterschied zum eidgenössischen Distributionsverfahren erliess im gemeinen deutschen Konkursrecht das Gericht nicht nur Distributionsbescheide, sondern nahm sich auch der Verteilung an, vgl. Meier, Geschichte des Konkursrechts, v.a. S. 72 f.

<sup>40</sup> Vgl. hierzu Heusler, Die Bildung des Concurprozesses, S. 165 ff. Zum Hintergrund der verschiedenen Ausgestaltungen der Verwertung vgl. ebd.

<sup>41</sup> Vgl. zum Ablauf in Zürich von Wyss, Geschichte des Concurprozesses, S. 136 f. Vgl. zum Gantverfahren auch Forster, Konkurs als Verfahren, S. 205-207.

<sup>42</sup> Stobbe, Otto. Zur Geschichte des älteren deutschen Konkursprozesses. Berlin 1888, S. 70.

<sup>43</sup> Ebd., S. 69.

<sup>44</sup> Blumer, Johann Jacob. Staats- und Rechtsgeschichte der Schweizerischen Demokratien oder der Kantone Uri, Schwyz, Unterwalden, Glarus, Zug und Appenzell. Zweiter Teil: Die neuere Zeit (1531-1798). St. Gallen 1858, S. 153.

<sup>45</sup> Dasselbe gilt auch für Zürich, vgl. von Wyss, Geschichte des Concurprozesses, S. 140.

<sup>46</sup> Vgl. nebst vielen anderen Einträgen z.B. StadtASG, Bd. 752, S. 92-97; Bd. 754, S. 88-90; Bd. 755, S. 131; Bd. 757, fol. 11r-14r; Bd. 760, S. 37 f.

<sup>47</sup> Z.B. in StadtASG, Bd. 779, S. 201.

<sup>48</sup> Vgl. weiter unten unter 3.

<sup>49</sup> StadtASG, Bd. 554a, S. 13.

in Fallimente geratenen Wechselbriefen und Speditionsgütern gesetzlich geregelt. Wechselbriefe, welche von Fremden nach St. Gallen gesandt worden waren, um sie hier durch Weitergabe zu verwerten, sollten – wie seit dem 17. Jahrhundert anvertraute Leinwand, Zwilch oder ähnliches – vom Eigentümer wieder zurückgenommen werden können, sofern sie noch nicht weitergegeben oder eingelöst worden waren.<sup>50</sup> War eine Rücknahme nicht mehr möglich, dann wurden die Gläubiger im fünften Rang berücksichtigt. Speditionsgüter waren neu ebenfalls privilegiert und konnten, sofern sie noch unverkauft und unverändert vorhanden waren, an Ort und Stelle wieder bezogen werden.<sup>51</sup>

Im Vergleich mit anderen Städten, in welchen der Exporthandel ebenfalls der vorherrschende wirtschaftliche Zweig war, wurde diese Regelung in St. Gallen sehr spät eingeführt.<sup>52</sup> Nun war auch in St. Gallen der Export ein tragender Pfeiler des städtischen Wohlstands – allerdings eng gekoppelt an die gewerbliche Produktion, die in der Stadt und ihrer Umgebung stattfand. Dass der Handel bzw. kaufmännische Elemente wie Wechselbriefe oder Speditionsgüter mehr als ein Jahrhundert lang gegenüber der gewerblichen Produktion dienenden Materialien wie Zwilch oder Flachs benachteiligt worden war, ist darum alles andere als selbsterklärend. Hintergrund bildet die politische Machtverteilung in der Stadt und ihrem legislativ, exekutiv und judikativ tätigen Gremium, dem Rat. Hier waren nämlich über mehrere Jahrhunderte die Handwerker-Zünfte vorherrschend, während die Kaufleute nicht die Möglichkeit hatten, ihre Interessen ausreichend durchzusetzen.

In St. Gallen sind Zünfte seit dem 14. Jahrhundert überliefert. Städte mit Zunftverfassung wiesen in der Regel eine politisch einflussreiche Handwerkerschaft auf, so auch St. Gallen. Die Mitglieder des für Legislative, Exekutive und Judikative bedeutsamen Kleinen und Grossen Rats wurden zu grossen Teilen aus den Reihen der Zünfte ernannt, während nur die Bürgermeister durch die wahlberechtigte Gemeinde, das heisst durch die männlichen Vollbürger, gewählt wurden.<sup>53</sup> Der Einfluss der Zünfte auf die städtische Politik – und damit auch auf das mittelalterliche und frühneuzeitliche Wirtschaftsrecht – kann also kaum hoch genug eingeschätzt werden.

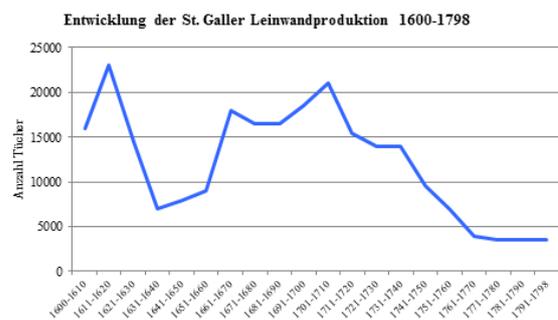
Die wichtigste Funktion der Zünfte war die Schaffung und Durchsetzung wirtschaftlicher Normen: Durch rigide Gesetze und Kontrollen sollten jeder Handwerker ein Auskommen finden sowie von aussen kommende Konkurrenz möglichst unterbunden werden.<sup>54</sup>

Wichtigste St.Galler Zunft war die Weberzunft. Dies

steht in Zusammenhang mit ihrer grossen Bedeutung für das städtische Hauptgewerbe, von dessen Entwicklung wiederum viele Produzenten anderer Güter abhängen. Der Weberzunft gelang es denn auch, im Leinwandgewerbe grundlegende Neuerungen bis weit ins 18. Jahrhundert zu verhindern. Sie hatte ein engmaschiges Kontrollsystem etabliert, das grundlegende Innovationen (vor allem der Art der produzierten Güter, der Produktequalität und der Rohstoffart) verhinderte.<sup>55</sup>

Den Interessen der Zünfte standen die Wünsche der (Textil-)Kaufleute oft diametral entgegen. Kaufleute waren sowohl in der Gesellschaft zum Notenstein zusammengeschlossen, welche primär gesellschaftliche Zwecke verfolgte, als auch im Kaufmännischen Direktorium, der Vorläuferinstitution der heutigen Industrie- und Handelskammer, welche berufspolitische Interessen vertrat. Die städtische Wirtschaftsgeschichte weist mehrfach Auseinandersetzungen zwischen den beiden Gruppen – Zünften und Kaufleuten – auf. Erfolg hatten Kaufleute unter anderem während des Dreissigjährigen Krieges (1618-1648), welcher wirtschaftliche Folgen für die Stadt hatte. So gelang es ihnen dann, auch Rohleinwand zu exportieren und süddeutsche Schetter und Goltschen<sup>56</sup> in St. Gallen zu mangeln und bleichen; 1639 wurde ihnen sogar erlaubt, schlesische Leinwand in St. Gallen auf die Bleiche zu legen. Diese Veränderungen waren jedoch von kurzer Dauer: Schon ein Jahr nach Kriegsende wurden sämtliche genannten Veränderungen wieder verboten.<sup>57</sup>

Seit den 1720er-Jahren – und damit zur Zeit, in welcher das Konkursrecht erstmals Anpassungen an kaufmännische Bedürfnisse vornahm – veränderte sich St. Gallens Textilwirtschaft dauerhaft. Damit verbunden war eine längere wirtschaftliche Krise.



So wurden beispielsweise im Osten Europas grossflächig Flachs angebaut und billigere Waren produziert. Zudem drohte aus der unmittelbaren Umgebung kostengünstigere Konkurrenz, denn Produkte, welche im Umland produziert wurden, waren nicht an solche strenge Satzungen gebunden, wie in der Stadt auf zünftischen Druck

<sup>50</sup> StadtASG, Bd. 922c, S. 96.

<sup>51</sup> StadtASG, Bd. 922c, S. 97.

<sup>52</sup> Z.B. in deutlichem Unterschied zu Hansestädten, vgl. Stobbe, Zur Geschichte des älteren deutschen Konkursprozesses, S. 63 ff.

<sup>53</sup> Dubler Annemarie: Historisches Lexikon der Schweiz, Lemma „Zunftstädte“, <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D9917.php>.

<sup>54</sup> Daniel Büchel, Kaufleute, Ratsherren und vornehme Gesellschafter. Leinwandgewerbe, Gesellschaft und Regiment der Stadt St. Gallen in der Frühneuzeit, in: Sankt-Galler Geschichte 2003, Band 4, St. Gallen 2003, S. 183-208, hier S. 192.

<sup>55</sup> Vgl. Bodmer, Walter. Die Entwicklung der schweizerischen Textilwirtschaft im Rahmen der übrigen Industrien und Wirtschaftszweige. Zürich 1960, S. 55.

<sup>56</sup> Schetter und Goltsche sind Bezeichnungen für fremde Leinwandtücher, vgl. weiterführend Mayer, Marcel. Die Leinwandindustrie der Stadt St. Gallen von 1721-1760. In: St. Galler Kultur und Geschichte 22. St. Gallen 1981, S. 1-130, hier S. 38.

<sup>57</sup> Erst 30 Jahre später sollte St. Gallen die Produktion von Stauchen wieder erlauben. Vgl. zum Hintergrund Bodmer, Industriegeschichte, S. 140.

hin herrschten. Das machte sie im Vergleich zu den St. Galler Produkten, die mehrfach gegen die Bezahlung einer Gebühr kontrolliert werden mussten, billiger. Dem gegenüber erlebten neue, baumwollene Produkte einen Aufschwung.

Die St. Galler Leinwand geriet auch durch den zuerst langsam und später schneller wachsenden Absatz neuer baumwollener Produkte innerstädtisch unter Druck. Gegen deren Herstellung setzten sich die Textilzünfte ohne Erfolg zur Wehr. Diese Baumwollerzeugnisse und Stickerien wurden – anders als die Leinwandprodukte – im Verlagssystem gefertigt.<sup>58</sup>

Mit diesen textilwirtschaftlichen Veränderungen einher ging ein politischer und gesellschaftlicher Wandel. Aus den Webern – bislang klassische Produzenten – wurden mehr und mehr Fabrikanten und damit Unternehmer. Während in der früheren zünftischen Produktionsweise sämtliche Produktionsschritte streng voneinander getrennt gewesen waren, beherrschten Fabrikanten nun den Produktionsablauf vom Anfang bis zum Ende. Sie mussten damit auch eine längere Zeit zwischen Investition und Ertrag mit Krediten überbrücken.<sup>59</sup> Kaufmännische Elemente rückten nun in den Fokus, und damit auch ihre Privilegierung im Konkursfall.

Während der langen Phase der unter der Zunftordnung stehenden Leinwandproduktion waren die Textilproduzenten die dominante Gruppe im Rat gewesen. Diese Gruppe veränderte sich nun stark, indem viele ehemalige Handwerker zu Handwerker-Unternehmern wurden. Damit wurde auch das Machtgefüge im Rat verändert, konkret wurde das Gewicht der Kaufleute grösser. Erstmals bestand darum gegen das Ende des ersten Drittels des 18. Jahrhunderts für die Kaufleute die Möglichkeit, seit langem verfolgte Ziele politisch erfolgreich durchzusetzen, so eben auch die Privilegierung von Speditionsgütern oder Wechselbriefen im Konkurs.

## 2. Die wirtschaftliche Konjunktur und ihr Einfluss auf das Konkursrecht

Das Konkursrecht war indirekt auch von der allgemeinen Konjunktur geprägt. An dieser Stelle muss ein Aspekt erläutert werden, der in diesem Text nur wenig Raum erhalten kann, aber den ich andernorts ausführlich behandelt habe.<sup>60</sup> Sowohl in der historischen als auch in der wirtschaftswissenschaftlichen Forschung herrscht der Konsens vor, dass steigende Konkurszahlen einer von verschiedenen Indikatoren für eine wirtschaftliche Krise sind bzw. waren. Die Untersuchung der Stadt-sanktgaller Konkurszahlen des 17. und 18. Jahrhunderts hat indes ergeben, dass vor allem in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts ein Anstieg der Konkurszahlen in Perioden mit guter Konjunktur erfolgte.

Konkurse waren damit nicht Ausdruck nur von schlechter, sondern auch von guter wirtschaftlicher Entwicklung. Diese Beobachtung widerspricht verbreiteten Vor-

<sup>58</sup> Tanner, Albert. *Das Schiffchen fliegt, die Maschine rauscht. Weber, Sticker und Fabrikanten in der Ostschweiz*. Zürich 1985, S. 22 f.

<sup>59</sup> Vgl. ebd.

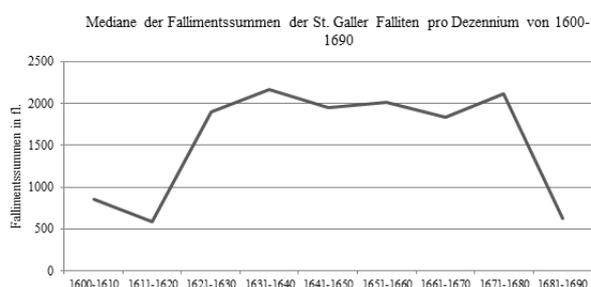
<sup>60</sup> Vgl. dazu Kapitel 4 in Guggenheimer, *Kredite, Krisen und Konkurse*.

stellungen, denn wachsende Konkurszahlen wurden und werden in der Forschung allgemein als Indikator für wirtschaftliche Krisenphänomene angesehen.<sup>61</sup>

Die Frage, ob Konkurse nebst Krisen- auch Prosperitätssphänomen sein konnten, ist insofern relevant, als angenommen werden kann, dass sich so die zeitgenössische Deutung von wirtschaftlichem Scheitern auch auf die Gestaltung des Rechts auswirken konnte. Die Lesart von Konkursen als Krisenindikator liess – so die Annahme – andere Massnahmen zu deren Vermeidung ergreifen als die Lesart von Konkursen als Prosperitätssphänomen. Ob und wie sich die Konkursursache auf das Wirtschaftsrecht auswirkte, wird nun zuerst für Krisenphasen und anschliessend für gute Konjunktur untersucht.

Im ganz frühen 17. Jahrhundert befand sich die Stadt St. Gallen in einer Krise: Die Leinwandproduktionszahlen waren tief, die Stadtkasse war leer und auch die durchschnittlichen Vermögen der Stadtbewohnerinnen und -bewohner waren gering. In dieser Zeit waren Konkurse überaus häufig und führten dazu, dass sich der Rat erstmals eingehend mit dem Verfahren beschäftigte und dieses in der Stadtgerichtsordnung schriftlich festhielt.<sup>62</sup> Zudem flossen Urteile aus Konkursprozessen in die Stadtgerichtsordnung ein, beispielsweise über die Rechte und Pflichten von Ehefrauen von Falliten.

Für das grundlegend überarbeitete Konkursgesetz von 1661 waren hohe Schuldsommen der Konkursiten in den vorangegangenen Jahren ausschlaggebend.<sup>63</sup>



Zu diesem Zeitpunkt waren allerdings die gesetzlichen Eckpunkte bereits bekannt, und der Rat bemühte sich darum, u.a. mit schärferen Sanktionen bzw. mit der Angst vor denselben die Konkurszahlen zu minimieren. So wurde u.a. erstmals die Todesstrafe als mögliche Folge wirtschaftlichen Scheiterns im Gesetz verankert. Diese wurde in der Folge auch vollzogen. Interessanterweise zeigt sich in der schriftlichen Überlieferung deutlich, dass bis zu diesem Zeitpunkt die Todesstrafe für einen Bankrott nicht zum Erfahrungshintergrund der St. Gallerinnen und St. Galler gehört hatte. Ratsprotokoll und Bürgerregister hielten nämlich fest: „Man sprach im pu-

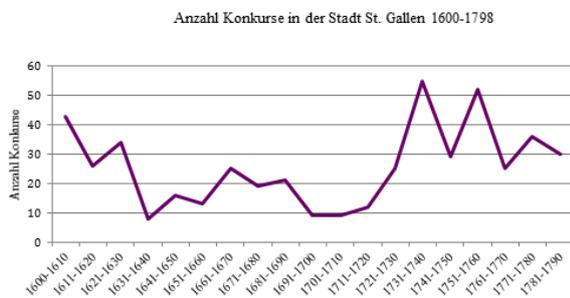
<sup>61</sup> U.a. Kindleberger, Charles P. / Laffargue, Jean-Pierre. *Introduction*. In: Dies. (Hg.). *Financial Crises. Theory, History and Policy*. Cambridge, Paris, 1982, S. 1-10, hier S. 2; Ashton, Thomas Southcliff. *An Economic History of England. The Eighteenth Century*. London 1955, table xvi oder Beveridge, William. *The Trade Cycle in Britain before 1850*. In: *Oxford Economic Papers* 3 (1940), S. 74-109.

<sup>62</sup> Moser-Nef spricht vom „Jahrhundert der grossen Fallimente“, vgl. Moser-Nef, *Reichsstadt*, Bd. 6, S. 643 f.

<sup>63</sup> RQSG 2, S. 155 ff.

blikum laut gegen dies harte urtheil, bis burgermeister und rath alles sprechen darüber verboten.<sup>64</sup> Auch nach der Vollstreckung kehrte übrigens keine Ruhe ein: Bürgermeister und Räte bedauerten, „[...] es seien leüt gewesen, die so unrespectierlich von ihren fürgesetzten und oberen geredt oder gar an frömbde orth geschrieben [...]“.<sup>65</sup>

Einen erneuten Konkursanstieg erfuhr die Stadt in den 1720er-Jahren, ausgelöst durch den oben bereits erwähnten Niedergang des Leinwandgewerbes, der zu diesem Zeitpunkt noch nicht durch die Etablierung der Baumwollverarbeitung aufgefangen war.<sup>66</sup> Im Rat wurde deshalb fieberhaft nach geeigneten Massnahmen gesucht, mit denen diese für Private sowie die öffentliche Hand negative Entwicklung gestoppt werden konnte. In diesem Zusammenhang werden in den Quellen erstmals so genannte Accorde, darunter auch „stille“ Accorde, erwähnt.<sup>67</sup>



Hier ist ein kleiner terminologischer Einschub notwendig: In den St. Galler Quellen werden Konkursiten bis ins frühe 18. Jahrhundert als Falliten bezeichnet. Falliten waren insolvente Personen, die sich einem Schuldprozess stellen mussten. Nach 1700 sind nebst Falliten auch Accorditen erwähnt. Dieser Begriff umfasst Konkursiten, die sich – anders als Falliten – mit ihren Gläubigern aussergerichtlich einigten.<sup>68</sup> Die Voraussetzung – die Insolvenz bzw. die Unfähigkeit eines Schuldners, aus seinem vorhandenen Vermögen sämtliche Gläubiger zu befriedigen – war für Falliten und Accorditen dieselbe; ein Accord war jedoch eine andere Lösung für diese Situation.<sup>69</sup> Nicht nur das Falliment, sondern auch der Accord war gesetzlich geregelt: Wenn mindestens drei Gläubiger drei Viertel aller Schulden auf sich vereinten und einen gütlichen Vergleich anstrebten, dann durften die übrigen Gläubiger keinen Fallimentsprozess erzwingen, sondern mussten in einen Accord einwilligen.<sup>70</sup>

<sup>64</sup> StadtASG, Bürgerregister, VIII/188.

<sup>65</sup> StadtASG, RP 1664, fol. 63r.

<sup>66</sup> Mayer, Leinwandindustrie, S. 94 ff. und S. 105 sowie Bodmer, Industriegeschichte, S. 139 ff.

<sup>67</sup> StadtASG, Bd. 548, S. 195-197.

<sup>68</sup> Diese Unterscheidung ist insofern etwas problematisch, als unter einem Falliment ein Vorfall und unter einem Accord dessen Lösung verstanden werden kann. Ohne Unterscheidung wären die beiden Begriffe jedoch nur schwer zu operationalisieren gewesen. Vereinzelt erscheint der Begriff Accord auch im 17. Jahrhundert in der Überlieferung. Damals war ein Accord keine Alternative zu einem Prozess, sondern ein aussergerichtlicher Vergleich, der erst im Laufe eines Prozesses erzielt werden konnte.

<sup>69</sup> Von Wyss, Geschichte des Concursprozesses, S. 16 f.

<sup>70</sup> In den Niederlanden kamen Accorde zustande, wenn entweder

Die Konsequenzen eines Accords unterscheiden sich von denjenigen eines Falliments, und zwar sowohl für die Schuldner als auch für die Gläubiger. Die Verwertung geschah in einem Accord nicht durch ein Gant- oder Zugverfahren, sondern durch die Auszahlung einer Konkursquote. Sämtliche Gläubiger wurden dabei nach einem zu bestimmenden Schlüssel teilweise befriedigt. Accorditen war es – im Unterschied zu Falliten – durch die Zahlung der Konkursquote möglich, schuldenfrei (wenn auch vermögenslos) neu zu beginnen, während Falliten von unbefriedigten Gläubigern zeitlebens belangt werden konnten. Dieser Aspekt wird weiter unten noch behandelt. Nebst den gewöhnlichen Accorden gab es auch so genannte stille Accorde. In einem Mandat von 1728 wurden insolvente Personen geradezu dazu aufgefordert, aussergerichtliche Einigungen einzugehen, von denen die Obrigkeit keine Kenntnis erhalten sollte. Im selben Mandat wurden zudem die Bedingungen für einen gewöhnlichen Accord erleichtert.<sup>71</sup>

Diese fundamentale Abwendung vom Offizialitätsprinzip ist wohl der damaligen wirtschaftlichen und innenpolitischen Situation zuzuschreiben: Leinwandproduktion und -handel lagen darnieder. Denkbar, dass das häufige Scheitern vor allem von Textilproduzenten und -exporteuren bei den zahlreichen Textilern im Rat auf Verständnis stiess, die deshalb zu dieser grundlegenden Veränderung des Konkursrechts bereit waren. Und ganz generell vermutlich wurden die häufigen Konkurse in dieser schwierigen Situation erstmals mehr als ökonomisches denn als moralisches Scheitern betrachtet.<sup>72</sup>

Die Konkurszahlen stiegen im Folgejahrzehnt jedoch weiter und in noch nie dagewesene Höhen an. Die Massnahmen im Mandat von 1728 wurden darum schon bald als ungenügend oder gar negativ wahrgenommen. Vor allem die Zunftvertreter im Rat drängten auf rechtliche Verschärfung. Der 1728 eingeschlagene liberale Weg endete abrupt, es wurden noch nie dagewesene Massnahmen ergriffen. So wurde neu eine Ratskommission eingesetzt, die insolvente Personen ausfindig machen und dem Bürgermeister anzeigen sollte. Stille Accorde, zu denen insolvente Personen kurz zuvor geradezu animiert worden waren, wurden wieder verboten, ausserdem wurden für verschiedene Verfahrensschritte neu Fristen eingeführt.

Das 18. Jahrhundert war geprägt von einem Tauziehen zwischen Zünften und kaufmännischem Direktorium, von etatistisch und liberal geprägtem Wirtschaftsverständnis. In St. Gallen erfuhr das Textilgewerbe durch den so genannten Strukturwandel eine eingehende Neuerung. Das neue städtische Hauptgewerbe – Baumwollverarbeitung und Stickerei – unterstand nun nicht mehr der Zunftordnung und war damit nicht mehr reguliert. Dementsprechend waren die erforderliche Ausbil-

drei Viertel der Gläubiger zustimmten, welchen gesamthaft zwei Drittel der Forderungen ausstanden, oder wenn zwei Drittel der Gläubiger zustimmten, die drei Viertel der Forderungen auf sich vereinten, vgl. Voet, Johannes. Commentarius ad Pandectas. Genf 1778, S. 135 (Erstdruck 1698-1704).

<sup>71</sup> Vgl. StadtASG, Bd. 548, S. 196.

<sup>72</sup> Guggenheimer, Kredite, Krisen und Konkurse, S. 68 f.

derung, der Marktauftritt, die Preise und Löhne, die Anforderungen an die Produktqualität und die maximale Betriebsgrösse nicht mehr festgelegt, wie dies in den Jahrhunderten zuvor im Leinwandgewerbe der Fall gewesen war.<sup>73</sup> Die Textilwirtschaft erfuhr damit eine enorme Liberalisierung.

Diese Liberalisierung führte St. Gallen nach der Krise, die mit dem Niedergang des Leinwandgewerbes verbunden war, mittelfristig wieder zurück zur früheren wirtschaftlichen Prosperität. Kurzfristig kam es allerdings zuerst zu einem Konkursanstieg. Zwei Konkurswellen fanden, wie aus der frühneuzeitlichen Überlieferung deutlich hervorgeht, in Phasen statt, in denen die städtische Wirtschaft überproportional wuchs. Dies hatte rechtlich und v.a. auch gesellschaftlich grosse Folgen. In der Vergangenheit waren Konkurse stets negativ konnotiert gewesen; sie waren als Begleitphänomen einer wirtschaftlichen Krise wahrgenommen worden. Nun aber waren sie erstmals Begleitphänomen von Wachstum, von guter Konjunktur. Konkret stiegen die Konkurszahlen während dieser Prosperitätsphase aus folgenden Gründen an:<sup>74</sup> Erstens war Wachstum mit Unsicherheit verbunden, da sich die Wirtschaft in für St. Gallen neue, bislang unbekannte Bereiche ausdehnte und Produkte auf den Markt brachte, deren Risiken schlecht eingeschätzt werden konnten.<sup>75</sup> Zweitens kam hier erstmals das Verlagssystem zur Anwendung; gegenüber dem früheren Zunftsystem konnten Fabrikanten zwar schneller auf wirtschaftliche Neuerungen reagieren, gleichzeitig hatte das Verlagssystem jedoch zur Folge, dass die Fabrikanten eine längere Phase zwischen Investition und Ertrag überbrücken mussten als früher beim Leinwandhandel – und dies mit teilweise kurzfristigen, riskanten Krediten. Drittens wuchs in dieser Wachstumsphase auch der Wettbewerb, da dann – angezogen durch die Hoffnung auf Profite – verstärkt Konkurrenz auf den Markt drängte. Dies wiederum führte zu einer Marktsättigung und damit ebenfalls zu einer Zunahme der Konkurszahlen.<sup>76</sup> Und viertens handelte es sich bei vielen Marktteilnehmern im Baumwollhandel erstmals nicht um solche mit einer klar festgelegten zünftischen Ausbildung und/oder weit zurückreichender familiärer Vernetzung, sondern auch um solche ohne tiefere Kenntnisse von Baumwollverarbeitung und -handel. Sie verfügten darum auch nicht über die notwendigen Kontakte und Informationen, was sie besonders anfällig für das Scheitern machte.

Die Einführung der Baumwollverarbeitung und Stickerei veränderte St. Gallens Wirtschaft also fundamental; das frühere Zunftsystem und seine Vertreter hatten in der Folge nicht mehr ihre frühere wirtschaftspolitische Be-

deutung; diese gaben sie allerdings nicht kampflos auf.<sup>77</sup> Die in diesem Prozess erstarkte Gruppe der Fabrikanten und Kaufleute arbeitete in der Folge verschiedene Ideen aus, durch die wirtschaftliches Scheitern diese Normalisierung erfahren sollte, die es – nach Meinung des Kaufmännischen Direktoriums – auch hatte. So warben sie beispielsweise für ein Moratorium für verschuldete Kaufleute und arbeiteten einen Ratgeber für in Schwierigkeiten steckende Berufskollegen aus. Auch votierten sie im Rat für die Rehabilitation konkursiter Kaufleute nach verbüsster Strafe.<sup>78</sup>

Zwar war das Tempo, mit denen die Kaufleute ihre liberalen Ideen verfolgten, für den über Jahrhunderte handwerklich geprägten Rat zu schnell; verschiedene Vorschläge wurden denn auch nicht in ihrer ursprünglichen Version umgesetzt. Dennoch drückten die Kaufleute dem Konkursrecht ihren Stempel auf: Ohne sie wären vermutlich keine Accorde – und damit auch keine unkomplizierten Abschlüsse von Insolvenzen – möglich gewesen. Sie machten somit deutlich, dass Scheitern primär ökonomischer und weniger moralischer Natur war, und dies erleichterte die Situation nicht nur der Accorditen, sondern auch der Falliten bedeutend.

### III. Der Einfluss der Wirtschaft auf das Strafrecht

Wie in Kapitel II aufgezeigt prägten zwei Gruppen das Konkursrecht: Zunfthandwerker und Kaufleute. Erstere hatten dem Konkursrecht im 17. und im früheren 18. Jahrhundert einen – vereinfacht gesagt – etatistischen Stempel aufgedrückt, letztere kamen dann vor allem in der zweiten Hälfte bzw. gegen das Ende des 18. Jahrhunderts mit liberaleren Ideen zum Zug. War ein Konkurs im 17. Jahrhundert noch stark mit einer moralischen Verfehlung assoziiert gewesen, wurde er gegen Ende des 18. Jahrhunderts mehr und mehr primär als ökonomische Verfehlung gesehen. Dies hatte auf die strafrechtlichen Konsequenzen grossen Einfluss.

Ein Konkurs war in der Frühen Neuzeit in jedem Fall ein strafrechtlich relevantes Delikt. Der Schuldner hatte nämlich, selbst wenn er ohne betrügerisches Handeln insolvent geworden war oder auch wenn er sich aussergerichtlich einigte, dem Gemeinwesen geschadet. Insofern war es auch irrelevant, ob ein Fallimentsprozess stattgefunden hatte oder ob die Insolvenz mit einem Accord beendet wurde. Eine Bestrafung erwartete in St. Gallen (mit Ausnahme der so genannten stillen Accorditen im ersten Drittel des 18. Jahrhunderts) also sowohl Accorditen als auch Falliten.

Die Strafpraxis unterlag im hier untersuchten Zeitraum einem grossen Wandel. Im 17. Jahrhundert wurden Falliten in der Regel verbannt. Die Dauer betrug meist etwa drei Jahre. Je nach Schuldenhöhe und Anzahl Gläubiger wurden Falliten – in diesem Fall meist Kaufleute – jedoch auch 15 oder 20 Jahre verbannt. Bisweilen ging damit nach ihrer Rückkehr auch der Verlust bürgerlicher

<sup>73</sup> Kluge, Arnd. Die Zünfte. Stuttgart 2007, S. 269.

<sup>74</sup> Hoppit, Julian. Risk and Failure in English Business 1700-1800. Cambridge, London, New York u. a. 1987.

<sup>75</sup> Ebd., S. 53.

<sup>76</sup> Konkursanstiege in Wachstumsphasen beobachtet auch Hoppit. Ganz allgemein lehnt er sich in seiner Argumentation eng an Joseph Alois Schumpeters Modell der schöpferischen Zerstörung an. Vgl. u.a. ausführlich Schumpeter, Joseph Alois. The theory of economic development. Cambridge 1934 oder auch ders., The creative response in economic history. In: Journal of Economic History 7 (1947), S. 149-159.

<sup>77</sup> Guggenheimer, Kredite, Krisen und Konkurse, S. 127 f.

<sup>78</sup> StadtASG, RP 1784, S. 122 f.

Rechte einher.<sup>79</sup> Betrügerischer Konkurs konnte auch mit dem Tod geahndet werden. Todesstrafen von Bankrotteuren sind in den St. Galler Quellen mehrere überliefert, vollzogen wurde jedoch nur eine. Sämtliche weitere zum Tode verurteilten Falliten – allesamt Kaufleute oder Textilproduzenten, an denen in der Textilexportstadt ein Exempel statuiert werden sollte – hatten rechtzeitig die Flucht ergriffen und sollten nie wieder zurückkehren.<sup>80</sup>

Im 17. Jahrhundert waren Falliten lebenslänglich zur Rückzahlung ihrer Schulden verpflichtet. Diesem Ziel wirkten lange Bannstrafen jedoch entgegen, da es den Verbannten in der Regel nicht gelang, in der Fremde ein sicheres Auskommen zu finden und Vermögen zu akquirieren. Ein wirtschaftlicher Neustart rückte also in weite Ferne, was wiederum der Stadtkasse schadete, die oft für die Familien der Verbannten aufkommen musste und der Steuereinnahmen der geschädigten Gläubiger entgingen.

Im Verlaufe des 18. Jahrhunderts fand in der Strafpraxis ein Wandel statt. Die Strafe der Stadtverweisung wurde zwar noch ausgesprochen; der Verbannte konnte jedoch, wenn er einen Arbeitgeber bzw. ein sicheres Einkommen in seiner Heimatstadt fand, vorzeitig zu seiner Familie zurückkehren.<sup>81</sup> Dies zeigt eine gewisse pragmatische Haltung der Räte. Neu hatten sie primär eine wirtschaftlich stabile Zukunft der Delinquenten im Auge. Diese machte die Abzahlung ihrer Schulden realistischer als der Vollzug einer Bannstrafe, während der der Fallit kein oder nur ein geringes Einkommen erwirtschaften konnte und zugleich seine in der Stadt gebliebene Familie die Stadt viel Geld kostete.

Dass die Ermöglichung eines wirtschaftlichen Neubeginns der Falliten ins Bewusstsein der Strafbehörde rückte, hat mit dem Aufkommen der Accorde zu tun. Zudem waren gehäufte Konkurse, wie weiter oben bereits erwähnt, dann erstmals Ausdruck einer prosperierenden Phase und dies veränderte den Blick auf wirtschaftliches Scheitern und damit auch die strafrechtlichen Konsequenzen.

Aussergerichtliche Einigungen, die im ersten Drittel des 18. Jahrhunderts aufkamen, waren dank der Möglichkeit der finanziellen Erholung für Konkursiten attraktiv: Nach der Bezahlung einer einmaligen Konkursquote waren sie ihren Gläubigern nichts mehr schuldig; sie konnten sogar ihre Handelsfirmen unter dem gleichen Namen weiterführen. Dementsprechend war die Strafpraxis für Accorditen eine, die biografisch mit geringen Einschnitten verbunden war. Accorditen wurden (seit 1715 auch in Zürich<sup>82</sup>) meist zu einem demütigen Kniefall verurteilt.<sup>83</sup> Von der aus der Einführung der Accorde gewonnenen Erkenntnis, dass das Gemeinwesen davon profitierte, wenn Konkursiten finanziell möglichst bald wieder auf eigenen Beinen standen, konnten darum vor

allem seit der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts auch Falliten profitieren. Dieser Pragmatismus wirkte sich vermutlich generell auf die gesellschaftlichen Deutungsmuster von Konkursen aus. Zwar waren Konkurse wohl auch im späten 18. Jahrhundert noch tiefe biografische Einschnitte, es ist jedoch anzunehmen, dass es sich als Konkursit dann leichter weiterlebte als zuvor. Darauf deutet zumindest hin, dass im 17. und frühen 18. Jahrhundert die meisten Falliten, denen rechtzeitig die Flucht gelungen war, nie wieder in die Stadt St. Gallen zurückkehrten, während im späten 18. Jahrhundert die Rückkehr nach der Flucht zur Regel wurde. Weiterleben als Konkursit in der vertrauten Umgebung wurde also plötzlich vorstellbar, während der gesellschaftliche Makel zuvor offenbar unerträglich gross gewesen war.

#### IV. Fazit

Die Gestaltung des St.Galler Konkursrechts wurde überaus stark von den jeweiligen wirtschaftlichen Entwicklungen in der Stadt und der Umgebung geprägt. So schlugen sich beispielsweise Absatzkrisen oder eben auch Anstiege der Konkurszahlen relativ bald in einer Anpassung des Wirtschaftsrechts nieder. Je nach Gruppe, die in diesen Phasen politisch einflussreicher war, wurde das Recht liberaler (bei den Kaufleuten) oder aber „etatistischer“ (bei den Zünften) ausgestaltet.

Unterschiedliche Ausgestaltungen von Konkursgesetzen vor dem Hintergrund regionalspezifischer Besonderheiten zeigen sich auch anderswo.<sup>84</sup> In einigen Hansestädten waren beispielsweise Wechselbriefe oder Speditionsgüter schon im Spätmittelalter vom Universalitätsprinzip ausgenommen.<sup>85</sup> Ob und inwiefern wirtschaftliche Veränderungen auch andernorts laufend Eingang in die Konkursgesetzgebung fanden bzw. ob dort die gestaltenden Kräfte ebenso flexibel wie die St.Galler waren, wenn es darum ging, neuen wirtschaftlichen Entwicklungen auf der Ebene der Konkursgesetzgebung Rechnung zu tragen, wurde bislang nicht umfassend untersucht. Die regionalen Färbungen der Konkursgesetzgebungen deuten jedoch daraufhin.

Nicht nur das Konkursrecht, auch die Strafpraxis unterlag in St.Gallen zwischen 1600 und 1800 einem grossen Wandel. Aufgrund mehrerer Konkurse mit hohen Schuldsommen in den 1640er- und 1650er-Jahren wurde das Recht verschärft. Im Zuge davon wurde anstelle der bisherigen Bannstrafen auch die Todesstrafe vorgesehen, die 1663 erstmals überliefert ist.

Im ersten Drittel des 18. Jahrhunderts stieg die Anzahl Konkurse stark an. Die hohen Konkurszahlen führten vermutlich zu einer gewissen „Normalisierung“ ökonomischen Scheiterns. Die damit verbundene gesellschaftliche Umdeutung wiederum fand Eingang in eine tiefgreifende gesetzliche Neuerung: In St. Gallen wurde es

<sup>79</sup> Guggenheimer, Kredite, Krisen und Konkurse, S. 233 f.

<sup>80</sup> Ebd., S. 235.

<sup>81</sup> Vgl. u.a. StadtASG, RP 1789, S. 190, S. 20; RP 1791, S. 105, S. 152, S. 191 und S. 196 f.

<sup>82</sup> Von Wyss, Geschichte des Concursprozesses, S. 176.

<sup>83</sup> Guggenheimer, Kredite, Krisen und Konkurse, S. 19-21.

<sup>84</sup> Vgl. hierzu Gassert-Schumacher, Privilegien in der Insolvenz, v.a. S. 59. Diese Länderspezifika zeigen sich besonders in den Rangordnungen, vgl. die Beispiele bei Kori, August. System des Concurs-Processes nebst der Lehre von den Classen der Gläubiger nach gemeinem und Königl. Sächsischen Rechten. Leipzig 1828, S. 247 ff.

<sup>85</sup> Stobbe, Zur Geschichte des älteren deutschen Konkursprozesses, S. 64.

Konkursiten ermöglicht, sich in so genannten Accorden aussergerichtlich zu einigen und sich mit der Zahlung einer Konkursquote von ihrer Verschuldung zu befreien. Zwar sollten auch Accorditen nicht straflos ausgehen; ihre Strafen bestanden jedoch nicht aus Verbannung, sondern aus demütigen Kniefällen. Diese Straferleichterung der Accorditen hatte auch einen positiven Einfluss auf die Falliten. Ihre Bestrafung gestaltete sich zunehmend pragmatisch. Zwar wurden sie in der Regel nach wie vor zu Bannstrafen verurteilt, diese wurden jedoch aufgehoben, wenn der Bestrafte eine Anstellung fand und so für sein Einkommen – und das seiner Familie –

sorgen konnte. Für Accorditen wurde so ein wirtschaftlicher Neubeginn möglich, der durch die bisherige Strafpraxis faktisch verunmöglicht gewesen war; für Falliten wurde er immerhin erleichtert.

Wirtschaftliches Scheitern erfuhr im Laufe des 18. Jahrhunderts also eine neue Deutung: War es im 17. und frühen 18. Jahrhundert noch stark als moralisches Versagen gewertet worden, wurde es mehr und mehr als ökonomische Verfehlung interpretiert. Wirtschaft, Recht und Gesellschaft standen also in engem Zusammenspiel und beeinflussten sich gegenseitig stark, wie am Beispiel des frühneuzeitlichen Konkursrechts gezeigt werden konnte.

## From Islamic commercial law to the French Code de commerce – oral and written evidences in commercial trials in Ottoman Bulgaria during the Tanzimat

*Ivelina Masheva*

*The aim of this paper is to identify some of the changes that occurred in the commercial legal framework as a result of the Tanzimat reforms. It focuses not so much on the theoretical side of the law but on the actual application of the regulations in a particular area of the Ottoman Empire. It tries to outline some differences in presenting and examining evidence in the traditional kadi courts and local councils (medjlises) on one hand and the new commercial courts on the other. It investigates what weight the oral testimonies and written documents have in those institutions' decisions, as well as the general process of transition from one legal system to another. The article is based on the various types of archival material such as courts' legal documentation (courts' judgments and decisions, summons, registrations of contracts and agreements, in- and outgoing courts' registers), personal documents of local merchants (correspondence, contracts, ledgers, legal documents), local journals and newspapers as well as on the official Ottoman legislation and regulations.*

During the Tanzimat Ottoman Empire underwent a deep transformation and state reorganization as a way to combat the slow decline of the State that had seen its borders shrink and was growing weaker in comparison to the European powers. Most of the legal reforms involved a certain degree of westernization. In the field of judicial and legal reform we could distinguish two reform models in which the degree of Western influence varied significantly. The first group encompasses laws such as the Land Code, the Civil Code (Mecelle), the Family Law, the Shari'a Courts Procedure Code. They represented codifications of a certain law field, a concept borrowed by the European continental law, and they were structuralized in Western form with articles, paragraphs and chapters. However by their content they represented not a borrowing from some Western legal system but a modification of the old Ottoman laws, their adaptation to the XIX century realities. Most importantly these laws stayed within the framework of the classical Ottoman legal system and were in perfect compliance with the Hanefi Shari'a concepts. Unlike them the second group of Tanzimat laws was a direct borrowing of Western (most often French) legal concepts and sometimes their dispositions represented a direct violation of the Shari'a law which provoked a severe reaction from the ulema. A prime example of the second group is the field of commercial law which

was completely reformed by adopting laws borrowed by the French legal system.<sup>1</sup>

The real institutional and legal change in the field of commercial regulation began in 1840 when the first secular courts were established. At first the mixed courts had a very limited jurisdiction, namely to regulate disputes between foreigners and Ottomans subjects, as well as disputes between privileged Ottoman merchants (beratlı). They were composed of a chairman appointed by the government and by representatives of the business community which in case of mixed disputes should consist of equal numbers of Ottoman and foreign subjects. The mixed courts settled commercial disputes on the base of secular westernized legislation even before the formal adoption of the Commercial Law in 1850.<sup>2</sup> In 1841 Mustafa Reshid Pasha – the key reformist figure in the early Tanzimat years tried to implement the French Commercial Code for all commercial disputes but faced a fierce opposition from the ulema. Their main complaints were that the new forms of business partnerships differed from those stipulated by the Islamic law and especially that the

<sup>1</sup> Bozkurt, G., *The Reception of Western European Law in Turkey*, *Der Islam*, b. 75, h. 2, 1998, pp. 283-295; Milkova, F., *Influence du droit d'Europe occidentale sur le système juridique de Turquie*, *Bulgarian Historical Review*, 1982, 4, pp. 92-97

<sup>2</sup> *Istoria na Osmanskata imperia*, Mantran, R. (ed.), Sofia, 1999, p. 490

law legalized interest bearing loans which were strictly forbidden by the Shari'a. For this and other transgressions the ulema and the conservative party in the Ottoman ruling class succeeded in removing Reshid Pasha from the government. In 1841 he was sent abroad as an Ottoman ambassador and during his absence most of the reforms were suspended. With his reinstatement as foreign minister in 1845 and especially after he became grand vizier in 1846 the reform continued with new vigor. Starting from 1847 a network of commercial councils was gradually established in the big commercial centers in the provinces.<sup>3</sup> The first commercial court in Ottoman Bulgaria was created in Tarnovo<sup>4</sup> and the process of establishing new specialized judicial institutions continued until the very end of the period. The last commercial court – this in Pleven was created in 1877, months before the start of the Russian-Turkish war of 1877-1878. In the end of the period there were 16 such institutions in the whole region – in Ruse, Shumen, Silistra, Svishtov, Varna, Balchik, Tarnovo, Lovech, Vratza, Pleven, Lom, Vidin, Sofia, Kustendil, Plovdiv, Sliven.<sup>5</sup> Considering the size of the territory (111 sq. km) this constituted a rather dense network of specialized judicial institutions, established in almost all the major economic centers.

Alongside new institutions, the government started working on a new commercial law, based on the French Code de commerce, which was promulgated in 1850. With its extensive definitions of a wide scope of key commercial issues, it represented a comprehensive codification of the most important legal aspects of a merchant's activity. It clearly defined the status of a merchant, his book-keeping obligations, the types of business partnerships, associations and companies, the financial and payment instruments and their legal use as well as the bankruptcy procedure.<sup>6</sup> In 1856 the Hatt-i Humayun, an important reform edict, was promulgated by the sultan. Among other important reforms it also promised that the penal and commercial law and the procedure law for the new secular courts would be codified as soon as possible. As a result in the early 1860s three new commercial laws were passed and they were all borrowed from the French legal system. First in 1860 an Appendix to the Commercial Code regulating the organization of the commercial courts was passed. Codes of procedure for mixed commercial courts and of maritime commerce followed in 1861 and 1863 respectively.

The law on commercial courts introduced a strict hierarchy of the specialized judicial institutions. In addition to the first instance commercial courts that already existed in many commercial centers, it established an appellate court in Istanbul, creating this way for the first time an opportunity for appeal of the first instance courts' decisions. The commercial courts members included a chair-

man, two permanent members and four provisional members.<sup>7</sup> Compared to the other new judicial bodies the requirements for occupying the post in the commercial courts were more liberal and undiscriminating towards the non-Muslim subjects of the Ottoman Empire. The civil and criminal courts were presided by the kadi who is of course a Muslim and had an equal number of Muslim and Non-Muslim members. In effect the Christian majority of the Balkan population was discriminated as it was always underrepresented in the civil and criminal courts. In the commercial courts however there were no such requirements so we could actually find Christians and Jews as chairmen of such institutions. The majority of the heads of courts were however Muslim. Between 1868 and 1877 about 73,8% of the chairmen of the commercial courts in the Danube vilayet were Muslim. This percentage dropped to 54% for permanent members of court and to 37% for provisional members. With the exception of the scribes who due to linguistic reasons were overwhelmingly Turkish, significant part of the courts' personnel consisted of Non-Muslims (Bulgarians, Greeks, Armenians, Jews etc.).<sup>8</sup> In addition to them when the case involved a foreign citizen representatives of the respective state also took part of the judicial proceedings.<sup>9</sup> The formation of mixed judicial institutions was one of the major issues of the Ottoman judicial reforms. Both the foreign countries and Ottoman minorities insisted on their establishment as way to avoid both corruption and discriminatory practices towards Non-Muslims. When we examine the application of the reforms in this particular region we could find that the promises of the reform edicts in this regard, as well as the dispositions of the new commercial laws were quite successfully implemented. Another significant advantage of the commercial courts over the traditional Ottoman judicial institutions was the participation of active businessmen in the judicial process as one of the main critics of the kadi courts were their ignorance of the actual business practices. These characteristics of the commercial courts organization should be taken into account when explaining the appeal of these institutions and the abundance of cases that privileged merchants transferred from the provincial kadi courts and local councils to the commercial court in Istanbul.

This general description of the course of the reforms however should not be oversimplified. There were several factors that made this transition gradual and not absolute. Firstly, while the field of commercial law was reformed with laws borrowed from the French legal system, the civil law reorganization represented a modification of the old Ottoman laws, their adaptation to the XIX century realities. Most importantly the Ottoman civil code (Mecelle) stayed within the framework of the classical Ottoman legal system and was in perfect compliance with the Hanefi Shari'a concepts. This resulted in an inhomogeneous and internally contradictory legal system

<sup>3</sup> Novichev, A., *Istoria Turcii*, vol. II, p. 2 *Novoe Vremia* (1839-1853), Leningrad, 1973, p. 128

<sup>4</sup> BOA, MVL, D. 249, G. 20

<sup>5</sup> *Salname-i vilayet-i Tuna*, d. 10, 1294; *Salname-i vilayet-i Edirne*, d. 6, 1294; *NLCM – OD, Sf (Cφ)* 1/61; *Dunav/Tuna*, XII, issue 1080, 20 June 1876

<sup>6</sup> *Code de commerce de l'Empire Ottoman*, Constantinople, 1850

<sup>7</sup> Young, G., *Corps de droit ottoman*, t. 1, Constantinople, 1905, pp. 226-238

<sup>8</sup> *Salname-i Vilayet-i Tuna*, d.1 – d.10, 1285-1294;

<sup>9</sup> *Salname-i Vilayet-i Tuna*, d.1 –3, 1285-1287;

whose principles derived from both the Islamic law and the European continental legal tradition. For example the Commercial Law classified the types of business partnerships according to the French legal system as collective partnership (kollektif şirket; société en nom collectif), limited partnership (komandit şirket; société en commandite) and limited liability company (anonym şirket; société anonyme).<sup>10</sup> The Civil code on the other hand described the types of partnerships according to the Islamic law as mufavada, mudaraba etc.<sup>11</sup>

Other complicating factor was the existence of several categories of merchants which enjoyed special judicial status. The first category of privileged merchants consisted of foreign citizens and protégés who enjoyed various privileges under the capitulations. The inequality of Muslims and Non-Muslims with regard to testimonies was one of the main concerns of Western businessmen operating in the Ottoman Empire as they considered it both as discriminatory and as a possible source for legal frauds. As a result of the complaints of the foreign merchants and their governments, from 16th century onward international treaties between Ottoman Empire and foreign powers began to include provisions regarding the use of documents in trials. The capitulations stated that a foreigner could be found liable for financial obligations only on the basis of written evidence. All oral testimonies to the contrary should be dismissed by the judge.<sup>12</sup>

The special legal status combined with other privileges of the foreign merchants such as lower custom duties, exemption of taxes etc. made this status desirable in the eyes of Ottoman Christians and Jews. By the 18th century a considerable number of them had found a way to acquire foreign citizenship or foreign protection and thus became protégés. As a measure against this widespread practice in the beginning of the 19th century the Ottoman government created its own category of privileged merchants called Avrupa tüccarı or European merchants. Later on a similar category under the name of Hayriye tüccarı was created for the Muslim merchants.<sup>13</sup> With few exceptions the Ottoman privileged merchants had the same rights as foreign citizens and protégés, including provisions that if written evidence is presented in cases involving a privileged merchant, judges' decision must be based on the written documents and not on other forms of evidence. Both categories of privileged merchants also had a right to transfer their disputes from the provinces to Istanbul. From 1840 onward this cases were transferred to the newly established commercial court where they were resolved according to the French commercial code.

The importance of these privileges could be well illustra-

<sup>10</sup> Code de commerce de l'Empire Ottoman, 1850, Constantinople, p. 8-13.

<sup>11</sup> Young, G., *Corps de droit ottoman*, t. 6, Oxford, 1906, p. 356-373

<sup>12</sup> Boogert, M. *Capitulations and the Ottoman Legal System*, Leiden, 2005, p. 44

<sup>13</sup> Masters, B, *The Sultan's Entrepreneurs: The Avrupa Tüccarıs and the Hayriye Tüccarıs in Syria*, *International Journal of Middle East Studies*, 1992, pp. 579-597

ted with a case from 1861. The heirs of the deceased Christian merchant from Tarnovo haci Mincho were sued by Karamanli Mehmed aga who claimed to be owed the sum of 30 000 kurushes from the deceased. He could produce no written evidence but only oral testimonies supporting his claim. As the case was tried in the kadi court and would be decided under the Sharia law his claim was likely to be upheld. Apparently aware of this strong possibility the other party requested that the case is transferred in the Istanbul commercial court where it would be tried under Western law and the lack of written evidence would make it much more difficult to win.<sup>14</sup> Another case from 1859 – this of Todor Iliev, a Christian merchant from Svishtov (on the Danube river) vs. a local Armenian merchant is also a good example of the importance of the legal status to the outcome of a commercial trial. Iliev did not have a status of a privileged merchant and therefore his dispute with the local merchant should be tried in the kadi court. Iliev however was very reluctant to submit its claim there as he perceived his chances for a swift and favorable decision to be quite low. So he decided to acquire a status of Avrupa tüccarı which would give him the right to transfer the case to the commercial court in the capital. He researched the different opportunities and changed his strategy several times without actually giving up his desire to change his legal status. At first he considered becoming an employee of a beratlı merchant which would give him almost the same privileges at 1/3 of the price of a personal berat (500 instead of 1500 kurushes). When this strategy failed he considered next buying a berat himself. While in a correspondence with a business associate in Istanbul who was about to get the procedure started Iliev became aware of another possibility. A friend of his acquainted him with a clerk from the corporation of the beratlı merchants. The clerk proposed him a false document confirming his belonging to the category without this actually being true. Unfortunately it is at this point that the documents come to an abrupt end and we do not actually know the ending of the case. The merchant's insistence that the belonging to the category of privileged merchants is directly connected to the chances of winning the trial however is very revealing about the importance of the special legal status.<sup>15</sup>

As a final example to the differences in the legal status of privileged and unprivileged merchants I would like to discuss the failed attempt to establish a commercial court in Stara Zagora. In 1858 the local business community there, explicitly defined as encompassing the Christian, Muslims and Jews of city, petitioned the central administration with a request to establish a commercial court in the city. They had a specific request for the court to be open to all of the local businessmen and not only to the beratlı merchants. However they were disappointed because the ferman that was subsequently issued stated that the court would be accessible only to the privileged merchants.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> BOA, A}MKT.UM, D. 499, G. 77

<sup>15</sup> NLCM – BHA, f. 6, a. u. IA 1912- IA 1936

<sup>16</sup> NLCM – BHA, f. 6, a. u. IA 5115- IA 5141; see also Davidova, E.,

In the field of commercial law the legal framework is further complicated by the fact that the reforms were applied gradually. They were first introduced in the newly created commercial courts but other institutions like the kadi courts and the local councils continued to judge commercial trials under the Islamic law. While reforms started in 1840 with the creation of the first commercial court in Istanbul, in the decades that followed the two legal systems were largely practiced simultaneously. The application of the new commercial legislation in 1840s and 1850s in Ottoman Bulgaria was further hampered by the slowness of the process of establishing commercial courts. This is especially true for the period before the Crimean War of 1853-1856 in which very few provincial commercial courts were established. As a consequence in most cases during the 1840s and 1850s the access to the new institutions and the new legislation was not easily available. So merchants often had to choose between the kadi court, where the case would be adjudicated according to the Islamic Law or other informal, or semi-official arbitral tribunals. Privileged merchants such as foreigners, protégés of foreign countries and the Ottoman *beratli* merchants also had the right to transfer their cases in the Istanbul commercial court. The reforms of the early 1860s – the promulgation of the law on commercial courts, the procedure code and the provincial reforms in the early 1860s made this judiciary field significantly more homogenous. Particularly important was the promulgation of the Appendix of the Commercial code in 1860. It corresponds to the third part of the French Code de commerce that regulated the organization of the commercial courts. This part was not adopted in 1850 because it was considered incompatible with the Ottoman judicial system.<sup>17</sup> One decade later however the reforms had advanced sufficiently to change this opinion. Art. 1 of the law stated that all commercial trials regardless of the status of the parties concerned should be tried in the commercial courts.<sup>18</sup> The adoption of Appendix of the Commercial Law expanded significantly the jurisdiction of the commercial courts and made an important step towards eliminating the differences in the legal status of privileged and non-privileged merchants. As a result in the 1860s and 1870s the commercial courts gradually assumed a key role in resolving commercial cases.

The new commercial laws represented in fact a transition from one legal system to another – from Islamic commercial law to the new westernized commercial regulations. The two legal systems had completely different foundation and logic and it is not surprising that their dispositions varied significantly one from another. I would try to outline some of the major differences particularly with regard to their procedural rules and the nature of judicial evidence in order to establish the nature of the changes that occurred and the spirit of the reforms.

The first area in which the two systems differed substantially one from another is the types of evidences used

and their relative importance in deciding the case. Under the Sharia most types of cases could be resolved on the basis of 3 types of evidence – oral testimonies, written documents and oath taking.<sup>19</sup> Traditionally the most important and the most used type of evidence in Islamic law are the oral testimonies. In theory, almost all allegations and claims could be proven by the testimony of two (or in some cases four) witnesses. The results of Ergene's investigation of the practice of the kadi courts in the Ottoman Empire in early modern times confirms that indeed the oral testimonies were the most widespread type of evidence used in trials.<sup>20</sup> The data from the Ottoman Bulgaria from the 1850s and the 1860s confirms this general characteristic of the Ottoman kadi courts practice. Oral testimonies continued to be widely used in commercial trials during the Tanzimat. In some cases these are the main type of evidence on which the court's decision was based. Such are for example the cases of Raicho, son of Pencho vs. Dimitri, son of Haci Stoyan<sup>21</sup> and of Benjamin, son of Rafail vs. Docho, a shepard<sup>22</sup>, both tried in the Ruse kadi court in 1860s. Both cases represented partnership dissolution with one of the former partners contesting the amount of money the other partner was due to receive from the capital of the liquidated common business. Both cases were resolved by presenting only oral testimonies as evidence. It is worth noting that in both cases the litigants were Non-Muslims, but the testimonies they presented to court were without exception those of Muslims. Moreover all the witnesses were described according to the Shari'a stereotype for ideal witness as "impartial, honest and respected Muslims". The problem with the discriminatory attitude of Islamic law towards the testimonies of Non-Muslims is one of the defects of the Ottoman judicial system that both Ottoman minorities and foreigners often criticized. For that reason equality between the judicial status of Muslims and Non-Muslims testimonies was targeted as one of the aims of the reforms. Despite the promises made by the Hatt-i humayun of 1856 that testimonies of Non-Muslims in Ottoman courts should be accepted as equally valid to those of Muslims, evidence suggests that in fact in the following decades progress has been made generally with regard to the practice of the new type of civil, criminal and commercial courts whereas the more conservative kadi courts were still criticized for not fully accepting Non-Muslims testimonies.<sup>23</sup>

The second type of evidence in Islamic law was written documents. The practice in the kadi courts in Ottoman

Balkan Transitions to Modernity and Nation States, Leiden, 2012, p. 166

<sup>17</sup> Code de commerce de l'Empire Ottoman..., p. 4

<sup>18</sup> Young, G., Corps de droit ottoman, t. 1, ... p. 226

<sup>19</sup> Gerber, H., State, Society and Law in Islam. Ottoman Law in Comparative Perspective, New York, 1994

<sup>20</sup> Ergene, B., Evidence in Ottoman Courts of Law: Oral and Written Documentation in Early-Modern Courts of Islamic Law, Journal of American Oriental Society, vol. 124, 2004, pp.471-491

<sup>21</sup> NLCM – OO, R 27, 56b, doc. 2

<sup>22</sup> NLCM – OO, R 27, 32b, doc. 2

<sup>23</sup> Schopoff, A., Les réformes et la protection des chrétiens en Turquie, 1673-1904: firmans, bérats, protocoles, traités, capitulations, conventions, arrangements, notes, circulaires, règlements, lois, mémorandums, Paris, 1904, p. 87 ; Petrov, P., Anketa za deinoshta na kazaliiskite sudilishta, Izvestia na bulgarskoto istoricheskoto druzestvo, vol. 37, 1985, pp. 441-453; Arhiv na Naiden Gerov, part 1 (1857-1870), vol. 1, Sofia, 1931, pp. 203-204 ;

Bulgaria does not deviate much from the general conclusions about the Ottoman legal system in the classical period. Documents were used and accepted type of proof in the kadi courts. However they were often accompanied by oral testimonies.<sup>24</sup> Such is for example the case of the hadji Tanas and Mavridi vs. Hristo from Russe which was tried by the Russe kadi court in the late 1840s and was subsequently appealed at the Silistra eyalet meclis in the early 1850s. The case involved a conflict between a principal and an agent. The agent claimed that his former business associates owned him a certain amount of money in return for certain quantity of wheat he had bought on their account. The principals denied that they have ordered him this purchase. They claimed to have ended their business relations with the agent and that the accounts of the common business transactions had been cleared. Crucial evidence in the trial was the accounts of the former business partners. However they are not presented in the court on their own. It was stated that they had previously been reviewed in the presence of Murad Azaci and Hodja Daniil whose testimonies were also presented to the court. This case is also very interesting for one more reason – it was tried exactly in the time where the new Commercial Law was coming into force as the decision of the first instance kadi court had been issued in the late 1840s, few years before the promulgation of the Law and the appeal was in 1853, i.e. few years after the Law came into force. For that reason the terminology used in the document is a mixed one. In the beginning the relationship between the contesting parties is described in terms of Islamic law as inan partnership. However later in the document the defendants described Hristo as their commissioner, i.e. using the terms of the new westernized Commercial Law.<sup>25</sup>

In some cases validation of written documents presented to the court was assigned to the respective guild. Such is the case of the dissolution of the partnership of two grocers from Ruse – Dobri, son of Yovan and Esseid Ali bin Abdulsehim in the early 1860s, whose accounts had been reviewed by selected members of the grocers' guild.<sup>26</sup> In both above-mentioned cases the crucial evidence on which the court decision was based was the written evidence. However the court did not rely solely on the written documents but took into account the testimonies of witnesses who had previously reviewed the documentation. The role of the witnesses was evidently this of experts who should attest as to the legality and validity of the form and content of the documents.

The third source of proof in kadi courts was the taking or failure to take an oath. It was primarily used in cases where neither oral, nor written evidences were available. The oath continued to be used in commercial trials in the

kadi courts of the Danube provinces in the Tanzimat. Such is for example the decision of the Vidin kadi court from 1851 on the dispute of Nikola, son of Stanko vs. Stoyan, son of Dimitri. As the claimant was unable to provide corroborating evidence the judge offered to the defendant to take an oath that the allegations are false. He did that and won the case.<sup>27</sup> The dispute between the grocer Ahmed and Yorgi, son of Dimitri, tried in Varna kadi court in the mid-1830s resulted in a different outcome. Ahmed claimed a debt of 191 kurushes from a sale of food products but could not present any evidence supporting the claim. The judge offered Yorgi the possibility to take an oath denying the allegations but he declined and was subsequently sentenced to pay the debt.<sup>28</sup>

These characteristics of the classical Ottoman legal system with regard to written and oral proof were still evident in the kadi courts and to a large extent in the provincial councils of Ottoman Bulgaria during the first decades of the Tanzimat period. Starting from 1840s however the Ottoman state began a series of reforms in the field of commercial law which gradually transferred the jurisdiction over commercial trials to the newly created commercial courts where Islamic law were substituted with legislation borrowed from the West. The new institutions applied right from their beginning the French Code de commerce. Commercial courts accepted both written and oral type of evidence. Written documents however were significantly more important and usually the outcome of the case was decided by the content of the presented written proves. Most often the litigants presented in court different types of bills of exchange, promissory notes, ledgers, contracts, receipts etc. In the documentation, relating to a case tried in an Ottoman commercial court it is customary to refer to the type of document presented as evidence by the claimant. A typical example in this regard are two disputes of Hristo Tabchileshtov – an affluent Bulgarian merchant, residing in Istanbul with two of his business partners from Vidin and Kotel, district of Shumen. In both cases the Istanbul merchant had procured an order (emirname) from the central government to the provincial authorities that his debt is to be collected. In both cases the orders state explicitly what kind of written proof had been presented by the claimant. In the first case he had given his ledgers and in the other – a bill of exchange.<sup>29</sup>

Some of the commercial documents presented as evidence in court like ledgers and bills of exchange had compulsory elements which they had to contain in order to be legal. The merchants were quite aware of these requirements. In 1850 for example the same affluent Bulgarian merchant residing in Istanbul scolded his business partner Ivan Radonovich from Tarnovo who had endorsed a bill of exchange without putting his signature on it. Tabchileshtov reminded him that this document has no legal standing and Radonovich should mind such

<sup>24</sup> Gerber, H., *State, Society and Law in Islam. Ottoman Law in Comparative Perspective*, New York, 1994; Ergene, B., *Evidence in Ottoman Courts of Law: Oral and Written Documentation in Early-Modern Courts of Islamic Law*, *Journal of American Oriental Society*, vol. 124, 2004, pp. 471-491; Jennings, R., *Limitations of Judicial Powers of the Kadi in the 17th C. Ottoman Kayseri*, *Studia Islamica*, vol. 50, 1979, p. 174

<sup>25</sup> BOA, C.IKTC, D. 17, G. 824

<sup>26</sup> NLCM – OO, R26, 116, doc. 2

<sup>27</sup> NLCM – OO, VD (Bd) 3/51

<sup>28</sup> Alpaslan, E., *1247-1254/1830-1838 Tarihli 2 Nolu Varna Şer'iyye Sicil Defterinin Traskripsiyon ve Değerlendirmesi*, Yüksek Lisans Tezi, KSÜ, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1996, s. 489-490

<sup>29</sup> BOA, HR.MKT, D. 227, G. 66; BOA, HR.MKT, D. 366, G. 78

formalities in the future.<sup>30</sup> Ledgers were also subject to specific requirements under the provision of art. 3-9 of the Commercial Law.<sup>31</sup> When presented to court they were reviewed and in case the requirements of the law had not been fulfilled they could be rejected as evidence. While not always presented as evidence in debt collection suits, ledgers were particularly important in bankruptcy procedures and company dissolution cases. All announcements of declared bankruptcies published in the local official journals explicitly stated that the ledgers of the bankrupt had been presented to the court for reviewing and assessing the company's assets and liabilities. Part of the process was also assessing whether the information in the ledgers meet the requirements of the law. In some cases however compromises were made. Such is for example the case of the Benjamin Yagdjioglu who declared bankruptcy in Shumen in 1874. The court found irregularities in its ledgers. They were nevertheless accepted as the court stated that the errors were not maliciously done but were due to the advanced age of the bankrupt merchant.<sup>32</sup>

The businessmen in Ottoman Bulgaria were also very conscious about the protestation of unpaid financial documents such as bills of exchange. The archive of Hristo Tabchileshtov provides several examples of such practice. In 1860 he was charged to cash a bill of exchange and send the sum to his business partner in a small town in the Balkan Mountains. He was also instructed by his business partner in case of refusal to return the bill of exchange as soon as possible in order to be protested and the due interest for the delay to be preserved.<sup>33</sup> Several years later in a similar situation Tabchileshtov preferred to protest the bill himself and then sent it to his business partner in the province.<sup>34</sup> Protesting the bill in time costed money but if the creditor won the dispute he could claim not only the interest for the delayed period but also all expenses for protest, court taxes, postal services and any other additional expenses he had made in the course of the dispute. In fact such claims were often made as part of the depositions. For example in 1859 the same merchant – Hristo Tabchileshtov addressed a petition to the Grand vizier requesting an order to the kaymakam of Plovdiv concerning a debt own to him by the local businessman Salcho Chomakov. Tabchileshtov presented as evidence a bill of exchange (*poliçe*) as well as his ledgers. He claimed a debt of 81 Ottoman liras plus an interest of 7,5 liras and expenses for protest, telegraph, post etc. expenses to the amount of 3 liras.<sup>35</sup> These were not isolated cases. Delayed payments and use of financial instruments were a very common practice in the Ottoman Balkans. The use of bills of exchange while convenient for long distance trade also carried an increased risk of non-payment. For that reason debt collection and unfulfilled

financial obligations under a certain type of financial documents were the most frequent cause to address the commercial courts. Such cases were part of the normal everyday business practices. The businessmen operating in the Ottoman Balkans were very well aware of the law dispositions in this regard and were mindful to abide by them in order to secure judicial protection in case of a conflict.

Some of the documents presented to court had previously been registered in some official institution. In the absence of specialized notary service, several institutions fulfilled such functions. A partially preserved register of the Vidin commercial court from the late 1860s-early 1870s for example contains numerous entries of registered commercial contracts. Most of them concern early purchases of agricultural goods such as wheat, corn, barley etc.<sup>36</sup> Other transactions were registered in the kadi court such as for example the two loans given to Kara Dimo in 1860, registered in the sicils of the Ruse kadi court.<sup>37</sup> In May 1865 the provincial administration of the Danube vilayet issued an order that all commercial contracts and other agreements concluded in the villages of the province should be registered in the so call *ihyar meclisi* or councils of the elders.<sup>38</sup> As we could see not only were documents increasingly important in commercial trials but both businessmen and the government were becoming more and more concerned with their form and authenticity, taking all kinds of precautions to insure the validity of documents in case of trial.

Oral testimonies were also presented in the course of trials in commercial courts but they differed from those usually presented in kadi courts. Generally it was not third parties but the litigants themselves who gave testimony in commercial courts. Their testimonies were either part of the deposition and explained certain details, pertaining of the matter of the claim or they testified in their capacity of authors of the presented documents, confirming the authenticity of their content. In both cases however it was the written document that was essential to the outcome of the case whereas the testimony had supplementary role regarding the validity of the presented document. When such testimonies were given by Non-Muslims communal and religious institutions were used as mediators. Their function was to confirm that the oath was given according to the rules of the faith of the witness. A formidable example in this regard are the records of the Bulgarian community organization in Ruse, published by T. Sahara, which contain numerous requests from the local commercial court regarding validation of testimonies of Orthodox Christians.<sup>39</sup>

The majority of the population in Ottoman Bulgaria was non-Turkish speaking and was prone to keeping their commercial documentation in their mother tongue. As a result many of the documents presented to court were written in a language other than Turkish – Bulgarian,

<sup>30</sup> Regional State Archive – Tarnovo, f. 82k, inv. 1, a.u. 157

<sup>31</sup> Code de commerce de l'Empire Ottoman, Constantinople, 1850, p. 7-8

<sup>32</sup> Dunav/Tuna, X, issue 899, 14 August 1874

<sup>33</sup> NBCM – BHA, f. 6, a.u. IA 1928

<sup>34</sup> NBCM – BHA, f. 6, a.u. IA 8985, p. 197, 261

<sup>35</sup> BOA, HR.MKT, D. 289, G. 47

<sup>36</sup> NLCM – OD, f. 1A, a.u. 34925

<sup>37</sup> NBCM – OO, R27, p. 70a

<sup>38</sup> NBCM – OO, Vd (Bd) 68/1, p. 16

<sup>39</sup> Sahara, T., L. Zlatev, T. Bilchev, and Y. Takamatsu. *An Eastern Orthodox Community During the Tanzimat*. Tokyo, 1997

Greek, Armenian etc. For this reason some of the local commercial courts like this in Tarnovo had official translators.<sup>40</sup> Courts that did not have specifically assigned paid translators also did *ex-officio* translations of written evidence. Such is for example the case of Yotzo Bojilov vs. Dancho Nikolov, tried in the Vidin commercial court in 1875. The main evidence was a promissory note for 16 500 kurushes. It was written in Bulgarian and the court made an *ex-officio* translation as part of the judicial process. The subsequent ruling was based primarily on this document.<sup>41</sup>

As we could see oral and written evidence was used both in the kadi courts and local councils, which applied mostly Islamic commercial law and in the new commercial courts which operated according to Western rules. When we assess the relative importance of the different types of evidence in the two legal systems it is clear that with the adoption of the French Code de commerce the role of the oral testimonies decreased significantly whereas written documents became more widely used.

The formalization of the judicial process as a result of the reform is also quite evident in the procedural practices of the two legal systems. Procedural process in the kadi courts was much less formalized than in the westernized courts. The depositions were usually made orally, in informal style and with no requirements as to the form and language of the deposition. That made them more accessible for ordinary people who did not need any legal qualification in order to represent themselves in court.<sup>42</sup> Although the Islamic law recognized the figure of the legal representative in court his functions differed significantly from that of a modern lawyer. In kadi courts representatives usually appeared when the litigant was unable or unwilling to go to court in person and most often such functions were executed by a closer relative or friend.<sup>43</sup> Commercial courts on the other hand had a specific procedure code which regulated in great detail all the steps of the trial. The Commercial Procedure Code, promulgated in 1861 had concrete requirements on the content and form of the deposition, on the summoning of the parties, on legal representation, on cassation and appeal of a trial.<sup>44</sup> Any deviation from the dispositions of the law

was ground for appeal, cassation or retrial. As a result commercial trials became much more formalized and began to require specialized judicial expertise. It is not a coincidence that it was in this period that figure of the modern lawyer made its appearance in the Ottoman Balkans.<sup>45</sup> The importance of even small procedural omissions could be illustrated by a case tried in 1875 in Ruse. The court's decision on the case had been annulled at the request of the defendant because the power of attorney the claimant gave to his lawyer was a general one and did not include a specific mention of the concrete judicial case. The same case was subsequently delayed again because of a faulty power of attorney. The reason was the death of the claimant and the omission of the heirs to draw up a new document with their names as claimants in lieu of their deceased father. The defendant was quick to take advantage in a move that the lawyer described, probably not without reason, as an excuse to gain time and to delay the case.<sup>46</sup>

During the Tanzimat period Ottoman Empire made a profound reform in its commercial laws by replacing the Islamic commercial regulations with a westernized legislation. The application of the new laws resulted in more formalistic legal culture which relied more heavily on written evidence as opposed to oral testimonies. Both the old system based on Sharia law and the new westernized commercial laws recognized both types of evidence but with the transition from one system to another the focus shifted from oral to written proof.

When we discuss the transition however we should also keep in mind that the application of the reforms was not a homogenous process. There was a transition period in which the two systems co-existed and were both applied simultaneously but in different types of institutions. Another complicating factor was the existence of special categories of merchants such as foreign citizens and protégés as well as Ottoman *beratlı* merchants. They had special privileges such as the right to demand judgments based on written evidence, an access to special judicial institutions and a right to transfer cases to the capital. This resulted in a pluralistic legal framework and presented merchants with legal loop holes and opportunities for forum shopping.

<sup>40</sup> Salname-i vilâyet-i Tuna, d. 4-6, 1288-1292

<sup>41</sup> NLCM – OD, f. Vd (Bd) 1/34

<sup>42</sup> Jennings, R., Limitations of Judicial Powers of the Kadi in 17th C. Ottoman Kayseri, *Studia Islamica*, 50, 1979, pp. 180-184

<sup>43</sup> Jennings, R., The Office of the Vekil (Wakil) in 17th Century Kayseri, *Journal of Economic and Social History of the Orient*, 18, 1975, pp. 53-114

<sup>44</sup> Aristarchi bey, G., *Législation ottoman*, t. 2, Constantinople, 1874,

pp. 374-400

<sup>45</sup> Masheva, I., Ottoman Commercial Regulations during the Tanzimat period (1839-1877). Legislation Reforms and Their Application in the Town of Rusçuk, *Papers of the American Research Center in Sofia*, vol. 1, 2014, p. 125-126

<sup>46</sup> NLCM – BHA, f. 6, a. u. IA1304, IA1331

# Code unique als Schweizer Glanzleistung

Urs Fasel

## I. Weltweite Ausstrahlung des Code unique<sup>1</sup>

Code unique bezeichnet die gemeinschaftliche Normierung von Handels- und Obligationenrecht, ohne dass das Handelsrecht einer Spezialgesetzgebung zugewiesen wird. Damit führt das Handelsrecht ein «Dasein unter dem breiten Dach des OR»<sup>2</sup>, sodass Handelsrecht im formellen Sinne, das ausschliesslich auf Kaufleute Anwendung findet, sowie Handelsrecht im materiellen Sinn, das zwar allen Rechtssubjekten zur Erreichung beliebiger Ziele offen steht, aber inhaltlich ganz den Bedürfnissen und Gewohnheiten des Handels geleitet sind, in das OR integriert wurde<sup>3</sup>. Über 130 Jahre nach in Kraft treten des alten Obligationenrechts darf festgestellt werden, dass die Idee der Gesamtkodifikation bis heute bestechend ist<sup>4</sup>.

Einem ausländischen Betrachter fällt damit als erstes auf, dass der Begriff Schweizer Zivilgesetzbuch zweierlei bedeuten kann<sup>5</sup>: einmal das im Jahre 1907 vom Gesetzgeber einstimmig verabschiedete Gesetz, welches die Einleitungstitel, das Personen-, Familien-, Erb- und Sachenrecht umfasst (das «ZGB im engeren Sinne»), oder die Gesamtkodifikation unter Einschluss des Obligationenrechts, das als fünfter Teil des ZGB deklariert wurde und zusammen mit diesem das ZGB im weiteren Sinne ausmacht. Dabei beinhaltet das Obligationenrecht, als fünfter Teil des Zivilgesetzbuches, ebenfalls das Handelsrecht, indem die Schweiz dem Monismus folgt, und das Handelsrecht nicht vom allgemeinen Privatrecht ausschließt<sup>6</sup>. Damit ist sie ein Sonderweg gegangen, der weder in Deutschland noch in Frankreich seine Vorbilder findet.

In der Zwischenzeit sind viele Länder der Schweiz in diesem Modell des code unique gefolgt: Italien hat bei der

Schaffung seines neuen Codice Civile im Jahre 1942 wie die Schweiz die traditionellen handelsrechtlichen Materien in die Kodifikation einbezogen, darüber hinaus auch weitere Materien wie vorab das Arbeits- und Unternehmensrecht im fünften Buch, überdies das Rechtsschutzrecht mit verfahrensrechtlichen Regeln im sechsten Buch<sup>7</sup>.

Auch die Niederlande hat eine gänzlich erneuerte Privatrechtsgesetzgebung vorgelegt, wobei die Neufassung des Burgerlijk Wetboek das gesamte Zivil- und Handelsrecht eingeschlossen und mitumfasst hat<sup>8</sup>. Auch hier wird die Aussonderung des Handelsrechts fallen gelassen.

Neben der Vollrezeption durch die Türkei hat der code unique einen weltweiten Siegeszug angetreten: Sowohl im Nahen Osten als auch in Japan, China und Thailand besteht eine weitgehende Angleichung an die Schweiz, und insbesondere in Thailand erfolgt eine Vereinigung von Zivil- und Handelsrecht zu einem gemeinsamen Gesetzbuch, was sich mit der schweizerischen Lösung des ZGB im weiteren Sinne deckt<sup>9</sup>: Keine Suche nach Abgrenzung, vielmehr Verzicht auf Unterscheidung ungeachteter Berücksichtigung sachlich geforderter Besonderheiten.

Als Schweizer Komparatist darf man ruhig feststellen, dass sich die schweizerische Lösung nicht nur in der Schweiz selber bewährt hat, sondern auch als Schweizer Glanzleistung<sup>10</sup> ausgestrahlt hat und zu einem weltweiten Exportschlager, ähnlich einer Schweizer Schokolade oder Schweizer Uhren, geworden ist. Dies verstärkt die Frage umso mehr, woher diese schweizerische Lösung stammt, und welche Hauptportagonisten diese glückliche Fügung des schweizerischen Zivilgesetzbuches, verstanden im umfassenden Sinn, zustande gebracht haben.

## II. Kantonale Vorläufer

### 1. Zeitlicher Überblick über Bundesstufe

Die Bundesverfassung von 1848 erfüllte zwar manche Anliegen wirtschaftspolitischer Art, namentlich die Handels- und Gewerbefreiheit und schuf einen einheitlichen Wirtschaftsraum, doch die Rechtseinheit brachte die Bundesverfassung von 1848 nicht<sup>11</sup>. Zuständig für den Erlass von Privatrecht waren nach wie vor die Kantone, wobei als erster Kanton die Waadt begonnen hatte, die kantonalen Kodifikationen zu erlassen<sup>12</sup>.

<sup>1</sup> Ich bedanke mich bei Frau Melanie Ramsebner für die Mithilfe bei der Erstellung des Aufsatzes.

<sup>2</sup> So Caroni, der «demokratische Code unique» von 1881, in: Das Obligationenrecht 1883-1993, S. 19.

<sup>3</sup> Vgl. dazu statt vieler K. Otfinger, Handelsrecht und Zivilrecht, Monismus oder Dualismus des Privatrechts und seiner Gesetzbücher?, in: Ausgewählte Schriften, Zürich 1978, S. 101-119, Spiro, Einheit der Kodifikation und Selbständigkeit des Handelsrechts in der Schweiz, in: Inchieste di diritto privato III, Padova 1973, S. 565-575, Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, Dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, Karlsruhe 1965, sowie Merz, das Schweizerische Obligationenrecht von 1881, Übernommenes und Eigenständiges, in: 100 Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Freiburg 1982, S. 3-29 sowie insbesondere Bucher, Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht, in: ZSR 102/1983 II 257-383, insbesondere S. 262-265.

<sup>4</sup> Zustimmung aber relativierend Bucher [FN 3], S. 262/263, wobei er S. 626 FN 1 auch auf negative Begleiterscheinungen der Verallgemeinerung des Handelsrechts hinweist.

<sup>5</sup> Eugen Bucher, Der Weg zu einem einheitlichen Zivilgesetzbuch der Schweiz, in: RabelsZ 72/2008, S. 661-685, insbesondere S. 665.

<sup>6</sup> Caroni/Schöbi, Berner Kommentar, N. 210 ff. zur Allgemeinen Einleitung, Bern 2012 wollen eine schleichende Aufgabe des code unique beobachtet haben, führen dann aber Beispiele des (im OR kodifizierten) Bürgschaftsrechtes, Mietrechtes und Abgaberechtes auf.

<sup>7</sup> Bucher, Weg [FN 5], S. 681.

<sup>8</sup> Vgl. dazu E.H. Hondius, The Genesis of the PECL and of Modern Dutch Private Law, in: The Principles of European Contract Law and Dutch Law: A Commentary, Volume 1 (Hrsg. D. Buesch), Nijmegen 2002, S. 13-28.

<sup>9</sup> So Bucher, Weg [FN 5], S. 684.

<sup>10</sup> Bucher, [FN 3], S. 262 spricht von einem Glücksfall.

<sup>11</sup> Vgl. dazu im Einzelnen Fasel, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, Bern/Stuttgart/Wien 2000, S. 1.

<sup>12</sup> Die Waadtländer Kodifikation datiert von 1821. Vgl. dazu bisher Henri Bippert, Analyse des documents qui ont servi à la rédaction

Auf Bundesstufe waren nicht weniger als vier Anläufe nötig, um der Eidgenossenschaft die ausschliessliche Zuständigkeit zur privatrechtlichen Gesetzgebung zu verschaffen: der erste Versuch wurde 1865 gestartet und war auf Erlass eines Handelsgesetzbuches beschränkt, doch versandete dieser Versuch bereits in den Kantonen und im Bundesparlament<sup>13</sup>. Negativ verlief auch der zweite Versuch, der «die Bundesgesetzgebung über das Privatrecht, mit inbegriffen des Verfahrens» zur Bundessache erklären wollte, weil am 12. Mai 1872 Volk und Stände diese Verfassungsnorm knapp ablehnten<sup>14</sup>. Ein Teilerfolg konnte im Jahr 1874 verbucht werden, erhielt doch die Eidgenossenschaft die Zuständigkeit zur Gesetzgebung für das Verkehrsrecht, d.h. das Obligationenrecht samt Mobiliarsachenrecht, einschliesslich des Handels- und Wechselrechts.

Die Qualität des Obligationenrechts sowie dessen Bewährung in der Praxis führten dazu, dass das Schweizer Volk schliesslich im Jahr 1898 der Eidgenossenschaft auch für das restliche Zivilrecht die Kompetenz auf Bundesstufe gab, sodass Art. 64 Abs. 2 der Bundesverfassung, welche von 1874 bis ins Jahr 2000 galt, damals geändert wurde. Damit stand der Weg danach frei, das Obligationenrecht zu revidieren und das schweizerische Zivilgesetzbuch zu erlassen.

In der bisherigen Literatur wird insbesondere die Vorreiterrolle von Zürich besonders für die Entstehung des Obligationenrechts hervorgehoben<sup>15</sup>. Übersehen wird dabei häufig, dass der Kanton Zürich lediglich die frühere Solothurner Kodifikation im Gesamtkonzept übernahm, und damit zwar mit grösserer Ausstrahlung, aber erst Nachläufer der ersten kantonalen Kodifikation mit code unique war. Beide Kodifikationen, sowohl die solothurnische als auch die zürcherische standen später bei der Vereinheitlichung auf Bundesstufe als Musterlösungen zur Verfügung, und bilden den eigentlichen Hintergrund der schweizerischen Glanzleistung des code unique.

## 2. Solothurner Pioniertat

Die Räume nördlich und südlich des Juras finden ihre erste Verbindung in der römischen Zeit: Von Aventicum verlief die Strasse über Petinesca und Sallodurum (Solothurn) nach dem Oberen Hauenstein und von dort nach Augusta Raurica. Bei Oensingen führte eine Abzweigung als Jura-Südfusslinie weiter über Olten (Ollodunum?)

du code civil du canton de Vaud, Lausanne 1866, S. 9-13, Emmanuel de la Harpe, *Considérations sur l'état de la législation civile dans le canton de Vaud, la nécessité de la changer, et les moyens de la rendre meilleure*, Lausanne 1819, Alfred Martin, *Le code civil dans le canton de Genève, Son influence dans le reste de la Suisse Romande*, in: *Le Code civil 1804-1904, Livre du Centenaire*, Paris 1904, S. 875-896, Jean-Philippe Dunand, *Le géant et les nains : Le code Napoléon comme modèle des codes civils des cantons suisses romands*, in: *forum historiae iuris* [Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte], in: <http://www.forhistiur.de/zitat/0510dunand.htm> (Erstveröffentlichung 27.01.2005).

<sup>13</sup> So Caroni, *Rechtseinheit in der Schweiz, zur Geschichte einer späten Verfassungsreform*, in: *Rechtseinheit – drei historische Studien zu Art. 64 BV*, Basel 1986, 18 ff. Vgl. dazu auch Gygi, *Die Verfassungsgrundlagen der schweizerischen Obligationenrechts*, in: *das Obligationenrecht 1883-1893*, Bern/Stuttgart 1884, S. 9-18.

<sup>14</sup> Vgl. im Einzelnen Fasel, *OR Materialien* [FN 11], S. 1, dort in FN 7 mit Angabe des Stimmverhältnisses.

<sup>15</sup> Statt aller Bücher, *Weg* [FN 5], S. 667.

nach Vindonissa. Im vierten Jahrhundert finden sich in Solothurn erste Spuren der Christianisierung, im fünften Jahrhundert stiessen die Burgunder bis in die Gegend von Solothurn vor, sodass man aus diesen Zusammenhängen die später ausgesprochen franzosenfreundliche Gesinnung der Stadt Solothurn ableitete. Daher ist besonders interessant, warum die Solothurner, obwohl ehemalige französische Garnisonenstadt schliesslich in ihrem privatrechtlichen Zivilgesetzbuch nicht die Lösung der Franzosen, welche eine Ausscheidung von Zivil- und Handelsrecht vorgesehen hatten (Code de commerce – code civil), übernahm.

Mit der Mediationsepoche (1803-1814) wurde das Stadtrecht von 1604 formell wieder uneingeschränkt in Kraft gesetzt<sup>16</sup>. Anlass zur Kodifikation des Zivilrechts bot auch in Solothurn der Umstand, dass das bestehende Privatrecht hoffnungslos veraltet war und zudem nur ungenau und lückenhaft überliefert war<sup>17</sup>. 1837 erzwang der kleine Rat eine Gesamtrevision der Zivilgesetze, wobei die Justizkommission bei dieser Gelegenheit den Auftrag erhielt, über die Frage ein Gutachten einzureichen, wie man nach und nach die bestehenden Gesetze einer systematischen Zusammenstellung und einer Revision unterwerfen könnte<sup>18</sup>. Zwar weiss man nicht genau, seit wann Johann Baptist Reinert sich als Mitarbeiter in der praktischen Gesetzesredaktion betätigte<sup>19</sup>, doch brachten legislative Arbeiten Reinert in engen Kontakt mit der Justizkommission, deren ständiger Berater er war<sup>20</sup>.

Bereits am 17. Mai 1837 stellte die Justizkommission unter Mitwirkung von Reinert die Richtlinien zur Abfassung eines Zivilgesetzbuches auf, welches sukzessive erarbeitet werden soll<sup>21</sup>. Die Redaktion sollte einem einzigen Redaktor anvertraut werden, worauf der kleine Rat die Meinung vertrat, der künftige Redaktor müsse vertraut sein mit der theoretischen allgemeinen Zivilrechtskunde, worauf die Regierung am 18.02.1838 den damaligen Amtsgerichtspräsidenten Johann Baptist Reinert mit der Redaktion des Zivilgesetzbuches betraute<sup>22</sup>, der bereits die solothurnische Hypothekarordnung von 1838 redigiert hatte.

Johann Baptist Reinert (1790-1853) trat mit vierzehn Jahren als Bauernsohn in das Gymnasium des geistlichen Kollegiums zu Solothurn ein, wo er eine katholische Grundbildung genoss, und Reinert die künftigen «Staatslenker Solothurns» kennenlernte, nämlich Joseph Munzinger aus Olten und Johann Baptist Brosi<sup>23</sup>. Im Herbst des Jahres 1811 bis zum Spätsommer 1813 wandte sich Reinert dem Studium der Jurisprudenz und der Philosophie zu, und zwar an der neu gegründeten Friedrich

<sup>16</sup> Walliser, *Der Gesetzgeber Johann Baptist Reinert und das solothurnische Zivilgesetzbuch von 1841-1847*, Olten 1948, S. 125.

<sup>17</sup> Elsener, *Die Schweizer Rechtsschulen von 16. bis zum 19. Jahrhundert*, Zürich 1975, S. 327.

<sup>18</sup> So Elsener [FN 17], S. 328.

<sup>19</sup> So Walliser [FN 16], S. 181.

<sup>20</sup> Walliser [FN 16], S. 184.

<sup>21</sup> Walliser [FN 16], S. 188, mit Hinweisen auf den Wortlaut des Beschlusses.

<sup>22</sup> Walliser [FN 16], S. 194 ff sowie Elsener [FN 17], S. 328.

<sup>23</sup> Walliser [FN 16], S. 29.

Willhelms Universität in Berlin<sup>24</sup>. Einer seiner Lehrer in Berlin war Friedrich Carl von Savigny<sup>25</sup>, aber auch Johann Gottlieb Fichte<sup>26</sup>. Von 1815 – 1831 wirkte Reinert in Solothurn als gefragter Advokat, wobei seine Gewissenhaftigkeit dazu führte, dass auch der Staat seine Dienste vielfach in Anspruch nahm<sup>27</sup>. Als Exponent des Solothurner Liberalismus war Joseph Munzinger der Vertreter des Standes Solothurn nach aussen, wogegen der gemäßigtere, aber durchaus wirtschaftsliberale Reinert vornehmlich die innenpolitischen Geschicke leitete, was in seiner umfassenden gesetzgeberischen Wirksamkeit Ausdruck fand<sup>28</sup>. Am 11. Juli 1831 erfolgte die Wahl Reinerts zum Amtsgerichtspräsidenten, womit seine erfolgreiche Fürsprecher Praxis ein Ende nahm, wobei er das neue Amt sieben Jahren bis zu seiner Ernennung zum offiziellen Gesetzesredaktor am 26.02.1838 bekleidete. Ab dem 26. Februar 1838 führte Reinert bis zu seinem Tode 1853 den amtlichen Titel eines Gesetzesredaktors. Als Reinert am 12.02.1841 zum Regierungsrat erkoren wurde, wies man ihm überdies als Departementabteilung die «Gesetzesredaktion» zu<sup>29</sup>.

Walliser hat der Solothurner Zivilgesetzgebung einen wirtschaftlich – liberalen Grundgehalt verpasst, mit Förderung von Handel und Industrie<sup>30</sup> und zum Schutz der Landwirtschaft<sup>31</sup>. Besonders prägend war überdies, dass Reinert – lange vor den Zürchern – einen code unique schuf und damit seinem Patenkind und späteren OR Redaktor Walther Munzinger den Weg wies<sup>32</sup>.

Das Solothurner Gesetzbuch war das erste vollständige Gesetzbuch der deutschen Kantone, das neben andern handelsrechtlichen Materialien auch die Aktiengesellschaften regelte und zwar ohne auf einem bestimmten Vorbild zu beruhen<sup>33</sup>. Besonders auffallend ist, dass nach den Bestimmungen eine Aktiengesellschaft die Firma und somit den Namen eines Mitglieds (Aktionärs) annehmen kann, womit die solothurnische Aktiengesellschaft keine «société anonyme» (wie im französischen Recht) mehr war<sup>34</sup>. Für die Errichtung einer Aktiengesellschaft war die Genehmigung des Regierungsrates noch erforderlich. Liberal war allerdings die Bestimmung, wonach ohne Rücksicht auf den Zweck der Gesellschaft die Genehmigung erteilt werden soll, wenn die Gesellschaft

sich ausweist, dass sie genügend ökonomische Kräfte besitze und ihre innere Einrichtung gehörig geordnet sei.

Zwar ist die Anlehnung an den code de commerce insbesondere bei der Normierung der Aktiengesellschaft am deutlichsten, was angesichts dessen, dass man in den deutschsprachigen Gegenden der Schweiz damals eher mit Misstrauen dem code de commerce begegnete, überraschte, doch in der Frage, warum Reinert sämtliche Materien in ein einziges Gesetz presste, ging bisher niemand vereinzelt nach<sup>35</sup>. Immerhin ein kleiner Hinweis gibt Walliser: «die vom individualistischen Geist des römischen Recht beherrschte gemeinrechtliche Doktrin entsprach den freiheitlichen Anschauungen des Gesetzgebers voll auf, und so wurde die gemeinrechtliche Lehre zum Herold der wirtschaftsliberalen Normen des soll. CG»<sup>36</sup>. Die Zusammenführung seiner wirtschaftsliberalen Grundhaltung, den Aufsätzen in Justinians corpus iuris und neueren Entwicklungen des Handels mit der Schaffung von Aktiengesellschaften führte Reinert zur Schaffung des ersten code unique und steht bis heute als Pioniertat vor uns.

### 3. Zürcher Nachahmung

In der ersten Phase des Gesetzgebungsprozesses ist ein Mann Dreh- und Angelpunkt für den Gang der Dinge in Zürich, nämlich Friedrich Ludwig Keller<sup>37</sup>. Am 18.03.1826 wählte der kleine Rat Keller zum Mitglied des Amtsgerichtes Zürich<sup>38</sup>. Bereits im Jahr 1828 publizierte Keller eine Schrift mit dem Titel «Die neuen Theorien in der zürcherischen Rechtspflege»<sup>39</sup>, wobei das gesammelte Material zu einem «wissenschaftlichen Ganzen» zu verarbeiten sei, indem Keller die Einrichtung einer Justizpflege forderte, die von der Regierung unabhängig ist und zu dieser ein Gegengewicht bildet<sup>40</sup>. Keller erklärte sich bereit, wie aus einem Sitzungseintrag vom 16.01.1832 hervorgeht, wenigstens gegenüber einer Gesetzesrevisionskommission einen Entwurf zu einem Zivilgesetzbuch zu verfassen, was die Kommission billigte<sup>41</sup>. Wer aber ein tüchtiges an die Hand nehmen von Keller vermutet, geht fehl, wie durch neuere Forschungen belegt wurde:

<sup>24</sup> Walliser [FN 16], S. 31.

<sup>25</sup> Reinert hörte bei ihm insbesondere die Institutionen Justinians, die Pandekten und die Rechtsgeschichte. Vgl. dazu Fasel, Bahnbrecher Munzinger, Bern/Stuttgart/Wien 2003, S. 25, mit weiteren Hinweisen.

<sup>26</sup> Im Einzelnen Walliser [FN 16], S. 31 ff.

<sup>27</sup> Einzelheiten bei Walliser [FN 16], S. 41.

<sup>28</sup> Walliser [FN 16], S. 77.

<sup>29</sup> Walliser [FN 16], S. 98.

<sup>30</sup> Dazu im Einzelnen Walliser [FN 16], S. 479 ff.

<sup>31</sup> Walliser [FN 16], S. 507 ff.

<sup>32</sup> Vgl. dazu und zum code unique Fasel, Bahnbrecher Munzinger [FN 25], S. 68 ff.

<sup>33</sup> So Bühler, 150 Jahre Zürcher privatrechtliches Gesetzbuch, Innovationen – Stand der Forschung, in: ZSR 2005 I, S. 143–163, RZ 17, unter Verweis auf die Arbeit von Else Stammbach, die Aktiengesellschaft in der Schweiz bis zum Erlass des Obligationenrechts, Diss. Basel 1953, Maschinenschrift. In den Motiven finden sich, soweit ersichtlich, keine Erörterungen zum code unique und der fehlenden Scheidung zwischen Handelsrecht und Zivilrecht.

<sup>34</sup> So Bühler [FN 33], RZ 18.

<sup>35</sup> Walliser behandelt die Förderung von Handel, Verkehr und Industrie in einem Abschnitt (Walliser [FN 16], S. 479 ff), doch geht er der Frage, warum Reinert als Schöpfer des code unique einen solchen schuf kaum nach. Auch den handelsrechtlichen Bestimmungen widmet er einen eigenen Abschnitt (S. 495 ff), behandelt darin allerdings lediglich die Einzelnen Gesellschaftsformen, ohne der Grundsatzfrage nachzugehen, warum denn diese nicht einem besondern Handelsgesetzbuch zugewiesen wurden.

<sup>36</sup> Walliser [FN 16], S. 462.

<sup>37</sup> Zu Keller statt vieler Beck, Friedrich Ludwig Keller, in: Schweizer Juristen der letzten 100 Jahre, Zürich 1945, S. 107–131, Bühler Theodor, 150 Jahre Zürcher privatrechtliches Gesetzbuch, Innovationen – Stand der Forschung, in: ZSR 2005 I S. 143–163, Elsener, Die deutschen Professorenjahre Friedrich Ludwig von Kellers (1799–1806) und Johann Caspar Bluntschli (1808–1881), in: Zürcher Taschenbuch für das Jahr 1975, S. 154–175, Jelowick Liselotte, Friedrich Ludwig Keller – seine Berufung nach Halle und Berlin im Spiegel des Briefwechsels berühmter Zeitgenossen, in: ZSR 111/1992 I S. 441–457 sowie Weibel Thomas, Friedrich Ludwig Keller und das Obergericht des Kantons Zürich, Zürich 2006.

<sup>38</sup> Weibel [FN 37], S. 31 mit Einzelheiten.

<sup>39</sup> Elsener [FN 17], S. 372 bezeichnet die Schrift als «Markstein der Rechtsgeschichte».

<sup>40</sup> So zusammenfassend Weibel [FN 37], S. 39.

<sup>41</sup> Weibel [FN 37], S. 122 mit weiteren Hinweisen.

- eine erste Ausrede gab Keller am 26.10.1832: Es erscheine ihm zweckmässig, die «wirkliche Bearbeitung» des Zivilgesetzbuches in angemessene Abteilungen dann vorzunehmen, wenn der Entwurf zu einem Strafgesetzbuch bis zur Druckreife gediehen sei;
- eine zweite Ausrede, mit der Arbeit am Entwurf nicht zu beginnen, bot ihm der 1834 ausgebrochene Streit mit Bürgermeister Hirzel, weil eine gemeinsame Arbeit unmöglich schien, überdies brauche es «schöpferische Gesetzeskraft» bzw. «freieste und ungehemmteste Erhebung des Geistes»;
- ferner bemerkte Keller 1835, es sei eine schwierige Aufgabe, das Zivilgesetzbuch an einen geächtlichen Punkt zu bringen,
- auf Befund der Gesetzeskommission 1835, wonach das Projekt für den Kanton «dringend» sei, wurde Keller ersucht sich mit dessen Redaktion zu befassen, dieser erbat sich aber Bedenkzeit,
- nach Ablauf der Bedenkzeit teilte er mit, er würde die Abfassung übernehmen, aber die Kommission müsse beim Obergericht einen Urlaub erwirken (wobei es sich nicht ganz zurückziehen mochte aus den Amtsgeschäften),
- weiter verlangte Keller, es seien ihm von der Staatskanzlei die Zivilgesetzbücher und Materialien der anderen Kantone zuzustellen, überdies sei ein kleiner Kredit zu bewilligen, um auf seine Anweisung hin Gesetzbücher der wichtigsten europäischen Staaten sowie weitere Bücher zu beschaffen, was entsprochen wurde,
- am 23.03.1838 zog Hirzel eine im Grossen Rat eingereichte Motion sogar zurück, weil Keller erklärt hatte, die Mahnung würde ihm die Arbeitslust eher nehmen als ihn dazu ermuntern, indem seine Arbeit keine mechanische, sondern eine Arbeit sei, zu der er völlige Lust bedürfe<sup>42</sup>.

Immerhin blieb Keller nicht ganz untätig: So veröffentlichte er im letzten Band seiner «Monatschronik» «Bruchstücke aus einem Entwurf eines Zivilgesetzbuches» in Bezug auf die Ehe. Bauhofer und ihm folgend Weibel kommen zum Ergebnis<sup>43</sup>, dass der offenbar hastig zusammengestellte Teilentwurf vermuten liess, dass ein von Keller geschaffenes Gesetzbuch niemals die Volkstümlichkeit des späteren PGBs erreicht hätte.

1839 wurde die Gesetzesrevisionskommission neu bestellt, der Keller danach nicht mehr angehörte, dafür Johann Caspar Bluntschli den Stab von diesem übernahm. In den Jahren 1838/1839 erschien Bluntschlis «Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt- und Landschaft Zürich»<sup>44</sup>, womit er die bis heute gültig gebliebene

Rechtsgeschichte seiner Heimatstadt lieferte<sup>45</sup>. Die Gesetzesrevisionskommission beschloss nach Beendigung des Auftrags von Keller am 18. Juli 1840, die Bearbeitung des Entwurfes eines Zivilgesetzbuches Bluntschli zu übertragen. Nach einem schriftlichen Bericht über die Grundlagen des Entwurfes vom 19. Oktober 1840 und einem mündlichen Referat vor der inzwischen neu bestellten Gesetzesrevisionskommission wurde Bluntschli definitiv als Redaktor des neuen Zivilgesetzbuches bestätigt<sup>46</sup>.

Nachdem der politische Gegner Bluntschlis, nämlich Alfred Escher den Entwurf während Jahren blockierte<sup>47</sup>, und obwohl Bluntschli inzwischen Professor in München wurde, wurde sein Gesetzgebungsauftrag am 2. April 1851 erneuert, sodass Bluntschli am 4. Mai 1851 den Entwurf des Sachenrechts und am 30. Mai 1852 jenen des Obligationenrechts ablieferte und damit sämtliche Teile des Entwurfes mit Ausnahme der zweiten Bearbeitung des Erbrechts vorlagen<sup>48</sup>. Dieses wurde am 21.12.1855 verabschiedet<sup>49</sup>. Angesichts der vielen Vorarbeiten, namentlich von Bauhofer, von Beck, aber auch in neuerer Zeit von Marcel Senn und Thomas Weibel ist vorliegend entbehrlich, die beiden Protagonisten aus Zürich, Friedrich Ludwig Keller (1799-1860) sowie Johann Caspar Bluntschli (1808-1881) weitergehend vorzustellen.

Sowohl Friedrich Ludwig Keller als auch Bluntschli hatten das römische Recht ausgiebig kennengelernt, beide über ein römisch rechtliches Thema promoviert, waren aber auch in der Praxis in der Zürcher Verwaltung und an zürcherischen Gerichten selber jahrelang prägend tätig. Eigenständig war die Gliederung des PGB in fünf Bücher, nämlich das Personenrecht, das Familienrecht, das Sachenrecht, das Obligationenrecht und das Erbrecht, womit Bluntschli dem sog. Pandektensystem folgte<sup>50</sup>.

Im Rahmen des Obligationenrechts wurde eine umfassende Normierung ins Auge gefasst, wobei das PGB das gesamte Gesellschaftsrecht im sechsten Abschnitt (von den Forderungen aus Gemeinschaft) aufnahm, und zwar die damals bekannten Gesellschaftsformen, nämlich die «gemeine Gesellschaft», die «eigentliche Handelsgesellschaft», die Aktiengesellschaft und die Gemeinder-schaft<sup>51</sup>. Das Zürcher privatrechtliche Gesetzbuch hat damit das Prinzip des code unique, welches zuvor schon von Reinert im Solothurner Zivilgesetzbuch ohne historisches Vorbild entworfen wurde, ebenfalls zum eigentlichen Vorbild ausgeprägt. Das Zessionsrecht wurde im Rahmen des Obligationenrechts besonders ausführlich normiert, wobei die Zessionslehre ebenfalls zum Vorbild des alten Obligationenrechts wurde<sup>52</sup>.

<sup>45</sup> So Bühler [FN 33], S. 147.

<sup>46</sup> Statt vieler Bühler [FN 33], S. 147.

<sup>47</sup> Bauhofer, Entstehung und Bedeutung des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches von 1853/1855, in: ZSR 46 (1927), S. 1–80, S. 20 ff, Bühler [FN 33], S. 147/148.

<sup>48</sup> Bühler [FN 33], S. 148.

<sup>49</sup> Im Einzelnen Bühler [FN 33], S. 148 mit weiteren Nachweisen.

<sup>50</sup> Vgl. dazu Andreas Bertalam Schwarz, Zur Entstehung des Pandektensystems, ZSS r.A. 42/1921, S. 578-610, vgl. dazu auch Ebrard, Über Methoden, Systeme, Dogmen in der Geschichte des Privatrechts, ZSR 67/1948 I, S. 95-136.

<sup>51</sup> Bühler [FN 33], S. 155.

<sup>52</sup> Vgl. zum Zessionsrecht ausführlich Bruno Huwiler, Der Begriff

<sup>42</sup> Alle Nachweise bei Weibel [FN 37], S. 124.

<sup>43</sup> Weibel [FN 37], S. 124.

<sup>44</sup> Nach Elsener [FN 17], S. 384, war dies eine «Pioniertat der Schweiz». Dieses Werk hat später den Glarner Gesetzgeber Johann Jakob Blumer inspiriert.

Das vierte Buch des Zürcher PGB handelt von Forderungen und Schulden. Ganz selbstverständlich ist für Bluntschli, dass im sechsten Abschnitt von den Forderungen aus Gemeinschaft gehandelt wird, wobei er mit der gemeinen Gesellschaft beginnt<sup>53</sup>. In seinem Kurzkommendar ist Bluntschli keine Silbe wert, dass das Handelsrecht nicht gesondert ausgeschieden wurde, sondern zu einem code unique im Obligationenrecht verschmolzen wird. Für ihn ist selbstverständlich, die Forderungen aus Gesellschaften direkt dem Obligationenrecht, bzw. der Abteilung zum Zürcherischen Obligationenrecht einzugliedern. Dasselbe gilt nicht nur für die Kollektivgesellschaft und die Kommanditgesellschaft, sondern auch für die Aktiengesellschaft (ab Paragraph 1342). Nichts erfährt man aus dem Kommentar, warum sich Bluntschli für den Weg des code unique entschieden hat.

Währenddem Peter Liver sich euphorisch vernehmen liess in der Beurteilung des Zürcher PGB<sup>54</sup>, urteilte Eugen Huber<sup>55</sup> viel differenzierter: «Der Inhalt ist zwar in den Partien der Obligationenrechts notwendig dem gemeinen Recht enge verwandt, im Ganzen aber herrscht das deutsche Recht vor und die einheimischen Überlieferungen sind mit bewundernswerter Geschicklichkeit nicht nur beibehalten, sondern in das System eingefügt und in alle Details ausgeführt und der Wissenschaft entsprechend ergänzt. Die Sprache ist, wenn auch nicht frei von behaglicher Breite, klar, gewandt und volkstümlich wie in keinem andern Gesetzbuch, Vorzüge dieses Werkes, die vermutlich erst eine spätere Zeit zu würdigen verstehen wird, wenn sie sieht, dass vorher und nachher keine bessere Kodifikation mehr möglich gewesen ist». Es ist daher kaum verwunderlich, dass die Zürcher Kodifikation bei der Abfassung des ZGB als hervorragende Erkenntnisquelle diente und Eugen Huber daraus verschiedene Lösungen übernahm. Zudem gab es bei der Revision des OR von 1911 keine Zweifel, dass der bestens eingeführte code unique bestehen blieb<sup>56</sup>.

### III. Bundesrechtliche Übernahme des Code unique

#### 1. Ablehnung eines Handelsgesetzbuches

Zwar wurde im Juni 1864 ein definitiver Entwurf eines schweizerischen Handelsgesetzbuches durch den Buchhandel verbreitet<sup>57</sup>, worauf Walther Munzinger einlässliche Motive verfasste<sup>58</sup>. Alois von Orelli<sup>59</sup> schrieb zwar,

dass klassisch stets W. Munzingers Motive zu dem Entwurf eines schweizerischen Handelsrechts bleiben werden, doch die Kantone lehnten die Schaffung eines Handelsgesetzbuches auf Intervention von Walther Munzinger hin ab: Walther Munzinger ergriff nach den einleitenden Worten des Bundesrates sogleich das Wort, und verlangte die Zentralisierung des gesamten Obligationenrechts ohne «Scheidung zwischen Handels- und Zivilgeschäften»<sup>60</sup>.

Munzinger argumentierte namentlich<sup>61</sup>, dass sich sowohl ein gemeinsames Obligationenrecht schaffen liesse ohne in die übrigen zivilrechtlichen Gebiete der kantonalen Gesetze zu stark einzugreifen, zumal es in der Natur der Sache liege, dass das Obligationenrecht, das den Verkehr unter den Menschen mit ihren verschiedenen und auch wechselnden Wohnorten beschlage, ein gemeinsames sei, während das Recht auf die Sachen und besonders auf den Grund und Boden und ebenso das Recht der Familie seinen partikulären Charakter bewahrt habe.

Dazu komme, so Munzinger<sup>62</sup>, dass die Einigung auf dem Gebiete des Obligationenrechts den bestehenden Grundsätzen der kantonalen Gesetze keine Gewalt antue und allgemein anerkannt sei, und namentlich auf dem Juristentag in Aarau von Herrn Prof. von Wyss in eingehender Weise dargelegt worden sei, dass im Obligationenrecht innere Verschiedenheiten sehr wenige bestehen. Das Handelsrecht sei als ein Stück Obligationenrecht aufzufassen, indem ohne Trennung zwischen Handelsgeschäften und Zivilgeschäften diejenigen Geschäfte des Obligationenrechts behandelt werden, welche einen besonders merkantilen Charakter haben. Unterstützt wurde Munzinger in seinem Vorhaben von seinem Fakultätskollegen Leuenberger, der den Stand Bern vertrat<sup>63</sup>.

Aufgrund der Beschlüsse der kantonalen Konferenz vom 4. Juli 1868 erteilte der Bundesrat Walther Munzinger den Auftrag der Redaktion eines – das Handelsrecht mitumfassenden – Obligationenrechtsentwurfes, wobei der Redaktor im Jahr 1869 einen vorläufigen, nur in wenigen Exemplaren vervielfältigten allgemeinen Teil und den Titel vom Kaufvertrag vorlegte, worauf eine Kommission die Arbeiten aufnahm. Bereits im Jahre 1871 lag ein fertiger Entwurf eines Obligationenrechts vor<sup>64</sup>. Dieser beinhaltet sowohl handelsrechtliche Verträge als auch das gesamte Gesellschaftsrecht und übernahm damit die Solothurner und Zürcher Vorbilder.

#### 2. Konsens zwischen Bluntschli und Munzinger

Bereits mit dem Entwurf des Handelsrechts hatte Hauptprotagonist Munzinger seinen Entscheid zu Gunsten eines code unique von Johann Caspar Bluntschli absichern lassen, indem er die Fragestellung eines eigenständigen

der Zession in der Gesetzgebung seit dem Vernunftrecht, Diss. ZH 1975 sowie derselbe, Begriff und Rechtswirkung: Zum Zessionsrecht des Obligationenrechts von 1881, in: Das Obligationenrecht 1883-1983, Bern 1984, S. 209-276.

<sup>53</sup> Beginnend ab Paragraph 1235.

<sup>54</sup> Peter Liver, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Kodifikation und Rechtswissenschaft, ZSR 95/1961 II S. 205-206.

<sup>55</sup> System und Geschichte des Schweizer Privatrechts, 4. Band, Basel 1893, S. 194-195.

<sup>56</sup> Vgl. zur Entwicklung auch Fasel, Schweizerische Rechtsgeschichte aus Eugen Hubers Feder, Bd. 3 der Schriftenreihe zu Eugen Huber, Bern 2015, RN 1421 ff.

<sup>57</sup> Vgl. dazu Staehelin, Der Entwurf eines schweizerischen Handelsrechts von 1864, in: Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Fribourg 1982, S. 31-50.

<sup>58</sup> Die Motive wurden wieder abgedruckt bei Fasel, OR Materialien [FN 11], S. 249 ff.

<sup>59</sup> Rechtsschulen und Rechtsliteratur in der Schweiz, Zürich 1879, S.

106 FN 119.

<sup>60</sup> Protokoll der ersten Konferenzsitzung, betreffend die Einführung eines schweizerischen Handelsrechts vom Freitag, 13. Dezember 1867, S. 7.

<sup>61</sup> Protokoll der ersten Konferenzsitzung, S. 9. Vgl. dazu schon Fasel, OR Materialien [FN 11], S. 508.

<sup>62</sup> Protokoll der ersten Konferenzsitzung, S. 9.

<sup>63</sup> Einzelheiten bei Fasel, OR Materialien [FN 11], S. 509.

<sup>64</sup> Wiederabgedruckt bei Fasel, OR Materialien [FN 11], S. 555-691, mit 892 Artikeln.

Handelsgesetzbuches in einer Anfrage vom 6. Mai 1862 absprach. Munzinger beginnt mit den Worten: «Sie erinnern wohl noch Ihres Sekretärs beim Schiedshandel Biel – Neuenstadt; dies und Ihre bekannte unveränderte ... Teilnahme an der Wohlfahrt unseres Vaterlandes ermutigen mich, in folgender Angelegenheit Ihren geschätzten Rath in Anspruch zu nehmen»<sup>65</sup>.

Munzinger führt in seiner Anfrage an Bluntschli aus: «Prinzipiell bin auch ich der Ansicht, dass das Handelsrecht ein Stück Zivilrecht ist und gerade darum eine Ausscheidung des Handelsrechts so sehr schwierig oft recht unnatürlich ist. Ich bedaure auch um der künftigen Entwicklung der Jurisprudenz willen die Aussonderung und die Behandlung der handelsrechtlichen Institute in Zivilrecht, wie sie im Zürich. Privatrecht durchgeführt ist, gefällt mir an sich sehr gut. Allein auf der andern Seite steht der allerdings sehr berechtigte Wunsch auf einer Einheit in handelsrechtlichen Dingen, der ohne diese auch die Kredit schaffende Sicherheit nicht gut möglich ist; aber auch Stände einer Revision des Civilgesetzbuches, um d. Handelsrecht in dasselbe aufzunehmen in vielen Kantonen (Bern, Basel, Solothurn etc.) so grosse Schwierigkeiten entgegen, dass jedenfalls Ihres Vorgehen ... der Wunsch nach einem Handelsrecht – Konkordat noch immer laut werden würde. ... Nur durch eine Ausscheidung des Handelsrecht auszuweichen, liesse sich fragen, ob die Bearbeitung eines gemeinsamen Obligationenrechts für d. Schweiz. Kantone möglich wäre.»<sup>66</sup>

Bluntschli antwortet prompt am 15 Juni 1862 aus Heidelberg<sup>67</sup>: «Je mehr es gelingt, das Handelsrecht auf breiter Basis gleichmässig zu ordnen, umso besser ist's. Handelsrecht ist modernes *ius gentium* seiner Natur nach. Eine

<sup>65</sup> Fasel, Bahnbrecher [FN 25], S. 69.

<sup>66</sup> Fasel, Bahnbrecher [FN 25], S. 69.

<sup>67</sup> Der Brief ist abgedruckt in Fasel, Bahnbrecher [FN 25], S. 71.

Reform u. Codification des Handelsrechts wird aber früher oder später die des Obligationenrechts überhaupt nach sich ziehen. Beide lassen sich nicht auf entgegengesetzten Wegen fortbewegen. Leichter aber ist's, mit dem Handelsrechts anzufangen und das Obligationenrecht einstweilen stehen zu lassen. Doch stimmen manche einer einheitlichen Gesetzgebung zu, die hier noch Bedenken haben».

Munzinger und Bluntschli stimmten in mehreren Posten deutlich überein<sup>68</sup>: Einsetzung eines obersten Gerichts, Abfassung des Gesetzbuches in einfacher Sprache, Skepsis gegenüber der Definition des Handelsgeschäftes aber auch und vor allem Übereinstimmung im Ziel, einen nationalen code unique zu schaffen. Munzinger hielt sich im Folgenden an diesen Plan, ihm ist es zu verdanken, dass er (mit Seitenflankierung durch Bluntschli) den code unique initiiert und diesen plangemäss durchgeführt hat<sup>69</sup>.

Zu Recht wurde später hervorgehoben<sup>70</sup>, dass die grossen Verdienste des alten Obligationenrechts fast ausnahmslos auf die von Munzinger geschaffenen Grundlagen zurückgehen.

### 3. Schluss

Bisher wurde die grosse Bedeutung Munzingers nach den Worten Eugen Buchers für die Entwicklung unseres Obligationenrechts und der Privatrechtskodifizierung überhaupt nicht hinreichend beachtet<sup>71</sup>. Die Darstellung der sachlichen Zusammenhänge vorliegend soll ein wenig Abhilfe schaffen.

<sup>68</sup> So zusammenfassend Fasel, Bahnbrecher Munzinger [FN 25], S. 72.

<sup>69</sup> Vgl. dazu auch Fasel, Walther Munzinger – Vorreiter der Schweizer Rechtseinheit, ZEuP 2003, S. 345-352.

<sup>70</sup> Bucher, Weg [FN 5], S. 673.

<sup>71</sup> Eugen Bucher, Weg [FN 5], S. 673.

## Die GmbH als Konzernbaustein: Von der „Kleinen Kapitalgesellschaft“ zur „Konzernspitze“ von Großkonzernen

*Czemi Türk*

### I. Einleitung: Rechtswirklichkeit der konzerngebundenen GmbH

Die GmbH – ursprünglich geschaffen als Rechtsfigur insbesondere für Kolonialgesellschaften – bietet unzählige Möglichkeiten, sie nach Belieben zu organisieren und den Umständen anzupassen. Viele Großindustrielle und ihre Rechtsberater haben die GmbH deshalb als bald als Element der Rechtsgestaltung für sich entdeckt und präferieren bis heute die GmbH als Konzernspitze. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) kann dabei in verschiedenen Konzernkonstellationen auftreten und eine nicht unwesentliche Rolle innerhalb der verbundenen Unternehmen spielen. Bei einer Unternehmenszu-

sammenfassung mehrerer selbstständiger Unternehmen unter einheitlicher Leitung<sup>1</sup> kann die Wahl auf die GmbH sowohl als Obergesellschaft wie auch als abhängiges (bzw. gleichgeordnetes) Unternehmen<sup>2</sup> viele Besonderheiten mit sich bringen. In der Literatur wird die GmbH häufig als Konzernbaustein<sup>3</sup> bezeichnet, um ihre vielseitige

<sup>1</sup> Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Kommentar, §18 I Rn. 1.

<sup>2</sup> Verhoeven, GmbH-Konzern-Innenrecht, S. 14 Rn. 3.

<sup>3</sup> Liebscher, GmbH-Konzernrecht: Die GmbH als Konzernbaustein, S.4 Rn.3; Verhoeven, GmbH-Konzern- Innenrecht, S.14 Rn. 3; Gäbele, Das GmbH-Konzernrecht in der Praxis, S.53; Stehle, Die GmbH-Unternehmensform mit Zukunft für mittelständische Betriebe, S.119; Lutter, Das System des deutschen GmbH-Konzernrechts, ZGR-Sonderheft 6, S. 193.

ge Verfassung zum Ausdruck zu bringen. Man setzt sie bewusst als Instrument in weit verzweigte Großkonzerne ein, um einerseits wegen der fehlenden Kodifizierung des GmbH-Konzernrechts über einen flexiblen Reglementierungsfreiraum zu verfügen und andererseits von den Unterschieden zu anderen Personen- und Kapitalgesellschaftsformen zu profitieren.<sup>4</sup>

## II. Die historische Entwicklung der GmbH als Konzerninstrument

### 1. Der Beginn des Konzernwesens im Deutschen Reich und die Montanindustrie als Wegbereiter der Unternehmenszusammenfassungen

Der Ausgangspunkt dieser Entwicklung ist in der Gründerzeit nach 1871 zu suchen: Im Deutschen Kaiserreich des späten 19. Jahrhunderts wandelten sich einzelne Betriebe der verschiedenen Industriezweige zu großen Unternehmungszusammenschlüssen. Diese ersten Konzernstrukturen konnte man vor allem in der deutschen Montanindustrie wiederfinden. August Thyssen<sup>5</sup> und einige andere Großindustrielle<sup>6</sup> bedienten sich zuerst einer neuen Form des Unternehmenszusammenschlusses, und zwar der vertikalen Integration, die vor- und nachgelagerte Handels- und Fertigungspunkte in eine Produktionslinie bündelte.<sup>7</sup> Seit den 1850er Jahren hatte man bereits Kleinbetriebe durch Fusionen und Unternehmenskäufe dem eigenen Unternehmen eingegliedert, um Zwischengewinne auszuschalten und die Kosten der Endprodukte zu senken. Diese Fusionierung bewirkte freilich eine Verschmelzung mehrerer Unternehmen zu einer homogenen Unternehmensmasse, so dass die fusionierten Kleinbetriebe ihre rechtliche Selbstständigkeit verloren.<sup>8</sup> Großindustrielle distanzieren sich zunehmend von dieser Vorgehensart und widmeten sich der Vernetzung in Kartellen und Syndikaten, die für Preisabsprachen und Wettbewerbsbeschränkungen genutzt wurden.<sup>9</sup> Die Konzernierung von Unternehmen fand von 1870 bis 1911 vereinzelt „Beachtung“<sup>10</sup> und erreichte erst in den Jahren 1911 bis 1925 als vertikale Konzentration ihren Höhepunkt. Die Idee der horizontalen Zusammenschlüsse fand nach der Jahrhundertwende viel Zustimmung unter den Großindustriellen, blieb aber bloße Theorie und setzte sich vor der Zeit des Ersten Weltkriegs kaum durch.<sup>11</sup> Vereinzelt gab es Fusionen von Vereinen, deren „fusionierte“ Unternehmen als selbstständige Abteilungen bestehen blieben und einen horizontales Konzentrationselement aufwiesen.<sup>12</sup> Auch wäh-

rend des Ersten Weltkriegs zog man die vertikale Konzernierung der horizontalen Konzernierung vor. Nach dem Ersten Weltkrieg änderten sich die Umstände; es entstand einer Krise in der Montanindustrie. Die im Versailler Vertrag geregelten Gebietsabtretungen zerschlugen die vorhandenen Kartellstrukturen und Geschäftsverbindungen für den Einkauf von Rohstoffen, außerdem destabilisierte die Novemberrevolution 1918/1919 die Arbeitsmarktlage in der Schwerindustrie. In dieser Situation bot sich den Großindustriellen die Möglichkeit, viele Unternehmen in ein Abhängigkeitsverhältnis zu bringen, um so vor der drohenden Inflation in Sachwerte zu flüchten.<sup>13</sup> Die Konzernierungsstrategie kennzeichnete sich nun neben vertikaler Konzerngründungen vor allem durch Erwerb von mehrheitlichen Aktienbeteiligungen, die man auch schnell veräußern konnte. Auf diese Weise konnten Großindustrielle in Fremdunternehmen einsteigen und die Unternehmenspolitik in ihrem eigenen Interesse lenken (vgl. § 17 AktG) oder in den eigenen Konzern gem. §§ 319 ff. AktG eingliedern.<sup>14</sup>

Der Großindustrielle Paul Reusch z.B. („GHH“) gründete 1920 auf diese Weise durch Mehrheitsbeteiligung einen der ersten faktischen Konzerne in der Weimarer Republik.<sup>15</sup> Andere Großindustrielle („Thyssen/Mannesmann-/Krupp/Stinnes“) hielten nach wie vor am VertikalKonzernausbau fest, um die Monopolstellung ihrer Konzerne zu sichern und gegen andere Industrieländer im Wettbewerb zu bestehen.<sup>16</sup> So hat beispielsweise der vertikalkonzentrierte Elektromotorkonzern<sup>17</sup>, der 1920 aus einer Unternehmungszusammenfassung entstanden ist, mehrere Erzgruben, Hochofenwerke, Stahlformgießereien, Walzwerke, Glühlampenwerke und Elektromotorenwerke in sich vereinigt. Er stellte ein Gemeinschaftsprojekt dar, das bisherige Konzernzusammenfassungen der Vorkriegszeit bei weitem überbot. Obwohl die ersten Vertikalkonzerne schon vor 1900 gegründet worden waren, entfaltete sich die vertikale Konzernierungsstrategie ab 1918 zum breiten Konsens in der Industriegesellschaft. Es gelang vielen Konzernen, ins Ausland zu expandieren und sich gewinnbringend innerhalb des deutschsprachigen Raums zu etablieren.<sup>18</sup> Die Großindustriellen brachten eine rechtsrelevante Konzernierungspraxis hervor, die weder vom deutschen Gesetzgeber erwartet noch von der Jurisprudenz bis dato behandelt worden war.<sup>19</sup> Die Leitung des „Stumm“-Konzerns z.B. geriet in Erklärungsnot, als sie für damalige Verhältnisse nicht hinreichend darlegen konnte, warum eine Kreditgewährung zugunsten der Untergesellschaft

<sup>4</sup> Liebscher, GmbH-Konzernrecht: Die GmbH als Konzernbaustein, S. 4 Rn. 4.

<sup>5</sup> Rasch/Feldman, August Thyssen und Hugo Stinnes, S. 36; thyssenkrupp.com: Vertikalkonzern 1891

<sup>6</sup> Van Eyll, Deutsche Wirtschaftsarchive, Bd. 1, S. 157, Krupp-Konzern ab 1892,

<sup>7</sup> Reckendrees, Das „Stahl-Trust“-Projekt, S. 60.

<sup>8</sup> Peters/Brühl/Stelling, Betriebswirtschaftslehre, S. 50.

<sup>9</sup> Haussmann, Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen, S. 81 ff.

<sup>10</sup> Spindler, Recht und Konzern, S. 38 ff; Dettling, Die EntG. des KonzernR im AktG 1965, S. 52.

<sup>11</sup> Reckendrees, Das „Stahl-Trust“-Projekt, S. 60.

<sup>12</sup> Reckendrees, Das „Stahl-Trust“-Projekt, S. 80 ff.; Schalker und Aachener Verein.

<sup>13</sup> Reckendrees, Das „Stahl-Trust“-Projekt, S. 93 ff.

<sup>14</sup> Bähr, MAN- Eine deutsche Industriegeschichte, S. 232 ff; Faktische Konzernierung durch GHH.

<sup>15</sup> Bähr/Banken/Flemming, Die MAN, S. 233.

<sup>16</sup> Rosendorff, Rtl. Org. d. Kon., 1927, S. 16; Mollin, Montankonzerne und „Drittes Reich“, 1988, S. 31 ff.

<sup>17</sup> Rosendorff, Rtl. Org. d. Kon., 1927, S. 17; Spindler, Recht und Konzern, S. 107; Reckendrees, das „Stahltrust“-Projekt, S. 101.

<sup>18</sup> Feldman, Hugo Stinnes, S. 342 ff; Bähr/Banken/Flemming, Die MAN, S. 117 ff; Bähr, Der Flick-Konzern im Dritten Reich, S. 379 ff; Rasch/Feldman, August Thyssen und Hugo Stinnes, S. 51 ff.

<sup>19</sup> Rosendorff, Die rechtliche Organisation der Konzerne, 1927, S. 19 ff.

im Sinne ihres „Großkonzerns“ sei.<sup>20</sup> Man sah die Kreditgewährung als eine „statutenwidrige“ Banktransaktion an, die zugleich verlustbringend ist. Ab 1925 verlagerte sich das Interesse zu (inter-)nationalen Kooperationsgruppen<sup>21</sup> und der horizontalen Vertrustung. Preisverfall und Überkapazitäten veranlassten einzelne Großkonzerne dazu, mehrstufige Konzerne („VSt“<sup>22</sup>) zu gründen, die die internationale Wettbewerbsfähigkeit erweiterten. Die „Konzernierungsbewegung“ war nun fortgeschritten und hatte ihre Anfangsphase überwunden. Die Endphase der Bewegung trat nach 1933 ein, als der Staat Zwangskartelle<sup>23</sup> anordnete und die Konzernführungen als Mittel der staatlichen Wirtschaftslenkung nutzte. Bis 1937 waren nur noch 14 Montankonzerne an der gesamten deutschen Montanproduktion beteiligt.<sup>24</sup> Von den 14 Konzernen hatten vier Konzerne eine GmbH als Obergesellschaft. Nach 1945 planten die Alliierten eine Entflechtung der Zusammenfassungsstrukturen als Teil einer „demokratischen Umstrukturierung.“<sup>25</sup> Die „Konzentrationsbewegung“, die 1870 begann und mit dem Zweiten Weltkrieg abgeschlossen wurde, sollte ihren zweiten Anlauf in der jungen Bundesrepublik haben.

## 2. Die Förderung von Konzernschaffungen durch rechtspolitische Reformen

Das wirtschaftliche Wachstum der Großindustrien sollte auch der Auftakt zur „konzernfördernden“ Rechtspolitik von der Wilhelminischen Epoche bis zur Weimarer Republik und dem Dritten Reich sein, die unterschiedliche Auswirkungen auf die „Konzernierungsbewegung“ hatte. Die rechtspolitischen Maßnahmen, die das Konzernwesen tangierten, waren meist im Steuer-, Kartell- und Gesellschaftsrecht angesiedelt. Die sozialpolitische Reform nach der Novemberrevolution 1918/1919, die das Arbeitsrecht erweiterte, gehört auch zu den Maßnahmen dazu. Nennenswerte Reformen nach 1870 waren die Miquelsche Steuerreform<sup>26</sup> von 1891, die einen progressiven Einkommenssteuersatz verfolgte und die Kommunalabgabensteuer von 1893, die eine Trennung der Gemeinden vom Staat vornahm. Vor der Jahrhundertwende existierte eine rechtliche Behandlung des Kartellsystems nicht und begann erst nach 1902 durch die Kartellenquête, die noch unentdeckte Probleme dieses Gebildes offenbarte.<sup>27</sup> Im Gesellschaftsrecht wurde die GmbH 1892 als neues „personenzentriertes“ Modell eingeführt. Durch den ersten Weltkrieg und die anschließende Finanznot der Weimarer Republik nach 1918 schienen die Bedingungen für Konzernbildungen schwieriger gewor-

den zu sein. Die Erzbergersche Steuerreform<sup>28</sup> von 1920 nahm juristische Personen wie AGs, KGaAs oder GmbHs in die Steuerpflicht und ließ 20% ihres steuerpflichtigen Einkommens als Körperschaftssteuer abführen. Die Einkommens- und Körperschaftssteuer bewirkten eine massive Steuererhöhung<sup>29</sup> und bereits besteuerte Einkünfte wurden erneut besteuert, da keine Saldierung der einkommenssteuerliche Dividende der Aktionäre mit der Körperschaftssteuer der Gesellschaft vorgesehen war. Die Mehrfachbesteuerung des nichtanerkannten Gebildes „Konzern“ führte zu einer Benachteiligung<sup>30</sup> gegenüber Einheitsunternehmen und schreckte Großunternehmer von einer Verschachtelung ihrer Unternehmen ab. Alternativ blieb den Unternehmern meistens eine Kapitalflucht ins Ausland<sup>31</sup>, um von ausländischen Steuerprivilegien Gebrauch zu machen, oder die Verschmelzung ihrer Unternehmen zu einer homogenen Unternehmensmasse. Die Kartellierung und die Fusionierung verloren aber immer mehr an Zuspruch, man suchte schon um die Jahrhundertwende nach anderen Strategien<sup>32</sup>. Als konzernfördernde Maßnahme wurde erstmals 1916 das Schachtelprivileg eingeführt, das einen gewissen Anteilsgewinn aus anderen Gesellschaften vom Gewinn der herrschenden Gesellschaft abzusetzen erlaubte.<sup>33</sup> Der Gesetzgeber hob aber das Schachtelprivileg 1923 auf und verabschiedete im gleichen Jahr die Kartellverordnung (KartVO), die auf das Verhalten der Konzerne kaum Einfluss hatte.<sup>34</sup> 1925 wurde das Schachtelprivileg wiedereingeführt, so dass der Gewinn, der ab 25% von der Beteiligung entfiel, von einer Doppelbelastung befreit war<sup>35</sup>.

Zielsetzung war die Verhinderung einer mehrfachen Besteuerung des Konzerngewinns<sup>36</sup>, doch waren nur die Gewinne der Tochtergesellschaft vom Schachtelprivileg betroffen. Die Gewinne von Konzerngesellschaften konnten nach wie vor nicht verrechnet werden<sup>37</sup>, da das organschaftliche Gebilde eines Konzerns nicht als Einheit betrachtet wurde. Erst durch steuerrechtliche Einschnitte der Rechtsprechung nahm das Schachtelprivileg eine optimierte Gestalt an. Den größten Beitrag leistete der Reichsfinanzhof, indem er an der sog. „Organtheorie“ festhielt.<sup>38</sup> Nach Jurkat, der die Formulierung des

<sup>20</sup> Rosendorff, Die rechtliche Organisation der Konzerne, 1927, S. 19.

<sup>21</sup> Bayer, Wirtschaftsgestaltung, S. 109; Das internationale Stahlkartell 1926 in: Heinrich-Franke, Die „Schaffung“ Europas in der Zwischenkriegszeit, S. 134 f.

<sup>22</sup> Reckendrees, Das „Stahltrust“-Projekt, S. 267 ff.

<sup>23</sup> Dettling, Die Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im AktG von 1965, S. 72.

<sup>24</sup> Mollin, Montankonzerne und „Drittes Reich“, 1988, S. 30.

<sup>25</sup> Emmerich/Habersack, Konzernrecht, S. 3; Kahn, Die Steuerung der Wirtschaft durch Recht im NS-Deutschland, S. 275.

<sup>26</sup> Fetzer/Arndt, Einführung in das Steuerrecht, S. 7.

<sup>27</sup> Haussmann, Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen, S. 67.

<sup>28</sup> Spoerer, Von Scheingewinnen zum Rüstungsboom, S. 76; Bühler, SteuerR der Gs. und Konzerne, S. 2 ff.

<sup>29</sup> Die Erzbergersche Finanz- und Steuerreform und die Weimarer Republik, in: bundesfinanzministerium.de

<sup>30</sup> Spindler, Recht und Konzern, S. 38 ff.

<sup>31</sup> Vgl. Haussmann, Konzernaufbau und Steuergesetzgebung, 1924/25, S. 170 über die Drohung eines deutschen Großkonzerns, den Sitz bei gleichbleibender Steuerbelastung in das Ausland zu verlegen.

<sup>32</sup> Reckendrees, Das „Stahltrust“-Projekt, S. 59.

<sup>33</sup> Haussmann, Die Tochtergesellschaft, 1923, S. 69. beschreibt, dass „die Besteuerung der jurist. Person ihrem Wesen nach eine Doppelbesteuerung ist.“

<sup>34</sup> Spindler, Recht und Konzern, S. 47; Rosendorff, Die rechtliche Organisation der Konzerne, 1927, S. 47.

<sup>35</sup> Nörr, Die Republik der Wirtschaft, Teil 1, S. 183, Hollaender, Das Steuerüberleitungsg, S. 45.

<sup>36</sup> Brinkmann, Die Körperschaftssteuer in der Zeit von 1918 bis 1929, S. 132;

<sup>37</sup> Spindler, Recht und Konzern, S. 15 ff.

<sup>38</sup> Jurkat, Die Organschaft im Körperschaftsteuerrecht, S. 37 ff.

RFH erweiterte, ist die körperschaftliche Organtheorie als „die steuerrechtliche Lehre von der Einkommenseinheit rechtlich selbstständiger Wirtschaftssubjekte als Folge ihrer wirtschaftlichen Einheit (...) zu verstehen“.<sup>39</sup> Der Reichsfinanzhof forderte, dass sich Ober- und Untergesellschaften gegenseitig in einem Vertrag verpflichten sollen, Gewinne der Untergesellschaft an die Obergesellschaft abzuführen und Verluste der Untergesellschaften durch die Obergesellschaft zu decken.<sup>40</sup> Die körperschaftssteuerliche Organschaft ermöglichte somit die Gewinn-Verlust-Bilanzierung einzelner Untergesellschaften. Neben der körperschaftssteuerlichen Organschaft wurde auch die umsatz- und gewerbsteuerliche Organschaft kreiert. Die umsatzsteuerliche Organschaft führte zur Steuerbefreiung von konzerninternen Teilmäßen und die gewerbsteuerliche Organschaft schützte vor illegalen Gewinnverschiebungen innerhalb der Gesellschaften. Die körperschaftssteuerliche Organschaft ging von einer Haftungseinheit des Konzerns aus, während die umsatz- bzw. gewerbsteuerliche Organschaft im Vergleich von einer haftungsrechtlichen Isoliertheit ausging.<sup>41</sup> Die von der Rechtsprechung entwickelte Organtheorie schrieb der Gesetzgeber 1934 im Umsatz- und Gewerbesteuerrecht fest und verabschiedete 1941 die KartStVO, die einer doppelten Besteuerung der Kartelle entgegengetreten sollte. Der Begriff „Konzerngesellschaft“ erschien zum ersten Mal in der NotVO vom 19.09.1931 und fand „schließlich ihren vorläufigen Schlusspunkt in der Verabschiedung des AktG 1937.“<sup>42</sup>

### 3. Die GmbH in Konzernunternehmen des 19. und 20. Jahrhunderts

In den Konzernierungsplänen für einige GmbH-Konzerne<sup>43</sup> tendierte man zur GmbH als Dachgesellschaft, die die Außenvertretung, das Finanzmanagement und den Vertrieb der Produkte übernehmen soll.<sup>44</sup> Betriebliche Entscheidungen sollten dabei Sache der Werke bleiben, jedoch mussten sie sich an gemeinschaftliche Richtlinien halten, die von Ausgaben für Einkäufe über Arbeitspläne der Arbeiterschaft bis zum Kreditrahmen für den Gesamtkonzern reichten. Um eine Produktion neu aufnehmen zu können, bedarf es der Genehmigung der herrschenden GmbH. Die Gründe, warum man zur GmbH als Konzernspitze griff, sind vielfältig. In den folgenden Beispielen soll verdeutlicht werden, welche spezifische Rolle die GmbH in den Einzelfällen spielte.

#### a. Siemens-Rhein-Elbe-Schuckert-Union GmbH<sup>45</sup>

Am 30. Dezember 1920 wurde die Rhein-Elbe-Union GmbH, die vier Monate zuvor gegründet wurde, durch die Siemens & Halske AG und die Schuckert & Co. erweitert und der Gesellschaftsname in Siemens-Rhein-Elbe-Schuckert-Union GmbH geändert. Die GmbH war in erster Linie eine vertragliche Interessengemeinschaft, die als Konzernholding fungierte. Carl Friedrich von Siemens sprach sich 1920 für eine vertikale Orientierung der Unternehmenszusammenfassung aus.<sup>46</sup> Die GmbH wurde errichtet, um eine „schnellere Handlungsfähigkeit zu gewährleisten“ und die Mitverantwortung von der Leitung auf die einzelnen Werke zu verlagern.<sup>47</sup> Da sich die Materialbeschaffung („Dynamobleche“) nach dem Krieg als schwierig erwies, sollten alle Beteiligten einen Vorteil aus den Produktionsstätten der jeweiligen Mitglieder ziehen. Jeder Gesellschafter leitete nach wie vor seinen eigenen (Unter-)Konzern. Das Interesse lag auf Gewinn und Finanzierung; ein Gewinnausgleich nach einem vereinbarten Schlüssel zu je einem Anteil bzw. 0,45 Anteile bei Schuckert sollte gewährleistet werden. Die Verbindung zwischen Gesellschafter und Untergesellschaften wurde nicht über eine Funktionshierarchie hergestellt, sondern verlief über eine Personalunion, also einer Schlüsselperson (hier: Vögler), die sowohl in der herrschenden GmbH als auch in den Untergesellschaften Ämter innehatte. Der Handlungsrahmen der Vorstände der IG-Konzerne war beschränkt, ihnen wurde aber eine gewisse Autonomie eingeräumt. Bei den Hauptversammlungen bzw. Gesellschafterversammlungen der Untergesellschaften verfügten die Obergesellschaften über Mehrfachstimmrechte, so dass sie immer über 50% der Stimmen verfügten. Die GmbH durfte nicht nach außen vertreten werden. Die Gesellschafterversammlung bestand aus den jeweiligen Konzernen. Neben den drei Geschäftsführern (Kirdorf/Stinnes/Siemens) bildeten die Vertreter der Untergesellschaften den entscheidungsbefugten Gemeinschaftsrat.<sup>48</sup> Aus rechtlicher Betrachtung: Die GmbH wurde durch einen Gesellschaftsvertrag (§ 292 I Nr. 1 AktG) errichtet, der die finanziellen Interessen der Gesellschafter in den Vordergrund stellte. Eine einheitliche Leitung im konventionellem Sinne gem. § 18 AktG lag nicht vor. Die Ausübung der einheitlichen Leitung beruhte auf der personellen Verknüpfung in der GmbH<sup>49</sup> und der gemeinschaftlichen Richtlinien, die den Untergesellschaften die selbstständige Leitung erlaubte. Die Weisungsbefugnis der Gesellschafter und die priorisierte Stellung der Gesellschafterversammlung waren im Holding-Mischkonzern abbedungen. Die Gewinnverteilung wurde nach beliebigem Maßstab durch den Gesellschaftsvertrag gem. § 29 III GmbHG festgesetzt. Über die GmbH führte der Gemeinschaftsrat<sup>50</sup>, der einmal im Monat tagte, die Auf-

<sup>39</sup> Jurkat, Die Organschaft im Körperschaftsteuerrecht, S. 37 Rn. 1; RFH, 30.1.1930, RStBl. 1930 S.148 (151).

<sup>40</sup> Hüttemann, Das Steuerrecht der Aktiengesellschaft in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, S. 1250

<sup>41</sup> Dettling, Die Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im AktG von 1965, S. 60 f.

<sup>42</sup> Spindler, Recht und Konzern, S. 54; Mu-KO zum AktG, Rn. 14-17

<sup>43</sup> Siemens-Rhein-Elbe-Schuckert GmbH; Friedrich-Flick-GmbH, später Flick-KG; Röchling GmbH in: Mollin, Montankonzerne und „Drittes Reich“, S. 29.

<sup>44</sup> Spindler, Recht und Konzern, S. 109; Reckendrees, Das „Stahltrust“-Projekt, S. 95 ff.

<sup>45</sup> Reckendrees, Das „Stahltrust“-Projekt, S. 102 ff., Fn. 164; Feldenkirchen, Siemens 1918-1945, S. 188 ff.

<sup>46</sup> Feldenkirchen, Siemens 1918-1945, S. 190.

<sup>47</sup> Feldenkirchen, Siemens 1918-1945, S. 186.

<sup>48</sup> Spindler, Recht und Konzern, S. 109.

<sup>49</sup> Steiner/Orth/Schwarzmann, Konzernrechnungslegung nach HGB und IFRS, S. 10 f.

<sup>50</sup> Spindler, Recht und Konzern, S. 109 f.

sicht, dessen Vorsitzende aus dem Rat nach einem bestimmten Schlüssel aus drei Personen gewählt wurde. Der Gemeinschaftsrat war nicht bloß ein fakultativer Aufsichtsrat, der dem Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft gleicht, sondern kennzeichnete sich als oberstes Organ, das die GmbH durch ihre flexiblen Gestaltungsmöglichkeiten befähigen konnte. 1926 wurde die GmbH faktisch aufgelöst, d.h. es kam zu keiner Auflösung gem. § 60 GmbHG.

#### b. Robert Bosch GmbH<sup>51</sup>

Am 10. Dezember 1937 beschloss die Hauptversammlung der Robert Bosch AG, die Konzernspitze in eine GmbH umzuwandeln. Robert Bosch wurde zum alleinigen zeichnungsbefugten Vorsitzenden der Geschäftsführung, wie auch die Vorstandsmitglieder der ehemaligen AG zu Geschäftsführern und Gesellschafter der GmbH wurden. Bosch räumte mit der Gründung der ehemaligen AG Fehler ein. Mit dem neuen Aktiengesetz von 1937 hätte Bosch als Aufsichtsratsvorsitzender der ehemaligen AG die Geschäfte nicht leiten können, sondern durfte lediglich den geschäftsführenden Vorstand überwachen. Zuvor war es ihm gestattet auch als Aufsichtsratsvorsitzender über die Geschäftspolitik zu bestimmen. Die Vorstandsmitglieder der ehemaligen AG konnten ihre Aktien nicht frei veräußern, es entstand aber das Risiko, dass firmenfremde Aktionäre durch Erbfall an Beteiligungen gelangen konnten. Die GmbH führt bis zur heutigen Zeit einen Aufsichtsrat, da das Unternehmen mehr als 500 Arbeitnehmer hat (s. § 1 DrittelbG). 1969 errichtete man auf testamentarischen Wunsch des Gründers die Robert Bosch Stiftung. Sie hält inzwischen 92 Prozent der Anteile der GmbH, hat aber keine Stimmrechte. Die Kommanditgesellschaft Robert Bosch Industrietreuhand hat 93 Prozent der Stimmrechte, jedoch praktisch keine GmbH-Anteile. Die restlichen Anteile und Stimmrechte sind im Besitz der Familie Bosch. Aus rechtlicher Betrachtung entspricht die GmbH mehr den Wünschen des Firmengründers. Eine Personalunion wäre gem. § 105 I AktG in der AG verboten, so dass er entweder einen „fremden“ Aufsichtsrat oder einen „fremden“ Vorstand dulden müsste. Da alle Gesellschafter auch Geschäftsführer waren, hat man so die Weisungsgebundenheit aus § 37 II GmbHG umgangen. Außerdem bestand bei der AG die Gefahr, dass Namensaktien trotz Vinkulierung gem. § 68 II AktG durch Erbfall an firmenfremde Aktionäre übergehen konnten. Die Vinkulierung erfasst nur rechtsgeschäftliche Verfügungen, nicht aber die Gesamtrechtsnachfolge durch Erbschaft gem. § 1922 BGB. Die Satzungsautonomie einer GmbH erlaubt den Gesellschaftern, Abtretungs-, Vinkulierungs- oder Einziehungsklausel zu bestimmen und diese an die Zustimmung der Gesellschafterversammlung zu koppeln. Gesellschaftsanteile sind gem. § 15 I GmbHG vererblich, man kann sie jedoch auf diese Weise an Bedingungen knüpfen.

<sup>51</sup> Bähr/Erker, Bosch, S. 166 ff.; bosch.de: Gesellschafter der GmbH.

#### c. Hugo Stinnes (Senior) GmbH<sup>52</sup>

Die Hugo Stinnes GmbH wurde 1892 als Einzelunternehmen gegründet und 1903 mit einem Grundkapital von 50 000 Mark in eine GmbH umgewandelt. Sie hatte anfangs drei Gesellschafter, wobei ein Gesellschafter wegen Todes aus der Liste der eingetragenen Gesellschafter gelöscht wurde und zwei Gesellschafter, Hugo Stinnes und seine Frau, übrig blieben. Drei Prokuristen und zehn Vertreter durften im Namen der GmbH unterzeichnen, die Zahl der Letzteren nahm durch neue Handelsvertretungen zu. Die Inländischen und ausländischen Handelsvertretungen, die Ressourcen wie Kohle, Holz und Eisen vermarkteten, waren Untergesellschaften, deren Geschäfte weitgehend autonom geführt worden sind. Ob es eine einheitliche Leitung durch die herrschende GmbH gab, ist auf dem ersten Blick nicht offensichtlich.

Hugo Stinnes überließ seinen Vertreter die Leitung der einzelnen Handelsbetriebe. Er überprüfte aber die Gewinne der Untergesellschaften und wechselte auch ggf. die Leitung einer Vertretung wegen schlechter Führung aus. Innerhalb der GmbH agierte er als Geschäftsführer, seine Frau nahm rege an den Geschäften ihres Mannes teil. Vor seinem Todesjahr 1924 gehörten 1.535 Unternehmen mit 2.888 Betrieben zu seinem Konzern. Aus rechtlicher Sicht ist auch diese Art der Konzernführung durch die Stinnes GmbH möglich. Der Regierungsentwurf<sup>53</sup> zum AktG 1965, die später entstand, begründet: „Als Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung muss es bereits angesehen werden, wenn die Konzernleitung die Geschäftspolitik der Konzerngesellschaften und sonstige grundsätzliche Fragen ihrer Geschäftsführung aufeinander abstimmt. Diese Abstimmung setzt kein Weisungsrecht voraus. Sie kann sich vielmehr auch in der lockeren Form gemeinsamer Beratungen vollziehen oder aus einer personellen Verflechtung der Verwaltungen ergeben. Eine gesetzliche Festlegung der an die einheitliche Leitung zu stellenden Anforderungen erscheint aber angesichts der vielfältigen Formen, die die Wirtschaft für die Konzernleitung herausgebildet hat, nicht möglich.“ Dass die Untergesellschaften autonom agieren, widerspricht nicht den Konzernkriterien aus § 18 AktG.

#### d. Friedrich Flick GmbH<sup>54</sup>

Am 21. Dezember 1965 entschloss sich die Konzernspitze „Flick-Kommanditgesellschaft“ eine Zwischenholding namens „Verwaltungsgesellschaft für industrielle Unternehmungen Friedrich Flick GmbH“ in die Konzernverflechtung zu installieren, die wie eine Obergesellschaft eines GmbH-Konzerns handeln sollte. Sie übernahm die Leitung von bestimmten Tochterunternehmen, die einer Vielzahl von Enkelunternehmen übergeordnet waren. Die Unternehmensverträge gem. §§ 291, 292 AktG regelten neben der Beherrschung und der Gewinnabführung der „Querfinanzierung der Beteiligungen“. 1977 hat man von der GmbH abgesehen, da das Mitbestimmungsrecht,

<sup>52</sup> Feldman, Hugo Stinnes, S. 142 ff; Rasch/Feldman, August Thyssen und Hugo Stinnes. Ein Briefwechsel 1898–1922, S. 117 ff.

<sup>53</sup> Begründung des Regierungsentwurfs zum AktG 1965, S. 101.

<sup>54</sup> Frei/Ahrens/Osterloh/Schanetzky, Flick, unter III., E-Book-Version; Priemel, Flick, S. 553

die die Wahl von Arbeitnehmern in den Aufsichtsrat regelt, durch die Regierung verschärft wurde.

#### e. Franz Haniel & Cie. GmbH<sup>55</sup>

Die GmbH entstand 1917 aus einer OHG und bündelte die Bergbau- und Industrie-gesellschaften als Gesellschaftergesellschaften in sich. Die Geschäftsführung übernahmen stets firmenfremde Manager bis zu dem Zeitpunkt als die Mitglieder der Familie Haniel Anteilseigner wurden und das alleinige Eigentum erwarben. 1980 formierte sich der Konzern in eine neue Struktur und erhob die GmbH zur Führungsholding unter Auslagerung der Tätigkeiten auf die jeweiligen Geschäftsbereiche. Die Holding agiert als Denkfabrik für neue Konzernstrategien und nimmt das Finanz- und Personalmanagement wahr. Die GmbH enthält über 600 Gesellschafter aus der Familie Haniel, dessen Gesellschafterversammlung einmal im Jahr tagt. Der Aufsichtsratsvorsitz wird immer von einem Familienmitglied belegt. Als Kontrollorgan beherbergt sie Vertreter aus der Familie und der Arbeitnehmerschaft. Ein Familienbeirat aus 30 Personen hat einen „kleinen Kreis“ aus zehn Personen, die Mitglieder in den Aufsichtsrat bestimmen können.

#### 4. Die GmbH und ihre eigene Rechtsdisziplin im Konzernrecht

Ähnlich wie die Konzerne, besteht das GmbH-Konzernrecht aus einer Zusammensetzung<sup>56</sup> von Vorschriften, das in keinem kodifizierten Gesetzbuch mit dem selbigen Titel kanonisiert ist, sondern in verschiedenen Gesetzestexten Anwendung findet. Es weist ein „höchst eigentümliches System der Rechtsfindung und Rechtsbildung“<sup>57</sup> auf, dessen Entstehungsgeschichte in den Reformen des AktG 1937 und 1965 und in der richterlichen Rechtsfortbildung anzusetzen ist. Den 19. September 1931 kann man als den Geltungstag des Konzernrechts festlegen, denn der Konzernbegriff wurde erstmals in den §§ 246, 260 a, 261 a und d HGB eingeführt<sup>58</sup>. Bis 1937 bemühte sich die Kautelarjurisprudenz das Phänomen der Konzernierungen in eine rechtlichen Gestalt zu zwängen und Lösungen für gewisse Rechtsprobleme zu finden. Es wurde aber auf eine umfassende Kodifikation verzichtet; man nahm einzelne Normen in das AktG aufgenommen, die die Konzerndefinition aus § 15 AktG und das Zustimmungsbedürfnis der Hauptversammlung bei Vertragsabschlüssen aus § 256 AktG regelten.<sup>59</sup> Erst zur Reform des AktG von 1965 führte man eine umfangreiche Kodifikation des Konzernrechts ein. Der Regierungsentwurf bediente sich verstärkt am Schrifttum der Rechtslehre und versuchte die Rechtsthematik durch die Neufassung zu umklammern.<sup>60</sup> Allerdings gelang dies nur teilweise: Den größeren Beitrag lei-

stete die Rechtsprechung, die durch namenhafte Entscheidungen eine richterliche Rechtsfortbildung geschaffen haben. Zu erwähnen wären das „Familienheim“-Urteil<sup>61</sup> und der „Supermarkt“-Beschluss<sup>62</sup> des II. Zivilsenats des BGH, der für das Gesellschaftsrecht zuständig ist. Der „Supermarkt“-Beschluss zeigt die Wirksamkeitsvoraussetzungen für den Abschluss von Unternehmensverträgen mit einer herrschenden und abhängigen GmbH auf und ist das beste Beispiel für eine richterliche Rechtsfortbildung. Das „Familienheim“-Urteil beweist, dass ein nichtiger Unternehmensvertrag mit einer GmbH solange (schwebend) wirksam ist bis sich eine Vertragsseite auf die Unwirksamkeit beruft.<sup>63</sup> Das GmbH-Konzernrecht ist nicht im GmbHG kodifiziert, es finden die Vorschriften des Aktienkonzernrechts Anwendung; nur bestimmte Sachverhalte werden mit den Vorschriften der GmbHG gelöst.<sup>64</sup> Das Justizministerium bemühte sich zuletzt 1972 für einen GmbHG-Entwurf, der Konzernregelungen beinhalten sollte. Der Entwurf sollte das GmbHG dem neuen Aktienrecht annähern und eine gleichwertige Version des Aktienkonzernrechts in das GmbHG übertragen.<sup>65</sup> Die starke Annäherung an das Aktienrecht führte andererseits zu Einbußen der Eigenart der GmbH. Eine Kodifizierung des GmbH-Konzernrechts hätte auch zu ungewissen wirtschaftliche Folgen führen können, die man von vorneherein schwer einkalkulieren kann. Der RegE GmbHG 1972 wurde nicht Gesetz, stattdessen nahmen sich Rechtsprechung und Literatur das GmbH-Konzernrecht an.

#### III. Die Baustein-Funktion der konzerngebundenen GmbH

##### 1. Die Satzungsautonomie und ermächtigende Konzernklausel

Die Vorteile, welche für die Rechtsgestaltung die GmbH im Vergleich zur Aktiengesellschaft als Konzernbaustein so attraktiv machten und bis heute machen, sind beträchtlich: Die Gesellschafter einer GmbH verfügen über eine unbeschränkte Satzungsautonomie und können gem. §§ 3 II, 26 GmbHG ohne Beschränkungen über Nachschüsse und Nebenleistungen entscheiden. Anders als das Aktienrecht, bei dem das Prinzip der formellen Satzungsstrenge gilt, gebührt der Satzung einer GmbH gem. § 45 I GmbHG der Vorzug vor dem Gesetz, soweit keine anderen Regelungen Vorrang haben.<sup>66</sup> Gem. § 23 V AktG kann die AG-Satzung von den Vorschriften des Gesetzes nur abweichen, wenn es ausdrücklich zugelassen ist. Ergänzende Vorschriften sind nur insoweit zulässig, wenn das Gesetz keine abschließende Regelung enthält. Die meisten aktienrechtlichen Vorschriften, insbesondere die Vorschriften über Satzungsänderun-

<sup>55</sup> Plate/Groth/Ackermann/Schlippe, Große Deutsche Familienunternehmen: Generationenfolge, Familienstrategie und Unternehmensentwicklung, S. 203 ff.

<sup>56</sup> Liebscher, GmbH-Konzernrecht, S. 11.

<sup>57</sup> Lutter, Das System des deutschen GmbH-Konzernrechts, S. 193 in: Hommelhoff (s. Verzeichnis).

<sup>58</sup> Hopt, Aktiengesetz, Kommentar, vor § 15 Rn. 3 ff.

<sup>59</sup> Emmerich/Habersack, Konzernrecht, S. 5 ff.

<sup>60</sup> Emmerich/Habersack, Konzernrecht, S. 7 ff.

<sup>61</sup> BGH WM 1988, 258 – BGH-Urteil vom 13.12.1987, II ZR 170/87

<sup>62</sup> BGH, Urteil vom 24. Oktober 1988, II ZB 7/88.

<sup>63</sup> Schneider, Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge in der Praxis der GmbH, S. 9 f.

<sup>64</sup> Liebscher, GmbH-Konzernrecht, S. 11.

<sup>65</sup> Michalski, GmbHG-Kommentar, S. 41 f, Wilhelm, Kapitalgesellschaftsrecht, S. 472; BT-Druck 7/253.

<sup>66</sup> Wilhelm, Kapitalgesellschaftsrecht, S. 11, Rn. 21 f; Hachenburg, GmbHG-Kommentar, § 45 Rn. 10.

gen, sind zwingendes Recht und streng auszulegen.<sup>67</sup> Die GmbH-Satzung erlaubt den Gesellschaftern Sonderrechte zu regeln oder den Minderheitsgesellschaftern eine Geschäftsführerbenennung ohne Beschluss der Gesellschafterversammlung einzuräumen, was in einer AG gem. § 84 AktG nur von einem Aufsichtsrat wahrgenommen werden kann. Bei einer Konzerngründung spielt die Satzung einer GmbH insofern eine Rolle, dass eine „Vorordnung“ in die Satzung aufgenommen werden kann.<sup>68</sup> Diese „Vorordnung“ müsste mit einem Beschluss der Gesellschafterversammlung mit satzungsändernder Mehrheit gem. § 53 II GmbHG entschieden werden, um eine Konzernierung zu ermöglichen. Konzernklauseln sind unzulässig, wenn sie generell abgefasst sind. Sie müssen sich auf genau spezifizierte Einzelfälle beziehen und wesentliche Punkte beinhalten.<sup>69</sup> In der Praxis werden solche Klauseln für Vertragskonzerne vorbereitet, möglich sind aber auch Regelungen, die eine faktische Konzernierung berücksichtigen, in denen Ausgleichs- und Abfindungsleistungen analog §§ 304, 305 AktG für die Minderheitsgesellschafter mit geregelt werden.

## 2. Die Allzuständigkeit und Dispositionsfreiheit der GmbH-Gesellschafterversammlung

Die GmbH weist besondere Merkmale in Bezug auf Zuständigkeiten der Organe auf, die für Konzernierungen maßgeblich sind. Die Zuständigkeiten der Geschäftsorgane in der GmbH ergeben sich aus der GmbH-Satzung, die die Organisation der Gesellschaft regelt. Die Gesellschafterversammlung verfügt über eine Dispositionsfreiheit und einer Allzuständigkeit<sup>70</sup>, die „jede Geschäftsangelegenheit zur Entscheidung an sich ziehen kann“.<sup>71</sup> Sie besitzt die ausschließlichen Zuständigkeiten des § 46 GmbHG, außerdem übt sie die gesetzlich zugewiesenen Aufgaben der Formwechsel aus § 193 UmwG, der Verschmelzung aus § 13 I UmwG und der Unternehmensvertragsabschlüsse aus § 293 Abs. 1 AktG analog, aus. Lediglich der Geschäftsführung obliegt die Zuständigkeit der unbeschränkten Vertretungsmacht im Außenrecht gem. §§ 35, 37 II GmbHG und der Aufstellung des Jahresabschlusses gem. § 41 GmbHG.

Gem. § 49 II GmbHG muss die Geschäftsführung einer GmbH das Interesse der Gesellschafter in wichtigen Angelegenheiten berücksichtigen. Bei Bedarf kann auch eine Geschäftsordnung erlassen werden. Folglich liegen die Tätigkeiten der Geschäftsführung auch im Zuständigkeitsbereich der Gesellschafterversammlung und spielen sich nicht abseits ihres Wirkungskreises ab.<sup>72</sup> In einer AG sind die Zuständigkeiten geteilt; eine Allzuständigkeit existiert nicht. Die Hauptversammlung wählt einen Aufsichtsrat gem. § 101 AktG, hat aber kein Weisungsrecht gegenüber Vorstand (§ 76 I AktG) und Aufsichtsrat. Der Aufsichtsrat bestellt und überwacht gem. §§ 84 I, 111 I AktG den Vorstand, ihm steht aber kein

Weisungsrecht, sondern nur ein defensives Vetorecht zu.<sup>73</sup> Der fakultative Aufsichtsrat einer GmbH hat meist eine beratende Funktion, die der Allzuständigkeit der Gesellschafterversammlung nicht entgegensteht. Der GmbH-Aufsichtsrat kann sowohl aktienrechtliche Grundzüge besitzen oder auch einen gesellschaftsautonomen Charakter nach § 52 I 2 GmbHG aufweisen.<sup>74</sup>

## 3. Die Rechte eines GmbH-Gesellschafters im Vergleich zum Aktionär

Den Gesellschaftern einer GmbH stehen jegliche Befugnisse und Rechte aus dem GmbH-Recht zur Verfügung. Dabei muss unterschieden werden: Die Rechte ergeben sich aus dem Geschäftsanteil des einzelnen Gesellschafters<sup>75</sup>, während die Befugnisse nur der Gesellschafterversammlung als Gesamtes zu stehen. Das Weisungsbefugnis gem. § 37 I GmbHG ist das bekannteste Beispiel, das nur der Gesellschafterversammlung erlaubt, der Geschäftsführung Weisungen zu erteilen. Der Gesellschafter mbH verfügt über Vermögens-, Verwaltungs-, Kontroll- und Sonderrechte, die als letzteres in der Satzung geregelt wird. Im Vergleich zur AG gibt es zwei Rechte, die bei der GmbH stärker ausgeprägt sind. Das GmbH-Recht räumt Gesellschafter Aussichts- und Einsichtsrechte gem. § 51 a GmbHG ein, die auch das Aktienrecht einem Aktionär gewährt. Gem. 175 II, 179 a II AktG kann ein Aktionär vor einer Hauptversammlung begrenzte Unterlagen prüfen und deren Zusendung verlangen. Im Unterschied zum Gesellschafter mbH aber darf ein Aktionär nicht in die Bücher und Schriften der Gesellschaft einsehen.<sup>76</sup> Das liegt vor allem an der Divergenz zwischen der Aktionärsversammlung und des geschäftsführenden Vorstandes, der eigenverantwortlich zu handeln hat. Das Auskunftsrecht gem. § 131 AktG hat im Vergleich zum Recht des GmbH-Gesellschafters zeitliche und gegenständliche Grenzen.<sup>77</sup> Das Auskunftsrecht kann nur in der Hauptversammlung geltend gemacht werden und ist gebunden an die jeweilige Tagesordnung. Da die Gesellschafterversammlung einer GmbH ein kollektives Kontroll- und Informationsrecht besitzt, kennt es diese Grenzen nicht, lediglich die Grenze des zweckentfremdeten Missbrauchs. Beide Gesellschaftsformen setzen Treue- und Gleichbehandlungspflicht voraus, so dass in der Theorie keiner diskriminiert werden soll. In der Praxis kann man wohl annehmen, dass Großaktionäre einen besseren Informationsfluss haben und sich in ihrem Wissen über den Wissensstand der restlichen Aktionäre befinden.<sup>78</sup>

## 4. Die flexible Organisationsverfassung der GmbH

Obwohl die Organisationsstruktur der GmbH oben mehrmals erwähnt wurde, ist es trotzdem dienlich den

<sup>67</sup> Wilhelm, Kapitalgesellschaftsrecht, S. 364 f.

<sup>68</sup> Hommelhoff, Entwicklungen im GmbH-Konzernrecht, S. 196.

<sup>69</sup> Krieger, DStR S. 432-436.

<sup>70</sup> Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 36 III, S. 909.

<sup>71</sup> Hachenburg/Ulmer, GmbHG-Kommentar, § 46 Rn. 117; BGHZ 89, 48.

<sup>72</sup> Hachenburg/Ulmer, GmbHG-Kommentar, § 46 Rn. 117

<sup>73</sup> Steinbeck, Überwachungspflicht und Einwirkungsmöglichkeiten des Aufsichtsrats in der AG, S. 149.

<sup>74</sup> [http://www.publicgovernance.de/docs/PG\\_I\\_2006\\_Rechte\\_und\\_Pflichten\\_AR\\_neu.pdf](http://www.publicgovernance.de/docs/PG_I_2006_Rechte_und_Pflichten_AR_neu.pdf)

<sup>75</sup> Jula, Der GmbH-Gesellschafter, S. 129 ff.

<sup>76</sup> Siems, Die Konvergenz der Rechtssysteme im Recht der Aktionäre, S. 161.

<sup>77</sup> Hopt/Wiedemann, Großkommentar AktG, § 131 Rn. 5 in Decher.

<sup>78</sup> Siems, Die Konvergenz der Rechtssysteme im Recht der Aktionäre, S. 161 ff.

Aufbau unter einem neuen Gliederungspunkt explizit zu betonen. Er ist einer der Gründe, warum man sich meist für eine GmbH und gegen eine „kleine AG“ entscheidet. Die organisationsrechtliche Mindestanforderung besteht aus einer Gesellschafterversammlung (§ 48 GmbHG), die durch Satzung und Gesellschaftsvertrag geformt und unterteilt werden kann. Die Geschäftsführung wird im GmbHG als zweites Organ genannt, theoretisch können alle Gesellschafter auch als Geschäftsführer fungieren und ein zweites Organ gem. § 6 IV GmbHG abbedingen.<sup>79</sup> In der Literatur häufig anzutreffen ist die Diskussion, ob die Gesellschafterversammlung oder die Gesellschafterversammlung das oberste Organ darstellt.<sup>80</sup> Viele Lehrmeinungen setzen sie sogar gleich und sehen keinen Unterschied zwischen beiden Begriffen. Eine genauere

Untersuchung tätigten Feine<sup>81</sup> und Huffer<sup>82</sup>. Feine argumentiert, dass die Gesellschafterversammlung als oberstes Organ anzusehen sei, da der „auf kleinen Umfang eingestellte Charakter der GmbH“ dies erfordere. Huffer meint, dass die Gesellschafterversammlung im Grunde „die Gesellschaft selbst“ und die Gesellschafterversammlung kein bloßes Verfahren sei. Die Meinung der Gesellschafterversammlung als oberstes Organ ist zu folgen. Wenn man sich vorstellt, dass die Gesellschafterversammlung eine Art „Parlament“ ist und keine bloße Zusammenkunft, dann macht die Beschlussfähigkeit, die Geschäftsordnung, die Willensbildung der Gesellschafter und die mehrheitserfordernde Abstimmung nach § 47 GmbHG das Wesen eines Parlamentsorgans aus, dass Beschlussfassungen ihre Wirksamkeit verleiht. Ein „monopolistischer“ Mehrheitsbeteiligter z.B. repräsentiert auch nicht die Gesamtheit, dominiert aber die Gesellschafterversammlung. Die einfache Gestaltung der Organisationsverfassung ist somit der letzte Punkt, der die strenge Organisationsform einer AG (Hauptversammlung/Vorstand/Aufsichtsrat) um Längen schlägt.

<sup>79</sup> Siehe Gliederungspunkt „Robert Bosch GmbH“: Alle Gesellschafter sind zugleich Geschäftsführer.

<sup>80</sup> Gesellschafterversammlung: Hommelhoff/Priester, Bilanzrichtlinien-gesetz und GmbH, S. 474; Wilhelm, Kapitalgesellschaftsrecht, S. 453; Albers, Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft, S. 411; Lutter/Wiedemann, Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, S. 45; Gesellschafterversammlung: Jula, Der GmbH-Gesellschafter, S. 2; Stache, GmbH-Recht, S. 93; Förster, Gesellschaftsrecht, S. 183.

<sup>81</sup> Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts, S. 504.

<sup>82</sup> Lutter/Ulmer/Zöllner, Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, S. 521 ff.

## Das Berliner Abkommen vom 23. Dezember 1913: Ein erster Ansatz zur Bewältigung des Konflikts zwischen Vertragsfreiheit und Versorgungssicherheit in der gesetzlichen Krankenversicherung und Wegbereiter der gemeinsamen Selbstverwaltung

Anna Käsbauer

*Die vertragsärztliche Versorgung in der heutigen gesetzlichen Krankenversicherung beruht wesentlich auf dem Prinzip der gemeinsamen Selbstverwaltung, nämlich der besonderen öffentlich-rechtlichen Zusammenarbeit von Verbänden der Ärzte und Krankenkassen. Erklärungen für die verwaltungsrechtliche Sonderstellung dieser Zusammenarbeit liefert eine Untersuchung ihrer geschichtlichen Anfänge, insbesondere der Entwicklungen rund um das Berliner Abkommen vom 23.12.1913.*

### I. Die gemeinsame Selbstverwaltung – Eine historisch bedingte Eigenart des Sozialrechts

Im Jahr 2015 sind die Anforderungen an die gesetzliche Krankenversicherung immens: Sie hat die medizinische Versorgung von knapp 70 Millionen Versicherten zu koordinieren,<sup>1</sup> dabei im Rahmen der Zusammenstellung ihres Leistungsspektrums bestmöglich auf wissenschaftlichen Fortschritt zu reagieren und verschiedenste, teils hochspezialisierte Leistungserbringer in ihr Versorgungssystem zu integrieren.<sup>2</sup> Zudem muss sie sich stets der Frage nach ihrer eigenen Finanzierbarkeit stellen, die

ihre Zuspitzung in der Debatte um eine Rationierung von Gesundheitsleistungen findet.<sup>3</sup> Während die tatsächlichen Rahmenbedingungen der Versorgung gesetzlich Versicherter in ihrer Entwicklung nicht stillstehen, sind die rechtlichen Grundpfeiler vor allem der vertragsärztlichen<sup>4</sup> Versorgung seit etwa einem Jahrhundert weitgehend gleich geblieben: Die wesentlichen Entscheidungen der vertragsärztlichen Versorgung, wie Leistungsumfang oder Vergütung der Vertragsärzte, trifft nämlich seit Er-

<sup>1</sup> Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Statistisches Jahrbuch 2014, Deutschland und Internationales, 2014, S. 226.

<sup>2</sup> Zur Interessenlage in der gesetzlichen Krankenversicherung: Wahl, Kooperationsstrukturen im Vertragsarztrecht, 2001, S. 107 ff.

<sup>3</sup> Siehe zur Frage der Rationierung jüngst: Kemmler, Rechtliche Vorgaben für die Rationierung medizinischer Leistungen im System der gesetzlichen Krankenversicherung, NZS 2014, 521 ff.

<sup>4</sup> Erst im Zuge des Gesundheitsstrukturgesetzes vom 21. 12. 1992 (BGBl. 1992 I S. 2266) wurde das „Kassenarztrecht“ zu „Vertragsarztrecht“ umbenannt, Wahl, Kooperationsstrukturen im Vertragsarztrecht, 2001, S. 104 ff.

richtung der gesetzlichen Krankenversicherung im Jahre 1883 nicht der Gesetzgeber selbst, sondern vielmehr liegt die Steuerungsverantwortung hauptsächlich in den Händen der betroffenen Interessengruppen, nämlich der Verbände der Vertragsärzte und der Krankenkassen, die im Rahmen der sog. „gemeinsamen Selbstverwaltung“ in einer „Zwischenschicht zwischen Staat und Gesellschaft“<sup>5</sup> tätig werden.<sup>6</sup>

So handeln etwa Ärzte- und Kassenverbände gem. §§ 82 ff. SGB V die Vergütung der Vertragsärzte in Kollektivverträgen aus und entsenden Vertreter in paritätisch besetzte Entscheidungsgremien, die die Bedingungen der vertragsärztlichen Tätigkeit in der gesetzlichen Krankenversicherung festlegen: Beispielsweise wird in Zulassungsausschüssen über den Zugang von Ärzten zur vertragsärztlichen Versorgung entschieden (§§ 96 f. SGB V) und Schiedsämter sowohl auf Landes- als auch auf Bundesebene legen den Inhalt der Kollektivverträge fest, falls sich die Verbände in direkten Vertragsverhandlungen nicht einigen können (§ 89 SGB V). Der Einflussbereich der Ärzte- und Kassenverbände geht aber eben auch deutlich über die Gestaltung ihrer eigenen Rechtsbeziehungen zueinander hinaus, denn die Kassenärztliche Bundesvereinigung und der Spitzenverband Bund der Krankenkassen sind neben der Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigung und der Deutschen Krankenhausgesellschaft im sog. Gemeinsamen Bundesausschuss vertreten (§ 91 Abs. 2 SGB V). Dieses Gremium entscheidet in seinen Richtlinien nach § 92 SGB V unter anderem darüber, welche Leistungsansprüche Versicherte gegenüber ihren Krankenkassen geltend machen können, und wirkt so an der Definition des Versorgungsstandards der gesetzlichen Krankenversicherung mit. Ausweislich der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts<sup>7</sup> dienen diese Richtlinien der Konkretisierung der gesetzlichen Vorschriften zum Leistungsanspruch des Versicherten in §§ 27 ff. SGB V und sind gem. § 91 Abs. 6 SGB V gegenüber Ärzten, Krankenkassen und Versicherten unmittelbar verbindlich.<sup>8</sup> Parallel dazu geht man davon aus, dass auch die vertragsärztlichen Kollektivverträge als Normenverträge eine den Rechtswirkungen der Richtlinien entsprechende Bindungswirkung besitzen.<sup>9</sup>

Diese Strukturen der gemeinsamen Selbstverwaltung sind eine ansonsten im öffentlichen Recht nicht anzutreffende Eigenart des Sozialrechts,<sup>10</sup> weder die Richtlinien noch die Kollektivverträge lassen sich den gewöhnli-

chen verwaltungsrechtlichen Rechtsquellen zuordnen.<sup>11</sup> Letztlich ist diese rechtliche Sonderstellung der gemeinsamen Selbstverwaltung als Ursache der an ihr geübten Kritik zu identifizieren, denn vor allem aufgrund der Rechtswirkungen der Richtlinien wird seit vielen Jahren eine lebendige Diskussion über die Verfassungsmäßigkeit der gemeinsamen Selbstverwaltung geführt,<sup>12</sup> die gegenwärtig auch das Bundesverfassungsgericht beschäftigt.<sup>13</sup> Blickt man auf die Wurzeln der kassenärztlichen Versorgung, namentlich auf die Gründung der gesetzlichen Krankenversicherung im Jahre 1883, zurück, lässt sich für die Sonderrolle der gemeinsamen Selbstverwaltung im öffentlichen Recht auch eine rechtsgeschichtliche Erklärung finden, die im vorliegenden Beitrag erläutert werden soll: Die heutige gemeinsame Selbstverwaltung hat sich nämlich ursprünglich aus einer zunächst an privatrechtlichen Grundprinzipien ausgerichteten Zusammenarbeit von Ärzten und Krankenkassen entwickelt. Sie basiert dabei im Wesentlichen auf dem privatrechtlichen Berliner Abkommen vom 23. 12. 1913, das zwischen den Spitzenverbänden der Ärzte und Krankenkassen geschlossen worden war und heute als „Geburtsstunde der gemeinsamen Selbstverwaltung“<sup>14</sup> bezeichnet wird. Erst ein Jahrzehnt später im Jahr 1923, als die Idee der kassenärztlichen Zusammenarbeit Eingang in das Gesetz gefunden hatte, stellte sich schließlich erstmals die Frage nach der verwaltungsrechtlichen Einordnung dieses Organisationssystems, das in seiner Entstehung gerade nicht an öffentlich-rechtlichen Grundsätzen gemessen worden war. Ziel des vorliegenden Beitrags ist es, diese Entwicklungslinie von der Begründung der gesetzlichen Krankenversicherung bis hin zum Ende der Weimarer Republik vor allem mit Blick auf das Berliner Abkommen nachzuzeichnen und darzulegen, wie sich das Modell der Zusammenarbeit als ein auch für damalige Verhältnisse ungewöhnliches Organisationskonzept herausgebildet hat, um so den besonderen Charakter der heutigen gemeinsamen Selbstverwaltung verständlich zu machen.

<sup>5</sup> Kingreen/Rixen, Sozialrecht: Ein verwaltungsrechtliches Utopia?, DÖV 2008, 741, 746.

<sup>6</sup> Zum Charakter der gemeinsamen Selbstverwaltung: Axer, Gemeinsame Selbstverwaltung, in: von Wulffen/Krasney (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, 2004, S. 339, S. 340 ff.

<sup>7</sup> BSGE 81, 54, 61; BSGE 81, 73, 78 f.

<sup>8</sup> Zu der Entwicklung der Rechtswirkungen der Richtlinien siehe Wahl, Kooperationsstrukturen im Vertragsarztrecht, 2001, S. 358 ff.

<sup>9</sup> Axer, in: Schnapp/Wigge (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Aufl. 2006, § 8 Das Kollektivvertragsrecht in der vertragsärztlichen Versorgung, Rn. 9.

<sup>10</sup> Axer, Gemeinsame Selbstverwaltung, in: von Wulffen/Krasney (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, 2004, S. 339, S. 341.

<sup>11</sup> Axer, in: Schnapp/Wigge (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Aufl. 2006, § 10 Das Normsetzungsinstrumentarium im Vertragsarztrecht, Rn. 1. Siehe dazu Kingreen/Rixen, Sozialrecht: Ein verwaltungsrechtliches Utopia?, DÖV 2008, 741, 748.

<sup>12</sup> Siehe z.B. Ossenbühl, Richtlinien im Vertragsarztrecht, NZS 1997, 497, 498 ff.; Butzer/Kaltenborn, Die demokratische Legitimation des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen, MedR 2001, 333, 335 ff.; Kingreen, Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsetzungsbefugnis des Gemeinsamen Bundesausschusses im Gesundheitsrecht, NJW 2006, 877 ff.; Neumann, Verantwortung, Sachkunde, Betroffenheit, Interesse: Zur demokratischen Legitimation der Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses, NZS 2010, 593 ff.

<sup>13</sup> Es wurde Verfassungsbeschwerde (1 BvR 2056/12) erhoben gegen das Urteil des Bundessozialgerichts vom 3. 7. 2012, BSGE 111, 155 ff.

<sup>14</sup> Axer, Gemeinsame Selbstverwaltung, in: von Wulffen/Krasney (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, 2004, S. 339, S. 344; Musil, Gemeinsame Selbstverwaltung als Kooperationsform, in: Schmehl/Wallrabenstein (Hrsg.), Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens, Bd. 2, 2006, S. 49, S. 53.

## II. Die Ausgangsproblematik: Die ursprüngliche Organisation der kassenärztlichen Versorgung nach den Grundsätzen des Vertragswettbewerbs

### 1. Die Grundzüge der kassenärztlichen Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung von 1883

Ausgangspunkt des heutigen Systems der medizinischen Versorgung der gesetzlich Versicherten und damit der Entwicklung der gemeinsamen Selbstverwaltung war das „Gesetz, betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter“ vom 15. 6. 1883,<sup>15</sup> das, wie in der „Kaiserlichen Botschaft“ vom 17. 11. 1881 angekündigt worden war, auf eine „gleichmäßige Organisation des gewerblichen Krankenkassenwesens“ abzielte.<sup>16</sup> Der Gesetzgeber installierte deshalb eine weitgreifende Versicherungspflicht vor allem der Arbeiter und ordnete sie entsprechend ihrer beruflichen Tätigkeit verschiedenen Kassenarten zu.<sup>17</sup> Als Konsequenz dieser Umstrukturierung waren bereits 1885 mehr als 4 Millionen Menschen Mitglied in weit mehr als 18.000 verschiedenen Krankenkassen,<sup>18</sup> die nach dem Selbstverwaltungsprinzip arbeiteten, also aus Vorstand und Generalversammlung bestanden und der staatlichen Rechtsaufsicht unterlagen.<sup>19</sup> Anders als die bisher bestehenden Krankenkassen, die ihren Mitgliedern weit überwiegend nur nachträgliche Kostenerstattung für Gesundheitsleistungen angeboten hatten,<sup>20</sup> waren diese 1883 errichteten Krankenkassen nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 des Krankenversicherungsgesetzes verpflichtet, ihren Versicherten neben finanzieller Unterstützung „freie ärztliche Behandlung, Arznei, sowie Brillen, Bruchbänder und ähnliche Heilmittel“ zu gewähren. Durch diese Neuregelung, die heute unter dem Begriff des „Sachleistungsprinzips“<sup>21</sup> geläufig ist, wurde die damalige medizinische Grundversorgung von der finanziellen Leistungsfähigkeit des einzelnen Kranken abgekoppelt und nahm so eine bis dahin neuartige Dimension an.

Indem der Gesetzgeber auf diese Weise den Zugang zu medizinischer Versorgung neu definierte, konstruierte er das auch heute noch bestehende rechtliche „Dreiecksverhältnis“ zwischen Krankenkassen, Versicherten und Leistungserbringern.<sup>22</sup> Denn einerseits gewährte § 6 des Krankenversicherungsgesetzes den Versicherten unabhängig von ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit medizi-

nische Behandlung, andererseits nahm diese Vorschrift aber spiegelbildlich dazu auch die Krankenkassen in die Pflicht, für ihre Versicherten diese medizinischen Versorgungsleistungen zu organisieren.<sup>23</sup> Auf die Frage, wie die Krankenkassen dies bewerkstelligen sollten, gab das Gesetz von 1883 allerdings kaum Auskunft. Dass der Gesetzgeber den Vertrag als Regelfall zur Organisation der ärztlichen Versorgungsleistungen vor Augen hatte, lässt allein § 46 des Krankenversicherungsgesetzes erahnen, der die Rechte von Krankenkassenverbänden konkretisierte.<sup>24</sup> Diese Vorschrift regelte die Befugnisse von Zusammenschlüssen mehrerer Krankenkassen innerhalb eines Aufsichtsbezirks und sah vor, dass derartige Kassenverbände auch gegründet werden konnten, um gemeinsame Verträge mit den Ärzten, Apotheken und Krankenhäusern zu schließen. Das kassenärztliche Leistungserbringungsrecht der frühen gesetzlichen Krankenversicherung war damit reines Vertragsrecht und kannte - anders als heute - kein eigenes Zulassungsverfahren für Kassenärzte. Die Verträge der Krankenkassen mit den Ärzten hielt man, auch weil der öffentlich-rechtliche Vertrag zur damaligen Zeit noch nicht etabliert war,<sup>25</sup> für privatrechtliche Vereinbarungen und ordnete sie nach Erlass des Bürgerlichen Gesetzbuches den Dienstverträgen gem. § 611 BGB zu.<sup>26</sup> Zur Jahrhundertwende entschied beispielsweise das Oberste Landesgericht für Bayern, dass der Kassenvertrag nicht „eine ein Beamtenverhältnis begründende Anstellung im öffentlichen Dienste“ herbeiführe, sondern vielmehr mit einem gewöhnlichen Kaufvertrag zu vergleichen sei, den die Krankenkassen gleichermaßen zum Zwecke des Erwerbs von Arznei- und Heilmitteln abschließen konnten.<sup>27</sup> Dementsprechend war der Vergütungsanspruch des Kassenarztes für das Gericht nur folgerichtig „ein privatrechtlicher, im Rechtswege zu verfolgender Anspruch“.<sup>28</sup>

Da gesetzliche Vorschriften zur Regulierung der kassenärztlichen Versorgung fehlten, d.h. Ärzte und Krankenkassen vor dem Gefüge der gesetzlichen Krankenversicherung wie gewöhnliche Anbieter und Nachfrager von Waren auftraten, beruhte ihre Funktionsweise auf den Prinzipien der Vertragsfreiheit und des Wettbewerbs.<sup>29</sup> Auf dieser Grundlage lag es in der freien Entscheidungsgewalt der Kassenvorstände, mit welchen bzw. wie vielen Ärzten und zu welchen Vergütungssätzen sie Verträge schließen wollten, solange sie nur Ärzte fanden, die diese

<sup>15</sup> RGBl. 1883 S. 73.

<sup>16</sup> Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags, V. Legislaturperiode, I. Session 1881/82, Eröffnungssitzung vom 17. 11. 1881, S. 2.

<sup>17</sup> Schlenker, in: Schulin (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Bd. 1, Krankenversicherung, 1994, § 1 Geschichte und Reformperspektiven der gesetzlichen Krankenversicherung, Rn. 23, Rn. 35; Weyl, Lehrbuch des Reichsversicherungsrechts, 1894, S. 91 ff.

<sup>18</sup> Statistisches Jahrbuch für das Deutsche Reich 1887, S. 158.

<sup>19</sup> Schlenker, in: Schulin (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Bd. 1, Krankenversicherung, 1994, § 1 Geschichte und Reformperspektiven der gesetzlichen Krankenversicherung, Rn. 44 f. Schneider, Handbuch des Kassenarztrechts, 1994, Rn. 17.

<sup>20</sup> Zur Entwicklung des Sachleistungsprinzips: Fischer, Der Sachleistungsgrundsatz - ein unantastbares Urprinzip der GKV?, SGB 2008, 461 ff.

<sup>21</sup> Schneider, Handbuch des Kassenarztrechts, 1994, Rn. 21; Krause, Das Kassenarztrecht, SGB 1981, 404, 404.

<sup>23</sup> Schneider, Handbuch des Kassenarztrechts, 1994, Rn. 22.

<sup>24</sup> Schneider, Handbuch des Kassenarztrechts, 1994, Rn. 24; Klette, Die Kassenarztverträge der sozialen Krankenversicherung, 1965, S. 8.

<sup>25</sup> Klette, Die Kassenarztverträge der sozialen Krankenversicherung, 1965, S. 27.

<sup>26</sup> Henrich, Die freie Arztwahl im Deutschen Reiche, 1898, S. 21; Full, Die Rechtsansprüche des Arztes aus der Arbeiterversicherung, 1912, S. 14, S. 18, S. 29; Joachim/Korn, Der Arzt in der Reichsversicherungsordnung, 1912, S. 48, S. 107.

<sup>27</sup> Entscheidung vom 3. 5. 1900, zitiert nach Petersen, Das Krankenversicherungsgesetz vom 15. Juni 1883, 5. Aufl. 1906, S. 132.

<sup>28</sup> Entscheidung vom 3. 5. 1900, zitiert nach Petersen, Das Krankenversicherungsgesetz vom 15. Juni 1883, 5. Aufl. 1906, S. 132.

<sup>29</sup> Zur Privatautonomie in der kassenärztlichen Versorgung: Klette, Die Kassenarztverträge der sozialen Krankenversicherung, 1965, S. 8, S. 27; Hegener, Das Vertragsrecht des Arztes, 1925, S. 81.

Konditionen akzeptierten.<sup>30</sup> Es blieb den Krankenkassen zudem auch überlassen, mit den damals bestehenden privatrechtlichen Ärztevereinen zu kontrahieren, wie dies beispielsweise 1887 die Allgemeine Ortskrankenkasse in Barmen<sup>31</sup> und 1891 die Ortskrankenkasse der Maschinenbau-Arbeiter in Berlin<sup>32</sup> taten. In diesen Verträgen räumten die Kassen sämtlichen Vereinsmitgliedern die Möglichkeit ein, an der Kassenpraxis teilzunehmen, sodass die Versicherten unter den Mitgliedern des Ärztevereins frei wählen konnten, was man zur damaligen Zeit als „freie Arztwahl“ bezeichnete.<sup>33</sup> Diese Kollektivverträge mit den Ärzteverbänden unterschieden sich gravierend von den heutigen Mantel- und Gesamtverträgen des SGB V, weil sie nicht normatives Recht setzten,<sup>34</sup> sondern allein für die Vertragsparteien, also die Kassen und die Ärzteverbände, rechtlich verbindlich waren und zusätzlich Einzelverträge mit den Ärzten geschlossen werden mussten.<sup>35</sup> Da jedoch die Kassenvorstände die Zulassung nur bestimmter Ärzte zur Kassenpraxis meist als kostensparender einstufen,<sup>36</sup> praktizierten die Krankenkassen mehrheitlich das System der sog. „beschränkt freien Arztwahl“ und wiesen ihren Versicherten im Krankheitsfall eine im Voraus bestimmte Auswahl von Ärzten zu.<sup>37</sup>

## 2. Der Konflikt zwischen Vertragsfreiheit und Versorgungssicherheit

Die Schwächen des für Wettbewerbsmechanismen offenen Versorgungssystems zeigten sich sehr bald nach der Errichtung der gesetzlichen Krankenversicherung, denn neben der Zahl der gesetzlich Versicherten stieg zur damaligen Zeit auch die Zahl der approbierten Ärzte rapide an, sodass die Teilnahme an der Kassenpraxis für die Ärzte immer wichtiger wurde, aber zugleich auch die Konkurrenz um freie Kassenarztstellen stetig zunahm.<sup>38</sup> Das Resultat dieser Entwicklung war ein Verhandlungsungleichgewicht zwischen Ärzten und Krankenkassen, das deutlich zugunsten der Krankenkassen ausschlug und das, zumindest nach Auffassung der Ärzteschaft, die Erwerbssituation der Mediziner im Vergleich zur früheren Behandlung der Patienten ohne Einbindung der

Krankenkassen erheblich verschlechterte.<sup>39</sup> So klagte die Ärzteschaft etwa in einer Denkschrift an den Reichstag und Bundesrat aus dem Jahre 1903 nicht nur über ein geringes Vergütungsniveau im Bereich der kassenärztlichen Versorgung und über eine teils willkürliche Auswahl von Kassenärzten durch die Kassenvorstände, sondern sie berichtete auch davon, dass bei den Bewerbungsverfahren um Kassenarztstellen unter den Ärzten ein harter Konkurrenzkampf herrschte, der teilweise sogar zu gegenseitigen Unterbietungen bei den Vergütungsforderungen führte.<sup>40</sup>

Dieser tiefgreifenden Veränderung ihrer Erwerbsmöglichkeiten begegneten die Ärzte mit einer Stärkung ihrer verbandlichen Organisation<sup>41</sup> und dabei entwickelten sie einen Katalog an Kernforderungen, der prägend für die Reformdebatten der folgenden Jahrzehnte sein sollte: Sie beanspruchten eine Vergütung nach Einzelleistungen, unbeschränkten Zugang aller Ärzte zur Kassenpraxis und die Anerkennung der ärztlichen Vereine als Vertragspartner der Krankenkassen.<sup>42</sup> Hauptakteur in den Auseinandersetzungen um die Ausgestaltung der kassenärztlichen Versorgung war auf Seiten der Ärzte der sog. Leipziger Verband, ein zur Jahrhundertwende gegründeter Zusammenschluss von Ärzten für das gesamte Deutsche Reich, der als Gegenspieler zu den verschiedenen Krankenkassenverbänden fungierte.<sup>43</sup> Um die Krankenkassen bei den Vertragsverhandlungen unter Druck zu setzen und den ärztlichen Interessen Geltung zu verschaffen, organisierte er vor allem Ärztestreiks, bei denen die Verbandsmitglieder ihre Tätigkeit als Kassenärzte einstellten.<sup>44</sup> Die zahlreichen Kampfmaßnahmen<sup>45</sup> des Leipziger Verbands trafen die Krankenkassen in ihrem Kern und identifizierten als gravierende Schwäche der gesetzlichen Krankenversicherung den als „logischen Widerspruch“<sup>46</sup> empfundenen Rechtszustand, dass die Krankenkassen einerseits zur Erbringung von Sachleistungen gesetzlich verpflichtet waren, aber andererseits

<sup>30</sup> Musterverträge und Vertragsbeispiele bei Jaffé, Stellung und Aufgaben des Arztes auf dem Gebiete der Krankenversicherung, 1903, S. 74 ff., S. 141 ff.

<sup>31</sup> Henning/Tennstedt (Hrsg.), Quellensammlung zur Geschichte der deutschen Sozialpolitik 1867 bis 1914, II. Abt., Bd. 5, 2009, Nr. 118.

<sup>32</sup> Mugdan, Die freie Arztwahl in Berlin, 1895, S. 5.

<sup>33</sup> Mugdan, Das Krankenversicherungsgesetz vom 15. Juli 1883, 1900, S. 50.

<sup>34</sup> Zu den heutigen Kollektivverträgen: Axer, in: Schnapp/Wigge (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Aufl. 2006, § 8 Das Kollektivvertragsrecht in der vertragsärztlichen Versorgung, Rn. 9.

<sup>35</sup> De Martincourt, Die rechtliche Stellung der Ärzte, Apotheker, Kranken- und Heilanstalten nach der Reichsversicherungsordnung, Berlin, 1913, S. 60.

<sup>36</sup> Verband rheinisch-westfälischer Betriebskrankenkassen, Krankenkassen und Aerzte, Die Arbeiter-Versorgung 1906, 40, 43.

<sup>37</sup> Huerkamp, Der Aufstieg der Ärzte im 19. Jahrhundert, 1985, S. 239. Zu der Systematisierung der unterschiedlichen Systeme kassenärztlicher Versorgung siehe Neuhaus, Arbeitskämpfe, Ärztestreiks, Sozialreformer, 1986, S. 250 ff.

<sup>38</sup> Zur Entwicklung der Versichertenquote sowie der Zahl der Approbationen siehe Huerkamp, Der Aufstieg der Ärzte im 19. Jahrhundert, 1985, S. 196 ff.

<sup>39</sup> Die Stellung der Aerzte bei den Krankenkassen (Denkschrift, dem Bundesrathe überreicht am 23. Dez. 1902, den Mitgliedern des Deutschen Reichstages am 13. Jan. 1903), Ärztliches Vereinsblatt 1903, Beilage Nr. 490, S. Iff.; siehe dazu Huerkamp, Der Aufstieg der Ärzte im 19. Jahrhundert, 1985, S. 195 f., S. 199 ff.

<sup>40</sup> Die Stellung der Aerzte bei den Krankenkassen (Denkschrift, dem Bundesrathe überreicht am 23. Dez. 1902, den Mitgliedern des Deutschen Reichstages am 13. Jan. 1903), Ärztliches Vereinsblatt 1903, Beilage Nr. 490, S. Iff.

<sup>41</sup> Huerkamp/Spree, Arbeitsmarktstrategien der deutschen Ärzteschaft im späten 19. und frühen 20. Jahrhundert, in: Pierenkemper/Tilly (Hrsg.), Historische Arbeitsmarktforschung, 1982, S. 77, S. 96 ff.; Schneider, Handbuch des Kassenarztrechts, 1994, Rn. 30 ff.

<sup>42</sup> Ständige Krankenkassenkommission des Deutschen Ärztevereinsbunds, Forderungen und Vorschläge der Ärzte zur Abänderung der deutschen Arbeiterversicherungsgesetze, 1905, S. 7 ff., S. 15 ff.

<sup>43</sup> Huerkamp, Der Aufstieg der Ärzte im 19. Jahrhundert, 1985, S. 279 ff. Ab Mitte der zwanziger Jahre wurde der Leipziger Verband unter dem Namen „Hartmannbund“ fortgeführt, Schade-waldt, 75 Jahre Hartmannbund, 1975, S. 109.

<sup>44</sup> Huerkamp, Der Aufstieg der Ärzte im 19. Jahrhundert, 1985, S. 285 ff.; Neuhaus, Arbeitskämpfe, Ärztestreiks, Sozialreformer, 1986, S. 279 ff.

<sup>45</sup> Bis zum Ende des Jahres 1913 zählten die Funktionäre des Leipziger Verbands 1.700 Auseinandersetzungen zwischen Kassen und verbandlich organisierten Ärzten, Kuhns, Fünfundzwanzig Jahre Verband der Ärzte Deutschlands (Hartmannbund), 1925, S. 272.

<sup>46</sup> Kulemann, Ärztestreiks, Soziale Praxis 1908/1909, 593, 595.

die Vertragsverhandlungen mit den Ärzten gänzlich auf dem Prinzip der Vertragsfreiheit beruhten.<sup>47</sup> Nach damaliger allgemeiner Auffassung bestand daher die Grundproblematik der kassenärztlichen Versorgung vor allem darin, dass das Versorgungssystem auf einem Interessenkonflikt basierte und seine Funktionsfähigkeit immer dann zu versagen drohte, wenn es den Parteien nicht gelang, im Rahmen ihrer Vertragsverhandlungen einen Ausgleich dieses Interessenwiderstreits zu erreichen.<sup>48</sup>

### III. Der Lösungsansatz: Die Gewährleistung von Versorgungssicherheit durch Kooperation

#### 1. Die Neuorganisation der kassenärztlichen Versorgung auf der Grundlage der Zusammenarbeit von Ärzten und Krankenkassen

Die offensichtlichen Schwächen des bis dahin wettbewerblich ausgerichteten Systems der kassenärztlichen Versorgung ließen Rufe nach einer gesetzlichen Neuorganisation dieses Versorgungssektors laut werden und beflügelten in Wissenschaft und Praxis eine intensive Reformdiskussion.<sup>49</sup> Dabei betonte man besonders die Allgemeinwohlbedeutung der kassenärztlichen Versorgung und stellte sie auf eine Stufe mit anderen Einrichtungen der Daseinsvorsorge, „die, wie Eisenbahnen, Post, Telegraph, Gas-, Wasser- und Elektrizitätswerke u. dgl. nicht still stehen können, ohne tiefgreifende Schädigungen der Gesamtheit herbeizuführen“.<sup>50</sup> Im Rahmen dieser Reformdebatte fand zwar auch die Extremposition, die Kassenärzte zu verbeamten, nicht wenige Anhänger.<sup>51</sup> Als Hauptidee zur Auflösung des Widerspruchs zwischen Versorgungssicherheit und Vertragsfreiheit setzte sich allerdings bereits zur Jahrhundertwende der Gedanke durch, dass Ärzte und Krankenkassen in paritätisch besetzten Einigungs- und Schiedsausschüssen zusammenarbeiten und teilweise bei ihrer Entscheidungsfindung durch unparteiische Schiedspersonen unterstützt werden sollten, um die kassenärztliche Versorgung im Interesse beider Parteien, aber auch im Interesse der Allgemeinheit zu organisieren.<sup>52</sup>

Die Idee der Zusammenarbeit etablierte sich allerdings

nicht nur auf dem Papier, vielmehr hatten zu diesem Zeitpunkt bereits verschiedene Krankenkassen und Ärztereine durch örtliche Vereinbarungen Einigungs- und Schiedsgremien zur Erleichterung der Vertragsverhandlungen und Streitschlichtung gegründet.<sup>53</sup> Das eindrucksvollste Beispiel für diese Entwicklung ist sicherlich die 1903 im Königreich Württemberg geschlossene Landesvereinbarung zwischen dem württembergischen Dachverband der dort ansässigen Ärztereine, dem sog. Eßlinger Delegiertenverband, und dem württembergischen Kassenverband.<sup>54</sup> Diese privatrechtlichen Vereinigungen kamen im Jahre 1903 zur Übereinkunft, in fünf württembergischen Städten (Stuttgart, Ludwigsburg, Reutlingen, Ellwangen und Ulm) paritätisch besetzte Fachschiedsgerichte mit einem vom württembergischen Ministerium des Innern ausgewählten Beamten als Vorsitzenden zu gründen, um durch Schiedssprüche über Streitigkeiten sowohl bei der Aushandlung neuer Kassenverträge als auch bei der Auslegung bestehender Verträge zu entscheiden.<sup>55</sup> Zudem errichteten sie in Stuttgart als Berufungsinstanz eine paritätisch besetzte „Landeskommission“, die in ihrer Arbeit ebenfalls durch einen Regierungsbeamten unterstützt wurde.<sup>56</sup> Für die Ärzte und Kassen, die dem Eßlinger Delegiertenverband und dem württembergischen Kassenverband angehörten, waren diese Schiedssprüche verbindlich und versperrten ihnen den Weg zur ordentlichen Gerichtsbarkeit.<sup>57</sup> Die württembergische Landesvereinbarung entsprach damit ganz der zur Jahrhundertwende bestehenden Tendenz, Streitigkeiten von der ordentlichen Gerichtsbarkeit weg in eigenständige Schiedseinrichtungen zu verlagern.<sup>58</sup> 1907 und 1913 legten die Interessenverbände diese Landesvereinbarung jeweils neu auf und riefen ergänzend zu den bis dahin bestehenden Gremien eine „Einigungs-kommission“ ins Leben, die beispielsweise abstrakte Grundsätze zukünftiger Kassenverträge oder den Umfang kassenärztlicher Leistungen festlegte.<sup>59</sup>

Angesichts der immer schärfer werdenden Auseinandersetzungen zwischen Ärzten und Krankenkassen konnte sich auch der Gesetzgeber dieser Reformidee nicht verschließen. Die Idee der Zusammenarbeit von Ärzten und Krankenkassen fand zwar letztlich keinen Einzug in

<sup>47</sup> Kulemann, Aerzte und Krankenkassen, Zentralblatt der Reichsversicherung 1910, 192, 193; Full, Die Rechtsansprüche des Arztes aus der Arbeiterversicherung, 1912, S. 13.

<sup>48</sup> Von Frankenberg, Die freie Arztwahl, Reformblatt für Arbeiterversicherung 1908, 172, 173; Kulemann, Ärztestreiks, Soziale Praxis 1908/09, 593, 595; Piloty, Die Reichsversicherungsordnung im Entwurf, 1910, S. 16 f.

<sup>49</sup> Siehe z.B. Wengler, Die Kämpfe der Aerzte mit den Krankenkassen, Archiv für öffentliches Recht 1905, 338, 376 ff.; Kulemann, Ärztestreiks, Soziale Praxis 1908/09, 593, 595 f.; Fuld, Die Reform der Krankenversicherung, ZVersWiss 1908, 41, 44 ff.

<sup>50</sup> Kulemann, Aerzte und Krankenkassen, Zentralblatt der Reichsversicherung 1910, 192, 193.

<sup>51</sup> Siehe z.B. Kulemann, Aerzte und Krankenkassen, Zentralblatt der Reichsversicherung 1910, 192, 194; Kulemann, Aerzte und Krankenkassen (Schluß), Zentralblatt der Reichsversicherung 1910, 201, 202 f.

<sup>52</sup> Francke, Die Konflikte zwischen Krankenkassen und Aerzten bezw. Apotheken in Leipzig, München und Berlin, Soziale Praxis 1900/01, 730, 731; Kulemann, Ärztestreiks, Soziale Praxis 1908/09, 593, 596; Stier-Somlo, Studien zum sozialen Recht, 1912, S. 84, S. 102; Fuld, Die Reform der Krankenversicherung, ZVersWiss 1908, 41, 45; von Frankenberg, Die freie Arztwahl, Reformblatt für Arbeiterversicherung 1908, 172, 173.

<sup>53</sup> Entsprechende Einigungs- und Schiedseinrichtungen bestanden beispielsweise in Leipzig, Henning/ Tennstedt (Hrsg.), Quellensammlung zur Geschichte der deutschen Sozialpolitik 1867 bis 1914, III. Abt., Bd. 5, 2012, Nr. 82; Neuhaus, Arbeitskämpfe, Ärztestreiks, Sozialreformer, 1986, S. 320. Siehe zu dieser Entwicklung: Käsbaier, Die Neuordnung der Rechtsbeziehungen zwischen Ärzten und Krankenkassen durch das Berliner Abkommen vom 23.12.1913, 2015, S. 82 ff.

<sup>54</sup> Siehe dazu auch Neuhaus, Arbeitskämpfe, Ärztestreiks, Sozialreformer, 1986, S. 319 f.

<sup>55</sup> Fachschiedsgerichte zwischen Aerzten und Krankenkassen in Württemberg, Soziale Praxis 1903/04, 365, 366.

<sup>56</sup> Fachschiedsgerichte zwischen Aerzten und Krankenkassen in Württemberg, Soziale Praxis 1903/04, 365, 366.

<sup>57</sup> Fachschiedsgerichte zwischen Aerzten und Krankenkassen in Württemberg, Soziale Praxis 1903/04, 365, 366.

<sup>58</sup> Collin, Das Berliner Abkommen von 1913 im Spannungsfeld rechtshistorischer Entwicklungstendenzen, VSSR 2014, 173, 184 ff.

<sup>59</sup> Banzhaf, Die Arztfrage in Württemberg, Zentralblatt der Reichsversicherung 1909, 299 f.; Schall, Krankenkassen u. Aerzte in Württemberg, Zentralblatt der Reichsversicherung 1914, 12, 13.

die Reichsversicherungsordnung vom 19. 7. 1911,<sup>60</sup> der Gesetzgeber sah aber zumindest in den frühen Gesetzesentwürfen paritätische Einigungs- und Schiedsgremien vor und bekannte sich zu der Grundvorstellung einer gleichberechtigten<sup>61</sup> Gestaltung der kassenärztlichen Versorgung durch Ärzte und Krankenkassen.<sup>62</sup> Der Reiz einer auf paritätischen Gremien basierenden Entscheidungsstruktur lag nach damaliger Auffassung einerseits darin, dass durch verbindliche Schiedssprüche die Versorgungssicherheit gewährleistet werden konnte.<sup>63</sup> Andererseits sah man in dieser Reformvariante den Vorteil, dass die Privatautonomie der Akteure der kassenärztlichen Versorgung im Wesentlichen bewahrt blieb. Eine inhaltliche Festlegung der Details der vertraglichen Beziehungen zwischen Kassenärzten und Krankenkassen durch Gesetz war zur damaligen Zeit nämlich nicht erwünscht,<sup>64</sup> sondern wurde vielmehr – wie es in der Begründung eines Entwurfs der Reichsversicherungsordnung formuliert war – als „staatliche Bevormundung“<sup>65</sup> abgelehnt. Orientierungspunkt bei der Ausgestaltung und tatsächlichen Umsetzung der kassenarztrechtlichen Gremien waren die Einigungs- und Schiedsgremien der Arbeiter und Arbeitgeber,<sup>66</sup> auf die auch die Entwürfe der Reichsversicherungsordnung ausdrücklich Bezug nahmen.<sup>67</sup>

## 2. Das Berliner Abkommen vom 23. 12. 1913

Nachdem es dem Gesetzgeber nicht gelungen war, die Eckpunkte einer kassenärztlichen Versorgung gesetzlich zu fixieren, lieferte erst das sog. Berliner Abkommen

vom 23. 12. 1913<sup>68</sup> einen ersten umfassenden Ansatz zur Bewältigung der Versorgungsdefizite und zur Realisierung der neu entstandenen Kooperationsidee.<sup>69</sup> Mit diesem Abkommen reagierten die großen Interessenverbände der Ärzte und Krankenkassen<sup>70</sup> auf die Ankündigung des Leipziger Verbands, zum 1. 1. 1914 alle verbandlich organisierten Kassenärzte in den Generalstreik treten und damit die gesetzliche Krankenversicherung kollabieren zu lassen.<sup>71</sup> Sie gossen dabei mit Unterstützung der Reichsregierung, namentlich durch die Vermittlungstätigkeit des damaligen Staatssekretärs des Innern Clemens Delbrück,<sup>72</sup> die Ergebnisse einer langjährigen Reformdiskussion in einen privatrechtlichen Friedensvertrag.<sup>73</sup>

Das Abkommen befasste sich mit der Zulassung der Ärzte zur Kassenpraxis, den Vertragsverhandlungen sowie der Schlichtung von Streitigkeiten aus bestehenden Verträgen und machte all diese Konfliktfelder zu einer gemeinsamen Aufgabe der Ärzte und Krankenkassen, die im Streitfall durch unparteiische Dritte unterstützt werden sollten:

- Das Zulassungsverfahren: Um der Auswahl der Kassenärzte das Konfliktpotenzial zu nehmen, legten die Spitzenverbände zunächst einen Richtwert für die Zulassung von Kassenärzten fest, wonach mindestens ein Arzt auf 1.350 Versicherte bzw. bei Kassen mit Familienversicherung auf 1.000 Versicherte zugelassen werden sollte.<sup>74</sup> Zudem vereinbarten sie, dass die Entscheidung über die Auswahl der Kassenärzte nicht mehr allein durch die Kassenvorstände getroffen werden sollte, sondern dass paritätisch mit Ärzte- und Kassenvertretern besetzte Registrausschüsse bei den Versicherungsämtern die benötigten Kassenärzte auszuwählen hatten.<sup>75</sup> Als Grundlage dieses Auswahlprozesses fungierten sog. Arztregister, in die sich die

<sup>60</sup> RGBl. 1911 S. 509.

<sup>61</sup> In den Entwürfen der Reichsversicherungsordnung bezeichnete man die Ärzte und Krankenkassen als „gleichberechtigte vertragsschließende Teile“, Entwurf einer Reichsversicherungsordnung, Amtliche Ausgabe mit Begründung, 1909, S. 77 (Begründung); Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags, XII. Legislaturperiode, II. Session, Bd. 274, Anlagen zum Entwurf einer Reichsversicherungsordnung (Drs. Nr. 340), Begründung, S. 133.

<sup>62</sup> Entwurf einer Reichsversicherungsordnung, Amtliche Ausgabe mit Begründung, 1909, S. 76 ff. (Begründung); Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags, XII. Legislaturperiode, II. Session, Bd. 274, Anlagen zum Entwurf einer Reichsversicherungsordnung (Drs. Nr. 340), Begründung, S. 133 ff. Zu den Arbeiten an der Reichsversicherungsordnung umfassend: Neuhaus, Arbeitskämpfe, Ärztestreiks, Sozialreformer, 1986, S. 321 ff.

<sup>63</sup> Von Frankenberg, Die freie Arztwahl, Reformblatt für Arbeiterversicherung 1908, 172, 173.

<sup>64</sup> Full, Die Rechtsansprüche des Arztes aus der Arbeiterversicherung, 1912, S. 25.

<sup>65</sup> Entwurf einer Reichsversicherungsordnung, Amtliche Ausgabe mit Begründung, 1909, S. 76 (Begründung); Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags, XII. Legislaturperiode, II. Session, Bd. 274, Anlagen zum Entwurf einer Reichsversicherungsordnung (Drs. Nr. 340), Begründung, S. 131.

<sup>66</sup> Siehe etwa Francke, Die Konflikte zwischen Krankenkassen und Aerzten bzw. Apotheken in Leipzig, München und Berlin, Soziale Praxis 1900/01, 730, 731. Dazu Neuhaus, Arbeitskämpfe, Ärztestreiks, Sozialreformer, 1986, S. 318, S. 356; Collin, Das Berliner Abkommen von 1913 im Spannungsfeld rechtshistorischer Entwicklungstendenzen, VSSR 2014, 173, 184.

<sup>67</sup> Entwurf der Reichsversicherungsordnung, Amtliche Ausgabe mit Begründung, 1909, S. 78 (Begründung); Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags, XII. Legislaturperiode, II. Session, Bd. 274, Anlagen zum Entwurf einer Reichsversicherungsordnung (Drs. Nr. 340), Begründung, S. 217.

<sup>68</sup> Abdruck des Berliner Abkommens: Ministerial-Blatt der Handels- und Gewerbe-Verwaltung 1914, 85 ff.

<sup>69</sup> Siehe zum Berliner Abkommen: Schlottmann, Das Einigungsabkommen zwischen Ärzten und Krankenkassen, 1914; Zschiegner, Das Friedensabkommen zwischen Ärzten und Krankenkassen vom 23. Dezember 1913, 1919. Dazu auch Käsbauer, Die Neuordnung der Rechtsbeziehungen zwischen Ärzten und Krankenkassen durch das Berliner Abkommen vom 23. 12. 1913, 2015, S. 145 ff.

<sup>70</sup> Vertragsparteien waren der Deutsche Ärztevereinsbund, der Leipziger Verband, der Gesamtverband deutscher Krankenkassen sowie die Spitzenverbände der Betriebs- und Ortskrankenkassen; später trat noch der Verband der Innungskrankenkassen diesem Abkommen bei, Schlottmann, Das Einigungsabkommen zwischen Ärzten und Krankenkassen, 1914, S. 12.

<sup>71</sup> Zum Kampfe der Krankenkassen und Aerzte, Die Arbeiter-Versorgung 1913, 784, 785. Zu den Ereignissen im Vorfeld der Ankündigung des Generalstreiks: Neuhaus, Arbeitskämpfe, Ärztestreiks, Sozialreformer, 1986, S. 343 ff.

<sup>72</sup> Schlottmann, Das Einigungsabkommen zwischen Ärzten und Krankenkassen, 1914, S. 7; Klette, Die Kassenarztverträge der sozialen Krankenversicherung, 1965, S. 55 f.

<sup>73</sup> Neuhaus, Arbeitskämpfe, Ärztestreiks, Sozialreformer, 1986, S. 356.

<sup>74</sup> Nr. 2 des Berliner Abkommens.

<sup>75</sup> Nr. 1 Abs. 2 des Berliner Abkommens, Nr. VII der Bestimmungen über die Führung des Arztregisters (Ministerial-Blatt der Handels- und Gewerbe-Verwaltung 1914, 89 ff.).

an der Kassenpraxis interessierten Ärzte eintragen konnten.<sup>76</sup>

- Die Verhandlung der Kassenverträge: Die eigentlichen Vertragsverhandlungen fanden nun unabhängig von der Entscheidung über die Auswahl der Kassenärzte in sog. Vertragsausschüssen bei den Versicherungsämtern statt, die mit je drei Vertretern der Ärzte und Kassen des Aufsichtsbezirks besetzt waren.<sup>77</sup> Mit der Gründung dieser Vertragsausschüsse bezweckten die Parteien des Berliner Abkommens, Mindestvertragsstandards zu schaffen und dabei insbesondere ein bestimmtes Vergütungsniveau sicherzustellen, das zuvor bei den individuellen Vertragsverhandlungen zwischen den Vertragsparteien oftmals unterschritten worden war.<sup>78</sup> Wollte eine Kasse nämlich einen Kassenarztvertrag schließen, musste sie zwingend den Vertragsausschuss einschalten, der dann den Inhalt des Vertrages ausarbeitete, ohne an die Vorschläge der eigentlichen Vertragsparteien gebunden zu sein.<sup>79</sup>
- Das Schiedsverfahren: Für die Vertragsparteien war der ausgearbeitete Entwurf des Vertragsausschusses allerdings nicht zwingend, denn sie konnten den Vertragsentwurf dem beim zuständigen Oerversicherungsamt angesiedelten Schiedsamt vorlegen, das den Inhalt der Verträge für die Parteien durch Schiedsspruch verbindlich festlegte.<sup>80</sup> Diese Schiedsämter setzten sich, anders als die Register- und Vertragsausschüsse, nicht nur aus Vertretern der beteiligten Interessengruppen, sondern auch aus dem Vorsitzenden des Oerversicherungsamtes und zwei weiteren unparteiischen Mitgliedern zusammen, die der Vorsitzende des Oerversicherungsamtes benannte.<sup>81</sup> Daneben sollten zur Schlichtung von Streitigkeiten aus bestehenden Verträgen Schiedsgerichte gegründet werden.<sup>82</sup>

Das Abkommen, über dessen Einhaltung der sog. Zentralausschuss wachte,<sup>83</sup> zielte also darauf ab, die Steuerung der Kassenpraxis nicht mehr den freien Marktkräf-

ten zu überlassen, sondern die kassenärztliche Versorgung unabhängig von der tatsächlichen Verteilung der Verhandlungsmacht zu einer gemeinsamen Angelegenheit der Ärzte und Kassen zu machen. Im Ergebnis etablierte das Berliner Abkommen zwar nicht den von den Ärztevereinen geforderten kassenärztlichen Kollektivvertrag, änderte allerdings den Charakter der Kassenverträge, die bis zum Abschluss des Berliner Abkommens auf individueller Vertragsaushandlung beruht hatten.<sup>84</sup> Es waren nämlich nicht mehr die beteiligten Vertragsparteien, die die Bedingungen ihrer Verträge festlegten, sondern im Wesentlichen gestalteten die Interessenvertreter in den Gremien, oftmals zusammen mit unparteiischen Mitgliedern, die Bedingungen der kassenärztlichen Versorgung im Einzelfall.<sup>85</sup>

### 3. Die Weiterentwicklung des Kooperationsgedankens durch den Gesetzgeber bis 1932

Es zeigte sich schon in den ersten Geltungsjahren des Berliner Abkommens, dass es als privatrechtliches<sup>86</sup> Abkommen zwischen den Spitzenverbänden den erhofften Erfolg nicht zu bringen vermochte, da es die einzelnen Ärzte und Krankenkassen rechtlich nicht binden konnte und daher vielerorts keine Anwendung fand.<sup>87</sup> Die Reichsregierung um Gustav Stresemann reagierte deshalb 1923 mit einer umfassenden gesetzlichen Regelung des Kassenarztrechts durch die „Verordnung über Ärzte und Krankenkassen“ vom 30. 10. 1923,<sup>88</sup> deren Entwurf im Wesentlichen zuvor mit den Verbänden der Ärzte und Krankenkassen auf der Grundlage des Berliner Abkommens ausgearbeitet worden war.<sup>89</sup> Zwar wurden die einzelnen Gremien des Berliner Abkommens teilweise im Detail überarbeitet, doch blieb das Grundprinzip der Zusammenarbeit in den kassenarztrechtlichen Gesetzesregelungen erhalten und wurde um den sog. Reichsausschuss ergänzt, der in seiner grundlegenden Wirkungsweise dem heutigen Gemeinsamen Bundesausschuss entspricht.<sup>90</sup> Während der Geltung des Berliner Abkommens hatte sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass Organisations- und Verfahrensvorgaben allein nicht ausreichten, um die kassenärztliche Versorgung zu organisieren,

<sup>76</sup> Nr. 1 Abs. 1 des Berliner Abkommens.

<sup>77</sup> Nr. 4 des Berliner Abkommens, Nr. III der Bestimmungen über die Bildung und die Tätigkeit des Vertragsausschusses (Ministerial-Blatt der Handels- und Gewerbe-Verwaltung 1914, 92 f.).

<sup>78</sup> Schlottmann, Die Neuregelung der Beziehungen zwischen Krankenkassen und Ärzten durch das Einigungsabkommen vom 23. Dezember 1913, *Monatsschrift für Arbeiter- und Angestellten-Versicherung* 1914, 576, 578 f.

<sup>79</sup> Schlottmann, Die Neuregelung der Beziehungen zwischen Krankenkassen und Ärzten durch das Einigungsabkommen vom 23. Dezember 1913, *Monatsschrift für Arbeiter- und Angestellten-Versicherung* 1914, 576, 578 f.

<sup>80</sup> Nr. 5 Abs. 1 des Berliner Abkommens.

<sup>81</sup> Nr. I der Bestimmungen über die Bildung und Tätigkeit des Schiedsamtes (Ministerial-Blatt der Handels- und Gewerbe-Verwaltung 1914, 94).

<sup>82</sup> Nr. 6 des Berliner Abkommens.

<sup>83</sup> Nr. 12 des Berliner Abkommens. Dieser Zentralausschuss setzte sich paritätisch aus Ärzte- und Kassenvertretern sowie unparteiischen Mitgliedern, die von der Regierung benannt wurden, zusammen.

<sup>84</sup> Schlottmann, Die Neuregelung der Beziehungen zwischen Krankenkassen und Ärzten durch das Einigungsabkommen vom 23. Dezember 1913, *Monatsschrift für Arbeiter- und Angestellten-Versicherung* 1914, 576, 593; Stachelhaus, Die vertraglichen Beziehungen der Ärzte zu den Krankenkassen und Kassenmitgliedern, 1929, S. 56.

<sup>85</sup> Zschiegner, Das Friedensabkommen zwischen Ärzten und Krankenkassen vom 23. Dezember 1913, 1919, S. 11; Niggemann, Strukturwandlung in den rechtlichen Beziehungen zwischen Ärzten und Krankenkassen?, 1933, S. 39 f.

<sup>86</sup> Schlottmann, Die Neuregelung der Beziehungen zwischen Krankenkassen und Ärzten durch das Einigungsabkommen vom 23. Dezember 1913, *Monatsschrift für Arbeiter- und Angestellten-Versicherung* 1914, 489, 493.

<sup>87</sup> Spielhagen, Die Rechtsstellung des Reichsausschusses für Ärzte und Krankenkassen, *Ortskrankenkasse* 1924, 385, 386.

<sup>88</sup> RGBl. 1923 I S. 1051. Die Regelungen dieser Verordnung wurden später im Rahmen der Neubekanntmachung der Reichsversicherungsordnung in die Vorschriften der §§ 368 ff. RVO aufgenommen (RGBl. 1924 I S. 779).

<sup>89</sup> Riech, Zur Frage der gesetzlichen Regelung des Verhältnisses zwischen Krankenkassen und Ärzten, *Monatsschrift für Arbeiter- und Angestellten-Versicherung* 1922, 286 ff.

<sup>90</sup> § 368a RVO idF vom 15. 12. 1924 (RGBl. 1924 I S. 779).

sondern auch ein geringes Maß an inhaltlicher Steuerung erforderlich war,<sup>91</sup> weshalb man dem Reichsausschuss die Kompetenz übertrug, durch Richtlinien die kassenärztliche Versorgung zu regeln.<sup>92</sup> In den zwanziger Jahren erließ der Reichsausschuss dementsprechend Richtlinien zum Inhalt der Kassenverträge, zur Zulassung der Kassenärzte, aber auch zum Umfang der ärztlichen Versorgung, wie etwa die „Richtlinien für wirtschaftliche Arzneiverordnung“ oder die „Richtlinien für die Anwendung elektro-physikalischer Heilmethoden“.<sup>93</sup> Diese Richtlinien waren nicht mit gewöhnlichen Rechtsverordnungen zu vergleichen, denn sie waren von den Ärzten und Krankenkassen im Rahmen ihrer Vertragsverhandlungen zunächst einmal nicht zwingend zu berücksichtigen.<sup>94</sup> Sie entfalteten vielmehr erst im Streitfall auf der Ebene der Schiedsämter Bindungswirkung, da diese ihren Schiedsentscheidungen die Regelungen der Richtlinien zugrunde zu legen hatten und nur in begründeten Ausnahmefällen von ihnen abweichen durften.<sup>95</sup> Durch seine Richtlinien trug der Reichsausschuss einen wesentlichen Teil zur Weiterentwicklung der kassenärztlichen Versorgung bei: Während beispielsweise zur Geltungszeit des Berliner Abkommens der Abschluss von Kollektivverträgen mit Ärztevereinen zwischen den Parteien des Abkommens noch höchst umstritten war, ließen die Richtlinien erstmals explizit zu, dass Krankenkassen auch mit Ärztevereinen kontrahieren durften.<sup>96</sup>

1931 kam es schließlich zu einem weiteren Ausbau der Zusammenarbeit von Ärzten und Krankenkassen durch die „Vierte Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zum Schutze des inneren Friedens“ vom 8. 12. 1931<sup>97</sup>, die durch die „Verordnung über kassenärztliche Versorgung“ vom 14. 1. 1932<sup>98</sup> ihre Grundlage in der Reichsversicherungsordnung fand. Der Ordnungsgeber hielt immer noch an den gemeinsamen Einigungs- und Schiedsgremien fest<sup>99</sup> und übertrug dem Reichsausschuss eine neue Kompetenz zum Erlass verbindlicher Ausführungsbestimmungen, die das Verhältnis zwischen Ärzten und Krankenkassen detaillierter regeln konnten.<sup>100</sup> Anders als das frühere Recht stützte die Notverordnung das Kassenarztrecht aber noch stärker auf die Interessenverbände. Denn die Zulassung eines Kassenarztes verlieh diesem nicht nur die Berechtigung, mit den Krankenkassen des Zulas-

sungsbezirks Versorgungsverträge zu schließen,<sup>101</sup> sondern führte automatisch zu einer Mitgliedschaft in den sog. kassenärztlichen Vereinigungen, die jeweils für begrenzte Versorgungsbezirke neu gegründet wurden.<sup>102</sup> Deren Aufgabe war es, die medizinische Versorgung der Versicherten durch ihre Mitglieder zu gewährleisten und notfalls mittels eigener Überwachungs- und Disziplinarbefugnisse durchzusetzen.<sup>103</sup> Diese gesetzliche Neuorganisation der kassenärztlichen Versorgung basierte auf Verhandlungen, die die Spitzenverbände der Ärzte und Kassen in der Zeit der Weltwirtschaftskrise geführt hatten und deren Ergebnis wiederum auf einem Tausch<sup>104</sup> beruhte: Die Kassen erklärten sich bereit, die Zulassungsschranken<sup>105</sup> zu senken und den Ärzten in Form der kassenärztlichen Vereinigungen eigene Selbstverwaltungsbefugnisse zuzusprechen.<sup>106</sup> Die Ärzte verpflichteten sich im Gegenzug, auf eine Vergütung nach Einzelleistungen zu verzichten und stattdessen die Zahlung einer Gesamtpauschalvergütung<sup>107</sup> an die kassenärztlichen Vereinigungen zu akzeptieren, also die finanzielle Gefahr der Kassenpraxis weitgehend zu tragen.<sup>108</sup>

Als Ergänzung zur Gründung der kassenärztlichen Vereinigungen wurden die grundlegenden Vertragsbeziehungen der kassenärztlichen Versorgung verändert und ein mehrstufiges Kollektivvertragssystem<sup>109</sup> konstruiert: Die Spitzenverbände der Ärzte und Krankenkassen vereinbarten zunächst ein sog. Mantelvertragsmuster für die kassenärztliche Versorgung der Gesamtheit der gesetzlich Versicherten.<sup>110</sup> In Einhaltung dieses Mantelvertragsmusters konnten die Spitzenverbände und ihre Unterverbände verschiedene Mantelverträge abschließen,<sup>111</sup> die dann für die Aushandlung der Gesamtverträge zwischen den einzelnen Krankenkassen und den kassenärztlichen Vereinigungen verbindlich waren,<sup>112</sup> wobei hinsichtlich des Umfangs dieser Bindungswirkung in der Rechtswissenschaft Streit herrschte.<sup>113</sup> Schließlich hatten die einzelnen Kassenärzte mit den Krankenkassen, die Gesamtvertragspartner ihrer kassenärztlichen Vereinigung waren, Einzelverträge zu schließen, die auch allein aus der Erklärung bestehen konnten, den Gesamtvertrag anerkennen zu wollen.<sup>114</sup> Angesichts dieser Einführung eines umfassenden Kollektivvertragssystems wurden die

<sup>91</sup> Spielhagen, Die Rechtsstellung des Reichsausschusses für Ärzte und Krankenkassen, Ortskrankenkasse 1924, 385, 386.

<sup>92</sup> § 368e RVO 1924.

<sup>93</sup> Abdruck der verschiedenen Richtlinien in Richter/Sonnenberg, Die kassenärztlichen Rechtsverhältnisse, 1. Aufl. 1926, S. 129 ff.

<sup>94</sup> Spielhagen, Die Rechtsstellung des Reichsausschusses für Ärzte und Krankenkassen, Ortskrankenkasse 1924, 385, 387 f.

<sup>95</sup> §§ 368m Abs. 2, 368o Abs. 5 RVO 1924.

<sup>96</sup> Nr. III der Richtlinien des Reichsausschusses für Ärzte und Krankenkassen für den allgemeinen Inhalt der Arztverträge vom 12. Mai 1924, Abdruck in Richter/Sonnenberg, Die kassenärztlichen Rechtsverhältnisse, 1. Aufl. 1926, S. 129.

<sup>97</sup> RGBl. 1931 I S. 699.

<sup>98</sup> RGBl. 1932 I S. 19.

<sup>99</sup> Siehe zur Rechtslage von 1931/1932: Schneider, Handbuch des Kassenarztrechts, 1994, Rn. 60 ff.

<sup>100</sup> § 368i Abs. 1 RVO i d F der „Verordnung über kassenärztliche Versorgung“ vom 14. 1. 1932 (RGBl. 1932 I S. 19).

<sup>101</sup> § 368b Abs. 1 RVO 1932.

<sup>102</sup> § 368a RVO 1932.

<sup>103</sup> § 368d RVO 1932.

<sup>104</sup> Schneider, Handbuch des Kassenarztrechts, 1994, Rn. 63 Fn. 163.

<sup>105</sup> § 386b Abs. 2 RVO 1932 sah vor, dass innerhalb eines Zulassungsbezirks auf 600 Versicherte ein Arzt zugelassen werden sollte.

<sup>106</sup> Haedenkamp, Verhandlungen mit den Verbänden der Krankenkassen, Ärztliche Mitteilungen 1931, 813, 814.

<sup>107</sup> § 368e RVO 1932.

<sup>108</sup> Haedenkamp, Verhandlungen mit den Verbänden der Krankenkassen, Ärztliche Mitteilungen 1931, 813, 814.

<sup>109</sup> § 368 Abs. 2 RVO 1932.

<sup>110</sup> Richter, Das Kassenarztrecht von 1931/32, 1932, S. 97.

<sup>111</sup> Richter, Das Kassenarztrecht von 1931/32, 1932, S. 94 ff.

<sup>112</sup> Richter, Das Kassenarztrecht von 1931/32, 1932, S. 61 ff.

<sup>113</sup> Siehe dazu Richter, Das Kassenarztrecht von 1931/32, 1932, S. 93 f., S. 96, S. 103; Heinemann, Kassenarztrecht, 2. Aufl. 1932, S. 22, S. 25; Kühne, Die Grundzüge des neuen Kassenarztrechts, Die Arbeiter-Versorgung 1932, 97, 98.

<sup>114</sup> § 368 Abs. 3 RVO 1932.

Verbände der Ärzte und Krankenkassen 1931 endgültig zu den Hauptakteuren der kassenärztlichen Versorgung berufen. Als Ergebnis dieser Entwicklung verlor die individualvertragliche Absprache zwischen Ärzten und Krankenkassen gänzlich an Bedeutung.<sup>115</sup>

#### IV. Das Endergebnis: Die kassenärztliche Zusammenarbeit als rechtliches Unikum

Seit Errichtung der gesetzlichen Krankenversicherung im Jahre 1883 bis zum Ende der Weimarer Republik durchlebte das Kassenarztrecht eine fundamentale Verwandlung, um dem Anspruch der Versorgungssicherheit gerecht zu werden: Wettbewerbs- und Vertragsfreiheit wurden ersetzt „durch scharfen Zentralismus und Kollektivismus“<sup>116</sup> und an die Stelle von vertraglichen Individualabsprachen traten gesetzliche Regelungen zu Detailfragen der kassenärztlichen Versorgung, zahlreiche Richtlinien des Reichsausschusses sowie verbindliche Kollektivverträge der Interessenverbände.<sup>117</sup> Ein System, das den einzelnen Ärzten und Krankenkassen ursprünglich weiten Verhandlungsspielraum belassen hatte, wurde schließlich überwiegend von den Interessenverbänden, aber auch von staatlichen Akteuren bestimmt.<sup>118</sup> Denn in allen wichtigen Gremien befanden sich als Unparteiische entweder selbst staatliche Vertreter oder die Vertreter wurden zumindest staatlich ausgewählt.<sup>119</sup> Gustav Heinemann, der spätere Bundespräsident und unter anderem Verfasser eines Kommentars zum Kassenarztrecht, sprach aufgrund dieser staatlich geprägten Besetzung von Reichsausschuss und Schiedsämtern von einer „Beherrschung der Selbstverwaltung“ durch den Staat.<sup>120</sup>

Dieser Wandel der Grundprinzipien der kassenärztlichen Versorgung veränderte auch den Standort des Kassenarztrechts in der damaligen Rechtsordnung: Nachdem das Kassenarztrecht zu Beginn der gesetzlichen Krankenversicherung unzweifelhaft als Teil des Privatrechts verstanden worden war, wurden mit der gesetzlichen Fixierung des Berliner Abkommens durch die „Verordnung über Ärzte und Krankenkassen“ vom 30. 10. 1923 zumindest Teile der bisher rein privatrechtlichen Strukturen in das öffentliche Recht verschoben.<sup>121</sup> Denn all diejenigen Gremien des neuen Kassenarztrechts, die, wie die Schiedsämter und der Reichsausschuss, mit Vertretern von Behörden besetzt waren bzw. zumindest behördlich ausgewählte Mitglieder besaßen,

erachtete man als öffentlich-rechtliche Gremien,<sup>122</sup> die darauf gerichtet waren, den Abschluss des immer noch privatrechtlichen Kassenarztvertrags zu fördern.<sup>123</sup> Auch die Richtlinien des Reichsausschusses wurden als Normen des öffentlichen Rechts qualifiziert.<sup>124</sup> 1931 kamen weitere öffentlich-rechtliche Elemente hinzu, etwa das als Verwaltungsverfahren<sup>125</sup> ausgestaltete Zulassungsverfahren der Kassenärzte sowie die Gründung der kassenärztlichen Vereinigungen, die überwiegend als Zwangsvereinigungen des öffentlichen Rechts verstanden wurden.<sup>126</sup> Zur Beschreibung dieser neuen, teils in ein öffentlich-rechtliches Gewand gekleideten Kooperationsformen nutzte die Rechtswissenschaft oftmals den Terminus der Selbstverwaltung.<sup>127</sup> Insbesondere Lutz Richter, Professor an der Universität Leipzig, aus dessen Feder der Begriff der „kassenärztlichen Selbstverwaltung“ stammte,<sup>128</sup> bemühte sich nach Erlass der „Verordnung über Ärzte und Krankenkassen“ vom 30. 10. 1923 um eine Einordnung des Kassenarztrechts in die Kategorien des öffentlichen Rechts.<sup>129</sup> Er sah diejenigen Gremien der Ärzte und Krankenkassen, die in ihrer Entscheidungsfindung staatlichem Einfluss unterlagen, also namentlich den Reichsausschuss und die Schiedsämter, als Ausprägung der sog. politischen Selbstverwaltung<sup>130</sup> an, da in diesen Gremien sowohl Beamte als auch Vertreter der Interessengruppen zusammenarbeiteten.<sup>131</sup>

<sup>122</sup> Richter/Sonnenberg, Die kassenärztlichen Rechtsverhältnisse, 2. Aufl. 1930, S. 13.

<sup>123</sup> Richter, Die Einrichtungen der kassenärztlichen Selbstverwaltung, in: Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Victor Ehrenberg, 1927, S. 75, S. 96.

<sup>124</sup> Richter, Die Einrichtungen der kassenärztlichen Selbstverwaltung, in: Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Victor Ehrenberg, 1927, S. 75, S. 114; Niggemann, Strukturwandlung in den rechtlichen Beziehungen zwischen Aerzten und Krankenkassen?, 1933, S. 50.

<sup>125</sup> Richter, Das Kassenärzterecht von 1931/32, 1932, S. 123.

<sup>126</sup> Heinemann, Kassenarztrecht, 2. Aufl. 1932, S. 28; Niggemann, Strukturwandlung in den rechtlichen Beziehungen zwischen Aerzten und Krankenkassen?, 1933, S. 104; Richter, Das Kassenärzterecht von 1931/32, 1932, S. 68 ff.

<sup>127</sup> Siehe z.B. Kühne, Grundsätzliche Fragen des Kassenarztrechts und der Berliner Schiedsspruch des Reichsschiedsamts, Monatsschrift für Arbeiter- und Angestellten-Versicherung 1925, 157, 160; Heinemann, Kassenarztrecht, 1. Aufl. 1929, S. 7, 2. Aufl. 1932, S. 7, S. 14.

<sup>128</sup> Er bezog sich mit dieser Wendung nicht auf die Selbstverwaltung der damals noch nicht bestehenden kassenärztlichen Vereinigungen, sondern führte die Begriffe „Kasse“ und „Arzt“ in einem einheitlichen Adjektiv („kassenärztlich“) zusammen, Richter, Die Einrichtungen der kassenärztlichen Selbstverwaltung, in: Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Victor Ehrenberg, 1927, S. 75, S. 95 Fn. 33.

<sup>129</sup> Richter, Die Einrichtungen der kassenärztlichen Selbstverwaltung, in: Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Victor Ehrenberg, 1927, S. 75 ff.

<sup>130</sup> Gedanklicher Urheber der politischen Selbstverwaltung war nach damaliger Auffassung Rudolf von Gneist, Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1931, S. 62. Lutz Richter benutzte den Begriff der politischen Selbstverwaltung zur Beschreibung des Phänomens, dass „in einem Kollegium gleichberechtigt neben die Beamten Nichtbeamte, Laien, Angehörige der Bevölkerung treten“, Richter, Die Einrichtungen der kassenärztlichen Selbstverwaltung, in: Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Victor Ehrenberg, 1927, S. 75, S. 127.

<sup>131</sup> Richter, Die Einrichtungen der kassenärztlichen Selbstverwaltung, in: Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Victor Ehrenberg, 1927, S. 75, S. 128, S. 155.

<sup>115</sup> Heinemann, Kassenarztrecht, 2. Aufl. 1932, S. 14.

<sup>116</sup> Heinemann, Kassenarztrecht, 2. Aufl. 1932, S. 13.

<sup>117</sup> Collin spricht in diesem Zusammenhang auch mit Blick auf die Entwicklung des Kassenarztrechts von der „Herausbildung multi-normativer Strukturen“, Collin, Das Berliner Abkommen von 1913 im Spannungsfeld rechtshistorischer Entwicklungstendenzen, VSSR 2014, 173, 187 ff.

<sup>118</sup> Heinemann, Kassenarztrecht, 1. Aufl. 1929, S. XIII, 2. Aufl. 1932, S. 13 f.

<sup>119</sup> Der Reichsausschuss besaß beispielsweise dreizehn Mitglieder, nämlich jeweils fünf Vertreter der Ärzte- und Kassenverbände sowie drei unparteiische Mitglieder, die vom Reichsarbeitsminister ausgewählt wurden, § 368a RVO 1924 bzw. § 368 f RVO 1932.

<sup>120</sup> Heinemann, Kassenarztrecht, 1. Aufl. 1929, S. XIII.

<sup>121</sup> Heinemann, Kassenarztrecht, 1. Aufl. 1929, S. XIII.

Als Schnittstelle von privat- und öffentlich-rechtlichen Elementen nahm das Kassenarztrecht nach damaliger Auffassung eine Sonderstellung in der Rechtsordnung ein: Es wurde nicht als Teil des öffentlich-rechtlichen Sozialversicherungsrechts,<sup>132</sup> sondern als „Sonderverwaltungsrecht der Ärzte und Krankenkassen“<sup>133</sup> verstanden und fand auch keinen Anschluss etwa an das Arbeitsrecht, das sich in ähnlicher Weise durch öffentlich- und privatrechtliche Elemente ausgezeichnet<sup>134</sup> und mit seinen Tarifverträgen und paritätischen Gremien zunächst eine Vorbildfunktion für das Kassenarztrecht besessen hatte. Zwar diskutierte man in der Rechtswissenschaft nicht nur darüber, ob der Kassenarzt Arbeitnehmer der Krankenkassen<sup>135</sup> war und ob die Tarifvertragsverordnung vom 23. 12. 1918<sup>136</sup> auf die kassenärztlichen Kollektivverträge<sup>137</sup> Anwendung finden konnte, sondern befasste sich schließlich sogar mit einer Eingliederung des Kassenarztrechts in das Arbeitsrecht.<sup>138</sup> Überwiegend kam man aber trotzdem zu der Überzeugung, dass das Kassenarztrecht auch in Abgrenzung zum Arbeitsrecht eine Sondermaterie war,<sup>139</sup> und bezeichnete es als „Sonderarbeitsrecht mit starken öffentlich-rechtlichen Bindungen“,<sup>140</sup> das „nicht einfach in die Schemen des gewerblichen Arbeitsrechtes gepresst werden“ dürfe.<sup>141</sup>

#### V. Schlussgedanken: Die Relevanz der historischen Entwicklung für das heutige Recht

Nach einer weitgehenden Zerstörung der bisherigen Grundprinzipien der kassenärztlichen Versorgung im Dritten Reich<sup>142</sup> baute der Gesetzgeber der Bundesrepublik sie mit dem „Gesetz über Kassenarztrecht“ vom 17. 8. 1955 im Wesentlichen wieder auf.<sup>143</sup> Er gründete Zulassungsausschüsse, Schiedsämter und einen Bundes-

ausschuss, der in seiner Funktionsweise dem Grunde nach dem Reichsausschuss der Weimarer Zeit entsprach, und konstruierte ein Kollektivvertragssystem, in dem auf Bundesebene zwischen der Kassenärztlichen Bundesvereinigung und den Bundesverbänden der Krankenkassen Mantelverträge geschlossen wurden und die Kassenärztlichen Vereinigungen mit den einzelnen Krankenkassen Gesamtverträge aushandelten.<sup>144</sup> In den Entwürfen zum „Gesetz über Kassenarztrecht“ fiel zudem erstmals der Begriff der „gemeinsamen Selbstverwaltung“, der sich in der Folgezeit zur Beschreibung der Zusammenarbeit von Ärzten und Krankenkassen in der gesetzlichen Krankenversicherung durchgesetzt hat.<sup>145</sup>

Da die Strukturen des „Gesetzes über Kassenarztrecht“ auch noch in den heutigen Regelungen des Sozialgesetzbuchs V aufzuspüren sind, liegt den wesentlichen Grundsätzen des heutigen Vertragsarztrechts eine mehr als 100-jährige Geschichte zugrunde, was auch das Bundessozialgericht stets betont.<sup>146</sup> Dass diese traditionellen Grundsätze jedoch nicht unantastbar sind, zeigen die jüngeren Entwicklungen im Vertragsarztrecht. Die Idee, im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung erneut einen Vertragswettbewerb zuzulassen, wird nicht nur verstärkt diskutiert,<sup>147</sup> sondern ist auch bereits gesetzlich verankert, denn einzelnen Ärzten und Krankenkassen ist es nunmehr zumindest in begrenztem Maße erlaubt, neben den etablierten Kollektivverträgen auch Selektivverträge, beispielsweise in Form der sog. Hausarztverträge nach § 73b SGB V, abzuschließen.<sup>148</sup>

Die heute durch diesen Vertragswettbewerb aufgeweichten Strukturen der Zusammenarbeit der Ärzte- und Krankenkassenverbände werden zwar seit 1955 insgesamt dem Verwaltungsrecht zugeordnet,<sup>149</sup> unterliegen allerdings, wie eingangs bereits dargelegt, teils starker Kritik, da sie die Anforderungen, die an eine verfassungsrechtliche Selbstverwaltung gestellt werden, nicht erfüllen sollen. Die Frage, weshalb die gemeinsame Selbstverwaltung in das bestehende Gefüge des Verwaltungsrechts nur schwerlich einzupassen ist, kann mit einem Blick auf die soeben geschilderte rechtsgeschichtliche Entwicklung beantwortet werden. Diese Sonderstellung ergibt sich nämlich im Wesentlichen daraus, dass das Kassenarztrecht ursprünglich Privatrecht war und die kassenarztrechtlichen Kooperationsstrukturen sich als Alternative zu einer staatlichen Regulierung zunächst auf einer privatrechtlichen Grundlage entwick-

<sup>132</sup> Richter, Die Einrichtungen der kassenärztlichen Selbstverwaltung, in: Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Victor Ehrenberg, 1927, S. 75, S. 79.

<sup>133</sup> Heinemann, Kassenarztrecht, 1. Aufl. 1929, S. XIII.

<sup>134</sup> Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927, S. 420 ff.

<sup>135</sup> Siehe z.B. Potthoff, Die Rechtsstellung des Kassenarztes, Ärztliche Mitteilungen 1926, 368, 368; Reinhardt, Die Rechtsstellung des Kassenarztes, Monatsschrift für Arbeiter- und Angestellten-Versicherung 1926, 542, 548 ff.; Stachelhaus, Die vertraglichen Beziehungen der Ärzte zu den Krankenkassen und Kassenmitgliedern, 1929, S. 52.

<sup>136</sup> „Verordnung über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestelltenausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten“ vom 23. 12. 1918, RGBl. 1918 S. 1456.

<sup>137</sup> Siehe z.B. Richter/Sonnenberg, Die kassenärztlichen Rechtsverhältnisse, 2. Aufl. 1930, S. 85 f.; Hegener, Das Vertragsrecht des Arztes, 1925, S. 83 f.; Kühne, Grundsätzliche Fragen des Kassenarztrechts und der Berliner Schiedsspruch des Reichsschiedsamts, Monatsschrift für Arbeiter- und Angestellten-Versicherung 1925, 157, 163.

<sup>138</sup> Stachelhaus, Die vertraglichen Beziehungen der Ärzte zu den Krankenkassen und Kassenmitgliedern, 1929, S. 98; Potthoff, Die Rechtsstellung des Kassenarztes, Ärztliche Mitteilungen 1926, 368, 369; Richter, Das Kassenärzterecht von 1931/32, 1932, S. 16 ff.

<sup>139</sup> Siehe etwa Reinhardt, Die Rechtsstellung des Kassenarztes, Monatsschrift für Arbeiter- und Angestellten-Versicherung 1926, 542, 550 f.

<sup>140</sup> Heinemann, Einzelvertrag und Vertragsausschuß (§ 368k RVO), Die Arbeiter-Versorgung 1927, 225, 225.

<sup>141</sup> Heinemann, Einzelvertrag und Vertragsausschuß (§ 368k RVO), Die Arbeiter-Versorgung 1927, 225, 226.

<sup>142</sup> Siehe zu dieser Entwicklung: Klette, Die Kassenarztverträge der sozialen Krankenversicherung, 1965, S. 186 ff.

<sup>143</sup> Schnapp, in: Schnapp/Wigge (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarzt-

rechts, 2. Aufl. 2006, § 1 Geschichtliche Entwicklung des Vertragsarztrechts, Rn. 38.

<sup>144</sup> Siehe zur Rechtslage nach 1955: Schneider, Handbuch des Kassenarztrechts, 1994, Rn. 123 ff.

<sup>145</sup> BT-Drs. 1/3904, S. 16; BT-Drs. 2/87, S. 16; siehe dazu auch Axer, Gemeinsame Selbstverwaltung, in: von Wulffen/Krasney (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, 2004, S. 339, S. 339 f.

<sup>146</sup> BSGE 78, 70, 78 f.; BSGE 81, 54, 64; BSGE 81, 73, 83 f.

<sup>147</sup> Siehe beispielsweise Becker/Schweitzer, Wettbewerb im Gesundheitswesen, Gutachten B zum 69. Deutschen Juristentag, 2012, S. B 106 ff.

<sup>148</sup> Zu den verschiedenen Selektivvertragsformen: Hensel, Selektivverträge im vertragsärztlichen Leistungserbringungsrecht, 2010, S. 50 ff.

<sup>149</sup> Zum öffentlich-rechtlichen Charakter der Kollektivverträge: Hess/Venter, Das Gesetz über Kassenarztrecht, 1955, S. 223 f., S. 226.

kelt haben. Dementsprechend bestand keine Notwendigkeit, diese Konstruktion an verwaltungsrechtlichen Maßstäben zu messen. Diese Aussage gilt nicht nur für die lokalen Vereinbarungen über die Errichtung von Einigungs- und Schiedsausschüssen, sondern auch für das Berliner Abkommen vom 23. 12. 1913, da auch der Umstand, dass die Regierung als Vermittlungsinstanz an seiner Aushandlung mitgewirkt hatte, nichts an seiner privatrechtlichen Natur ändern konnte.<sup>150</sup> Mit der Einhaltung verwaltungsrechtlicher Grundsätze war das Kassenarztrecht erstmals nach der Übertragung der Regelungen des Abkommens in das Gesetz durch die „Verordnung über Ärzte und Krankenkassen“ vom 30. 10. 1923 konfrontiert, also zu einem Zeitpunkt, als sich die kassenarztrechtlichen Kooperationsformen zumindest in ihren Grundzügen bereits tatsächlich verfestigt hatten. Die Zusammenarbeit von Ärzten und Krankenkassen entwickelte sich demnach zunächst isoliert von verwaltungsrechtlichen Prinzipien und musste erst nachträglich in das Verwaltungsrecht eingepasst werden, was allerdings schon damals nicht problemlos gelang. So erkannte man beispielsweise zwar den öffentlich-rechtlichen Charakter der Richtlinien des Reichsausschusses an, hielt sie aber aufgrund ihrer nur mittelbaren Wirkung über den Umweg der Schiedssprüche für eine „höchst eigenartige, stark abgeblaßte Form der Rechtssetzung“.<sup>151</sup> Überhaupt kam man 1932 nach der letzten Gesetzesreform in der Weimarer Republik zu

dem deutlichen Urteil, es sei „Eigenart“ des Kassenarztrechts, dass es „auf der Grenze zwischen öffentlichem und bürgerlichem Recht stehend, viel weniger von juristischen, als vielmehr von politischen, sozialen und finanziellen Erwägungen beherrscht wird.“<sup>152</sup> Da eine Einpassung des Kassenarztrechts in die Gesamtrechtsordnung und insbesondere in das Verwaltungsrecht also schon in der Weimarer Zeit nicht ohne Brüche funktionierte,<sup>153</sup> verwundert es nicht, dass nach dem Transfer der damaligen Strukturen in das Recht der Bundesrepublik eine ähnliche Wertung auch heute noch vorgenommen wird, und insofern geben die rechtsgeschichtlichen Wurzeln der gemeinsamen Selbstverwaltung Aufschluss über ihren heutigen besonderen Charakter. Freilich ist diese Tradition nicht imstande, die aktuellen Zweifelsfragen hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit der gemeinsamen Selbstverwaltung zu lösen,<sup>154</sup> sie kann allerdings eine Erklärung für das Bestehen dieser Probleme liefern.

<sup>152</sup> Kühne, Grundzüge des neuen Kassenarztrechts, Die Arbeiter-Versorgung 1932, 97, 102.

<sup>153</sup> Richter, Die Einrichtungen der kassenärztlichen Selbstverwaltung, in: Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Victor Ehrenberg, 1927, S. 75, S. 114; Richter, Neuerungen im Kassenärztereht, Monatsschrift für Arbeiter- und Angestellten-Versicherung 1930, 624, 631; Heinemann, Die Entwicklung der kassenärztlichen Rechtsverhältnisse, in: Deutscher Krankenkassenkongreß 1930, Bericht über die XIII. ordentliche Mitglieder-Versammlung des Gesamtverbandes der Krankenkassen Deutschlands e.V., S. 111, S. 111.

<sup>154</sup> Zur Legitimation der gemeinsamen Selbstverwaltung durch Tradition z.B. Muckel, Die Selbstverwaltung in der Sozialversicherung auf dem Prüfstand des Demokratieprinzips, NZS 2002, 118, 125; Hiddemann, Die Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen als Rechtsnormen, BKK 2001, 187, 190 ff.; Axer, Gemeinsame Selbstverwaltung, in: von Wulffen/Krasney (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, 2004, S. 339, S. 356 f.

<sup>150</sup> Zschiegner, Das Friedensabkommen zwischen Ärzten und Krankenkassen vom 23. Dezember 1913, 1919, S. 19 f.

<sup>151</sup> Richter, Die Einrichtungen der kassenärztlichen Selbstverwaltung, in: Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Victor Ehrenberg, 1927, S. 75, S. 123.

## The beginnings of the legal protection of consumers in Spain. A historical juridical study.

*Antonio Sanchez Aranda*

*The bourgeois reforms of the 19th century introduced the principles of economic liberalism in Spain, which were mainly consolidated in the Mercantile and Civil Code, the latter in 1889. It is however known that the economic development of capitalism after the Second World War fomented an accelerated consume which became the main road for economic development, up to the point where the market defined, with new means such as publicity, the incorporation of new sales techniques or the offer of new ways of financing, who consumes and how it is consumed.*

*As a consequence of the consuming practice in Europe/ Spain, the main characteristics of the new contracting in the field of consumers were caused by the imbalance between the contracting parties: mass consume lead to the introduction of commercial practices that defined a predominant market position of the entrepreneur – or big companies – in comparison to the citizen – consumer. In Spain, in the 1960s, Franco’s regime tried to limit this imbalance, incorporating new economic and legal concepts, for example that of the “economic public order”, which limited the stipulations of the Civil Code. In an authoritarian political system, consumerism was attempted to be started in a moment of openness of the Regime, however, it was*

*not until the Spanish constitution was approved in 1978 that consumerism was incorporated as a guiding principle of the Spanish social and economic policy (article 51).*

*Die bürgerlichen Reformen des 19. Jahrhunderts führten in Spanien die Prinzipien des Wirtschaftsliberalismus ein, die vor allem im Handelsgesetzbuch und im bürgerlichen Gesetzbuch konsolidiert wurden, letzteres 1889. Wie jedoch bekannt ist, führte die wirtschaftliche Entwicklung des Kapitalismus nach dem Zweiten Weltkrieg zu einem übersteigerten Konsumverhalten, das zum Hauptweg der wirtschaftlichen Entwicklung wurde, wobei der Markt schließlich, mit neuen Medien wie der Werbung, der Einführung neuer Verkaufstechniken oder dem Angebot neuer*

*Finanzierungsmethoden, bestimmt, wer konsumiert und wie konsumiert wird.*

*Die Verbraucherpraxis in Europa/ Spanien führte dazu, dass eine der Hauptcharakteristika der neuen Vertragsabschlüsse auf dem Gebiet der Verbraucher von dem zwischen den Vertragsparteien bestehenden Ungleichgewicht rührte: der Massenkonsum führte zur Einführung von Verkaufspraktika, die eine vorherrschende Position des Unternehmers – oder grosser Firmen – gegenüber dem Bürger-Verbraucher bestimmten. In Spanien versuchte das Franco-Régime in den sechziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts, dieses Ungleichgewicht einzuschränken, durch die Einführung neuer juristischen und wirtschaftlichen Konzepte, wie beispielsweise die „öffentliche Wirtschaftsordnung“, die das einschränkte, was im Spanischen Bürgerlichen Gesetzbuch festgelegt worden war. Dies sollte in einem autoritären politischen System den Verbraucherschutz, in einem Moment der Öffnung des Régimes in Gang setzen. Jedoch wurde erst mit der spanischen Verfassung von 1978 der Verbraucherschutz als Grundsatz für die spanische Sozial- und Wirtschaftspolitik eingeführt (Artikel 51).*

### **I. Introduction: The incorporation of the liberal-economic precepts into the Spanish legislation.<sup>1</sup>**

The 19th century, characterized by the consolidation of the bourgeoisie's aspirations, left the constitutionalisation of the doctrinaire liberalism's political and economic ideology as its legacy. The protection of their interests began in the last third of the 18th century, the bourgeoisie thus becoming the instigating class for political and economic change. After the crisis of the mercantilist model dating from the 16th century – whose outstanding example of an economy put at the State's service is that of the constitution of a monopoly which was established by the Catholic Monarchs in order to exploit trade with the East and West Indies by means of the institution of the Casa de la Contratación that was founded in 1503 – it was in the 18th century, during the era of Charles' III enlightened reforms, when Spain adopted the first liberalizing economic measures, with regulations on free trade and promotion of free competition on the market: the opening of industrial freedom (Royal Decree of 1767) and free trade (Rule of 1778) with America and the removal of the monopoly of trading with the East and West Indies from the port towns of Seville and Cádiz and the American ports of Portobelo and Veracruz<sup>2</sup> are only some examples.

<sup>1</sup> This work is based primarily on the following publication: SÁNCHEZ ARANDA, ANTONIO, De la autonomía de la voluntad al imperativo estatal en la protección de consumidores. Un estudio histórico-jurídico, en MORILLAS CUEVA, L., Derecho y consumo. Aspectos penales, civiles y administrativos, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 19-46.

<sup>2</sup> Without intention of lingering too much in the pre-capitalist phase, the legislation which forbade agreements and monopolies in Spain started with the suppression of economic practices that harmed the royal Treasury due to agreements between private individuals and traders who made "monopolies of neither selling nor contracting those things which are included in their treaties". These prohibitions, in the interest of the royal income, date back to the reforms introduced by the Catholic Monarchs in the Quaderno de

It was the first Constitution, the one passed in Cádiz on the 19th of March, 1812, which helped the liberal ideology by consolidating the named civil liberties and impelling the breakdown of the socio-economic model of the Ancien Régime. The constituent process in Cádiz was the starting point for the structuring of a new legal order attached to the doctrine of the codification, paving the way for a century of reforms which were practically finished with the publication of the Spanish Civil Code in 1889, the work of the Burgos-born jurist Alonso Martínez.

However, unlike the other constitutions, the Constitution of 1812 did not include a chapter dedicated to the Rights and Duties of the Spaniards. Initially envisaged in the draft elaborated by the Constitutional Committee which, established on March 2, 1881, introduced Chapter II in the meeting of the 10th of April, under the title „About the Spaniards“, their rights and their duties and included as one of their fundamental rights, apart from equality, liberty and security, that of property<sup>3</sup>. However, the constituents in Cádiz did not hesitate to introduce and pass a whole series of rights, preferably of an economic nature, throughout the articles, as liberties – defense: the property right itself (articles 4, 172.10, 294 and 304); the right to equality – however, not as a fundamental right, despite its being initially included in the Draft of the Constitution presented to the Cortes (Parliament) it was excluded afterwards – extrapolated to the area of tax equality (art. 339) or to the limitation of monarchy of granting privileges (art. 172). In the words of Tomás y Valiente, there is no doubt that in 1812 a determined step was taken in order to guarantee for the first time in Spain, “political liberty (constituently different) as well as natural liberty (formally equal)”<sup>4</sup>. Art. 4 of the constitutional text said:

Art. 4. The Nation has the duty to preserve and protect

Alcabalas of 1491 (law 51) and to a Pragmática by Philip II of Spain from 1566 which later on was included in book II, title V of the legal digest Nueva Recopilación de Leyes de Castilla. These prohibitions of agreements and monopolies can finally be found in the legal digest Novísima Recopilación de Leyes de España, book II, title XII, in particular, in laws X and XI. See, among others, the work of HERNÁNDEZ ESTEVE, E.: “Contribución al estudio de la historiografía contable en España”, in the magazine Revista Española de Financiación y Contabilidad, number 34, X, January-April of 1981, pages 11-30.

<sup>3</sup> Article 2 of the Draft established that “The rights of the Spaniards are liberty, security, property and equality” and article 6 understood that equality consisted in “there not existing any difference between the people that form the Nation with regard to the use and exercise of their rights”. These articles were not to be included in the text of 1812. See, among others, GARRIGA, C.: “Cabeza moderna, cuerpo gótico. La Constitución de Cádiz, y el orden jurídico” in Anuario de Historia del Derecho Español, number 81, pages 121 ff.; GARRIGA, Carlos y Lorente, Marta, Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional, Madrid, 2007 and CLAVERO SALVADOR, Bartolomé, “La gran innovación: Justicia de Estado y Derecho de Constitución” in El tercer poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España, J. M. SCHOLZ (Coord.), Frankfurt am Main, 1992, pages 175 ff.

The minutes of the Constitutional Committee can be consulted at <http://www.cervantesvirtual.com/obra/actas-de-la-comision-de-constitucion-1811-1813>.

<sup>4</sup> “Los Derechos fundamentales en la Historia del Constitucionalismo español”. In Obras Completas, vol. III, Madrid, 1997, page 2024.

with wise and just laws the civil liberty, the property and the legitimate rights of all people who form it.

These guarantees and rights were soon to be discussed, especially in the economic context, at the beginning of the constituent process. After the abolishment of the feudal regime in 1811, and still during the period of the General and Extraordinary Cortes of 1813, a series of laws directed at abolishing the feudal monopolistic privileges and at suppressing the forced membership in a guild, a characteristic of mercantilism, were adopted, confirming the principles of industrial and economic liberty, the basis of the liberal economic model. As is well-known, its application was a short one, with the return of Ferdinand VII of Spain in May of 1814 and, despite the remaining periods when the Constitution was in force (Trienio Liberal, 1820-1823 and 1836-1837), it marked the way of economic liberalism's reforms. This ideal of economic liberty was the leitmotif of the reformist breaking-off which ended, in outline, when the Civil Code entered into force in 1889. A clear example of the new economic ideal in the 19th century legal texts is the approval of the first Code of our legislation: the Commercial Code of 1829, under the absolutist reign of Ferdinand VII of Spain, a work of the jurist Sainz de Andino.

In this 19th century liberal legislation the main point was not exactly defending the citizens' economic interests, but rather the conservation and guarantee of the liberal economic market model and, in some areas, the introduction of limitations for the good of the State, which, since 1842 had elaborated the first planning politics in the economic field, organizing the income and distributing the costs in the so-called Presupuestos Generales del Estado<sup>5</sup> (The General Budget of the State). In line with this approach, in the incorporation of the principles of mercantile and industrial liberty, the ultimate axiom of economic liberalism - the establishment of defensive limits for monopolistic practices - was not inherent, so that the practice of the concentration of industrial and mercantile activity developed in an unusual way in Spain. With a tendency to avoid monopolistic practices, or of altering the market liberty, the 19th century legislator turned to the criminal law in order to suppress them: this legislative practice started when the conservative liberals came into power in May of 1844 and thus began the so-called moderate decade. In the Penal Code of 1848, in the section of crimes against property, a chapter was introduced that was called On the plots in order to alter the price of things, with the clear intention to suppress alliances<sup>6</sup>. This regulation continued in the Penal

Codes of 1850<sup>7</sup>, 1870<sup>8</sup>, 1928<sup>9</sup>, 1932<sup>10</sup> and 1944<sup>11</sup> and, in the light of market development and economic practices, clearly showed its inefficiency.

On the other hand, among the articles of the Civil Code of 1889 principles such as liberty and equality of the partners in contracting, assumption of private autonomy were included. In this regard, the legislator was aware of the possibility of a contract where situations of inequality could be created, in the words of Pertíñez Vílchez, "out of ignorance, ingenuity, inexperience or economic need of one of the parties with regard to the other"; however, they "chose not to confer legal relevance to these inequalities - except in those cases of lack of consent or lack of capacity"<sup>12</sup>. The citizens were limited to play the role of a mere consumer, a decisive element for industrial production.

This legislative situation changed on a general level after World War II. In the capitalist society, the economic development triggered an excessive consume as the main means of economic growth, it being the market that de-

---

50 per cent of the auctioned item's worth, and they will deserve an even higher one if they use threats or other means";

Art. 450. Those who form alliances in order to raise or abusively lower the payment for work delivered or to regulate its conditions, will be punished, if the alliance has begun to be executed, with arresto mayor and a fine between 100 and 500 pesetas. If the alliance is formed in a town with less than 10000 inhabitants, the punishment will be arresto menor and fines between 75 and 250 pesetas. The punishment will be imposed in both cases in their highest degree to the heads and instigators of the alliance, and to those who use violence or threats in order to guarantee their success, if they don't deserve an even higher punishment for their deed.

Art. 451. Those who spread false rumors or use any other kind of device and thus manage to alter the natural prices which would result from the free competition of the goods, actions, public or private income or any other thing object of contract, will be punished with arresto mayor and fines between 500 and 5.000 pesetas.

Art. 52. When the fraud expressed in the previous article should affect maintenance or other products of basic need, apart from the punishments mentioned there, the goods on which fraud was committed, will be confiscated. For the imposition of this punishment it will be sufficient that the alliance has started to operate".

<sup>7</sup> Book II, title XIV, chapter V, articles 460 to 463.

<sup>8</sup> Book II, title XIII, chapter V, articles 555 to 558.

<sup>9</sup> It especially protected free trade, typifying the commission of criminal acts by stockbrokers or commercial agents. This was also included in Book II, title XIV, chapter V Crimes of plotting in order to alter the price of things, articles 736 to 738. This last article established that "those who spread false rumors or use any other kind of device and thus manage to alter the natural prices which would result from the free competition of the goods, actions, public or private income or any other thing object of contract, will be punished with 3 months to one year of prison and fines between 1.000 and 15.000 pesetas. If the crime is committed by a licensed Stockbroker or a Commercial Agent, the punishment will be from 6 months to 2 years of prison, complete banning from his occupation for six years and a fine between 1.000 and 15.000 pesetas. The same will be applied each time when the fraud is committed on food stuffs and other items of basic need".

<sup>10</sup> Penal Code of 1932: articles 529 to 531.

<sup>11</sup> Articles 539 to 541 and 574 introduced the novelty of establishing misdemeanor against the general interest when "1st, those who spread false rumors in a not serious way or use any other kind of illicit device in order to alter the natural price of things. 2nd Those, who break the police rules directed at guaranteeing the supplies for the villages", punishing with five to fifteen days of arresto menor and a fine of 25 to 500 pesetas.

<sup>12</sup> See for this topic, "Capítulo 3.1.3 La contratación en el ámbito de las relaciones con consumidores". In *Tratado de Contratos*, Bercovitz Rodríguez-Cano, vol. I, Valencia, 2009, page 264.

<sup>5</sup> See for the first public expenditure policies in Spain and ideological considerations, mainly the work of the first budget drawn up by Finance Minister Alejandro Mon y Menéndez in 1844 to 1845, the work of Beltran, M., *Ideología y gasto público en España*, Madrid, 1977 and ESTAPÉ Y RODRÍGUEZ, F., *La reforma tributaria de 1845*, Madrid, 2001.

<sup>6</sup> A protection that was included in chapter V, I. II, title XIV of the already mentioned Penal Code of 1848:

"Art. 449: Those who ask for gifts or promises not to participate in public auctions, and those who try to remove the bidders from it by means of threats, gifts, promises or any other device in order to alter the final price, will be punished with a fine of between 10 and

cides – either introducing new media, as advertising, or using new, more aggressive sales techniques or offering new ways of financing – what is consumed and how it is consumed. This creates a consumerist practice in society that is the main basis of economic growth. This aspect leads us to one of the main characteristics of new consumer contracts derived from the prevailing lack of balance between the contracting parties: general consumption, characteristic for society in the middle of the past century, lead to the introduction of commercial practices which determined a predominant market position of the entrepreneur with regard to the citizen-consumer, even going so far as to condition and direct industrial production to the demand.

Consequently, the attempt of protecting the weaker part in the contractual relationship of general consumption was incongruent and insufficient, seen under the light of the general principles of the 19th century legal order. The consumerist movement clearly proved the lack of balance and protection of the citizen-consumer and thus “the falseness of the 20th century economic liberalism’s principles and values: liberty and equality among the citizens and, by extension, among the economic players, among those who produce and distribute and those who consume as final consignee (or, in a more technical-legal way, as the consignees with non-market aims, that is, without the goal of integrating the goods or the service in a production process, in commercialization or provision to third parties)”<sup>13</sup>.

As a consequence, it became necessary to introduce new rules which, protecting the rights of consumers, helped limit the unfair practices which the free market showed no sign of solving and, through the legislator, introduce new general legal principles and criteria in view of the proven inefficiency of the ones of free will, the prohibition of the abuse of rights, the legal limitation of contract freedom, moral, good will and public order in the contractual relationship. Accordingly, from 1962 onwards, the public powers started to react and talk about the rights of consumers in the comparative law. This aspect also became part of the policies of the European Economic Community or the OECD at the beginning of the seventies, adopting the first measures directed at introducing the guiding protective principles of consumerism.

The constitutional protection in Europe was not long in coming. The current constitutions of the Federal Republic of Germany, Italy or France do not include consumer protection, however, they DO include some principles directed at restricting the policy of free market economy. It was up to the Portuguese Constitution in 1976 to be the first in introducing it, a model that the current Spanish constitution follows when it establishes the principle of consumer protection, *strictu sensu*, as a guiding political principle of the public powers. This constitutionalisation was preceded by the introduction

of principles like the public economic order into our legal system – incorporated with the Decree-Law for the economic system of 1959, after the phase of economic opening that had been taking place in Spain since 1954, and further developed by the law of 1963 against the monopolistic practices – which started to limit market freedom in favour of consumer protection. At this point of the Franco regime restrictive interpretations of the principle of party autonomy were introduced, mainly by means of the Supreme Court’s jurisdiction. A good example is the principle of public order in article 1255 of the Spanish Civil Code: “The contract parties may establish the agreements, clauses and conditions they deem appropriate, provided that these are not against the law, moral or public order”.

Finally, article 38 of the Constitution of 1978 distinguishes the principle of free consumption as the guiding principle of the regulation of market economy, although it also introduces several limitations guaranteeing the idea of the new economic public order. Article 40.1 concedes the public powers the establishment of the conditions for economic and social progress and article 51 establishes the guiding principles of consumer protection. As Font Galán indicates, they are an example leading “to nuance the company’s freedom, and allow or stipulate the legal and programmatic interference of the public powers in a market mechanism, under the wings of a series of collective interests”<sup>14</sup>.

## II. The beginnings of protection of consumerism on the spanish legislation.

There is no precedent for the protection of the consumer rights in Spanish constitutional history. Habitually, the Constitution of 1978, with regard to its constitutional characteristics, is related to the ones of 1812, 1869 and the Republican Constitution of 1931- and even claims their influence, however, title III follows the Constitution of 1876. Generally, consumerism in capitalist societies began with President John F. Kennedy’s Special Message to Congress about the Protecting the Consumer Interest on the 15th of March 1962 in which he stated that full citizenship not only depended on the defense of political rights in democratic societies but that it was also necessary to guarantee and protect other, economic, rights – something that for the first time puts the consumer on the same level as the citizen. He named four basic rights of the consumers: the right to safety, the right to be informed, the right to choose and the right to be heard. Twenty-one years later, the UN General Assembly established the 15th of March as International Consumer Day.

Nevertheless, in general, in Europe the first rules on consumer protection were given in the sixties. At the end of the fifties and beginning of the sixties, what with mass production and massive consumption, there’s a depersonalization of the relationship between producers and consumers, leaving the latter in a weak contractual position. On a constitutional level, we can find precedents in

<sup>13</sup> PANIAGUA ZJURERA, Manuel and MIRANDA SERRANO, Luis María, “La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción del Derecho de los consumidores”. In *Derecho (privado) de los consumidores*. Coordinated by the authors themselves, Madrid, 2012, page 20.

<sup>14</sup> See “Notas sobre el modelo económico de la Constitución española”. In *Revista de Derecho Mercantil*, number 152, April-June 1979, page 210.

the Portuguese Constitution of the 25th of April of 1976<sup>15</sup>. No precepts on consumer protection have been constitutionalised in the current constitutions of Italy – of December 22, 1947 –, France – of October 4, 1958, not even after the constitutional reform introduced in 2003 – nor in the German Basic Law (Grundgesetz) of May 23, 1949. However, as is well-known, the German State is pioneer in limiting the autonomy of contractual freedom, starting the restrictions of market freedom in the 19th century – e.g., the law of 1894 on installments of credits where the requirements and limits on unfair terms in credit contracts for buying personal property – even though legal protection of consumers and users did not begin until the sixties of the 20th century<sup>16</sup>.

In Spain, this lack of balance became evident after the failure of the citizens' protection introduced in our liberal Codes on the basis of the economic reforms of market liberalization introduced in the 1950s by the first government of Franco's technocrats. This failure was due to legislation not being aimed at protecting the consumers' interests but at the protection of "the security of economic traffic and, as a reflex effect, the weaker party (...) the *raison d'être* (ratio legis) of these norms (...) –was – to safeguard and rationalize the interests and values of the liberal economic system"<sup>17</sup>. As P. Häberle states, it was the failure of the limits that the common good established for the economic model, "the place for the ethical minimum of the bourgeois legal culture (from the general clause "loyalty and confidence" up to "bona fide trader")"<sup>18</sup> which caused the necessary action of the pu-

blic powers. The legislation in defense of the consumers began in the seventies and introduces a legislation which tries to "discipline the market" or to establish a criterion of public order based on the so-called „public economic order“, an expression which was used by the Spanish Supreme Court in the doctrine of the 1960s. This was a clear attempt to introduce some criteria in order to guarantee price transparency in the free market and to avoid an abuse of the dominant position.

These economic restricting criteria, for the sake of common good and state public order, had already been proclaimed in Spain as guiding principles in the *Fuero del Trabajo* (Labour Charter) of March 9, 1938<sup>19</sup>, the *Fuero de los Españoles* (Charter of the Spanish People), of July 17, 1945<sup>20</sup> and the *Ley de Principios del Movimiento Nacional* (Law of the Principles of the National Movement)<sup>21</sup>.

"Economía y Constitución europea", held in Granada on April 25 and 26 2006 and translated from German into Spanish by Miguel Azpitarte Sánchez, in <http://www.ugr.es/~redce/REDCE5/articulos/01peterhaberle.htm>

<sup>15</sup> The constitution, approved by the Portuguese Constituent Assembly on the 2nd of April 1976, came into force on the 26th of April that same year and is the first one to establish the public powers' overriding obligation to "protect the consumer, especially by means of supporting the creation of cooperatives and consumer associations" (art. 81.m).

<sup>16</sup> Legal protection of consumers started with the Law of July 28, 1967, which regulates the protection of the consumers when buying and selling movable goods; the Law of January 14, 1970 on the protection of consumers in the banking business or the one of August 24, 1976, on the protection of the users of Distance University Learning. Previously, the Law of July 20, 1957 had been approved, promoting market freedom and limiting monopolistic practices. Nevertheless, the Basic Law introduces provisions aimed at the consumers protection by the public powers: when it establishes the Federal Government's legislative competence in the "prevention of abusing a position of economic power" and "the protective measures in the trade of foodstuffs and stimulants, consumer articles, fodder, agricultural and forest seeds and plants (...)" (art. 73.16.20 of the Law, respectively). Article 73.5 also stated the competence in free movements of goods, even though this point has been repealed. It is in the eighties, however, when a vast legislation is created, transposing all the European Directives on consumerism and, in most cases, developing a consumer protection which goes beyond what is established in Community regulations. Lastly, in 2002 all European Directives on consumerism have been included in the German Civil Code, in what was a major and ambitious reform.

I want to express my gratitude to Lukas Metzger, researcher at the Free University of Berlin who has made his unpublished thesis with the title "Die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie in Deutschland und Grossbritannien" – the transposition of the Distance Selling Directive in Germany and Great Britain - available for me, in which he carries out a historical-legal study on consumer protection in Germany and the UK.

<sup>17</sup> See, on this point, PANIAGUA ZJURERA y MIRANDA SERRANO, "La protección de los consumidores y usuarios", cit., page 26.

<sup>18</sup> See "Siete tesis para una teoría constitucional del mercado", inaugurating speech of the III Congreso sobre la Constitución Europea

<sup>19</sup> *Fuero del Trabajo*, art. VIII: "capital is a production tool. The Company, as a manufacturing unit, will order its elements in a hierarchy which subordinates the instrumental orders to those of human category and all of them to common good. The management of the company will be responsible for its contribution to the common good of the national economy. The benefits of the company, after having taken care of a just capital interest, will be used preferably for creating the necessary reserves to guarantee its stability, for perfecting the production and improving the working and living conditions of its employees".

Its article XII established that "The State recognizes and protects private property as a natural means for coping with the individual, familiar and social obligations. All forms of property will be subordinated to the supreme interest of the Nation, whose interpreter is the State. The State assumes the task of multiplying and making accessible for all Spaniards the kind of properties which are vitally linked to the human being: the family home, the piece of land and the working instruments or goods for their daily use".

Furthermore, it recognized the family as a natural primary cell and foundation of society and, at the same time, as a moral institution provided with the inalienable and superior right of all positive law, the unseizable family estate will be recognized.

<sup>20</sup> They were treated in the following articles:

26. The State recognizes the Company as a community of contributions of technology, manpower and capital in various forms and therefore proclaims the right of these elements to participate in its benefits.

The State will take care that the relationship between them will remain within the strictest equity and in a hierarchy that subordinates the economic values to those of human category, the Nation's interest and the demands of common good.

27. All workers will be protected by the State, in their right to a just and sufficient remuneration, so that they and their family will, at least, be provided with the well-being that allows them to live a moral and decent life.

28. The Spanish State guarantees the workers the security of protection if a misfortune occurs and recognizes their right to assistance in case of old age, death, illness, motherhood, occupational accidents, disability, unemployment and other risks that may be the object of social insurance.

29. The State will maintain care institutions and will protect and foment those created by the Church, the Guilds and private individuals.

30. Private property as a natural means for achieving individual, familiar and social aims will be recognized and protected by the State.

All forms of property remain subordinate to the Nation's needs and common good. Wealth must not remain inactive, nor unduly destroyed or used for illicit aims.

<sup>21</sup> In paragraph X work is recognized "as the origin of the hierarchy, duty and honour of the Spanish people, and private property, in all

Accordingly, as it has already been mentioned, the Penal Code of 1944 typed the behavior of collusion or plotting in order to alter the order of things as criminal acts (articles 539 to 541). Without the intention of establishing a detailed study on the legislation of the last phase of Franco's regime, the protection of consumers can be considered to have started with the Law 110/1963, of the 20th of July, de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia – on the suppression of restrictive competition practices, which tries to motivate and stimulate an efficient anti-monopolistic policy for the sake of defending the consumers' interests and where the concept of economic public order is clearly reflected. This legal text was influenced up to a point by the German law of July 20, 1957 and the French Regulation of June 30, 1945. The law of 1963 was enacted as a consequence of the Decree-Law on the economic system, of July 21, 1959, which stipulated that the Government proposed "to the Cortes or, in case of emergency, dictated the appropriate provisions in order to prevent and fight the monopolistic practices and other activities which were against normal trade and the economy's flexibility". The text was enacted as an answer to the broad legislation regulating and controlling the economic development going on in Spain from the end of the 1950ies onwards as a consequence of the political openness and the economic reforms introduced with the Five-year plans<sup>22</sup>. It was the first time that expressions as "consumers' interest" were used and it was tried to avoid damaging harm in the process of market liberalization in which Spain was immersed. This economic phase made it necessary to establish "a perfect demarcation of the economic public order, i.e., of the subjects where free market activity could be transformed into a false freedom, so preventing this substitution, the suppression of administrative authority became a transfer of this authority to private citizens, and this gave way to serious harm for the consumers and severe obstacles for the country's economic development"<sup>23</sup>. Finally, article 2 prohibits unfair practices that could harm the consumers' interests when "one or several companies exploited their dominant position in all or part of the market, in a unjustified harmful manner". This regulation was the basis of the doctrinal and judicial development that made it possible to introduce contractual freedom into our legal system.

---

its forms, as a right conditional on its social function. Private initiative, the basis of economic activity, should be stimulated, channelled and, if necessary, replaced by the State's acts". Paragraph XI established that "the company, the association of men and means ordered for production, forms a community of interests and a unity of objectives. The relationship between its elements has to be formed by justice and mutual respect, and the economic values are subordinate to those of human and social nature".

<sup>22</sup> In this area, the Decree of November 23, 1962 was enacted. It attempted to "provide a legal framework for the economic development process that the country is undergoing which points out the need to adopt, with the criterion of unity, a series of harmonic measures which will allow the economic activity to grow that the future Development Plan is seeking in our economy, with balance and stability, internal as well as external" (Memorandum).

<sup>23</sup> Memorandum of the Law of July 20, 1963.

### III. Consumerism in spanish constitutional law: The general law of defense of 1984.

Consequently, in our constitutional history until 1978, no corrective principle for an economic system based on a free market had been introduced. The constitution of 1931 regulated the so-called socialization of economy, introducing limitations, among others to the right to property, however, there was hardly time to develop it – and, in some cases, the application – of the approved legislation<sup>24</sup>. Afterwards, the protective principles of consumerism were incorporated into the ordinary legislation, however, the general defense of the consumers inside the free market, as a guiding principle, was not included. Consequently, there were precedents of legal protection of the consumers' interests, of the correction of the axiom of a free market, based on the common good, introducing certain principles which limited economic freedom, of the idea of an economic public order, of a prohibition of monopolistic practices, etc., motivated by specific corrections of the economic situation, however, not as an informing principle of the legal system, guaranteeing the so-called Welfare State, or of the social market economy as a "cultural achievement of the constitutional State"<sup>25</sup>.

The mentioned protection arrives with the Constitution of 1978 that places Spain, theoretically, at the top of consumerism, giving an answer to commercial practices where the consumer is in a situation of inequality compared with the entrepreneurs and certainly to the socio-economic reality of the time. From then on there is no doubt, except for the discussion phase of the draft constitution, of including in art. 51 – even though initially it was in article 44 of the draft – the safeguarding of the consumers and users in the consumption process, helping to limit the entrepreneurial freedom and the intervention of the public powers in the market:

"1. The public powers guarantee the defense of the consumers and users, protecting by effective procedures their security, health and legitimate economic interests.

2. The public powers will promote the consumers' information and education, foment their organizations and hear them when dealing with questions which might affect them, in the terms the law establishes.

---

<sup>24</sup> Article 44 established that "all the country's wealth, no matter who is its owner, is subordinate to the national economy's interests and affects the support of public charges, in accordance with the Constitution and the laws.

Property of any kind of goods can be the object of compulsory expropriation due to a social usefulness with an adequate compensation, unless a law approved by an absolute majority of votes in the Cortes stipulates otherwise. With the same requirements, the property can be socialized.

Public services and exploitations which affect the common interests can be nationalized in those cases where the social need demands it.

The State may intervene by law in the exploitation and co-ordination of industries and companies if the rationalization of production and the interests of the national economy require it.

In no case the punishment of confiscation of property will be imposed".

<sup>25</sup> Haberle, "Siete tesis", cit.

3. In the frame of what the precedent articles stipulate, the law regulates the domestic trade and the system of approval of commercial goods”.

Prior to the defense of the consumers’ interests, the Constitution declares the market economy and a limited entrepreneurial freedom, characteristic of the Welfare State, to be the economic model. For this reason, art. 51.3 infers a regulation of domestic trade based on the guiding principle of the limited entrepreneurial freedom. In the words of Baena de Alcazar, this has forced to put a special emphasis on the consumers rights residing in “three fundamental questions (...): the establishment of a basic legal network for domestic trade, respecting the freedom of enterprise and the need to moderate this freedom, protecting the consumers and users”<sup>26</sup>.

Nevertheless, in the constituent process that began in July of 1977, no clear writing was drawn up in which the public powers were compelled to defend the consumers and users and to protect economic rights. After finishing the work, the speech chosen in the Constitutional Committee –agreement of the Spanish Congress of Deputies of July 27, 1977-, the publication of the Draft was authorized –including in its article 44 that “1. Everyone has the right to control the quality of the products of general consumption and to receive reliable information on them. 2. For that aim, the public powers will foment the participation of consumers’ organizations. 3. The law will regulate the control of the organization of domestic trade, the system of approval of commercial goods and their publicity”<sup>27</sup>. From the six amendments made to article 44, except from the one that defended its suppression, considering that consumerism was unconstitutional<sup>28</sup>, the concern for the information unbalance and for compelling the public powers more directly to establish the adequate means to inform about the quality and control of the products, however, not about the nature that consumerism was to have<sup>29</sup>.

Afterwards, the Report transferred article 44 to number

<sup>26</sup> “La ordenación del mercado interior”. In *El modelo económico en la Constitución española*, vol. I, Madrid, 1981, page 212.

<sup>27</sup> See the *Boletín Oficial de las Cortes*, hereafter BOC, nº 44, session of January 5, 1978, page 676.

<sup>28</sup> It was the amendment number 691, defended by Laureano López Rodo, of the conservative parliamentary group Alianza Popular. See *Constitución Española, Trabajos Parlamentarios*, vol. I, Cortes Generales, Madrid, 1989, page 398.

<sup>29</sup> The other amendments were:

Number 35, defended by Licinio de la Fuente (Alianza Popular), justified in an attempt to improve the way of writing and in accordance with the general principles which inspire the constitution: “The public powers will establish the adequate means for quality control of the general consumer goods, reliable information on them and the regulations of publicity; they will also foment the participation of the consumer association so that these goals will be achieved better”.

Number 141, from the Parliamentary Group Minoría Catalana in paragraph 1 of article 44: “Everyone has the right to have a quality control of the general consumer goods and to have reliable information on them. Justification: Aim of substituting the right to control with the right to be controlled, thus gaining sense paragraph 2 of the same article when it is said that for that aim, the public powers will foment the participation of consumers’ organizations. The direct control that this article would permit seems to be unviable, and in any case the right which is constitutionally shaped has to be directed at pressuring the public powers, so that they

47 and accepted, after debating the amendments, a new wording of paragraph 1, based on number 35 – although the Socialist and Communist Groups voted against it, maintaining the original text and rejecting the rest - : “47.1 The public powers will establish the adequate means in order to control the quality of the products and services of general use and the reliable information on them”. With regard to paragraph 2, the Groups UCD and Alianza Popular joined their votes for a rewriting, with Minoría Catalana, PSOE and PCE voting against it, adding in the end the word “users”: “47.2 The public powers will promote the consumer and user organizations, giving them the support the accomplishment of their mission needs”. Finally, with regard to paragraph 3, the majority, with the opposition of UCD who proposed to suppress it, accepted number 388, presented by the Socialist Group: “47.3 The law will control the domestic trade, the general system of approval of commercial goods and their publicity”<sup>30</sup>.

Hence the initial statement that in the constituent process there were no doubts about including the principle of limiting the market freedom in favor of consumerism as a guiding principle. This resulted from a concept of rights and liberties that, in the words of Ruiz Rico, contemplated “the need to equip certain social groups that do not have a socially or legally fully recognized specific aspect with special protection”<sup>31</sup>. This is stated in the debates of the Committee on Constitutional Affairs and Public Liberties<sup>32</sup>. In its session of May 23, 1978 it appro-

---

exercise said control with access of the consumers, which is what the whole of article 44 says”.

Number 388, defended by the Socialist Parliamentary Group, on number 3 of article 44: “The law will regulate the control on domestic trade, the system of approval of commercial goods and their publicity. Motive: What the law should regulate is the control of domestic trade, the system of approval of commercial goods and their publicity”.

Number 496, defended by Manuel Sánchez Ayuso and Raúl Morodo Leoncio, from the Mixed Parliamentary Group, to number 2 of article 44: “The public powers will foment the creation of consumer organizations and will guarantee their participation in those public organisms that are in charge of implementing the right acknowledged in paragraph 1 of this article. Motive: the public powers’ obligation to foment the creation of consumer organizations is introduced and the vague wording of paragraph 2 is made more precise”.

Number 617, defended by the Basque Parliamentary Group: “Art. 44. Everyone has the right to control the quality of the products of general consumption and to receive reliable information on them, without detriment to the duties corresponding to the public powers. Justification: the public powers’ obligation in this field should be proclaimed”.

And number 774, defended by Soledad Becerrill Bustamente, in representation of Unión de Centro Democrático: “Art. 44: 1. The public powers guarantee the quality control of the product of general consumption and services of general use and promote reliable information of a truthful publicity about them. 2. As in the draft. 3. To be suppressed”.

On that topic, see *Constitución Española*, cit., vol I., pages. 207, 294, 329, 371 and 372.

<sup>30</sup> See BOC, number 82, of April 17, 1978, page 1549.

<sup>31</sup> See “Comentarios al artículo 51”. In *Comentarios a las Leyes Políticas*, vol. I, Madrid, 1983, page 409.

<sup>32</sup> Fraga Iribarne, for example, defended that “a Constitution has to be a balance of economic, social and cultural forces, sufficiently harmonized (...) in terms of shaping an economic and social system, a framework of private, family and social law (...), a system that is centred on the social market economy, where the three

ved the afore-mentioned article 47, although proposing a modification in paragraph 2, aimed at promoting the public powers the consumer organizations: “The public powers will foment the organization of consumer and user organizations” which was approved by thirty votes in favor and no votes against nor abstentions<sup>33</sup>.

The debate in the plenary session of the Spanish Congress of Deputies reflected the concern about the economic model of the Welfare State, however, it was not debated whether article 47 was considered a fundamental right or whether it was a guiding principle of the State’s social and economic policies. That is to say, the aims and goals that were pursued with its incorporation into the constitution were not discussed<sup>34</sup>. Finally, the wording of article 47, proposed by the legal opinion was approved in

---

words „economy“; that is, economic laws – because you can’t describe it as you feel like - , „market“, that is, free enterprise, and „social“, with all its consequences, form a system which doubtlessly has created most wealth and most freedom (...) Social benefits can and should be increased and the distribution of the national product improved (...) A constitution that is cutting edge has to be a Constitution for economic and social development”.

The defence the deputy Reventos Carner, of the Socialist Group from Catalonia, gave with regard to the necessary limitation of the economy by the political power should also be mentioned: “The so-called market economy can’t either be a framework that conditions, narrows and chains the free unfolding of the citizen-worker’s fundamental rights, which, in fact, prevents his realization. We, the socialists, are not against market economy as a technique, however, we are against the biased, sectarian and classist interpretation which mistakes market economy for the unjust hegemony of capital over work. For that same reason, the powers of entrepreneurship – which by the mere fact of constitutionalizing them already receive an increase of power the entrepreneurs of the most advanced capitalist nations do not enjoy – have to be limited as much as possible, taking into account the social function the companies fulfil in an ever larger scale, what makes it impossible to confound an objectively ever more public good with a private good, hereditary and individualist, on which not only the „ius utendi“ can be had, but also the „ius abutendi”.

See on this point, the *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, number 59, session of May 5, 1978, pages 2042-2045 and 2048, respectively.

<sup>33</sup> *Diario de Sesiones del Congreso*, cit., number 72, session of May 23, 1978, pages 2626 and 2627. The expert’s report of the Committee on Constitutional Affairs and Public Liberties on the Draft of the Constitution, published on July 1, 1978, included article 47:

1. The public powers will establish the adequate means for quality control of the products and services of general use and the reliable information on them.
2. The public powers will foment the consumer and user organizations
3. The law will regulate the control of domestic trade, the general system of approval of commercial products and their publicity.

See, in this context, *BOC*, number 121, of July 1, 1978, page 2598.

<sup>34</sup> Once more, it was Fraga Iribarne who started to debate the economic model of the Welfare State: “which are the great questions of a Spanish Constitution in 1978? (...) which is the economic and social model, this logical extension where the effective bases of these liberties reside, where these liberties, written with some kind of words or others in the constitutional text, have or do not have a different significance. Because the texts of the Russian Constitution is not so very different from the texts of many Western constitutions, however, its social significance is completely different, depending on the context they are put into (...). The company, the market, social economy, the necessary balance of real counterweight powers between social and political forces, the State’s final arbitration, the indicative planning and an economic policy which serves at the same time the stability and the dynamics, this is what we defend as the economic and social model”, in *Diario de Sesiones del Congreso*, cit., number 103, session of July 4, 1978, pages 1878 and 1881, pages 3776 and 379.

the plenary session of July 12, 1978, with 264 votes in favor and one abstention. The Draft was published on July 24, 1978<sup>35</sup>.

On the other hand, the debate in the Senate was broader, with discussions even on the nature of the different paragraphs of the article. Five amendments to article 47 of the Draft approved by the Plenary Session of the Spanish Congress of Deputies were presented – one of them to the whole, which was approved - : The first aimed at introducing in its paragraph 1 the word “foodstuff”, as a consequence of the signers understanding that the constitutional text should include “the essential role which foodstuff control, the basis of health, plays for the citizens’ wellbeing”<sup>36</sup>; another one aiming at avoiding the likely intervention or control of the consumer organizations by the State, which were introduced in paragraph 2<sup>37</sup>; the one that asked for the suppression of paragraph 3 of article 47, because it understood that the consumers’ rights were sufficiently protected with the first two paragraphs, and an unduly restriction or interventionism could be provoked in domestic trade<sup>38</sup>, and, finally, the one defended by Unión de Centro Democrático, which was justified by understanding that “there is doubt of the constitutionalisation of the precepts contained in the Draft’s article, apart from its number 3 being unfeasible, preaching the socialization of trade”, understanding that the mistake was caused “by having taken inspiration from the Portuguese Constitution, what it attempts is to control the prices and the suppression of mediators” and proposing a wording “which is more congruent and systematical. Inspired in the EEC’s criteria on the topic

<sup>35</sup> See *Diario de Sesiones del Congreso*, cit., number 108, session of July 12, 1978, page 4149 and *BOC*, of July 24, 1978, number 135, pages 2945 ff.

<sup>36</sup> The amendment was defended by Zaragoza Murillo, of the Partido Aragonés Regionista, during the session of August 30, 1978, see *Diario de Sesiones del Senado*, number 46, Constitutional Committee, session of August 30, 1978, page 3691. The amendment, dated in Zaragoza on August 3, 1978, proposed the following wording of article 47.1: “The public powers will establish the adequate means for the quality control of foodstuff, products and services of general use, as well as for obtaining and giving the citizens reliable information on them”. Motive for the modification: In the constitutional text the essential role which foodstuff control, the basis of health, as well as information on them, plays for the citizens’ wellbeing. Even though this term could be included in the “products”, we believe this essential action should be underlined, together with the role of housing, environment, etc., mentioned in the constitutional text”, see *Constitución Española*, cit., vol. III, page 2785.

<sup>37</sup> Amendment number 37 to paragraph 2 of article 47, presented by Progresistas and Socialistas Independientes: “The public powers will co-operate with the consumer organizations, to which they will offer their support”. Justification: The present wording evokes a certain state dirigisme on the social organizations contemplated by the precept”, see *Constitución Española*, cit. vol. III, page 2684. It was later withdrawn from the debate of the Constitutional Committee in the afore-mentioned session.

<sup>38</sup> It was labelled as amendment number 366, defended by Luis Olarra Ugartendia, of the Grupo Independiente, and dated in Madrid on August 7, 1978: “Amendment for the suppression of paragraph 3 of art. 47. Grounds: since this paragraph is included in the article on consumers’ rights, however, its contents goes beyond this topic and may give way to an excessive restriction of domestic trade, conditioning the general economic context which is regulated and defined in another place of the Draft. On the other hand, its suppression does not alter consumers’ rights, which are sufficiently protected with the first two titles of the article”, see *Constitución Española*, cit., vol. III, page 2822.

and, especially on the defense of competition, which is basic in all market economy". This was the reason why a fourth paragraph was introduced in article 47,

"The law guarantees the development of an efficient competence; any limitation of it can only be established by law and in benefit of the general interest", even though this was withdrawn afterwards<sup>39</sup>.

However, the amendment presented by the senator and chosen by Royal order in 1977, Gloria Begué Cantón, deserves special mention, for criticizing the wording and focus given to the article 47 by the Spanish Congress of Deputies, since she understood that "neither does it use the modern terminology nor does it include the complete content of what at present is allocated to the politics of defense of the consumer"<sup>40</sup>. In the first place, this one contributes with what was to be the final wording and enters directly into the debate on whether the fundamental rights or guiding principles of the State's social and economic politics in art. 47.1 – from which is gathered that in the first paragraph are included the fundamental rights and in the second so-called "instrumental" rights<sup>41</sup>; secondly, it proposes the recognition of consumerism in the framework of the Resolution of the EEC

Council of 1973, the OECD documents of 1972 and the Council of Europe of 1976, and the respective constitutional doctrine<sup>42</sup>, and, finally, following said doctrine, since it points out the objectives of the politics of consumerism in the framework of the Welfare state, which at that moment was limited to taking measures in the area of domestic trade<sup>43</sup>. Thereon, Cazorla Prieto understands that we have here "guiding principles of the social and economic policies which are shaped in the imposition of a duty of the public powers, which is consumerism and only from the reverse can create a right for the individuals"<sup>44</sup>.

In the end, art. 47 was approved in the plenary session of the Senate on September 28, 1978, with 188 votes in favour and one abstention<sup>45</sup>. In the expert opinion of the Senate's Constitutional Committee, with regard to the Draft Constitution, published on October 6, 1978, article 47 became article 51, with the following literal tenor<sup>46</sup> (the content was respected by the expert opinion of the Mixed Committee Congress-Senate<sup>47</sup> and afterwards approved in the lower house's plenary session on October 31, 1978<sup>48</sup>):

"Art.51:

1. The public powers will guarantee consumerism, protecting the consumers' security, health and legitimate economic interests by means of efficient procedures.
2. The public powers will promote the information and education of the consumers and users, foment their organizations and hear them in questions which might affect them, in the terms the law establishes.
3. In the framework of the stipulations of the precedent

de Sesiones del Senado, number 46, Constitutional Committee, session of August 30, 1978, page 2108.

<sup>39</sup> See Diario de Sesiones del Senado, number 46, Constitutional Committee, session of August 30, 1978, page 2109. The amendment, labelled with number 721, was defended by the senator Pérez Puga (UCD). See Constitución Española, cit., vol. III, pages 2975 and 2976.

<sup>40</sup> The presented amendment, without the posterior modification introduced in the debate in the Constitutional Committee, was labelled as number 681 and signed by the Agrupación Independiente de Madrid on August 7, 1978. Its literal tenor is the following:

"Art. 47:

The public powers will assume the defence of consumers and users, protecting by means of efficient measures their security, health and legitimate economic interests.

The public powers will promote the information and education of the consumers and users, foment their organizations and hear them in questions that might affect them, in the terms the law establishes".

Justification: Article 47 seems to be directed towards guaranteeing the consumers' protection. We believe, however, that the focus given to this article is not the adequate one. In it, only partial aspects of this protection are included, and what a modern focus of this question demands is fixing a global policy which protects the consumers and users by adopting the necessary measures in order to guarantee their rights. Therefore, we propose the adaptation of the article's three paragraphs into two. The first paragraph of our proposal includes the contents of consumerism by means of the recognition of a series of fundamental consumers' rights, as expressed in the Resolution of the EEC Council and the OECD and the Council of Europe's documents: the right to protection of their health and security and the right to protection of their economic interests. The right to which our second paragraph refers are instrumental rights for obtaining the realization of the fundamental rights stated in the previous paragraph: the right to information and education and the right to representation, that is, the right of the consumers to being heard when adopting measures that might affect them". Afterwards, in the debate in the Constitutional Committee, the inclusion of the third paragraph is proposed with the following literal tenor: "3. In the framework of the provisions made in the previous paragraphs the law will regulate the domestic trade and the system of approval of commercial products". See Constitución Española, cit. vol. III, page 2955.

<sup>41</sup> So it was defended that article 47 "due to its situation (chapter III of title I), (...) has to contain the guiding principles of the consumerism policy, not its concrete aspects which are arbitrarily chosen, since even these partial aspects can only be interpreted in light of the general principles, as it is the case, for example, with the system of approval of the products or the quality control", see Diario

<sup>42</sup> Begué Cantón understood that "in 1978, when writing the constitutional text, the doctrinal elaboration on this topic cannot be unknown, nor can the principles which have already been distinguished in the documents of international organizations where Spain is a member, or wants to become part of: report published by the OECD in 1972, on the policy of consumer protection in the member states, the Charter of consumer protection approved by the Consultative Assembly of the Council of Europe in May 1973 and the resolution approved by the Minister's Council of the EEC in April of 1976". See Diario de Sesiones del Senado, number 46, Constitutional Committee, session of August 30, 1978, page 2108.

<sup>43</sup> "In accordance with the doctrine included in these documents, there are four goals of consumerism policy: one, the protection of their health and security; two, the efficient protection of their economic interests; three, the information and education of the consumers, and, four, their consultation and representation with regard to those decisions which concern them. Out of these goals, the really fundamental ones are the first two; the others play an instrumental role, however, the whole of them determines the principles in which today a policy of consumerism has to find inspiration", see Diario de Sesiones del Senado, number 46, Constitutional Committee, session of August 30, 1978, page 2108.

<sup>44</sup> See "Artículo 512". In Comentarios a la Constitución, Dr. Garrido Falla, Madrid, 1985, page 854.

<sup>45</sup> Diario de Sesiones del Senado, number 61, page 3081. The BOC number 161, of October 13, 1978, pages 3559 to 3577, published the whole text of the modifications proposed to the text of the Draft constitution presented by the Congress by the plenary of the Senate.

<sup>46</sup> See BOC, number 157, of October 6, 1978, page 3423.

<sup>47</sup> BOC, number 16, of October 28, 1978, page 3709.

<sup>48</sup> Diarios de Sesiones del Congreso, cit., number 130, plenary session of October 31, page 5179.

paragraphs, the law will regulate the domestic trade and the system of approval of commercial products”.

Thus one of the newest and most important guiding principles of the Spanish social and economic policies was approved, as a consequence of politically assuming the social market economy, although limiting the domestic trade. Consequently, the constitutional idea that the free market, the free competition cannot regulate all sectors of society has triumphed. Therefore, as Cazorla Prieto states, the protection introduced in article 51 of the Constitution is a true example of a new constitutional period, “a new phase in the evolution of constitutionalism, which we could call post economic revival, where in the sanctuary of supreme norms stipulations can enter – especially citizens’ rights and behavioural patterns for the public powers – aiming at achieving a better quality of life, not a mere material possession”<sup>49</sup>.

As a corollary, this aspect changes the interpretation bases of the Spanish legal system. As a consequence, with regard to the Welfare State model introduced in the Constitution of 1978 that establishes limits on the economy based on market freedom, we have to keep in mind – in the words of Tomás y Valiente – that “it is the right of the past that has to adapt itself to the Constitution if it wants to endure or revive, and not the other way around. Because the Constitution is the foundation on which the present has to be built, a present which is also history”<sup>50</sup>. From 1978 onwards, our legislation on private law begins to adjust to the guiding principle of consumerism and, therefore, to the increasing intervention of the public powers. At that moment it is taken into consideration that the new conditions, established by the entrepreneurs in a shop or in mass production, impersonal and offshore, impose unfair terms to the consumer and that the principle of private autonomy – based on the liberal ideal of contractual good faith, equality and liberty of both parties to the contract – does not counteract this.

We have to keep in mind that in Spain, as Pertíñez Vilchez correctly pointed out, in the present consumer relationships consequently a structural imbalance exists, “a market imbalance, and not a mere situation of occasional imbalance, derived from a situation of need, ingenuity or inexperience of a concrete contracting party (...), a fundamental difference between the contract system expected by the 19th century legislator, based on a stage where structurally speaking, the parties move with plain liberty and equality and the system of contracts designed from the political perspective of consumerism”<sup>51</sup>.

Accordingly, we cannot ignore the important role the rulings of the Spanish Supreme Court play, which has been able to interpret and harmonize the new guiding principles of economic and social policies on consumerism – for example, the re-adaptation of the concept of economic public order - harmonizing it with the legislation on pri-

vate law. Without expanding in the analysis of the broad jurisprudential source, we have to mention the outstanding sentence of the Supreme Court, number 4713/1979, of December 31, which compels the magistrates to carry out an analysis and interpretation of the criterion of public order of article 1255 of the Civil Code and of the principle of free competence and, therefore, to define the limits derived from the new “economic public order”. Hence that with the “goal of specifying in which way and to what extent this notion includes the protection of the principle of free competence and (...) what is the legal significance inside the Spanish Legal System (...) – it was considered to be necessary – writing a legal formulation of a principle that can be found in the recent history of our Law” and where so far no verdict has been given. It assumes the civil law doctrine which accepts a notion of public order, extended to the area of “economic public order” and applies the criterion established in its Decision of October 24, 1979, in which it understood that, based on article 3, paragraph 1 of the Civil Code, it was necessary to adjust “the task of interpreting the legal rules to the social reality of the times when they are to be applied, fundamentally paying attention to its spirit and aim, where the possibility of creating an idea of public order carried to the sphere of economics is pursued, defending free initiative on the basis of the limitations imposed on private autonomy and protecting the freedom of action versus the monopolistic hegemonies”. Consequently, the notion of “economic order” was raised to legal status, since it was given the attribution by the system of economic principles that measure the validity of property relationships and where the principle of free competence is an expression of the new “economic public order”. It finishes, thus establishing a new jurisprudential line, by stating that “in the Spanish positive law, an expression of the „economic public order“ is found in the „principle of free competence“ (...) – meaning – that the competitors have to come together in the market, competing among themselves, improving the opportunity and the quality of their services (...) – however, having to do with – benefitting the consumer, appreciating the improvement of the services he receives and preventing the manipulations which harm him”<sup>52</sup>.

Finally, derived from this interpretation, the doctrine understands that the limitations established by the Administration on the matter of the consumers cannot be considered to be an attack against the principle of free will. The contrary is true: “it is not possible to speak of limitations to private freedom when the Law intervenes in this context of inequality where the bases for its development fail so that it can develop correctly, but rather of limitations to the power of the sectorial predisposition of the contractual contents of the supply over the demand, with the aim of re-establishing the balance of a contractual parity broken by a market failure”<sup>53</sup>. However, in the framework of this new legal situation, it becomes neces-

<sup>49</sup> “Artículo 51”, cit., page 853.

<sup>50</sup> “La Constitución de 1978 y la Historia del constitucionalismo español”. In *Obras completas*, cit., vol. III, page 2021.

<sup>51</sup> See “Capítulo 3.1.3 La contratación en el ámbito de las relaciones con consumidores”, cit., page 263.

<sup>52</sup> In this line of jurisprudence, even interpreting the extent of article 51 of the Constitution, we can consult the STS of December 21, 1981, May 7, 1982 and March 12, 1984.

<sup>53</sup> See PERTÍÑEZ VILCHEZ, “Capítulo 3.1.3 La contratación en el ámbito de las relaciones con consumidores”, cit., page 265.

sary to define the concept of “consumer” and the extent of his protection by the public powers. The path has led from “an initial formulation of a concept of consumer that was limited to the buyers of foodstuffs and medicines and an intervention of the State to protect their health and security (...), - and - the idea of an end-consumer of goods and services for private use, as a purchaser of consumer goods as well as a user of public and private services”<sup>54</sup>. This leads to defending the need to interpret the notion of consumer and user established by jurisdiction and legislation with a broad criterion: natural person or juridical entity, national or foreigner. Ultimately, following Cazorla Prieto, “in general all those people who intervene in any phase of the economic process of consuming goods or using services of any possible class”<sup>55</sup>.

#### IV. Conclusions

As has been seen, the constituents did not establish any condition or limit to the protection of the consumer and user rights in 1978. They did, however, introduce the principle *pro consumidor* into the interpretation of the Spanish legal system, constituting article 51 of the Constitution of 1978 “a *metarule*, since it serves for getting to know and apply other legal norms, guaranteeing its interpretation in compliance with its aims (*ratio legis*) and the social reality of any historical moment”<sup>56</sup>.

However, the legal development of the constitutionalisation of consumerism came to Spain quite late. Together with the legislative precedents of the 1970s, it is the Law 26/1984, of July 19, General for Consumerism that fulfils the constitutional mandate of art. 51, impelled in a difficult socio-politic context, the consequence of the problem arisen in 1981 from the so-called toxic syndrome due to the sale of adulterated rapeseed oil and the severe economic crisis which affects Spain. For its elaboration, the CEE’s principles and guidelines were contemplated, as stipulated in its article 1, consumerism “in accordance with article 53.3 of the same – Constitution – has the character of the legal system’s general information principle”. This law was preceded by the laws which regulated

consumerism, of November 18, 1981, for the Basque Country and of February 18, 1983 for Catalonia, which is a motive for the need to structure and harmonize the competitive system in the framework of the State of Autonomous Communities, against which appeals were held before the Constitutional Court of Spain, resolved in verdicts number 71/1982, of November 30 and 88/1986, of July 1, respectively.

Among the goals of the Law of 1984, as expressed in the Memorandum, the following have to be mentioned: “1. Establish efficient procedures for consumerism, on firm and direct bases. 2. Dispose of the adequate legal market in favour of the best development of the association movement (...). 3. Declare the principles, criteria, duties and rights which form consumerism and which, in the scope of their competences, have to be taken into account by the public powers in their actions and future development of norms within the framework of the doctrine settled by the Constitutional Court of Spain”.

In order to conclude, due to its system as well as its contents, the law of 1984 was reviled by the doctrine, needing a vast regulatory development and provoking, as a subsequent characteristic, a legal fragmentation in the regulation of consumerism in Spain. However, there is no doubt that to the Law adopted by the Socialist government in 1984 goes the merit of being the first attempt to re-establish the contractual balance in the field of consume and to impel instruments for that goal: the duty to include publicity in the contract; the demand for the entrepreneur to provide information from a pre-contractual stage onwards; the existence of imperative limits in favour of the consumer or formal requirements for the conclusion of certain consumer contracts; the fixing of a unilateral and free right of withdrawal for the consumer; the sticking of specific transparency control and of general contracting conditions; the inclusion of partial nullity of clauses which are contrary to the imperative rules in the field; the prevalence of the criterion of legal interpretation which most favours the consumer and the recognition of collective protective actions or the provision of an extrajudicial conflict-solving system, are only some of the examples of the route consumerism in Spain is taking nowadays<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> See POLO, E., *La protección del consumidor en el Derecho Privado*, Madrid, 1980, page 27.

<sup>55</sup> “Artículo 51”, cit., page 855.

<sup>56</sup> See PANIAGUA ZJURERA y MIRANDA SERRANO, “La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción del Derecho de los consumidores”, cit., page 28.

<sup>57</sup> See, among others, PERTIÑEZ VILCHEZ, “Capítulo 3.1.3 La contratación en el ámbito de las relaciones con consumidores”, cit., pages 267 ff.

# Was mit dem Wirtschaftsrecht eigentlich nichts zu tun haben soll – Die Kommerzialisierung von Fruchtbarkeitssubstanzen

Edda Pauli

*„Das Subjekt der Sittlichkeit in seiner eigenen Person zernichten, ist eben so viel, als die Sittlichkeit selbst ihrer Existenz nach, so viel an ihm ist, aus der Welt vertilgen, welche doch Zweck an sich selbst ist; mithin über sich als bloßes Mittel zu ihm beliebigen Zweck zu disponieren, heißt die Menschheit in seiner Person (homo noumenon) abwürdigen, der doch der Mensch (homo phaenomenon) zur Erhaltung anvertrauet war.“*

Immanuel Kant, Die Metaphysik der Sitten

*„Jede Patientin kann Ihre Spenderin über unsere Webseiten bzw. über einem Katalog direkt auswählen(...) Aufgrund unserer Zugehörigkeit zu BioTexCom steht uns ein beachtliches Angebot an genetisch erstklassigen Spenderinnen zur Verfügung. Da viele Spenderinnen bereits mehrfach an diesem Programm teilgenommen haben, stehen uns detaillierte Statistiken bzgl. der Überlebensfähigkeit der Embryonen einzelner Spenderinnen zur Verfügung.“*

BioTexCom

## I. Was man früher nicht kaufen konnte – die res extra commercium

Vieles was es auf der Welt gibt, kann man käuflich erwerben. Ob man das begehrte Gut oder die Dienstleistung tatsächlich bekommt, ist dann eine Frage der finanziellen Mittel, die man aufwenden kann oder auch nicht.

Seit jeher gibt es daneben die Vorstellung, dass es Dinge gibt, die dem Markt nicht zur Verfügung stehen, mit denen man keinen Handel betreiben und keinen Gewinn erzielen soll.

Bei einer Gruppe von Dingen leuchtet das unmittelbar ein: Dass Liebe, Hoffnung und Lebensglück mit Geld nicht erkaufte werden können, erscheint so selbstverständlich wie gerecht. Diese „natürliche“ Verkehrsunfähigkeit ist freilich kein Verdienst des Rechts. Liebe und Glück ließen sich auch dann nicht übereignen, wenn unser Sachenrecht ihnen die Sacheigenschaft honoris causa verliehe. Das Recht hat auf das tatsächliche Können nur wenig Einfluss, sein Machtbereich beschränkt sich auf das rechtliche Dürfen.

Das Römische Recht kannte für Dinge, mit denen kein Handel betrieben werden darf, den Begriff der res extra commercium. Diese Sachen - oder dieses Zeug<sup>1</sup>, das dem Handel entzogen war, ließ sich in drei Gruppen einteilen: die res publicae, also die öffentlichen Sachen wie Straßen, Theater und Plätze, die res communes omnium, die allen gehören sollten, wie die Luft und das Wasser und schließlich die res divini iuris. Die Letztgenannten setzten sich zusammen aus den res sanctae, den res religiosae und den res sacrae; die Reihenfolge deutet die steigende Hierarchie ihrer Heiligkeit an. Die res sanctae – Stadt-

<sup>1</sup> Freie Übersetzung des lateinischen Begriffes res, mit dem der Sachbegriff des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches nicht mehr viel zu tun hat.

mauern, Stadttore - standen (lediglich) unter dem besonderen Schutz der Götter. Zu den res religiosae zählten die Dinge, die den Göttern der Unterwelt (dii manes)<sup>2</sup> geweiht waren. Die Allerheiligsten unter den heiligen Dingen, die res sacrae standen im Eigentum der Götter der Oberwelt, den dii superii. Es handelte sich dabei um Tempel, Altäre und Standbilder.<sup>2</sup>

## II. Die heiligen Dinge von heute

Wenn wir davon ausgehen, dass eine Gesellschaft immer die Dinge dem Handel entzieht, die sie für besonders bedeutungsvoll für die Gemeinschaft erachtet, so fällt auf, dass in der römisch-rechtlichen Begriffsbildung der res extra commercium etwas – nach heutigen Maßstäben - Wesentliches fehlt, während die Götter der Unter- und Oberwelt sowie ihnen gewidmete Gebäude heute für die meisten eine nachrangige Rolle spielen dürften.

Das Ding, das nach heutiger Sicht keine Sache im Sinne des Sachenrechts ist und uns heiliger als Tempelmauern erscheint, ist der Mensch selbst, bzw. sein Körper. Der eigene Körper ist auch im deutschen Sachenrecht ein merkwürdiges Ding: solange wir leben steht er nicht in unserem Eigentum, wir haben an ihm ein Persönlichkeitsrecht. Trennen wir Teile unseres Körpers jedoch ab, so verwandelt sich das Körperteil in eine Sache. Pflanzte man das gewonnene Organ einer anderen Person ein, verliert es wieder seine Sachqualität und wird Teil des Körpers des neuen „Quasi-Eigentümers“, der daran wiederum kein Eigentum, sondern ein Persönlichkeitsrecht hat. Stirbt der „Quasi-Eigentümer“ dann ist es wieder strittig, ob der Körper eine Sache im Sinne des Sachenrechts ist, nicht strittig ist allein, dass den Erben oder Angehörigen irgendein Recht an dem Leichnam zusteht, wie auch immer man es nennen mag.<sup>3</sup>

Der Gedanke, dass der Mensch und sein Körper nicht Gegenstand materieller Bewertung sein darf, war auch den Römern nicht fremd. Auswirkungen hatte er aber weniger auf das Sachenrecht als auf das Deliktsrecht. Er findet sich aber primär nicht im Sachenrecht, sondern im Deliktsrecht. Liberum corpus nullam recipit aestimationem<sup>4</sup> - der Körper eines Freien (im Gegensatz zu Sklaven) ist der materiellen Bewertung entzogen. Für einen toten Sklaven kann Schadensersatz verlangt werden, der tote (freien) Familienvater hat dagegen keinen Geldwert. Auch nach deutschem Recht braucht derjenige, der den Tod eines Menschen schuldhaft verursacht hat, nur dann Ersatz leisten, wenn der Getötete jemanden kraft Gesetzes zu Unterhalt verpflichtet war.<sup>5</sup> Daneben wurde aus

<sup>2</sup> Zu den res extra commercium im Römischen Recht siehe bspw. Honsell, Römisches Recht, Berlin - Heidelberg 2015, S.50 m.w.N.

<sup>3</sup> Siehe z.B. bei Wieling, Sachenrecht, Berlin - Heidelberg 2006; S. 63 f.

<sup>4</sup> Dig. 9, 1, 3 und 9, 3, 7 (Gaius)

<sup>5</sup> Diese Auffassung ist einigen asiatischen Kulturen fremd. Über das dortige Verständnis, nach dem jeder Mensch einen wirtschaftli-

diesem Satz bis ins 19. Jahrhundert abgeleitet, dass sich das Abschließen einer Lebensversicherung (i.e.: Das Wetten auf das Leben eines Menschen) verbiete.<sup>6</sup>

Die Vernachlässigung des menschlichen Körpers im römischen Sachenrecht hat wohl einen ganz pragmatischen Grund: Es gab zur damaligen Zeit noch wenig Anlass, den menschlichen Körper oder Teile von ihm dem Handel entziehen zu wollen. Ein Markt für menschliche Organe entstand erst, als es möglich wurde, Organe zu transplantieren und Blut zu transferieren. Mit dem Problem des Organhandels war die römische Gesellschaft noch nicht konfrontiert.

Während heute der Abschluss einer Lebensversicherung kein moralisches Problem mehr darstellt und in immer mehr Bereichen Schadensersatz zugesprochen wird, zeigt sich das Misstrauen gegenüber der Kommerzialisierung des menschlichen Körpers dann, wenn es darum geht, mit ihm Handel zu treiben.

In der europäischen Rechtskultur scheint es einen Konsens zu geben, dass das Handeltreiben mit menschlichen Körperteilen und Körpersubstanzen etwas Verwerfliches ist.<sup>7</sup> Beispielhaft sind hier Art. 21 des Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin des Europarates oder auch Art. 3 Abs. 2 der europäischen Grundrechtecharta, die ein ausdrückliches Kommerzialisierungsverbot enthalten.

Worauf kann sich diese europäische Einigkeit stützen?

Zuallererst denkt man hier an die Menschenwürde, ausgedrückt in der berühmten Kant-in-Kurzfassungs-Formel: Der Mensch als solcher hat eine Würde, die über jeden Preis erhaben ist, so dass sich eine rein ökonomische Betrachtung verbietet. Dahinter steht die Befürchtung, die Kommerzialisierung des Menschen korrumpiere auch das Menschenbild.<sup>8</sup> Daneben schlummert in uns noch die ältere religiöse – im Falle Europas christliche – Vorstellung, dass uns unser Körper nicht gehört, sondern uns als göttliche Leihgabe überlassen wurde, so dass wir nicht nach unserem Belieben mit ihm verfahren können.<sup>9</sup>

Menschliche Körperbestandteile können unterschiedlichen Zwecken dienen. Einteilen kann man diese ganz grob in Heilung und Produktion. Körpersubstanzen bzw. Organe können „Ersatzteile“ oder „Heilmittel“ für

---

chen Wert darstellt, berichtet Rainer Frank, *Der Wert eines Menschenlebens in Japan, Korea, China*, FamRZ2015, S. 289 -295.

<sup>6</sup> Siehe zur Moralgeschichte der Lebensversicherung: Michael J. Sandel, *Was man für Geld nicht kaufen kann*, Berlin 2012, S. 179 ff.

<sup>7</sup> Zu weiteren europäischem „Soft Law“ betreffend die Kommerzialisierung des menschlichen Körpers siehe Jochen Taupitz *Das Verbot der Kommerzialisierung des menschlichen Körpers und seiner Teile: Lässt es sich rational begründen? – Zugleich Einführung in das Tagungsthema*. in: Taupitz (Hrsg.), *Kommerzialisierung des menschlichen Körpers*, Berlin, Heidelberg 2007.

<sup>8</sup> In der Ökonomie waren die ersten, die auf die „zersetzende Wirkung des Marktes“ hinwiesen Fred Hirsch und Gary Beckers, vgl. Sandel, S. 150 ff.

<sup>9</sup> Diese Vorstellung ist nicht spezifisch christlich, sie besteht beispielsweise auch im Islam. Am Beispiel des Iran, der den Organhandel teilweise legalisiert hat, sieht man jedoch, dass vermeintlich starre religiöse Auffassungen recht biegsam sind, wenn es die Praxis erfordert.

einen anderen Menschen sein, wenn dieser z.B. eine Bluttransfusion oder eine gesunde Niere zum Weiterleben benötigt. Mit einem Kommerzialisierungsverbot will man erreichen, dass nicht derjenige bevorzugt eine Niere kaufen kann, der besonders reich ist, sondern dass das Spendeorgan derjenige erhält, der besonders bedürftig ist. Zum anderen soll verhindert werden, dass jemand seine Niere nur deswegen verkaufen muss, weil er arm ist. Dieses zweite Argument mag auch dafür herangezogen werden, dass der Verkauf von Körpersubstanzen zu Forschungszwecken unbillig erscheint.

Diese Argumentation ist jedoch nicht unangreifbar. Wer sich statt auf Kant lieber auf die Selbstheilungskräfte des Marktes beruft, der wird auch davon ausgehen, dass die Eigendynamik des Marktes alles zum Besten regeln wird. Weniger aus Überzeugung von der Heiligkeit des Marktes, sondern um dem bestehenden Organmangel entgegenzuwirken, hat man sich im Iran dazu entschieden, den Organhandel teilweise zu legalisieren. Dort erhält nun der „Verkäufer“ (Lebendspender) einen Geldbetrag (Kompensation, nicht Bezahlung) für seine Niere: Die Organe werden alle von einer Organisation angekauft und nicht nach dem Kriterium der Bedürftigkeit verteilt. Der iranische Staat übernimmt die Kosten der Transplantation. Trotz der offiziellen Legalisierung des Organhandels, ist der Beruf des Organhändlers im Iran keine Tätigkeit wie jede andere geworden. Organhändler sollen Schwierigkeiten haben, einen Ehepartner zu finden und werden weitgehend sozial geächtet.<sup>10</sup> Es erscheint schwierig, das iranische Experiment abschließend zu bewerten. Zumindest haben sich einige Befürchtungen, wie die Ausnutzung von sozial Schwächeren und Frauen nicht bewahrheitet. Die positive Darstellung der Lage in der iranischen Fachliteratur mag jedoch auch dem Versuch geschuldet sein, die Akzeptanz der finanziell entlohnten Organspende zu erhöhen.<sup>11</sup>

Die zweite Kategorie der Körpersubstanzen, mit denen man theoretisch und praktisch Gewinn erzielen kann, sind diejenigen, die nicht als Ersatzteile für einen anderen Menschen fungieren, sondern aus denen sich ein neuer Mensch herstellen lässt.

Zur Produktion eines Kindes sind eine Spermie und eine Eizelle vonnöten. Daneben braucht man eine funktionierende Gebärmutter, um das Kind (nasciturus oder procreaturus) großwerden zu lassen, derzeit noch gekoppelt an eine lebende Frau.<sup>12</sup>

Dass es sich hierbei um unterschiedliche Kategorien von Körpersubstanzen handelt, die einen zur Heilung eines bereits lebenden Menschen, die anderen zur Produktion eines neuen Menschen bestimmt, wird seltsamerweise vom Recht gar nicht berücksichtigt. So wurden die Rege-

<sup>10</sup> Vgl. Thomas Eich, *Organtransplantation und Organhandel im Iran*, in: Taupitz (Hrsg.), *Kommerzialisierung des menschlichen Körpers*, Berlin, Heidelberg 2007.

<sup>11</sup> Tatsächlich scheint man hier abwägen zu müssen. Um welche Körpersubstanz handelt es sich überhaupt? Wie notwendig ist sie für die Gesundheit des lebenden Menschen?

<sup>12</sup> Möglicherweise ist es in Zukunft möglich, auch einem Mann eine Gebärmutter als Spendeorgan einzupflanzen und somit das Monopol des weiblichen Geschlechts in Aufragefragen zu unterlaufen.

lungen zur Spermaspende in Frankreich den Regelungen zur Blutspende nachempfunden, als handele es sich um eine Variante derselben Körpersubstanz.<sup>13</sup>

Wenn es jedoch gute Gründe geben mag, die Organe und menschlichen Substanzen dem Markt zu entziehen, die der Heilung von Menschen dienen, so gibt es doch noch mehr, diejenigen von der Kommerzialisierung freizuhalten, die der Produktion eines Kindes, also eines neuen Menschen dienen. Hier geht es nicht nur darum zu vermeiden, dass reiche Menschen die Zutaten für ein Kind von armen Menschen kaufen können, sondern auch um das einen dritten Menschen, der an dem Handel gar nicht beteiligt ist. Wenn man von Menschenwürde sprechen will, so geht es hier nicht vorrangig um die von Käufer und Verkäufer, sondern um die des Handelsobjekts.

### III. Wie wir die Reproduktionssubstanzen vom Markt fern halten

#### 1. Wie unser Recht die Reproduktionssubstanzen dem Markt entzieht

Eine Möglichkeit, die Reproduktionssubstanzen dem Markt zu entziehen ist, die dahinterstehende Praxis erst gar nicht zuzulassen. Es zeigt sich hier in den europäischen Rechtsordnungen ein erheblicher Unterschied, was die Art der Körpersubstanz – Eizelle oder Samenzelle – angeht. Fast alle europäischen Länder lassen – unter unterschiedlichen Bedingungen – die heterologe Insemination zu.<sup>14</sup> Was die Zirkulation von Eizellen angeht, sind die Länder deutlich vorsichtiger. Sie ist in Deutschland, Norwegen, der Schweiz und in der Türkei (noch) verboten. Ärzte, die dem Verbot zuwiderhandeln, machen sich strafbar. Unter den Ländern, die sowohl die Zirkulation von Sperma als auch die von Eizellen gestatten, gibt es einige, die eine Honorierung der „Spende“ ausgeschlossen haben. Es gibt wohl in keinem europäischen Land einen Kaufpreis für die jeweilige Substanz. Jedoch erhalten die Spender eine Aufwandsentschädigung für ihre „soziale und freiwillige“ Leistung. (Gelegentlich ist man versucht, diese mit dem Kaufpreis zu verwechseln, mit dem sie selbstverständlich nichts zu tun hat.) Dies gilt sowohl für die Samen- als auch für die Eizellspende. Wie hoch diese ausfallen kann, ist von Land zu Land unterschiedlich. Das Prinzip der Entgeltfreiheit in Frankreich war und ist einer der wesentlichen Pfeiler des dortigen Reproduktionsrechts.<sup>15</sup> Die französischen Samen- und Eizellenbank CECOS schweigt sich infolgedessen auch darüber aus, ob und inwieweit die Spender und Spenderinnen Geldzahlungen bekommen, die nicht als Kaufpreis zu deklarieren sind.

Eine deutsche Samenbank wirbt hingegen mit einer Vergütung von 600 EUR für den Samenspender, eine Vergütung, die freilich nicht der Kaufpreis ist, den die Bank an den Spender zahlt, sondern lediglich seine Unkosten er-

setzt. Am lukrativsten (innerhalb Europas) ist die nicht-verkäufliche Eizelle in Spanien und in Tschechien: hier erhält die Spenderin zwischen 600 und 900 EUR. Es handelt sich hierbei um die Länder, in denen am meisten Eizellenspenden praktiziert werden und die am meisten von Frauen aus anderen europäischen Ländern frequentiert werden.

#### 2. Praktische Wirkung

Die Versuche durch Verbote gewisser Reproduktionstechniken oder Vergütungsverbote eine Kommerzialisierung der Fruchtbarkeitssubstanzen zu verhindern, haben einer Kommerzialisierung der Waren „Eizelle“ und „Sperma“ nichts entgegensetzen können. Im Gegenteil: Es scheint, als hätten die restriktiven Regelungen den Markt für den Fortpflanzungstourismus erst so richtig befeuert. Man mag gebetsmühlenhaft wiederholen, dass es sich bei einem Kind nicht um eine Ware handelt, die Lektüre der einschlägigen Internetseiten hinterlässt einen anderen Eindruck.

Fruchtbarkeitskliniken, wie die ukrainische BioTex Com, werben mit den Eizellen-Sparpaketen „Ideal“ (9.900 bzw. 29.000 bei Nutzung einer Leihmutter), „Winner“ (6900 EUR und zwei Versuche), und „Economy“ (nur 4900 EUR, aber auch nur ein Versuch). Im Vergleich zu US-amerikanischen Kliniken handelt es sich hierbei um wahre Schnäppchenpreise. Eine blonde, sportliche, soziale und intelligente Harvard-Studentin kann dagegen ihre Eizellen für etwa 30000 EURO verkaufen.

Die Dienstleistung dieser ausländischen Kinderwunschkliniken wird dabei auch von Menschen in Anspruch genommen, deren nationales Recht die entsprechende Reproduktionstechnik gar nicht verbietet. Das liegt zum einen daran, dass nicht jeder Anspruch auf Behandlung hat – homosexuelle Paare und alleinstehende Frauen können häufig keine „Hilfe“ in Anspruch nehmen, zum anderen daran, dass gar nicht genug Gratis Spenden zur Verfügung stehen, die Wartezeit zu lang ist oder die Aufhebung der Spenderanonymität Wunscherlern und potenzielle Spender abschreckt.

Das Verbot bestimmter Fortpflanzungstechniken wie der Eizellenspende oder der Leihmutterchaft führt also u.U. zu einer Steigerung der Menschenwürde<sup>16</sup>, was inländische Reproduktionssubstanzen angeht. Je höher wir jedoch den moralischen Zeigefinger im Inland halten, desto unerbittlicher wird die Kommerzialisierung dieser Substanzen und schließlich des Kindes in den Ländern vorangetrieben, die unsere Vorstellung von Menschenwürde nicht teilen oder sie angesichts der Gewinnerwartung als vernachlässigbaren Faktor sehen. Ein Zyniker könnte auf die Idee kommen, dass es eine Frage des Geldbeutels ist, ob man sich intensive Überlegungen zur Menschenwürde leisten kann.

#### IV. Alternative

Der Gedanke an die freie Zirkulation von Eizellen oder Samenzellen mag angesichts unseres überkommenen

<sup>13</sup> Zur Geschichte in Frankreich siehe Irène Théry, *Des humains comme les autres*, Paris 2010.

<sup>14</sup> In Italien ist derzeit auch die heterologe Insemination verboten.

<sup>15</sup> Die französische Geschichte und das Konzept der Fruchtbarkeitsmedizin wird hervorragend beschrieben von Irène Théry, *Des humains comme les autres*, Paris 2010 und von Dominique Mehl, *Les lois de l'enfantement*, Paris 2011.

<sup>16</sup> Für die Quantifizierung der Menschenwürde möchte ich mich ausdrücklich entschuldigen.

Verständnisses von Menschenwürde beängstigend wirken. Schiebt man Kant beiseite, so zeigt eine konsequentialistische Betrachtung, dass der Gesetzgeber wohl nur eine Möglichkeit hat, die Kommerzialisierung des Kindes einzudämmen, nämlich die gewünschten und in Anspruch genommenen Reproduktionstechniken so weitgehend wie möglich zuzulassen und innerhalb der eigenen Rechtsordnung darauf hinzuwirken, dass der „Kommerzialisierungseffekt“ so gering wie möglich ausfällt. Entweder er regelt diese Techniken und versucht dabei die Kommerzialisierung des Kindes so gut wie möglich einzudämmen, oder die Ware Kind-to-be wird anderswo unter Bedingungen erstanden, die uns noch weit würdeloser und ausbeuterischer erscheinen. Eine Art Kommerzialisierung mit „menschlichem Antlitz“, die die Vergütung möglichst gering hält und gleichzeitig die Kenntnisrechte des Kindes wahrt. Hier stellt sich die Frage, wie weit der Gesetzgeber gehen soll. Wer nicht will, dass der Kinderwunsch eines Paares (oder einer alleinstehenden Person?) eine Frage des Geldes ist, der muss sich überlegen, inwieweit eine Eizellen- oder Samenspende auch von der Krankenkasse zu erstatten ist. Oder ist die Krankenkasse in diesem sensiblen Bereich, wo es nicht um Heilung, sondern um Produktion geht überhaupt der richtige Ansprechpartner? Wem sollen die Befruchtungstechniken zur Verfügung stehen und wem nicht? Und ist es dann länger haltbar zu behaupten, es gäbe kein Recht auf ein eigenes Kind?

Fragen, die der sorgfältigen Abwägung bedürfen.

## V. Relativierung und Tröstung

Im römischen Recht wurde – genauso wenig wie in anderen antiken Rechtsordnungen – der Handel mit Fruchtbarkeitssubstanzen besonders geregelt. Wenn man aber nun glaubt, eine Kommerzialisierung der Fortpflanzung wäre ein gänzlich neues Phänomen, das erst im dekadenten 20. Jahrhundert und seiner teuflischen technischen Entwicklung jäh über uns hereinbrach, dann trägt der Schein.

Möglicherweise führt die Suche im römischen Sachen- und Schadensrecht hier deswegen nicht weiter, weil es im Grunde weniger um den Handel mit bestimmten unheimlichen Körpersubstanzen, als um die legitime Produktion von Kindern geht. Und für diesen Bereich ist neben der Fruchtbarkeitsklinik vorrangig die Ehe zuständig. Und niemand würde behaupten, dass die Eheschließung von kommerziellen Überlegungen je vollkommen frei war.

Man denke an Mitgift- und Aussteuersysteme, die ungleiche Ehen früher zwar nicht *de lege* aber *de facto* verhinderten. Bedacht darauf, nicht nur den Status der Söhne, sondern auch den der Töchter zu erhalten, stattete die Familie diese mit Besitz aus, so dass sie in der vertrauten sozioökonomischen Gruppe eine gute Partie machen konnten.<sup>17</sup> Heute ist die Mitgift innerhalb Europas

<sup>17</sup> Jack Goody hat die Mitgiftsysteme in Afrika und Eurasien (*Bridewealth and Dowry*, Cambridge 1973) eingehend untersucht. Er sieht einen radikalen Unterschied zwischen Gesellschaften, die eine Braut mit Mitgift ausstatteten (in ganz Eurasien) und denjenigen, die darauf verzichteten (Afrika). Durch Die Zahlung einer

ungebräuchlich, sie wurde durch die Finanzierung der Ausbildung durch die Eltern ersetzt, wenn der Staat als Ersatzvater diese Aufgabe nicht übernimmt. Ironischerweise kann eben diese Investition der Eltern oder des Staates zwar zu einem hohen sozioökonomischen Status führen, der aber – je länger die Ausbildung und die Etablierung im Berufsleben andauert – wieder dazu führt, dass für die „Beschaffung eines Erbens“ unter Zuhilfenahme einer Kinderwunschlinik große Ausgaben getätigt werden müssen.

Selbst da wo der Partnerfindungsmarkt nicht allein finanzökonomisch funktioniert, findet ein reger Tauschhandel statt, gewöhnlich Jugendlichkeit und Fruchtbarkeit gegen finanzielle, künstlerische, wissenschaftliche Potenz. Die Geschichte zeigt, dass es für reiche Männer immer leicht war, eine junge Eizelle zu erlangen, wenn diese noch an der Person hängt, die diese produziert. Diese Möglichkeit – der Erwerb einer jungen Eizelle – steht jetzt auch finanziell potenten Frauen offen.

Auch wenn die Reproduktionsmedizin erst in den letzten Jahrzehnten große Erfolge vorweisen kann, hat es immer Versuche gegeben, die Tücken der Natur zu überlisten. Die Dame des Hauses erfreute sich plötzlich guter Hoffnung und brachte Monate im Bett zu, während das ledige Dienstmädchen seinen Körperumfang unter weiter Kleidung versteckte. Der Hausfreund half der Zeugungsunfähigkeit des Ehemannes ab. Nach jahrelanger Kinderlosigkeit kam eine Frau von der Wallfahrt schwanger zurück und gepriesen sei der Herr, der für das Kinderglück des Paares verantwortlich war. All dies war möglich, weil Staat und Gesellschaft im richtigen Moment die Augen geschlossen hielten, unabhängig davon, was man eigentlich offiziell vom Ehebruch hielt.<sup>18</sup>

In düsteren Farben schildert Adam von Eynsham, der Biograph des Bischofs Hugo von Lincoln die Geschichte einer vorgetäuschten Geburt im England des ausgehenden 12. Jahrhunderts: Um den jüngeren Bruder ihres Mannes um sein Erbe zu bringen, täuscht eine Frau die Geburt eines Kindes vor, das sie schließlich als legitime Tochter des Ehepaars ausgibt. Sowohl sie als auch „ihre Tochter“ werden von diversen Schicksalsschlägen heimgesucht, die als *poena naturalis* der Anmaßung auf dem Fuße folgen. Denn nicht dem Menschen, sondern allein Gott komme es zu, einen Erben zu bestimmen – aus diesem Grunde bekämpfte die Kirche über Jahrhunderte die Institution der Adoption. Aus den englischen Archiven ergibt sich jedoch ein ganz anderes Bild: Schicksalsschläge und Unglück, die die falsche Mutter und das Kind trafen, waren frei erfunden, tatsächlich scheinen weder „Mutter“ noch „Tochter“ besonderen Schaden da-

Mitgift werde der hegemoniale Besitz von Eigentum durch die männlichen Angehörigen einer Linie durchbrochen. Daneben erfüllte die Mitgift in Kulturen, die die Scheidung erlaubten, den Zweck, eine Frau vor den ökonomischen Folgen einer solchen zu schützen. Siehe zur Mitgift auch Jack Goody, *Geschichte der Familie*, München 2002, S. 125 ff.

<sup>18</sup> Eine besonders unterhaltsame Kasuistik liefert hierzu Marcela Jacob in *L'empire du ventre*, Paris 2004, S. 83 ff.

vongetragen haben.<sup>19</sup> Paulette L'Hermite-Leclercq folgert daraus:

Il doit donc y avoir en Angleterre comme ailleurs des platoniciens comme s. Hugues qui croient aux essences, au sang bleu, à l'innéité des caractères et en plus grand nombre des des empiristes qui connaissent les vertus de la savonnette à vilains (...)<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Paulette L'Hermite-Leclercq, *Solus Deus heredem facit. Une histoire d'accouchement simulé en Angleterre à la fin du XII<sup>ème</sup> siècle*, in: Dufournet, Joris, Toubert (Hrsg.); *Femmes, Mariages – Liages*, Brüssel 1992, S. 257 ff

<sup>20</sup> S.o. S. 272.

Es war doch schon immer so, es war doch noch nie anders, das taugt offensichtlich nicht zum moralischen Argument. Möglicherweise stimmt es aber gnädiger<sup>21</sup>, wenn es darum geht, den Gesinnungsethiker in uns partiell zum Schweigen zu bringen und uns zähneknirschend einer konsequentialistischen Betrachtungsweise zu fügen. Der Wunsch nach einem Kind scheint nicht ausrottbar, es liegt am Gesetzgeber ihn so zu erfüllen, dass er so wenig Kollateralschäden wie möglich für die Beteiligten hinterlässt.

<sup>21</sup> Den Namen Grace trug auch das Kind in der oben erwähnten Begebenheit.

## Rapport de synthèse

### *Ignacio Czeguhn*

Das vorliegende Heft der Zeitschrift Rechtskultur hat sich des Themas Wirtschaftsrechtsgeschichte angenommen. Dabei versteht man unter Wirtschaftsrechtsgeschichte allgemeine Themen der Geschichte des Handels- und Wirtschaftsrechts, wie z.B. Entstehung und Entwicklung von Handelsgerichten oder die Frage, welche Gebiete zum Sonderprivatrecht gehören. Aber auch einzelne juristische Fachgebiete wie die Geschichte des Versicherungsrechts oder die Geschichte des Arbeitsrechts können unter dem Begriff der Wirtschaftsrechtsgeschichte subsumiert und behandelt werden.

Gleich zu Beginn wird durch den Aufsatz von Susanne Henck mit der Entwicklungsgeschichte der Kosten-Nutzen-Analyse als Verwaltungsinstrument deutlich, wie in den einzelnen Fachgebieten des Rechts die Wirtschaftsrechtsgeschichte gewissermaßen als Brücke dient. Der Aufsatz ist darüber hinaus rechtsvergleichend angelegt, was dem Leser zudem die Möglichkeit gibt, zwei Nationalstaaten im 19. Jahrhundert im Hinblick auf ihre Verwaltungspraxis zu untersuchen. Was ursprünglich als evaluierendes Element auf rechtlich relativ unbestimmte Normen wirken sollte, wird bald, wie die Autorin ausführt, bereits zu einer „Verführung“ zum „schönrechnen“. Diese Ausführungen der Autorin geben durchaus Potential zum Nachdenken, denn evaluierende Maßnahmen auch mit Kosten-Nutzen-Bilanzierungsanalysen sind in letzter Zeit der Aktualität bekannt. Politische Entscheidungen hängen nun einmal leider des Öfteren von einer Kosten-Nutzen-Analyse ab. Dabei, und das ist durchaus ein leidiges Thema, führen solche Analysen nicht zu einer Verhinderung von Korruption oder Fehlentwicklungen. Geradezu ein erhellendes Moment ist dann, dass die Autorin am Beispiel Frankreichs nachzeichnet, dass „ein Wandel der Demokratie zu einem zu stark auf quantifizierende Logik abstellende Technokratie verhindert wurde“. Als Gegenbeispiel führt die Autorin dann die Entwicklung in den Vereinigten Staaten an. Hier führt sie als Ergebnis aus, dass trotz Vorgaben rechtlicher Regelungen die Kosten-Nutzen-Analyse nicht immer zu wohlfahrtsoptimalen Verteilungen führen kann.

Letztlich bleibt die etwas unbefriedigende Feststellung, dass das Schaffen von ethisch-philosophischen Voraussetzungen für das „Rechnen“ das durch eine Staatsmacht wohl am schwersten zu realisierende Moment ist.

Mit einer dagegen eher praktisch relevanten Fragestellung beschäftigt sich der Beitrag von Dorothee Guggenheimer im Hinblick auf die Wechselwirkung zwischen Wirtschaft und Recht am Beispiel des Konkursrechts der frühneuzeitlichen Stadt St. Gallen. Nicht überraschend ist hier die Feststellung, dass das Konkursrecht geprägt wurde von der jeweiligen wirtschaftlichen Entwicklung der Stadt St. Gallen. Städte haben seit dem Mittelalter einen eigenen wirtschaftlichen und wirtschaftsrechtlichen Entscheidungsspielraum, in dem sich in einzelnen juristischen Fachgebieten eigene Entwicklungen des Rechts feststellen lassen, insbesondere im Bereich der Durchsetzung gerichtlicher und richterlicher Urteile. Beispielgebend, und von der Autorin auch als Nachsatz angeführt, sind die Hansestädte, die als wirtschaftlich erfolgreiche politische Institution bis in die Frühe Neuzeit hinein eigenes Recht gestalten und ausführen. Die Untersuchung widmet sich aber selbstverständlich dem St. Galler Konkursrecht, das in der Frühen Neuzeit bis ins 19. Jahrhundert hinein mehreren Veränderung unterworfen war. Dabei ging es einerseits um die „Normalisierung“ eines ökonomischen Scheiterns anhand hoher Konkurszahlen, zum anderen um eine neue Rechtskultur des außgerichtlichen „Sich-Einigens“. Staatsrechtliche Aspekte der Durchsetzungskraft von im Konkursrecht beteiligten Behörden werden von der Autorin nicht ausgelassen. Das Endergebnis der Ausführungen des Beitrages - wirtschaftliches Scheitern und sein Verständnis habe im 18. Jahrhundert eine neue Deutung bekommen - nämlich als ökonomische Verfehlung, verwundert nicht, da die Rechtskultur der Einordnung und Auffassung wirtschaftlicher Schlüsse und Entwicklungen sich vom moralischen zum rechtlich-pragmatisch Einordnenden verändert hatten. Und so ist es zu erklären, dass Wirtschaft und Recht sich auch im Bereich der Rechtsdurchsetzung und damit der Vollstreckung und des Konkurses der Ver-

änderung rechtlicher Strukturen seit der Frühen Neuzeit beugen mussten.

Einen Ausflug in eine ganz andere Rechtskultur bietet der Beitrag von Ivelina Masheva, die mit ihrem Beitrag über das islamische Handelsrecht und zum französischen Code de commerce eine Thematik aufgreift, die den Rechtstransfer im 19. Jahrhundert anhand eines weiteren Beispiels nachzeichnet. Die quellenbasierte Arbeit zeigt in Bezug auf das ottomanische Reich, inwieweit und inwiefern das Handelsrecht sich im 19. Jahrhundert wandelte. Dabei bilden die sog. Tanzimate (Anordnungen oder Neuordnungen tiefgreifender Reformen im osmanischen Reich) den Fokus der Untersuchung. Hierbei werden im Vergleich zum französischen Code de Commerce durchaus unterschiedliche Auffassungen rechtlich-ethischer Grundsätze in den verschiedenen Rechtskulturen offenbar. Interessant und durchaus diskussionswürdig ist die Darstellung der parallel geltenden und koexistierenden Rechtssysteme, die die Autorin darlegt und denen sie nachspürt. So entsteht ein schillerndes Bild, wie im Verlauf der Reformen des Handelsrechts im osmanischen Reich durch Tanzimate die Grundlagen des Handelsrechts der westlichen Welt übernommen wurden, mal formalistisch, mal pragmatisch. Insoweit ist der Beitrag auch vor dem Hintergrund der jüngsten Entwicklungen des Verständnisses von Rechtskultur interessant und lesenswert.

Urs Fasel beleuchtet dann den Code unique, also das Handels- und Obligationenrecht in der Schweiz, und bezeichnet diesen als „eine Glanzleistung“. Der Beitrag reiht sich in die Rechtshistoriographie schon insofern ein, als dass er noch einmal nachzeichnet und unterstreicht, dass eine allgemein-gültige schweizerische Gesetzgebung nur schwer zu realisieren war. Der Widerstand der Schweizer Kantone hat es immer wieder geschafft (noch heute), bestimmte Kodifizierungswerke zu unterbinden. Insofern ist es vielleicht von großer Bedeutung, dass das Schweizer Handelsrecht zusammen mit dem Obligationenrecht als Code unique erlassen wurde. Vielleicht war dies der einzig mögliche gangbare Weg, den Munzinger gesehen hatte um einer gesamtschweizerischen Gesetzgebung den notwendigen Erfolg zu sichern.

Czemi Türk behandelt dann die GmbH als Konzernbaustein. In dem Beitrag geht es darum, inwieweit die GmbH, zunächst vom Gesetzgeber als eine Kapitalgesellschaft vorgesehen, die im 19. Jahrhundert Kleinunternehmen wirtschaftliche Gründungen ermöglichen sollte, zu einer Leitungsinstitution von Großkonzernen werden konnte. Hierbei spürt der Autor der Entwicklung im Verlauf des 19., aber auch 20. Jahrhunderts nach. Der Beitrag untersucht hierbei jeweils einzelne Rechtsregelungen im Lichte der historischen Entwicklung und zeigt, wie im Verlauf der reformierenden Gesetzgebungsakte die zunächst „kleine Kapitalgesellschaft“ zur „Konzernspitze“ werden konnte. Dabei spielen natürlich die zunächst in der Gründerzeitphase des Kaiserreiches entstehenden Unternehmen und Großunternehmen eine Rolle. Rechtspolitische Forderungen von Konzernschaffungen taten das Übrige. Die zunächst dem Kaiserreich inne-

wohnende Prosperität der Wirtschaft und der ständige Zuwachs von Kapitalgesellschaften verlangten geradezu nach neuen Lösungsansätzen, die man letztlich unausweichlich in einem Bedeutungszuwachs der GmbH als Konzernspitze sah. Damit zeichnet der Beitrag nach, wie im Handelsrecht Kapitalgesellschaften, die als Elemente kleinerer und mittlerer Unternehmer angedacht waren, zu Lenkungsinstrumentarien großer Konzerne werden konnten.

Der Beitrag „Das Berliner Abkommen vom 23. Dezember 1913“ führt den Leser sodann in das Fachgebiet des Versicherungsrechts und dessen Rechtsgeschichte. Dabei untersucht Anna Käsbaier inwieweit der Konflikt zwischen Vertragsfreiheit und Versorgungssicherheit in der gesetzlichen Krankenversicherung bewältigt werden konnte und so Wegbereiter der gemeinsamen Selbstverwaltung wurde. Dabei zeichnet sie zunächst die Entwicklung vor dem Dritten Reich nach, bevor sie die „Zerstörung der bisherigen Grundprinzipien der kassenärztlichen Versorgung im Dritten Reich“ darstellt. Der dritte Abschnitt des Aufsatzes spürt sodann der Entwicklung in der Bundesrepublik nach, die mit dem Gesetz über das Kassenarztrecht vom 17.8.1955 im Wesentlichen die Rechtsgrundlagen vor dem Dritten Reich wieder aufnahm. Der Beitrag zeigt dem Leser, dass noch heute im Sozialversicherungsrecht (insbesondere im Buch 5 des Sozialgesetzbuches) Regelungen auftauchen, die rechtshistorisch bereits 100 Jahre in Kraft waren. Insbesondere die Entwicklung der Selbstverwaltung nach dem 2. Weltkrieg mit dem Wiederaufbau kassenärztlicher Kooperationsformen und verwaltungsrechtlicher Prinzipien im Versicherungswesen zeigt, dass in Fachgebieten des Wirtschaftsrechts sich manchmal der Gesetzgeber neuer Instrumentarien bedienen muss, um den einer eigenen Natur folgenden Rechtsgebieten und Fachgebieten des Wirtschaftsrechts gerecht werden zu können. So widmet sich die Verfasserin einem Rechtsgebiet, das an der Grenze zwischen Öffentlichem und Bürgerlichem Recht steht und sowohl politische als auch wirtschaftliche Einflüsse auf die Entwicklung von Gesellschaft und damit auch von Rechtskultur nimmt.

Die Entstehung und Entwicklung des Verbraucherprivatrechts und des Schutzes des Verbrauchers in Spanien widmet sich sodann der Beitrag von Antonio Sanchez Aranda. Der Beitrag liefert und stellt eine Ergänzung zur aktuellen weitaus intensiver diskutierten Entwicklung des Verbraucherprivat- und Schutzrechts im kontinental-europäischen Rechtskreis im Vergleich zum angloamerikanischen Rechtssystem. Der Verfasser stellt dar, dass sich bereits in der Verfassung von 1812 rudimentäre Hinweise finden lassen, die auf den Schutz des Verbrauchers abzielten. Obwohl die wirtschaftliche Entwicklung in Spanien im 19. Jahrhundert nicht verglichen werden kann mit der im Deutschen Bund, England oder Frankreich, so ist es doch auffällig, dass eine Diskussion und Auseinandersetzung mit verbraucher(schutz)rechtlichen Vorschriften, durchaus intensiv geführt wird. Spanien als „verarmtes Land“ im 19. Jahrhundert hatte durchaus auch im Bereich des Wirtschaftsrechts weitgehende Regelungen, die sich aber nicht immer in solchen Gesetzbü-

chern finden, die der Jurist erwartet. So ist eine weitgehende Sicherungsmaßnahme im Hinblick auf den Verbraucherschutz z.B. in den Strafgesetzbüchern zwischen 1850 und 1944 zu sehen. Die Diktatur Primo de Riveras und des Generalissimo Franco führen, wie in allen Diktaturen, zu einem Erlahmen rechtlicher und schützender Gesetzgebung, so dass erst ab 1978 dann ein relevanter Verbraucherschutz und ein eingehendes Verbraucherprivatrecht auch in Spanien festzustellen ist.

Der letzte Aufsatz von Edda Pauli setzt sich mit der Kommerzialisierung von Fruchtbarkeitssubstanzen auseinander und weist gleich in ihrer Überschrift darauf hin, dass dies eigentlich mit dem Wirtschaftsrecht gar nichts zu tun hat. Im Verlauf des Beitrages wird allerdings klar, wie kommerzialisiert mittlerweile die Diskussion selbst um solche Rechtsgebiete geführt wird, die die ureigenste Privatsphäre von Menschen berühren. Der Aufsatz ist

durchaus geeignet, um eine intensive Diskussion und Auseinandersetzung mit dem Thema um die Kommerzialisierung von Fruchtbarkeitssubstanzen zu führen. Dabei spart die Autorin nicht an zum Teil bewusst provokativen Formulierungen, die sich auch in den Unterüberschriften finden. Insgesamt leistet der Beitrag einen wichtigen Gedanken und eine wichtige Anregung zu einem in der Aktualität heftig geführten Streit, der, wenn man so will, römisch-rechtliche Grundsätze einer „res extra commercium“ anbetrifft.

Die thematisch angelegten Aufsätze sollten diesem Themenheft zur Wirtschaftsrechtsgeschichte eine breite Grundlage geben, insbesondere die Thematik Wirtschaftsrechtsgeschichte aus vielen Gesichtspunkten heraus betrachten und somit dem Leser aufzeigen, wie ausgedehnt und wie weit dieses Rechtsgebiet und seine Rechtsgeschichte sein kann.

## Die Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft im 20. Jahrhundert und das Baltikum. Die Landesuniversität Dorpat 1918

*Peeter Järvelaid*

*In the history of jurisprudence, the fields of activities of the researchers writing in one or another language very often does not match with schools or state borders. That is why many forget to include the scientists of the Imperial University in Dorpat (later Jur'ev) into the general context of German Legal Science in Europe. In this university, jurisprudence was taught and "done" in German (A. zu Dohna-Schlodien, H. Helfritz, J. W. Hedemann, F. Litten, G. Buch). Some of the references could even be brought back to the years 1632–1710 and to the 20th century. For many the German Landesuniversität Dorpat remained unknown, which only lasted for one semester (15.09.1918–1.12.1918), but this fact should be definitely added both to Baltic and German legal history. Trough the addition it is easier to understand the further developments.*

*Dans l'histoire du droit, les champs disciplinaires étudiés par des différentes écoles juridiques ou par des chercheurs s'exprimant dans des différentes langues ne correspondent pas toujours exactement aux frontières officielles des états. On oublie donc souvent, lorsqu'on parle de la sphère juridique allemande en Europe, de mentionner les chercheurs qui travaillaient à partir du 18e siècle sous l'empire Russe, à l'Université Impériale de Dorpat (Iourieff). Dans cette université, les études du droit se faisaient surtout en allemand. Il existe des références qui remontent même aux années 1632–1710 ainsi qu'au 20e siècle. Or, beaucoup de chercheurs d'aujourd'hui ignorent complètement l'existence d'une Landesuniversität Dorpat (nom de l'Université de Dorpat/Tartu, Estonie, sous l'occupation allemande) dont la langue académique était allemande et dont les professeurs étaient des spécialistes allemands mondialement reconnus. Il est vrai que l'histoire de ladite Landesuniversität est bien éphémère (comptant un seul semestre académique, du 15 septembre au 1er décembre 1918), cependant, ce fait historique mérite d'être inscrite dans l'histoire du droit allemand ainsi que des Pays Baltes du 20e siècle: la méconnaissance de cette période – bien que fugace – empêcherait de comprendre les évolutions ultérieures du contexte historique.*

*In der Geschichte der Rechtswissenschaft stimmten die Schulen, aber auch die Tätigkeitsbereiche der in der einen oder anderen Sprache schreibenden Wissenschaftler nicht exakt mit den Staatsgrenzen überein. Deshalb werden im Gespräch über den Raum der deutschen Rechtswissenschaft in Europa immer wieder jene Forscher vergessen, die seit dem Beginn des 19. Jahrhunderts im Russischen Reich, an der Kaiserlichen Universität zu Dorpat (Jur'ev), tätig waren. An dieser Hochschule wurde die Rechtswissenschaft zu einem großen Teil gerade auf Deutsch gelehrt und erforscht. Einige Quellen belegen auch, dass in den Jahren von 1632 bis 1710 und im 20. Jahrhundert in Dorpat auf Deutsch wissenschaftlich gearbeitet wurde. Doch für eine breitere wissenschaftliche Öffentlichkeit ist die 1918 deutschsprachige, mit deutsche Professoren (Graf A. zu Dohna-Schlodien, H. Helfritz, J. W. Hedemann, F. Litten, G. Buch), ergänzte Landesuniversität Dorpat weitgehend unbekannt. Deren Geschichte erstreckte sich in Estland, in Dorpat (estnisch: Tartu), in der bereits bekannten Universitätsstadt nur auf ein Semester (15.09.1918–1.12.1918). Doch diese historische Tatsache muss in der Zukunft sicherlich in die Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft im 20. Jahrhundert eingefügt werden, ebenso wie in die Geschichte der Rechtswissenschaften in den bal-*

tischen Staaten, als ein Teil jener Geschichte, die, wenn sie unbekannt bleibt, das Verständnis der weiteren Entwicklung erschwert.

## I. Einleitung<sup>1</sup>

Die Begriffe Osten und Westen waren und sind für die Grenzstaaten an der Ostsee (besonders für Estland und Lettland) für die Bildung der Identität sehr wichtige Faktoren. Durch die Geschichte hindurch begaben sich beispielsweise Lübecker und Hamburger Kaufleute auf den Weg nach Osten, um ihre Waren über die Ostseehäfen zum Beispiel in die Handelskontore nach Novgorod zu bringen, um diese Güter von dort aus noch weiter nach Osten transportieren zu lassen. Ebenso liefen Schiffe mit Waren aus den Ostseehäfen aus, damit diese nach Westen gebracht werden konnten und die Seeleute bezeichneten das Meer ihrer Interessensrichtung gemäß als Westmeer, wie dies heute noch im Estnischen der Fall ist (läänemeri – Westmeer). Vor einhundert Jahren können wir wieder über eine entsprechende Erscheinung sprechen, als auch Juraprofessoren deutscher Universitäten der Mobilisation unterlagen und sie an die Ostfront geschickt wurden<sup>2</sup>. Gleichzeitig waren manche Professoren der Rechtswissenschaft der Universität Dorpat als Berater für internationales Recht in den Stäben der russischen Westfront tätig. Es besteht kein Zweifel daran, dass gerade Juraprofessoren mit einem ostpreußischen Hintergrund<sup>3</sup> zu Trägern der Idee des Deutschen Kaiserreiches wurden. Dieses sollte als Ergebnis eines möglicherweise erfolgreichen Feldzugs „im Wilden Osten“, auf dem Gebiet des Russischen Reichs, in den „neuen deutschen Gebieten“, mit einer möglicherweise notwendigen deutschen Universität, entstehen. Hierfür eignete sich die Universität an den Ufern des Embach (estnisch: Emajõgi) in Dorpat (estnisch: Tartu)<sup>4</sup>, deren Gründungs-

jahr 1632 war.<sup>5</sup> Dorpat befand sich erstens auf der historischen, alten Handelsroute und später an der nicht weniger wichtigen Postverbindung, die seit dem 18. Jahrhundert Menschen und Post aus Berlin über Königsberg, Riga und von dort über Pernau (estnisch: Pärnu) gerade durch Dorpat in Richtung St. Petersburg brachte. Verständlicherweise war der Postweg eine Landstraße in zwei Richtungen, denn auch aus der Hauptstadt des östlichen Imperiums bewegte man sich auf ihr ebenso aktiv entlang nach Westeuropa wie in die östliche Richtung. Hier lag ein großes kulturelles Problem, denn obwohl die gebildete Welt wusste, dass das Russische Reich zumindest bis in die letzten Jahrzehnte des 19. Jahrhunderts gerade am Postweg in den Ostseeprovinzen über eine deutschsprachige Universität verfügte, so verschwand doch beispielsweise im politischen Sprachgebrauch der Begriff „Wilder Osten an den Ufern der östlichen Ostsee“ nicht. Die Kriegshörner aber verstärkten die, sich im Gegensatz befindliche, Rhetorik noch weiter.

## II. Die Vorgeschichte, die Universität in Dorpat 1632–1917

Einerseits hat die Universitätsstadt Dorpat einen sicheren Platz auf der Karte der Geschichte der juristischen Ausbildung in Europa gefunden. Andererseits muss zugegeben werden, dass dennoch die Geschichte des Baltikums und diejenige der Universität Dorpat, entweder mit der Geschichte des Schwedischen Reichs<sup>6</sup> oder mit der Geschichte der Hochschulen des Zarenreichs verknüpft wird. Gleichzeitig orientierte sich die Universität Dorpat an den deutschen Universitäten und knüpfte dort enge Kontakte. Dies gibt die Möglichkeit, die Entwicklung der hiesigen Universität als einen untrennbaren Bestandteil des deutschen Hochschulwesens zu betrachten, unabhängig von der vorherrschenden

<sup>1</sup> Übersetzung aus dem Estnischen von Olaf Mertelmann. Prof. Dr. Peeter Järveldaid (geb. 1957). Absolvierte die Juristische Fakultät der Universität Tartu 1981; seit 1981 Lehrkraft der Juristischen Fakultät der Universität Tartu; 1990 Dr. phil. auf dem Gebiet der Rechtswissenschaft; 1992–1997 ordentlicher Professor für Estnische Rechtsgeschichte der Universität Tartu, 1997–2010 in Tallinn an der Universität Nord ordentlicher Professor an der Juristischen Fakultät; seit 2010 ordentlicher Professor für Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung an der Universität Tallinn. 1997–2000 Berater des Justizministeriums der Republik Estland; 2003–2005 Rektor der Akademie für Innere Sicherheit; 2006–2007 Rektor der Estnischen Meeresakademie; Vorsitzender des Stiftungsrats des Jaan Poska (1866–1920) Erinnerungsfonds.

<sup>2</sup> Kollegen – Kommilitonen – Kämpfer. Europäische Universitäten im Ersten Weltkrieg. Hrsg. von Trude Maurer. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2006, 376 S. (Pallas Athene. Beiträge zur Universitäts- und Wissenschaftsgeschichte, 18); Rauch, Georg von. Der Ausbruch des Ersten Weltkrieges in den baltischen Provinzen (1914–1984). In: Jahrbuch des baltischen Deutschtums 11(1964), Lüneburg, 1963, S. 46–51, Rauch, Georg von. Geschichte der baltischen Staaten. München: Deutscher Taschenbuch Verlag, 1977, 249 S.

<sup>3</sup> Böhler, Jochen. Europas „Wilder Osten“. Gewaltererfahrungen im Mitteleuropa 1917–1923. In: Osteuropa, 2014, Bd. 64 (2–4), S. 141–155.

<sup>4</sup> Bis jetzt die gründlichste Übersicht über die Geschichte der Universität Dorpat im Jahr 1918: Rimscha, Hans von, Harnack, Adolf von, Theodor Schiemann und Karl Dehio in ihren Bemühungen um eine deutsche Universität Dorpat In: Reval und die Baltischen Länder. Festschrift für Hellmuth Weiss zum 80. Geburtstag. Marburg: Herder-Institut, 1980, S. 55–74, Die Universität Dorpat (1802–1918). Hrsg. von Hugo Semel. Dorpat: Laakmann, 1918;

Engelhardt, Roderich von. Das Schicksal der Universität Dorpat. Dresden: Berger, 1931; Vorläufige Satzung für die Universität Dorpat (11. August 1918). Dorpat: C. Mattiesen, 1918, 11 S.; Vorlesungsverzeichnis der Universität Dorpat für das Herbstsemester 1918. Dorpat: Ed. Bergmann, 1918, 20 S.; Zur Geschichte der Deutschen in Dorpat. Hrsg. von Helmut Piirimäe, Claus Sommerhage, Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus, 2000; Donnert, Erich: Die Universität Dorpat-Jur'ev 1802–1918. Ein Beitrag zur Geschichte des Hochschulwesens in den Ostseeprovinzen des Russischen Reiches, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2007. Speziell über die Rechtswissenschaft siehe: Stolleis, Michael. Geschichte des Öffentlichen Rechts, Band 3: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914–1945, München: C.H. Beck, 1999, S. 54–55; Järveldaid, Peeter. Eesti õigusteaduse ja õigushariduse ajalugu. Tallinn: Argo, 2015, S. 98–106 (Historia Iuris Estoniae, 1).

<sup>5</sup> Eine klassische Arbeit, welche dem Dialog der Ideen zwischen Ost und West gewidmet ist und welche die Erforschung der Ideengeschichte der Universität Dorpat in einem breiteren europäischen Kontext einordnet, siehe: Rauch, Georg von. Die Universität Dorpat und das Eindringen der frühen Aufklärung in Livland 1690–1710. Mit einem Vorwort von Manfred Hellmann. Hildesheim; New York: G. Olms, 1969, 471 S.; Björne, Lars. Zwei Verordnungen im 18. Jahrhundert – der Anfang der nordischen Juristenausbildung. In: Juristische Fakultäten und Juristenausbildung im Ostseeraum. Hrsg. von Jörn Eckert und Kjell Å. Modeer. Stockholm, 2005, S.163–172; Schirren, Carl. Zur Geschichte der schwedischen Universität in Livland. Mitteilungen aus dem Gebiete der Geschichte Liv-, Esth- und Kurlands. Hrsg. von der Gesellschaft für Geschichte und Altertumskunde der russischen Ostsee-Provinzen. Riga, 1854, Bd. 7, Heft 1.

<sup>6</sup> Englund, Peter. Verwüstung. Eine Geschichte des Dreißigjährigen Krieges. 2. Aufl.: Reinbek bei Hamburg: Rowohlt Taschenbuch Verlag, 2013, 848 S.

Jurisdiktion der verschiedenen Staaten, welchen diese Universität für Jahrhunderte unterfiel. Traditionellerweise wird die Geschichte der Universität Dorpat in folgenden Abschnitte unterteilt: 1632–1665 *Academia Gustaviana*: die erste Periode der Universität als lateinischsprachige Hochschule auf Basis der schwedischen Oberherrschaft in den baltischen Provinzen; 1690–1710 *Academia Gustavo-Carolina*: zweiter Abschnitt unter schwedischer Herrschaft (seit 1699 in Pernau); 1802–1918 Kaiserliche Universität zu Dorpat (deutsche Universität); 1893–1918 Kaiserliche Universität Jur'ev (Übergang auf das Russische als Unterrichtssprache); 1919–1940 Universität Tartu der Republik Estland (mit Estnisch als Unterrichtssprache); 1944–1989 Tartu-er Staatliche Universität unter sowjetischer Herrschaft und 1989 bis heute die Wiederherstellung der Universität Tartu und die darauf folgende Zeit. Im Jahr 2014, als Europas Historiker wegen des hundertsten Jahrestages des Ausbruchs des Ersten Weltkrieges verstärkt Interesse an den Jahren von 1914 bis 1918 gezeigt haben, haben auch Rechtshistorikern ein Auge darauf geworfen. Daher erscheint es notwendig, dass die Vorkommnisse in der Geschichte der Universität Dorpat 1918 einer viel gründlicheren Erläuterung bedürfen, als dies bisher geschehen ist. insbesondere, da zu dieser Zeit höchstgradig interessante Vorkommnisse in der Juristischen Fakultät vorfielen. Damit kann die Analyse dieser Tendenzen gerade in dieser Fakultät die Besonderheiten der gesamten Entwicklung der juristischen Ausbildung beleuchten.

### III. Juraprofessoren in Offiziersuniformen – die Juristische Fakultät der Universität Dorpat 1918

Das geistige und fachliche Potential der während des Ersten Weltkriegs nach Dorpat entsandten deutschen Juristen war sehr hoch, wenn sie auch oftmals Uniform trugen. Als Konservative und als gute Juristen haben sie sich fast alle in der Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft einen Namen gemacht, auch ungeachtet dessen, dass ihre politischen Wahlmöglichkeiten nicht nur 1914–1918, sondern auch 1933–1945, wenn nicht noch länger, dann sicherlich stark mit der konservativen Bewegung verknüpft waren. Nach dem Zweiten Weltkrieg war die Betonung dieser Verbindung nicht mehr angebracht. Gleichzeitig wird das Lebenswerk dieser Männer dank der gründlichen Erforschung der Zeit des Nationalsozialismus oftmals häufiger zitiert als die Werke von Rechtswissenschaftlern mit moderateren Ansichten. Während des Ersten Weltkriegs, ausgehend vom Bedürfnis der deutschbaltischen Gesellschaft nach Selbstverwirklichung, wurde in Dorpat mit Hilfe des deutschen Militärs, welches die Region okkupiert hatte, eine deutschsprachige, akademische Welt wiederhergestellt, die als Mittel zur Wiederbelebung der guten, alten, deutschen Ständegesellschaft angesehen wurde.

Mit dem Abschied der russischsprachigen Universität Jur'ev und ihrer Juristischen Fakultät erfolgten die Vorbereitungen zur Öffnung einer deutschsprachigen Fakultät. Für diesen Zweck trafen aus dem Deutschen Reich 33 Professoren und Dozenten ein. Unter den fünf Fakultäten der Landesuniversität Dorpat befand sich auch die

Fakultät für Rechts- und Staatswissenschaften. Für die Juristen der Fakultät für Rechts- und Staatswissenschaften war eine führende Rolle an der Landesuniversität Dorpat vorgesehen. Der Professor für Staatsrecht, Hans Helfritz, vertrat für eine kurze Zeit selbst den Kurator der Hochschule, Theodor Schiemann<sup>7</sup>. Zum Prorektor ernannten die Militärs den Professor für Strafrecht, Graf Georg Theobald Alexander zu Dohna-Schlodien (1876–1944, der in der Literatur oftmals einfacher als Alexander zu Dohna bezeichnet wird) von der Königlichen Albertus-Universität zu Königsberg in Preußen und zum Dekan der rechtswissenschaftlichen Fakultät Justus Wilhelm Hedemann (1878–1963) von der Universität Jena. Der Kurator des Lehrbezirks Riga<sup>8</sup> war bis zum Jahr 1918 der Professor für internationales Recht der Universität Dorpat, Vladimir Grabar<sup>9</sup>, gewesen, der während des Weltkrieges auch im Stab der russischen Armee an der Westfront als Experte für internationales Recht eingeteilt war und der von der russischsprachigen Universität aus Dorpat nach Voronež gegangen war.<sup>10</sup> Das deutsche Mili-

<sup>7</sup> Theodor Schiemann (\* 5. Julijul./ 17. Juli 1847greg. in Grobin, Kurland; † 26. Januar 1921 in Berlin) war ein deutscher Historiker, Archivar, Professor für Osteuropäische Geschichte in Berlin, politischer Schriftsteller und Begründer der Osteuropaforschung in Deutschland. Siehe Meyer, Klaus: Russland, Theodor Schiemann und Victor Hehn. In: Ostseeprovinzen, Baltische Staaten und das Nationale. Festschrift für Gert von Pistohlkors zum 70. Geburtstag. Hrsg. von Norbert Angermann, Michael Garleff und Wilhelm Lenz. Münster: Lit-Verlag, 2005, S. 251–288 (Schriften der Baltischen Historischen Kommission, 14); Lenz, Wilhelm: Theodor Schiemanns Revaler Jahre (1883–1887). In: Ostseeprovinzen, Baltische Staaten und das Nationale. Festschrift für Gert von Pistohlkors zum 70. Geburtstag. Hrsg. Norbert Angermann, Michael Garleff und Wilhelm Lenz. Münster: Lit-Verlag, 2005, S. 227–250 (Schriften der Baltischen Historischen Kommission, 14); Zeisler, Kurt: Theodor Schiemann als Begründer der deutschen imperialistischen Ostforschung. Dissertation. Halle, 1963.

<sup>8</sup> Kurator des Lehrbezirks Riga (1803–1893 Kurator des Lehrbezirks Dorpat). Höchster Staatsbeamter in einem Lehrbezirk zur Leitung und Aufsicht über die Schulen. Im Jahr 1802 wurde im Russischen Reich das Ministerium für Volksbildung eingerichtet und das gesamte Bildungssystem des Landes reorganisiert. Laut den einstweiligen Vorschriften für die Volksbildung und eines Ukas des Zaren vom 24.01.1803 wurde das ganze Reich in Lehrbezirke mit jeweils einem Kurator an der Spitze aufgeteilt. Zum Lehrbezirk Dorpat gehörten die Provinzen Est-, Liv- und Kurland und bis 1812 auch das Gouvernement Wyborg (finnisch: Viipuri). Die Kanzlei des Kurators des Lehrbezirks Dorpat befand sich bis 1835 in St. Petersburg, in den Jahren 1835–1870 und 1876–1886 in Dorpat sowie 1870–1876 und 1886–1915 in Riga. Die Lehrbezirke wurden am 03.01.1918 auf Anweisung des Volkkommissars für Bildung der Russischen Sozialistischen Föderativen Sowjetrepublik (RSFSR) aufgelöst.

<sup>9</sup> Grabar, Vladimir E. The history of international law in Russia, 1647–1917: a bio-bibliographical study; translated and edited, with an introduction and bibliographies by W. E. Butler. Oxford: Clarendon Press, 1990, 760 S.; Mälksoo, Lauri. The Science of International Law and the Concept of Politics: The Arguments and Lives of the International Law Professors at the University of Dorpat/Jur'ev/Tartu 1855–1985. In: The British Year Book of International Law 2005. Oxford, 2006. S. 383–501; Levin, David B. Zamečatel'nyj trud o russkoj nauke meždunarodnogo prava: (Recenzija na: V. E. Grabar'. Materialy k istorii literatury meždunarodnogo prava v Rossii (1647 - 1917), AN SSSR, Moskau, 1958, 491 S.) In: Sovetskoe gosudarstvo i pravo. — 1961. — Nr. 2. — S. 167–170; Labyženskij, Aleksandr M. Pamjati B. E. Grabarja: K stoletiju so dnja roždenija. In: Pravovedenie. — 1964. — Nr. 3. — S. 177 ff.; Uustal', Abner. T. V. E. Grabar' v Tartuskom universitete. In: Pravovedenie. — 1982. — Nr. 4. — S. 18–24.

<sup>10</sup> Die Universität Voronež in Russland sieht bis zum heutigen Tage die Universität Dorpat (Jur'ev) als ihren Vorläufer an, ebenso wie die Juristische Fakultät dort, die als erste Lehrkräfte die 1918 aus Dorpat evakuierten Professoren und Dozenten der Universität

tär ernannte auch für die Landesuniversität einen eigenen Kurator. Während dieser kurzen Periode deutscher Herrschaft nahmen die Juraprofessoren aktiv an der Leitung der Universität Dorpat teil. Wenn der Professor für Staatsrecht Helfritz als Vertreter des Kurators der Universität vorgesehen war, dann sollte der Professor für Strafrecht der Universität Königsberg, Georg Theobald Alexander zu Dohna-Schlodien, die Aufgaben des Prorektors der Hochschule erfüllen.

### 1. Der Professor für Strafrecht Georg Theobald Alexander zu Dohna-Schlodien (1876–1944)

Professor zu Dohna war unter den in Dorpat eingetroffenen Juristen sicherlich die schillerndste Persönlichkeit. Es handelte sich um einen preußischen Adligen. Der in Potsdam geborene Graf Georg Theobald Alexander zu Dohna-Schlodien war der Sohn des preußischen Generalleutnants Hannibal Ludwig Fabian Wilhelm Alfred Theobald zu Dohna-Schlodien (1838–1914). Sein Bildungsweg war von Anfang an abwechslungsreich gewesen. Er besuchte bis zum Abitur Schulen in Koblenz, Aachen, Hannover und Brandenburg (bis zum Jahr 1895). Die Studienorte sind ebenfalls beeindruckend, denn er studierte Recht und Philosophie in Rom, Lausanne, Freiburg im Breisgau und in Berlin, wo er 1898 das juristische Staatsexamen ablegte. Im Jahr 1902 promovierte er in Berlin und daran schloss sich 1904 eine Habilitation an der Universität Halle an. Er wurde gleichzeitig 1906 sowohl außerordentlicher Professor an der Universität Königsberg als auch von 1906 bis 1909 Erzieher von Prinz August Wilhelm, der vierte Sohn von Kaiser Wilhelm II. Seine Zugehörigkeit zur preußischen Elite bekräftigte noch die Ehe (1906) mit Elisabeth von Pommer Esche, denn von diesem Zeitpunkt an war sein Schwiegervater der Oberpräsident der Provinz Sachsen, Albert von Pommer Esche (1837–1903). Einen solchen blaublütigen und der Elite angehörenden Juristen hatte man in Dorpat schon lange nicht mehr gesehen.<sup>11</sup> Kurz vor Ausbruch des Ersten Weltkriegs war zu Dohna zum ordentlichen Professor für Strafrecht der Universität Königsberg geworden, der Lehrstuhlnachfolger von Eduard Kohlrausch. Als er nach Dorpat kam, brachte er eine ganze Reihe von Forschungsgebieten mit, mit welchen er allmählich begann seine Schwerpunkte im Strafrecht zu formen. Obwohl seine größeren Arbeiten noch nicht erschienen waren, galten „Die Stellung der Buße im reichsrechtlichen System des Immaterialgüterschutzes“ (Diss., Berlin 1902), „Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen“ (Habil., Halle an der Saale, 1905) und „Das Strafverfahren. Systematisch dargestellt“ (Berlin 1913) bereits als beachtenswert. Über seine wissenschaftlichen Ansichten

erschien 1993 aus der Feder von Alfred Escher eine zusammenfassende Behandlung „Neukantianische Rechtsphilosophie, teleologische Verbrechensdogmatik und modernes Präventionsstrafrecht. Eine biographische und wissenschaftsgeschichtliche Untersuchung über Alexander Graf zu Dohna (1876–1944)“.

Unter Berücksichtigung der Herkunft und der Position Graf zu Dohnas vor 1918 wäre es zu erwarten gewesen, dass nach dem Ersten Weltkrieg seine Verbitterung ausgesprochen groß gewesen wäre, doch dies war nicht der Fall. Zu Dohna beteiligte sich später bei der Gründung der Weimarer Republik und nahm in einflussreicher Position an ihrer Politik teil. Graf von Dohna wurde als aktiver Politiker ein Mitglied der Verfassungsgebenden Versammlung der Deutschen Republik (1919), und später ein Mitglied des Reichstags. Allerdings blieb er nicht lange ein berufsmäßiger Politiker, bereits ab 1920 bis 1926 war er als ordentlicher Professor für Strafrecht an der Universität Heidelberg und verzichtete deshalb sogar auf sein in Preußen erhaltenes Mandat als Parlamentsabgeordneter. Ab 1926 und bis zur Emeritierung 1939 war von Dohna Professor für Strafrecht an der Universität Bonn, an welcher, bei Beginn seiner Tätigkeit, noch Karl Bergbohm<sup>12</sup>, Spezialist für internationales Recht, als Emeritus tätig war. Zu Dohna lehrte auch noch nach 1939, diesmal an der Universität Erlangen. Als sein schöpferisches Erbe blieben den zukünftigen Generationen seine Publikationen aus der Zeit nach dem Ersten Weltkrieg.<sup>13</sup>

Die 1918 in Dorpat eingetroffenen deutschen Lehrkräfte für Jura waren tatsächlich sehr professionell ausgewählt worden. Dies gibt Zeugnis von der großen Ära der europäischen Rechtswissenschaft und dem reichlichen menschlichen Potential – das 20. Jahrhundert hatte es noch nicht geschafft, seine Korrekturen anzubringen. Die Juristen, die 1918 aus Dorpat nach Voronež abgereist sind, und jene, die nach Dorpat mit der deutschen Armee kamen, waren Mitglieder einer einheitlichen, europäischen Juristenschaft, die, wenn auch in verschiedenen Sprachen aktiv, mehr oder weniger von ähnlich Stan-

<sup>12</sup> Carl (Karl) Magnus Bergbohm (6. September / 18. September 1849 in Riga – 12. November 1927 in Bonn) war ein deutschbaltischer Rechtswissenschaftler. Er absolvierte 1867 das Realgymnasium in Riga und studierte 1867–1868 an der Universität Dorpat Astronomie sowie 1869–1874 Rechtswissenschaft. Weiterführende Studien in Berlin und Leipzig. Bergbohm war 1876–1877 an der Universität Dorpat Privatdozent für Staatsrecht und Internationales Recht und 1877–1893 Dozent. Magister der Rechtswissenschaft (1876, Universität Dorpat) und Doktor der Rechtswissenschaft (1884, Universität Berlin). Er war von 1893 bis 1895 Professor in Marburg und seit 1895 an der Universität Bonn. Er war Mitglied des Instituts für Internationales Recht (Institut de droit international). Siehe: Järveld, Peeter. Monoloog: Jaan Poska ja tema õpetaja Carl M. Bergbohm. In: Jaan Poska oma ja meie ajas. Tallinn, 2010, S. 394–398.

<sup>13</sup> Die Revolution als Rechtsbruch und Rechtsschöpfung; Vorsatz bei Landesverrat. – Deutsche Juristenzeitung. Heft 2, Spalte 146 f; Der neueste Strafgesetzentwurf im Lichte des „richtigen Rechts“. In: Festgabe für Rudolf Stammler zum 70. Geburtstag am 19. Februar 1926. Hrsg. von Edgar Tatarin-Tarnheyden. Berlin – Leipzig: W. de Gruyter & Co., 1926; Der 18. Januar und die deutsche Republik. Rede gehalten zur Feier der Reichsgründung am 18. Januar 1930. Bonn, 1930; Der Aufbau der Verbrechenslehre. 1936; Kernprobleme der Rechtsphilosophie. Philosophische Untersuchungen. Limbach, Berlin 1940.

Jur'ev hatte. Um die Vorgeschichte dieses Themas besser zu verstehen, siehe: Maurer, Trude. Hochschullehrer im Zarenreich. Ein Beitrag zur russischen Sozial- und Bildungsgeschichte. Köln – Weimar – Wien: Böhlau, 1998, 959 S. (Beiträge zur Geschichte Osteuropas, 27).

<sup>11</sup> Wohl stand seinerzeit bei der Gründung der Universität Dorpat im 17. Jahrhundert Johann Skytte bereit, der mit einer juristischen Ausbildung zum Adligen geworden war und erster Kanzler der Universität wurde. Er war früher Hauslehrer des zukünftigen schwedischen Königs, Gustav Adolf II. (1594–1632) gewesen.

dards der wissenschaftlichen Arbeit ausging. Der Zuwachs der Anzahl von Rechtswissenschaftlern jüdischer Herkunft begann in dieser Zeit bereits die europäische Rechtswissenschaft zu beeinflussen. Etwas später, bis zum Jahr 1933, erlangten jüdische Gelehrte in Deutschland auf so manchem theoretischen oder speziellen Gebieten des Rechts (Rechtsphilosophie, Theorien oder vergleichendes Recht) eine nahezu monopolartige Stellung. Aber vorerst war dieser Prozess noch nicht abgeschlossen und wie sich aus mehreren Lebensläufen ergibt, traten in die Reihen der Spitzenjuristen auch Männer ein, die in den Randgebieten Preußens geboren wurden oder Vertreter nationaler Minderheiten waren.

## 2. Der Professor für Zivilrecht Justus Wilhelm Hedemann (1878–1963)<sup>14</sup>

Obwohl während des Aufenthalts in Dorpat viele seiner großen, zu klassischen Texten gewordenen Forschungsarbeiten und Lehrmittel noch nicht verfasst waren, konnte schon erkannt werden, dass es sich bei Justus Wilhelm Hedemann um einen herausragenden Juristen handelte. Wohl hinderte jedoch die, von Kriegspropaganda getragene Ummantelung, in Dorpat gehaltenen Stellungnahmen dies zu erkennen. Bezüglich von Hedemann sollte weiterhin berücksichtigt werden, dass die Arbeit eines Rechtswissenschaftlers viele Ähnlichkeiten zu der eines Schriftstellers aufweist. Wenn wir zum Beispiel den Umfang und die Qualität des Werks der im 20. Jahrhundert in Estland tätigen Spezialisten für Privatrecht mit dem von Hedemann vergleichen, dann ist allein wegen der Quantität eigentlich kein Vergleich möglich. Da Hedemann am Ende seines Lebens der Mitherausgeber einer rechtswissenschaftlichen Zeitschrift war, handelte es sich bei um einen talentierten Wissenschaftler als auch um einen guten Schreiber.

Justus Wilhelm Hedemann kam am 24. April 1878 in Brieg zur Welt (heute die polnische Stadt Brzeg, die von Breslau (Wrocław) etwa 50 Kilometer entfernt liegt), einem Städtchen im damaligen Preußen. Herkunft und Geburtsort helfen zu verstehen, warum er ein Jurist mit extrem konservativen Ansichten wurde, den die Entwicklungen in der Weimarer Republik nicht besonders erfreuten. Seine juristische Ausbildung absolvierte er an den Universitäten in Leipzig, Berlin und Breslau, wo er von 1897 bis 1900 studierte. 1902 promovierte er im Fach Jura und ein Jahr später habilitierte er sich an der Universität Breslau, woraufhin er Privatdozent wurde. 1906 band er sich an die Universität Jena erst als ausserordentlicher und von 1909 bis 1936 als ordentlicher Professor. Weiterhin war er in Jena auch als Berater am dortigen Oberlandesgericht tätig. 1917 gründete er bei der Universität Jena das Institut für Wirtschaftsrecht und erzielte in Deutschland und auch im weiteren Europa Anerkennung als dessen Direktor. In der Geschichte des Wirtschaftsrechts ist Hedemanns Name als Klassiker verewigt. Deshalb erscheint es als verständlich, dass Hedemanns Aufenthalt in Dorpat in den Jahren 1918–1919 und die Lehre an der hiesigen Juristischen Fakultät für

ihn und auch für seine Biografie kein wichtiger Aufenthalt war, sondern eher ein kurzes Zwischenspiel. Obwohl man behaupten kann, dass alle 1918 nach Dorpat gekommenen deutschen Lehrkräfte der Rechtswissenschaften damals national-konservativ eingestellt waren, so entwickelten sich ihre Beziehungen zu den Nationalsozialisten doch keinesfalls ähnlich.

Es sollte vorausgehend bemerkt werden, dass Leo Leesment (1902–1986)<sup>15</sup>, der mit der Universität Tartu seit 1921 verbunden war, sich bei der Lektüre der 1982 unter den Sowjets erschienenen Geschichte der Universität sehr stark über die politischen Einschätzungen wunderte, die seinen Lehrern und Kollegen an der Fakultät zwischen 1920 und 1940 unterstellt wurden. Seine Zusammenfassung lautete: „Aber als wir alle noch zusammen an der Fakultät waren, dann waren sie alles estnische Männer.“ Aus Hedemann wurde zeitweise einer der wichtigsten Juristen der Nationalsozialisten, offenbar auch deshalb, weil einer seiner ehemaligen Studenten, der Präsident des Volksgerichtshofs von 1942 bis 1945, Roland Freisler, ihn stark unterstützte und in die geplante nationalsozialistische Reform der Gesetzgebung des Deutschen Reichs mit einband. Freisler hatte in Jena Jura studiert und an Hedemanns Institut seine Doktorarbeit „Grundsätzliches über die Betriebsorganisation“ geschrieben. Hedemann wurde 1933 in die von Hans Frank (1900–1946) gegründete Akademie für Deutsches Recht aufgenommen und Mitglied einer Arbeitsgruppe, die für das Dritte Reich eine neue Gesetzgebung schaffen sollte. Seit 1939 war Hedemann Leiter dieser Arbeitsgruppe. Im Interesse der historischen Exaktheit sei ergänzt, dass bei dieser Akademie wenigstens zwei mit Estland verbundene Juristen tätig waren: Einer der Mitgründer des Europäischen Nationalitätenkongresses, der auch wesentlich an der Ausarbeitung des Gesetzes über die Kulturautonomie der nationalen Minderheiten Estlands beteiligt war, Dr. jur. Werner Richard Karl Hasselblatt (Werner Hasselblatt, 1890–1958)<sup>16</sup>, sowie der an der Uni-

<sup>15</sup> Leo-Johann Leesment (4./17. April 1902 in Riga – 16. Januar 1986 in Tartu) war ein estnischer Rechtswissenschaftler. Siehe: Järvelaid, Peeter. Baltische Rechtswissenschaftsgeschichte: zwei grenzüberschreitende Rechtshistoriker Friedrich von Bunge und Leo Leesment. In: Juridiskā zinātne = Law. Riga, 2006. (Latvijas Universitātes raksti ; 703) S. 99–138.

<sup>16</sup> Werner Richard Karl Hasselblatt (\* 10. Junijul. / 22. Juni 1890 greg.) In Dorpat, Estland; † 24. Januar 1958 in Lüneburg) war ein deutschbaltischer Jurist und Politiker. Werner Hasselblatt, Sohn des Historikers und Journalisten Arnold Hasselblatt, war in Dorpat als Rechtsanwalt und Friedensrichter tätig. Während des russischen Bürgerkrieges kämpfte er im sogenannten Baltenregiment gegen die Rote Armee. Von 1923 bis 1932 war er deutscher Abgeordneter des estnischen Parlaments. In dieser Funktion war er ab 1925 maßgeblich an der Ausarbeitung des Gesetzes über die Kulturautonomie der nationalen Minderheiten beteiligt. Er war Vorstandsmitglied der Deutsch-baltischen Partei und Mitgründer des Europäischen Nationalitätenkongresses. Ab 1931 war er geschäftsführender Vorsitzender des Verbandes der deutschen Volksgruppen in Europa. Ferner war er Mitherausgeber der Zeitschrift Nation und Staat. Ab dem Jahr 1932 lebte Hasselblatt in Berlin. Nach Übernahme der Geschäftsführung des Volksgruppenverbandes durch Hasselblatt war zunehmend ein Einschwenken auf die Linie der nationalsozialistischen Volkstumspolitik zu beobachten. Er war seit 1933 Mitglied des Volksdeutschen Rats, sowie Begründer und späteres Mitglied der Nationenrechtlichen Arbeitsgemeinschaft der Akademie für Deutsches Recht. Ein wichtiger Teil seiner Arbeit in Berlin waren Gutachten und Denkschriften, in denen er Forderungen nach Grenzrevisionen unterstützte. Im Zweiten

<sup>14</sup> Justus Wilhelm Hedemann (\* 24. April 1878 in Brieg; † 13. März 1963 in Berlin) war ein konservativer deutscher Jurist.

versität Jur'ev als Professor an der Juristischen Fakultät tätig gewesene, von der Insel Ösel (estnisch: Saaremaa) stammende Freiherr Axel August Gustav Johann von Freytagh-Loringhoven (1878–1942).<sup>17</sup>

In Deutschland erfolgte nach dem Machtwechsel ein Personalwechsel an den Universitäten, bei dem viele, bisher führende Rechtswissenschaftler, ihre Stellen wegen ihrer ethnischen Herkunft, ihrer politischen Haltung, einer ungenügenden Anpassung an die neuen Machthaber oder schlichtweg wegen der Intrigen von Kollegen verloren. Im Jahr 1933 hatte im Deutschen Reich wahrhaft eine Kampagne begonnen, „den Platz sauber zu machen“ und in diesem Zusammenhang war politische Unterstützung selbst für sehr gute und anerkannte Spezialisten willkommen, denn nicht immer wurde der beste Experte eines Fachgebiets für einen Lehrstuhl ausgewählt, sondern jemand, der als politisch vertrauenswürdig galt. Die Position eines Professors an der Friedrich-Wilhelms-Universität in Berlin war zweifelsohne für viele Juristen der Posten der Träume. Hedemanns wissenschaftliche Qualität hätte ihm auch ohne nationalsozialistische Freunde solche Stelle garantiert, aber eine starke Rückendeckung verhinderte hier jegliche Behinderungen. Die neue Führungskraft der Rechtswissenschaft benötigte eine programmatische Arbeit, welche der Öffentlichkeit die neuen Strömungen erklärte. Dazu wurde unter anderem Hedemanns „Die Flucht in die

Generalklauseln: Eine Gefahr für Recht und Staat“ (Tübingen: Mohr, 1933) benutzt. Sehr gut hat dies die 2003 an der Universität München verteidigte Dissertation von Christine Wegerich analysiert „Die Flucht in die Grenzenlosigkeit. Justus Wilhelm Hedemann (1878–1963)“, die im Verlag Mohr Siebeck im Jahr 2004 erschienen ist<sup>18</sup>. Hedemann blieb an der Universität Berlin Professor für Privatrecht (Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Privatrecht) und gleichzeitig Direktor des Instituts für Wirtschaftsrecht bis zum Jahr 1946, als die Juristische Fakultät der Universität wieder eröffnet wurde. Dann wurde er, wegen seiner politischen Vergangenheit, emeritiert.

### 3. Die Professoren Fritz Litten und Georg Buch

Weiterhin zu den oben genannten Personen wurden aus Deutschland noch Fritz Litten (1873–1940) aus Königsberg<sup>19</sup> und Georg Buch aus Jena als Professoren der Juristischen Fakultät nach Dorpat berufen. Hauptmann Fritz Litten traf nicht nur als Jurist in Dorpat ein, sondern als Veteran des Ersten Weltkrieges, der in Ypres verwundet worden war, und als Träger des Eisernen Kreuzes erster Klasse. Die Verwundung im Krieg stellte sicherlich nicht die einzige Herausforderung dar, die der jüdische Litten in seinem verhältnismäßig kurzem Leben bewältigen musste.

Als interessante Parallele mit der Herausbildung einer Schicht von estnischen Intellektuellen in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts können hier die neueröffneten Möglichkeiten für Juden in Deutschland seit den siebziger Jahren des 19. Jahrhunderts angeführt werden. Dann begann man, Juden die Bekleidung von Beamtenposten ohne einen Glaubenswechsel zu erlauben. Dies schuf die Voraussetzung für zahlreiche Juden ein bekannter Richter, Professor oder Staatsbeamter zu werden. Statistisch betrachtet war der Zugang von Juden in die Rechtswissenschaft sehr beeindruckend.<sup>20</sup>

Wie an Littens Biografie zu erkennen ist, war es als jüdisch Geborener keinesfalls einfach, all die neuen Möglichkeiten auszunutzen, und als Folge ergaben sich oftmals Konflikte in der Familie. Fritz Litten war am 22. Februar 1873 geboren in der kleinen Stadt Elbing (heute Elbląg), die damals zu Preußen gehörte, aber heute zu Polen. Sein Vater war einer der einflussreichsten Juden in Königsberg und von 1899 bis 1906 Vorsteher der jüdischen Gemeinde in eben dieser Stadt. Deshalb war es keine leichte Entscheidung für Litten, protestantisch zu werden. Juden standen bis dahin vor einer erzwungenen Wahl: wer nach einem Staatsamt drängte oder Universitätsprofessor werden wollte, musste den Glauben wechseln. Seine gymnasiale Bildung hatte Litten in Elbing,

Weltkrieg lieferte er Beiträge zur deutschen Bevölkerungspolitik in Osteuropa. So forderte er als Anhänger einer Umsiedlungspolitik in Polen die „Totalgermanisierung des Bodens“. Hasselblatt lässt sich jedoch nicht als Vordenker der Vernichtung charakterisieren. Dennoch betrachtete er Nationalitäten unter dem Aspekt deutscher Beherrschbarkeit. Er bemängelte in seinen Arbeiten nicht den Unrechtsgehalt der Besatzungspolitik in Osteuropa, vielmehr forderte er eine effektivere Herrschaftsorganisation. 1945 zog er mit seiner Familie nach Lüneburg, wo er 1958 starb. Siehe Hackmann, Jörg: Werner Hasselblatt (1890–1954). In: Staatliche Einheit und nationale Vielfalt. Festschrift für Prof. Dr. Michael Garleff zum 65. Geburtstag. Hrsg. von Gert von Pistohlkors und Matthias Weber. München: Oldenbourg, 2005, S. 175–205; Bamberger-Stemmann, Sabine: Der Europäische Nationalitätenkongress 1925–1938. Nationale Minderheiten zwischen Lobbyistentum und Großmachtinteressen. Marburg: Herder-Institut, 2001.

<sup>17</sup> Axel August Gustav Johann Freiherr von Freytagh-Loringhoven (\* 1. Dezember 1878 in Arensburg (estnisch: Kuressaare) auf Ösel (estnisch: Saaremaa), in der damals russischen Provinz Estland – † 28. Oktober 1942 in Breslau, Niederschlesien) war Jurist (Professor für Staats- und Völkerrecht). 1917 erhielt er ein Ordinariat in Breslau und lebte dort. Er war ein völkisch gesinnter und antisemitischer Nationalist und Monarchist, Reichstagsabgeordneter der DNVP/NSDAP von 1925 bis 1942 und preußischer Staatsrat. Freytagh-Loringhoven stammte aus einer deutschbaltischen Adelsfamilie und studierte an der russischsprachigen Universität Jur'ev, wobei er Mitglied in der deutschsprachigen Studentenverbindung Livonia Dorpat war. Er nahm als Reserveoffizier am Russisch-Japanischen Krieg teil. Nach seinem Doktorexamen wurde er 1908 Privatdozent in St. Petersburg. In St. Petersburg schrieb Freytagh-Loringhoven neben seiner Arbeit als Dozent politische Artikel in einer deutschsprachigen Zeitung. Ab 1910 wurde er Professor für Völkerrecht in Jaroslavl' 220 km nordöstlich von Moskau. 1911 erhielt er einen Lehrstuhl in Jur'ev. Mit Beginn des Ersten Weltkriegs musste Freytagh-Loringhoven aus Russland flüchten. Wegen seiner Sprachen- und juristischen Kenntnisse wurde er 1917 Berater des Oberbefehlshabers Ost. 1918 erhielt er einen Lehrstuhl für Recht an der Universität Breslau und siedelte nach dorthin über. Er lehrte dort Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht. Er blieb bis an sein Lebensende in Breslau. Siehe: Stolleis, Michael. Geschichte des Öffentlichen Rechts, Band 3: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914–1945, München: C.H. Beck, 1999, S. 396.

<sup>18</sup> Christine Wegerich: Die Flucht in die Grenzenlosigkeit. Justus Wilhelm Hedemann (1878–1963). Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.

<sup>19</sup> Fritz Julius Litten (\* 22. Februar 1873 in Elbing; † Februar 1940 bei Belfast, Nordirland) war ein deutscher Jurist und Hochschullehrer in Königsberg und Dorpat (Tartu, Estland).

<sup>20</sup> Krach, Tillmann. Jüdische Rechtsanwälte in Preußen. Über die Bedeutung der freien Advokatur und ihre Zerstörung durch den Nationalsozialismus. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991; Göppinger. Horst. Juristen jüdischer Abstammung im „Dritten Reich“: Entstehung und Verfolgung. 2. Aufl. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1990.

Königsberg und Hohenstein erhalten. Zum Juristen wurde er an den Universitäten in Leipzig, Freiburg und Königsberg, danach legte er das Referendarsexamen ab. Ein Jahr später schloss er die Promotion an der Universität Halle ab. Anschließend diente er als Freiwilliger in der preußischen Armee und begann als Praktiker zu arbeiten, um das abschließende Juristenexamen abzulegen. Wie Graf zu Dohna und Hedemann, besaß auch Litten neben den spezifischen Themen der Juristerei ein Interesse für die Rechtsphilosophie. Seine Vorbereitungen für das Staatsexamen teilten sich in zwei Etappen auf, wovon er die erste in Halle ablegte und sich mit Privatrecht und Rechtsphilosophie beschäftigte. Den zweiten Teil seines juristischen Praktikums absolvierte er in Königsberg beim Obergericht, wo er 1900 das Staatsexamen ablegte. Bis zum Jahr 1906 war sein Leben und das seiner Familie verbunden mit Halle. In den Jahren von 1900 bis 1903 fertigte er in Halle seine Habilitation an und seine Fachgebiete als akademischer Lehrer wurden das Römische Recht und das deutsche Privatrecht. 1906 verband Litten sein Leben mit Königsberg, wo er im selben Jahr außerordentlicher Juraprofessor wurde und zwei Jahre später ordentlicher Professor für Römisches Recht und Privatrecht wurde.

Das Haus Littens genoss große Popularität unter der Elite von Königsberg, auch dank seines Vaters der sehr einflussreich in der lokalen jüdischen Gemeinde war. Dem soll nicht nur sein Vater beigegeben haben, sondern auch seine sehr intelligente und mit breiten Interesse ausgestattete Frau, die aus der Familie eines Pfarrers und Professors stammende Irmgard Litten (geb. Wüst). Aus dem Heim der Littens wurde ein einflussreicher Salon, wo sich die Elite des damaligen Königsbergs traf. Fritz Litten wurde preußischer Geheimer Justizrat, doch er erfüllte auch wichtige Aufgaben an der Universität Königsberg, wo er als Dekan der Juristischen Fakultät und später sogar als Rektor diente (1925–1926). Deshalb stellte für den ultrakonservativen Litten die Tätigkeit an der Universität Dorpat eine gewöhnliche akademische Arbeit dar. Natürlich war die Geburt der Weimarer Republik für ihn eine Enttäuschung und er soll diesbezüglich stets kritisch gewesen sein. Den Jurastudenten der Universität Königsberg boten aber die Veranstaltungen der national-konservativen Professoren stets etwas Interessantes an.

Dies alles dauerte bis zum Jahr 1933 an, als sogar Littens ehemalige Kriegskameraden anfangen, sich an dessen jüdische Herkunft zu erinnern. Litten versuchte sich, in Berlin als einem größeren Ort als Königsberg und hoffte sich auch einer liberaleren Stätte einzuordnen, doch er verstand schnell, dass seine ehemaligen Verdienste als Professor und Patriot (auch im Ersten Weltkrieg) in der neuen Zeit leider nicht berücksichtigt werden würden. Seine guten Beziehungen ausnützend, flüchtete er aus Deutschland, anfangs lebte er in London und später zog er nach Belfast in Nordirland. Von diesen Schicksalsschlägen erholte sich Fritz Litten nicht mehr und er verstarb im Februar 1940 im Exil in Nordirland, angeblich wohl an den Folgen einer Grippe. Litten hinterließ drei

Söhne, von denen als Jurist der älteste in die Geschichte eingegangen ist, der Advokat Hans Litten (1903–1938). Obwohl Fritz Litten gerade mit seinem ältesten Sohn große Meinungsverschiedenheiten gehabt haben soll sowohl wegen der Beziehung zur Weimarer Republik als auch bezüglich der politischen Orientierung und besonders wegen des Judentums. Dennoch war der Tod des Sohnes im Konzentrationslager Dachau 1938 ein so schwerer Schlag für den Vater, dass dieser ihn wahrscheinlich umgebracht hat. Wenn wir Fritz Littens Namen heute nur noch in Texten zur Wissenschaftsgeschichte finden, so wurde sein Sohn, der Advokat, bis heute, gerade in Berlin, verewigt.<sup>21</sup> Das Schicksal von Fritz Litten und seines Sohnes Hans Litten könnte ein illustrierendes Beispiel dafür sein, dass Rechtshistoriker das Ende des Ersten Weltkriegs nicht ohne Grund für einen neuen Zeitraum in Europa ansehen. Dies bedeutete ein Ende des langen 19. Jahrhunderts, als sich die großen gesellschaftlichen Erregungen oft auf menschlicher Ebene als große persönliche Tragödien entfalteten, wobei weltanschauliche Konfliktlinien begannen, häufig direkt durch die nahestehenden Personen der Familien zu laufen.

#### IV. Übersicht über die Aktivitäten der Landesuniversität Dorpat und ihrer Juristischen Fakultät 1918

Der feierliche Eröffnungsakt der Landesuniversität Dorpat erfolgte am 15. September 1918<sup>22</sup>. Als erster ergriff der höchste Vertreter der deutschen Besatzungsmacht, der Befehlshaber der 8. Armee, General der Infanterie Hugo von Kathen (1855–1932)<sup>23</sup>, das Wort. Auf diesem Eröffnungsakt wurde auch das Grußwort von Kaiser Wilhelm II. (1859–1941) verlesen. Aufgrund der Wiedereröffnung der Universität erfolgte ebenfalls ein Gottesdienst.<sup>24</sup>

Die Lehre an der Landesuniversität Dorpat begann einen Tag später, also am 16. September 1918. An der Juristischen Fakultät nahmen 127 Studenten ihr Studium an der deutschsprachigen Hochschule auf. Obwohl Esten sich von der Universität mit ihrem fremden politischen

<sup>21</sup> Schon 1951 wurde in Berlin die ehemalige Friedrichsstraße in Littenstraße umbenannt. An dieser Straße befinden sich heute wichtige Einrichtungen der Justiz, das Landgericht Berlin und das Amtsgericht Berlin-Mitte, und an einem Berliner Gerichtsgebäude ist heute eine Tafel zur Erinnerung an Hans Litten angebracht und im Gebäude steht seine Büste. In derselben Straße befinden sich die Bundesrechtsanwaltskammer und die Rechtsanwaltskammer das Gebäude trägt nun die Bezeichnung Hans-Litten-Haus. Die Vereinigung Demokratischer Juristinnen und Juristen (VdJ) gibt jedes zweite Jahr den Preis für demokratisches Engagement nach Hans Litten aus.

<sup>22</sup> Festgottesdienst zur Feier der Wiedereröffnung der deutschen Universität Dorpat am 15. September 1918 : Universitäts-Kirche. Dorpat : C. Mattiesen, 1918.

<sup>23</sup> Hugo Karl Gottlieb von Kathen (\* 27. August 1855 in Freienwalde; † 2. April 1932 in Wiesbaden) war ein preußischer Offizier, zuletzt General der Infanterie sowie letzter Militärgouverneur der Festung Mainz. Am 1. August 1914 verkündete er vom Balkon des Gouvernements (Osteiner Hof) die Kriegserklärung. Zu seinem Gedenken wurde die 1937 teils in Mainz-Mombach, teils in Mainz-Gonsenheim erbaute Kaserne nach ihm benannt.

<sup>24</sup> Festgottesdienst zur Feier der Wiedereröffnung der deutschen Universität Dorpat am 15. September 1918: Universitäts-Kirche. Dorpat : C. Mattiesen, 1918.

Geist zumeist fernhielten, fand man doch einige unter den Studenten der Rechtsfakultät. Für einige Zeit immatrikulierte die Landesuniversität beispielsweise den ersten Esten, der Professor für Strafrecht wurde, den zukünftigen Richter am Staatsgericht der Republik Estland, Karl Saarmann (1893–1948)<sup>25</sup>, der sein Studium des Rechts an der Universität St. Petersburg (Petrograd) wegen des Weltkriegs unterbrechen musste und der es 1918 möglichst schnell beenden wollte. Doch letztlich dauerte es länger, als der junge Jurastudent geplant hatte, und er studierte noch in den Jahren von 1920 bis 1922 an der Universität Tartu.



Die Lehrkräfte der Landesuniversität vor dem Hauptgebäude der Universität Dorpat zu Beginn des Herbstsemesters 1918: in der ersten Reihe der vierte von links Dekan Justus Wilhelm Hedemann, als sechster und siebter sitzen Hans Helfritz und der Rektor Karl Dehio, als dritter von rechts steht Georg Buch auf der Treppe. In der zweiten Reihe steht in zivil und mit Hut Fritz Litten.

Der Zusammenbruch des Deutschen Reichs im Ersten Weltkrieg im November 1918 bedeutete, dass die neue deutschsprachige Universität in Dorpat ihre Tätigkeit einstellen musste und dass die Mehrheit der Lehrkräfte die Stadt bei der ersten sich bietenden Gelegenheit in Richtung Deutschland verließ. Da die Landesuniversität Dorpat nur für kurze Zeit bestanden hatte und dies seinerseits ohne einen besonderen Ruf, neigten die deutschen Rechtsprofessoren in Uniform oft nicht dazu, diese Episode aus dem Ersten Weltkrieg in ihren Lebensläufen besonders zu betonen. Dennoch findet sich in dieser Dorpater Periode manches Bemerkenswertes für die Geschichte der Juristischen Fakultäten jener deutschen Hochschulen, wo die genannten Lehrkräfte nach dem Ersten und nach dem Zweiten Weltkrieg Beschäftigung fanden. Dem deutschen Militär gelang es, in Dorpat Rechtswissenschaftler zu versammeln, über die zu einer anderen Zeit jede Juristische Fakultät (wenigstens im deutschsprachigen Europa) stolz gewesen wäre. In der Zeit des Ersten Weltkriegs, als die Mehrheit der estnischen Intellektuellen die deutsche Okkupation verurteilten, konnte die Arbeit jener deutschen Professoren im Lande praktisch keine wichtigen Spuren hinterlassen. Verständlicherweise bedarf es noch einer gründlicheren Untersuchung, ob irgendwo im Archiv dennoch die alten Mitschriften der Jurastudenten aus dem Jahr 1918 erhalten sind oder die Notizen der Professoren für die Vorlesungen in Dorpat (z.B. in den persönlichen Beständen

der Professoren oder in anderen Privatarchiven). In der Fachliteratur wurde dieser Frage noch keine Aufmerksamkeit geschenkt, was aber nicht bedeuten soll, dass diese Texte nicht doch irgendwo erhalten geblieben sind. Die der Landesuniversität Dorpat gegebene Zeit lief recht schnell aus. Am 27. November 1918 erfolgte die letzte Versammlung der Lehrkräfte der Landesuniversität. Zu diesem Zeitpunkt erschien es als unmöglich vorauszusagen, wann an der Universität die Lehre fortgesetzt werden könnte. Am 1. Dezember 1918 übergab der Juraprofessor Hans Helfritz (1877–1958) die Landesuniversität Dorpat im Namen des Oberkommandos der deutschen 8. Armee dem frischgebackenen Bildungsminister der Estnischen Provisorischen Regierung, Peeter Pöld (1878–1930)<sup>26</sup>. Pöld wurde auf Beschluss der Regierung in Personalunion zum ersten Kurator der Universität Tartu der Republik Estland ernannt. Am 4. Dezember überließ der Rektor der Landesuniversität, Professor Karl Dehio (1851–1927)<sup>27</sup>, Peeter Pöld die Stempel und die Verwaltungsunterlagen der Hochschule. In den ersten Wochen des Dezember 1918 übernahm eine eigens geschaffene Kommission von den Deutschen den gesamten Besitz der Universität und beendete damit den besprochenen Zeitraum zumindest formal.

## V. Der Professor für Staats- und Verwaltungsrecht Hans Helfritz (1877–1958)

Hans Helfritz wurde am Rande der Ostsee in der Universitätsstadt Greifswald geboren. Er studierte Jura sowohl in Berlin als auch im heimischen Greifswald, wo er im Jahr 1904 auch promovierte. Seit 1908 war er als Syndikus der Stadt Greifswald tätig. Im Jahr 1916 war es Helfritz gelungen sich an der Universität Berlin im Fach Staats- und Verwaltungsrecht zu habilitieren und somit Privatdozenten zu werden. Im Verlauf des Ersten Weltkriegs war er im Armeedienst bis zum Rang eines Hauptmanns aufgestiegen, als er nach Dorpat berufen wurde, um dort an der Juristischen Fakultät zu unterrichten. Zu diesem Zeitpunkt war bereits seine Forschungsarbeit erschienen „Die Vertretung der Städte und Landgemeinden nach außen in dem Gemeinderecht der östlichen Provinzen Preußens. Ein Beitrag zur Organlehre“ (Berlin 1916). Es scheint, als ob Helfritz sehr schmerzhaft jene großen Veränderungen aufnahm, die tatsächlich ganz Europa und besonders Deutschland durchlebten. Als sehr konservativer Mensch blieb er bis zum Ende seines Lebens kritisch der Weimarer Republik und ihrer Verfassung gegenüber. Nach dem Weltkrieg arbeitete Helfritz an der Universität Breslau als Professor für preußisches Kommunalrecht und Allgemeines Staatsrecht. Das auf

<sup>25</sup> Karl Theodor Saarmann (19. Januar 1893, in Reval – 2. April 1948, in Tallinn) war ein estnischer Rechtswissenschaftler und Richter am Staatsgericht. Siehe: Ambach, Georg. 110 aastat Eesti kriminaalõiguse korifee Karl Saarmanni sünnist. In: Juridica, 2003, Nr. 3, S. 200–203.

<sup>26</sup> Peeter Siegfried Nikolaus Pöld (12. Juli 1878 im Dorf Puru, Gemeinde Jewe (estnisch: Jõhvi), Kirchspiel Jewe, Kreis Wesenberg (estnisch: Rakvere), Gouvernement Estland – 1. September 1930 Tartu) war ein estnischer Theologe, Pädagoge und Staatsmann, Mitglied des Estnischen Provisorischen Landesrates, der Verfassungsgebenden Versammlung und des Parlaments. Er war der erste Bildungsminister der Republik Estland.

<sup>27</sup> Karl Dehio (\* 27. Maijul./ 8. Juni 1851 greg. in Reval, heute Tallinn; † 26. Februar 1927 in Tartu; vollständiger Name Karl Gottfried Konstantin Dehio), Wirklicher Staatsrat (russisch: Действительный статский советник), war Internist und Professor für spezielle Pathologie und Klinik in Dorpat. Er war der letzte und einzige Rektor der deutschen Landesuniversität in Dorpat.

dem Gebiet des Staatsrechts verfasste Lehrbuch „Allgemeines Staatsrecht als Einführung in das öffentliche Recht. Mit einem Abriß der Staatstheorien“ (Berlin 1924, 5. Auflage, Detmold 1949) und das Lehrbuch für Verwaltungsrecht namens „Verwaltungsrecht“ (Hannover, 1949) brachten ihm akademische Anerkennung ein, denn mit ihnen lernten in Deutschland tatsächlich mehrere Generationen von Juristen. Ebenso wichtig war der Beitrag von Helfritz für das Kommunalrecht, wo sein Lehrbuch „Grundriss des preußischen Kommunalrechts“ (Berlin 1922, 3., umgearb. u. erw. Aufl., 1932) ebenfalls in mehreren Auflagen erschien. Im Jahr 1933 wurde Helfritz sogar Rektor der Universität Breslau, aber die neuen Machthaber hielten in nicht lange in diesem akademischen Amt, was ihm in gewisser Hinsicht nach dem Zweiten Weltkrieg sogar nützlich wurde. Während des Nationalsozialismus zum Rücktritt gebracht zu werden, verschaffte ihm gewisse Vorzüge bei der Entnazifizierung. Seine Tätigkeit als Rektor in Breslau skizziert er in seinem Aufsatz „Die Universität Breslau als Pflegestätte deutschen Geistes“ (Jahrbuch Universität Breslau 1, 1955, S. 9–21). Nach dem Zweiten Weltkrieg war Helfritz in der Bundesrepublik Deutschland an der Universität Erlangen als Professor für Staatsrecht tätig. Wie damals unter den besten Juraprofessoren üblich widmete er mehrere Forschungsarbeiten der Geschichte des öffentlichen Rechts. Er verfasste eine „Geschichte der preußischen Heeresverwaltung“ (Berlin, 1938) sowie „Wilhelm II. als Kaiser und König“ (Zürich, 1954), welche anlässlich einer historischen Übersicht des deutschen öffentlichen Rechts Professor Michael Stolleis im Jahr 1999 hervorgehoben hat.<sup>28</sup> Auch wenn Helfritz sehr kritisch gegenüber der Weimarer Republik eingestellt gewesen war, so erhielt er nach dem Zweiten Weltkrieg in der Bundesrepublik Deutschland als akademischer Lehrer und Spezialist für Staatsrecht eine gute Position. Dies bestätigt wohl die Tatsache, dass seine Tätigkeit im Nachkriegsdeutschland von staatlicher Seite anerkannt wurde. Im Jahr 1953 wurde Professor Helfritz mit dem Großen Verdienstkreuz der Bundesrepublik Deutschland ausgezeichnet, was im akademischen Leben in Deutschland für einen Professor eine sehr hohe und bis heute verhältnismäßig seltene Anerkennung darstellt.

## VI. Schlussbemerkungen

Leider konnte die Estnische Provisorische Regierung unter den Bedingungen eines Unabhängigkeitskrieges nicht sofort Schritte zur Wiedereröffnung einer Universität in Tartu einleiten. Am 20. Dezember 1918 fiel die Stadt Tartu der Roten Armee in die Hände und der Kurator der Universität Peeter Pöld war gezwungen, aus der Stadt zu flüchten. Er vertraute seine Aufgaben einem Mitglied der Übernahmekommission der Universität an, dem Mathematiker Jaan Sarv (1877–1954).<sup>29</sup> Wenn bereits im 17.

Jahrhundert in Dorpat im Namen der Einrichtung einer höheren Schule wenigstens indirekt das katholische Polen und das Königreich Schweden, das eine Erneuerung der Kirche mitgemacht hatte, konkurrierten und später dies bei der Entwicklung seiner Bildungsordnung das Russische Kaiserreich zu berücksichtigen versuchte, dann konnten auch in den Jahren von 1918 bis 1919 hier im Land die Konkurrenten um die Macht Versuche unternehmen, die Universität unter ihren Einfluss zu bringen. So begannen die Sowjets, die im Hinterland der Roten Armee die zivile Verwaltung organisierenden Arbeiterkommune Estlands, (estnisch: Eesti Töörahva Kommuun)<sup>30</sup> zu versuchen, die Universität Tartu wieder zu eröffnen. Der Leiter der Bildungs- und Kulturabteilung der Arbeiterkommune Estlands, Artur Vallner (1887–1937)<sup>31</sup>, machte dies Jaan Sarv zur Aufgabe und ernannte ihn gleichzeitig zum Leiter der Universität Tartu. Sarv erstellte der Universität ein Budget und eine neue Satzung, derzufolge im Bestand der Universität vorerst die Eröffnung einer Juristischen Fakultät nicht vorgesehen war.<sup>32</sup> Sarvs Entwurf wurde nicht umgesetzt, weil die Truppen der Republik Estland die Stadt am 14. Januar 1919 einnahmen. Am 28. Januar 1919 übernahm der nach Tartu zurückgekehrte Kurator Peeter Pöld (1878–1930) die Leitung der Universität und am 1. Dezember 1919 nahm mit einem feierlichen Aktus die Universität Tartu der Republik Estland in einem für Europa neuen Staat ihre Tätigkeit in estnischer Sprache auf. Ein untrennbarer Bestandteil dieser Hochschule war die Juristische Fakultät. Tatsächlich begannen die Juristen eine reguläre Lehre erst 1920, aber in der vielfältigen Geschichte der Universität war seit ihrer Gründung 1632 im Jahr 1918 noch ein interessanter Abschnitt verblieben, den wir als eine deutschsprachige Juristische Fakultät auf dem Boden des heutigen estnischen Staatsgebiets bezeichnen können.

legte die Grundlage für eine estnischsprachige Ausbildung in der Mathematik.

<sup>28</sup> Stolleis, Michael. Geschichte des Öffentlichen Rechts, Band 3: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914–1945, München: C.H. Beck, 1999, S.55.

<sup>29</sup> Jaan Sarv (21. Dezember 1877 in Leeguste, Gemeinde Saara (estnisch: Saru) im Kirchspiel Harjel (estnisch: Hargla) – 23. August 1954 in Tartu) war ein estnischer Mathematikprofessor und Pädagoge. Er arbeitete den größten Teil seines Lebens an der Universität Tartu als Professor am Lehrstuhl für Mathematik und Physik. Er

<sup>30</sup> Arbeiterkommune Estlands (Eesti Töörahva Kommuun) (auch: Eesti Töörahva Kommuuna, Eesti Töörahva Kommuna (Abkürzung: ETK), auch: Eestimaa Töörahva Kommuun; russisch: Estlandskaja trudovaja kommuna), englisch: The Commune of the Working People of Estonia) war in Narva am 29. November 1918 ausgerufen worden und bestand bis zum 18. Januar 1919, das heißt sie war eine 52 Tage lange existierende Sowjetische Republik

<sup>31</sup> Artur Vallner (18. Oktober 1887 in Reval (estnisch: Tallinn) – 4. November 1937 in Karelien, UdSSR, erschossen im Rahmen des Großen Terrors) ein estnischer (Vorsitzender des Provisorischen Landtags des Gouvernements Estland) und sowjetischer Politiker.

<sup>32</sup> Die Universität Tartu hätte aus vier Fakultäten bestanden, der für Mathematik-Physik, Astronomie-Geologie, Biologie und Soziologie-Philosophie.

## Autorenverzeichnis und Vorschau

Susanne Henck hat von 1999 – 2006 Politik- und Rechtswissenschaft mit dem Schwerpunkt auf Rechtstheorie und -philosophie an der FU Berlin und Humboldt Universität Berlin studiert. Seit ihrer Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozialrecht und Gesundheitsrecht von 2007 – 2010 forscht sie schwerpunktmäßig zum Verhältnis von Sachverstand und Staat sowie im Rahmen ihres Promotionsprojektes zum Gebot der Wirtschaftlichkeit im Recht. Sie war auf Bundes- wie Landesebene im parlamentarischen Bereich tätig u.a. als Referentin für Haushalt und Finanzen einer Landtagsfraktion und hat sich hierbei u.a. mit Landesschuldenmanagement mit Hilfe derivativer Finanzinstrumente beschäftigt. Derzeit ist sie im Sozialversicherungswesen tätig.

Dorothee Guggenheimer studierte an der Universität Zürich Allgemeine Geschichte und doktorierte an der Universität Augsburg mit einer Untersuchung zum Thema „Kredite, Krisen und Konkurse – Wirtschaftliches Scheitern in der Stadt St. Gallen im 17. und 18. Jahrhundert“.

Ivelina Lyubenova Masheva resides in Sofia, Bulgaria. Her present position is PhD Student. The title of her dissertation thesis is „Bulgarian Merchants and Ottoman Commercial Laws, 1840s-1870s“.

Urs Fasel ist Dr. iur., Berner Notar und Fürsprecher (Rechtsanwalt).

Czemi Türk ist Student der Rechtswissenschaften an der Universität Regensburg und freier Journalist bei regionalen Zeitungen und Zeitschriften. Neben seinem Studium war er als Gerichtsdolmetscher tätig.

Anna Käsbauser ist Rechtsreferendarin in Regensburg und beschäftigte sich bereits im Rahmen ihrer Dissertation mit den rechtsgeschichtlichen Grundlagen der gemeinsamen Selbstverwaltung in der gesetzlichen Krankenversicherung.

Antonio Sanchez Aranda is credited professor of History of Law at the University of Granada. He is collaborated as a researcher in projects nationally and internationally that address the historical and legal studies in a European comparative framework.

Edda Pauli: 1999-2002 Studium der Romanistik und Slawistik in Regensburg und Berlin; 2002 -2007 Studium der dt.-frz. Rechtswissenschaften in Paris und Potsdam, Assessorexamen 2009, Promotion 2015, wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht, internationales Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Regensburg.

Ignacio Czeguhn, Lehrstuhlinhaber für Bürgerliches Recht, Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte sowie vergleichende Rechtsgeschichte an der Freien Universität Berlin, Forschungsschwerpunkte: Geschichte der europäischen Höchstgerichtsbarkeit, Justizgeschichte im 19. Jahrhundert, Rechtsprechungsgeschichte.

Prof. Dr. Peeter Järvelaid (geb. 1957). Absolvierte die Juristische Fakultät der Universität Tartu 1981; seit 1981

Lehrkraft der Juristischen Fakultät der Universität Tartu; 1990 Dr. phil. auf dem Gebiet der Rechtswissenschaft; 1992–1997 ordentlicher Professor für Estnische Rechtsgeschichte der Universität Tartu, 1997–2010 in Tallinn an der Universität Nord ordentlicher Professor an der Juristischen Fakultät; seit 2010 ordentlicher Professor für Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung an der Universität Tallinn. 1997–2000 Berater des Justizministeriums der Republik Estland; 2003–2005 Rektor der Akademie für Innere Sicherheit; 2006–2007 Rektor der Estnischen Meeresakademie; Vorsitzender des Stiftungsrats des Jaan Poska (1866–1920) Erinnerungsfonds.

Rechtskultur steht Autoren aller einschlägigen Wissenschaftsdisziplinen ohne Ansehen des universitären Status offen. Kriterien sind allein Themenbezug und Qualität eines Aufsatzes.

Die nächsten Themenhefte der jährlich erscheinenden Zeitschrift werden folgende Themenfelder behandeln:

Kolonialrechtsgeschichte (2016)

Rechtsrezeption (2017)

Redaktionsschluss ist jeweils der 15. Oktober.

Rechtskultur is open to authors of all recognized areas of study irrespective of their university status. All that matters is that an article be of very high quality and in tune with the theme of the respective journal

Future topics of the annual journal will be:

History of colonial law (2016)

Reception of Law (2017)

The deadline for submissions is October 15th.

Rechtskultur est destinée aux auteurs de toutes les disciplines scientifiques pertinentes, sans considération de leur statut universitaire. Les seuls critères sont le lien avec le thème du cahier et la qualité de l'article

Les prochains cahiers thématiques de la revue annuelle traiteront des thèmes suivants :

Histoire du droit colonial (2016)

Réception du droit (2017)

La date de clôture de rédaction est chaque fois le 15 octobre.

## Bereits erschienen

Rechtskultur 1 (2012): Justizgeschichte des Bürgerlichen Zeitalters / Legal history of the Bourgeois Era / Histoire de la justice à l'époque Bourgeoise; ISBN: 978-3-86646-409-4; 49,00 Euro

Rechtskultur 2 (2013): Methode der Rechtsgeschichte und ihrer Nachbarwissenschaften beim Umgang mit rechtshistorischen Quellen / Which methods do legal history and related areas of study use with their sources? / Méthode de l'histoire du droit et des disciplines connexes quant au traitement des sources de l'histoire du droit; ISBN: 978-3-86646-417-9; 49,00 Euro

Rechtskultur 3 (2014): Strafrechts- und Kriminalitätsgeschichte / History of crime and criminal law / Histoire du droit pénal et de la criminalité; ISBN: 978-3-86646-427-8; 49,00 Euro

### Rechtskultur Wissenschaft

Band 1; Martin Löhnig, Die Justiz als Gesetzgeber: Zur Anwendung nationalsozialistischen Rechts in der Nachkriegszeit; 2010; ISBN: 978-3-86646-401-8; 29,90 Euro

Band 2; Martin Löhnig (Hrsg.), Zwischenzeit: Rechtsgeschichte der Besatzungsjahre; 2011; ISBN: 978-3-86646-403-2; 39,00 Euro

Band 3; Lena Stern, Der Strafgrund der Bekenntnisschimpfung; 2011; ISBN: 978-3-86646-404-9; 39,00 Euro

Band 4; Ricardo Gómez Rivero, Die Königliche Sanktion der Gesetze in der Verfassung von Cádiz; 2011; ISBN: 978-3-86646-405-6; 39,00 Euro

Band 5; Ignacio Czeguhn/Sánchez Aranda (Hrsg.), Vom Diener des Fürsten zum Diener des Rechts: Zur Stellung des Richters im 19. Jahrhundert; Del servicio al Rey al servicio de la Justicia: el cargo de juez en el siglo decimonónico; 2011; ISBN: 978-3-86646-406-3; 39,00 Euro

Band 6; Achim Geisenhanslüke/Martin Löhnig (Hrsg.), Infamie - Ehre und Ehrverlust in literarischen und juristischen Diskursen ; 2012; ISBN: 978-3-86646-407-0; 30,00 Euro

Band 7; Georg Heiß, Dr. Karl Friedrich Ritter von Heintz - Königlich Bayerischer Staatsminister der Justiz 1848/49 Leben und Wirken, 1. Auflage 2012; ISBN: 978-3-86646-408-7; 49,00 Euro

Band 8; Hans-Georg Hermann/Hans-Joachim Hecker (Hrsg.), Rechtsgeschichte des ländlichen Raums in Bayern, 1. Auflage 2012; ISBN: 978-3-86646-410-0; 39,00 Euro

Band 9; Antonio Sánchez Aranda/Martin Löhnig (Hrsg.), Justizreform im Bürgerlichen Zeitalter - Rechtsentwicklungen in Spanien und Deutschland, 1. Auflage 2013; ISBN: 978-3-86646-412-4; 35,00 Euro

Band 10; Alexandra Maier, Geschiedenenunterhalt in

Deutschland im 19. Jahrhundert, 1. Auflage 2013; ISBN: 978-3-86646411-7; 49,00 Euro

Band 11; Franz Birndorfer, Der erstinstanzliche Prozessalltag 1938 bis 1949 anhand der Ehescheidungsakten des Landgerichts Amberg, 1. Auflage 2013; ISBN: 978-3-86646415-5; 59,00 Euro

Band 12; Nikolas Smirra, Die Entwicklung der Strafzwecklehre in Frankreich - Vom Vorabend der Revolution bis zum Ende des 1. Weltkrieges, 1. Auflage 2014; ISBN: 978-3-86646-418-6; 49,00 Euro

Band 13; Markovic Dejan, „Nicht erforderlich, überspannt, bürokratisch und daher verfehlt“? Beschränkungen der Verfügungsbefugnis über landwirtschaftliche Flächen in Bayern im 20. Jahrhundert, 1. Auflage 2014; ISBN: 978-3-86646-419-3; 49,00 Euro

Band 14; Löhnig/Czeguhn (Hrsg.), Die spanische Verfassung von 1812: Der Beginn des europäischen Konstitutionalismus; La Constitución española de 1812: El comienzo del constitucionalismo europeo; 1. Auflage 2014; ISBN: 978-3-86646-421-6; 49,00 Euro

Band 15; Sonnenschein Manuela, Entnazifizierung nationalsozialistischen Arbeitsrechts - Die Rechtsprechungstätigkeit nord-rhein-westfälischer Arbeitsgerichte 1945-1949, 1. Auflage 2014; ISBN: 978-3-86646-423-0; 39,00 Euro

Band 16; Löhnig/Preisner/Schlemmer (Hrsg.), Krieg und Recht - Die Ausdifferenzierung des Rechts von der ersten Haager Friedenskonferenz bis heute, 1. Auflage 2014; ISBN: 978-3-86646-424-7; 49,00 Euro

Band 17; Roeckl Philipp Paul, Geschichte der Genossenschaftsgesetzgebung im Königreich Bayern, 1. Auflage 2015; ISBN: 978-3-86646-428-5; 59,00 Euro

Band 18; Hartwig Maier, Die württembergische Gewerbe- und Kaufmannsgerichtsbarkeit und insbesondere deren Rechtsprechung zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund, 1. Auflage 2015; ISBN: 978-3-86646-429-2; 59,00 Euro

## Leserservice & Bestellungen

[www.Edition-Rechtskultur.de](http://www.Edition-Rechtskultur.de)  
eine Reihe der H. Gietl Verlag & Publikationsservice Gmbh, Regensburg  
E-Mail: [info@Edition-Rechtskultur.de](mailto:info@Edition-Rechtskultur.de)  
Fax: ++49 (0)9402/9337 - 24  
Tel. ++49 (0)9402/9337 - 0



## **Impressum**

Verlag: Edition Rechtskultur in der H. Gietl Verlag & Publikationsservice GmbH, Pfälzer Str. 11, 93128 Regensburg

Herausgeber: Ignacio Czeguhn - Lukas Gschwend - Dirk Heirbaut - Martin Löhnig - Antonio Sánchez Aranda

Redaktion: Lehrstuhl Prof. Dr. Martin Löhnig, Universität Regensburg, rechtskultur@ur.de

Satz & Layout: Simon Naczinsky, Thomas Hornberger (Regensburg)

ISBN: 978-3-86646-430-8, Preis: 49,- Euro

Aboservice: info@edition-rechtskultur.de; H. Gietl Verlag & Publikationsservice GmbH, Pfälzer Str. 11, 93128 Regensburg, Tel.: +49 9402 9337 0, Fax: +49 9402 9337 24

[www.edition-rechtskultur.de](http://www.edition-rechtskultur.de)

© Edition Rechtskultur 2015

