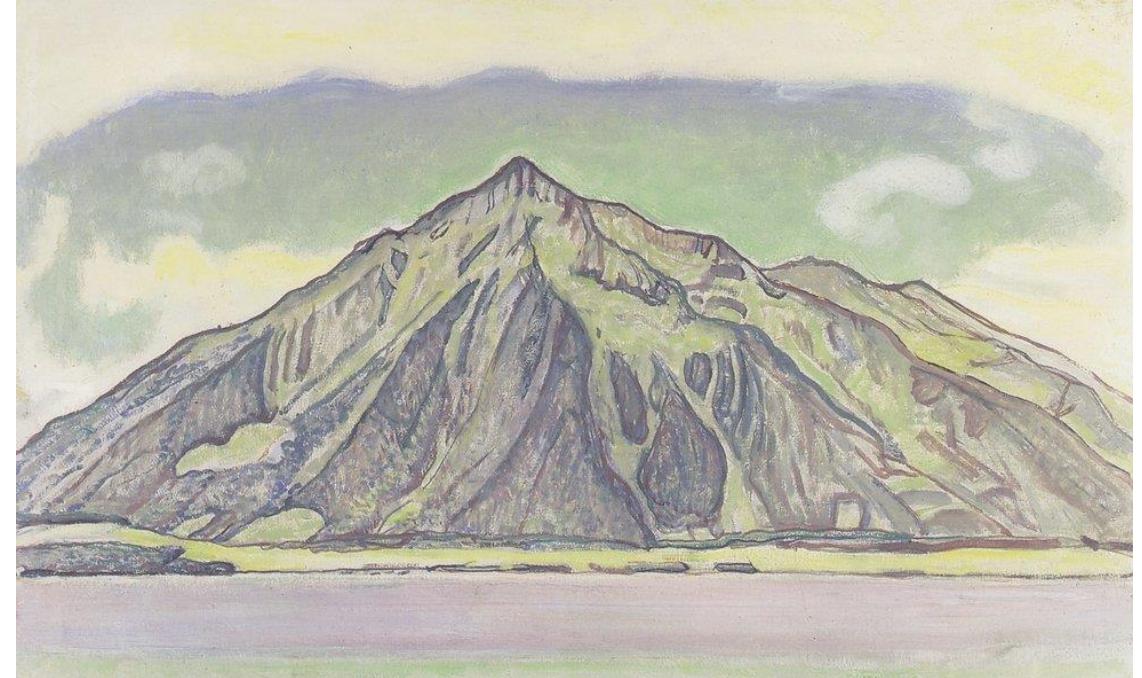


# **Urs Fasel**

## **§ 23 Konzept der Kodifikation und seine Relativierungen im 20./21. Jahrhundert**



**Thunersee mit Niesen, Ferdinand Hodler**

# **§ 23 Konzept der Kodifikation und seine Relativierungen im 20./21. Jahrhundert**

- I. Ursprüngliches Konzept: Kodifikation und Veränderungen der realen Welt
- II. Arten der Abänderungen
- III. Überblick über Revisionen innerhalb der Kodifikation
- IV. Änderungen im Obligationenrecht
- V. Ursachen für die neueren Entwicklungen
- VI. Schrittmacherfunktion der Rechtsprechung
- VII. Schrittmacherfunktion durch neue Institute: Die Vertrauenshaftung
- VIII. Schluss

# I. Ursprüngliches Konzept: Kodifikation und Veränderungen der realen Welt

- Kodifikationsidee: Vereinheitlichung
- Umfassende, möglichst vollständige, gedankliche und technische Vereinheitlichung als Idee
- Auch die Idee einer sozialen Vereinheitlichung
- Medienwelt: in Sekundenschnelle Informationen, aber auch: Wandel der Sozialstrukturen
- Grosser technischer Fortschritt: Auto, Ausbildung Telekommunikation
- Technische Revolution in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts



## II. Arten der Abänderungen

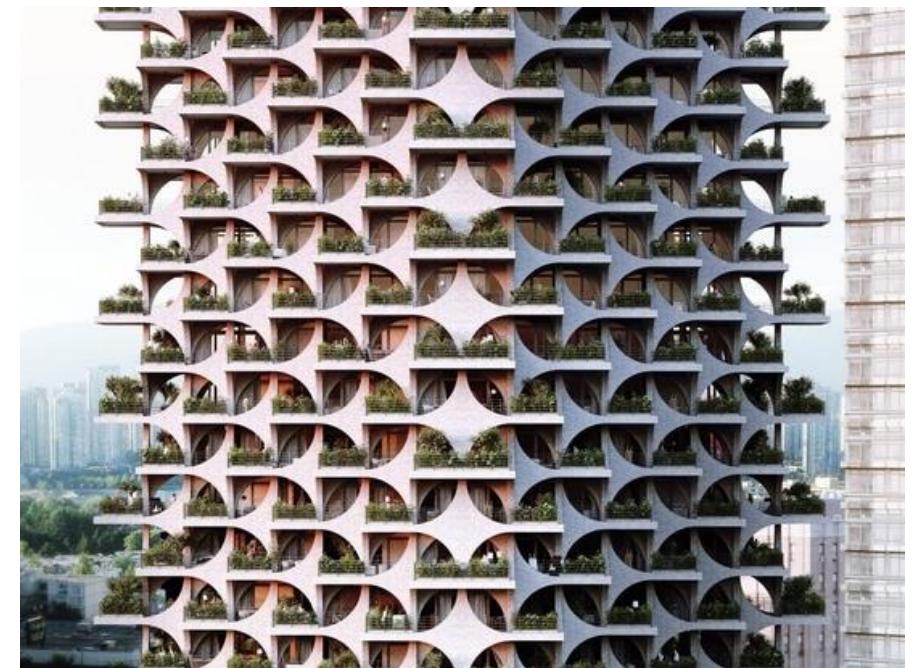
- Zahlreiche Änderungen innerhalb der eigentlichen Kodifikation durch «Gesetzesnovellen» (welche immer komplexer werden)
- Schaffung von Sondergesetzen für Sonderprobleme (= eigentliche Dekodifikation)
- Schaffung von Normen extra legem, insbesondere durch Richterrecht: Umgestaltung der Kodifikation durch Schaffung von sich ausdehnendem Richterrecht mit entsprechenden Konsequenzen



Das Obergericht des Kantons Bern

### III. Überblick über Revisionen innerhalb der Kodifikation

- Streuung von Grundeigentum: Novelle Stockwerkeigentum mit Revision des Miteigentumsrechtes, ab 1987  
Wohneigentumsförderung über Bezug von Mitteln aus der beruflichen Vorsorge
- Schaffung eines Sondergesetzes: Bäuerliches Bodenrecht
- Ausbau des Persönlichkeitsschutzes
- Aufbau des Sozialversicherungsrechtes, neben erster Säule (AHV) zweite Säule (BVG) ab 1985
- Grossbaustelle Familienrecht: Zuerst Kindsrecht, dann das Güterrecht, später das Scheidungsrecht und das Erwachsenenschutzrecht
- Grossbaustelle Erbrecht mit «Mehrfachetappen»



## § 23 Konzept der Kodifikation und seine Relativierungen im 20./21. Jahrhundert

# IV. Änderungen im Obligationenrecht

- Eugen Huber machte noch Vorschläge für die Änderungen der Handelsgesellschaften und die Genossenschaft: Revisionen Aktienrecht als ständige Baustelle
- 1945 wurde Art. 48 OR einem eigenen Gesetz zugewiesen: Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb (kurz: UWG)
- 1961 Einführung Sonderbestimmungen für Grundstückserwerb von Ausländern: Lex von Moos/Friedrich/Koller mit Änderungen
- Verschiedene Revisionen Arbeitsvertragsrecht: Das System der Kündigungsgründe u.a., Auswirkungen des Internets, Homeoffice-Arbeit
- Bundesgesetz über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen vom 27.03.1985, später: Reintegration ins OR (Art. 269 ff. OR)
- Regelungen von Haustürgeschäften (Art. 40a ff. OR)
- Sondergesetze: Kleinkreditgesetz 1957, später Konsumenteninformationsgesetz 1991, Konsumkreditgesetz, ferner Bundesgesetz über die Kartelle
- Grosse Dekodifizierung durch das Fusionsgesetz mit Spaltungen, Vermögensübertragungen und ähnliche Übergänge innerhalb von Firmenstrukturen, ja sogar mit Auswirkungen im Stiftungsrecht



Erster Flug der Swissair über New York

## V. Ursachen für die neueren Entwicklungen

- Ausbildung der Juristengenerationen auch im Ausland (Import der angloamerikanischen Rechtstradition)
- Überforderung des Gesetzgebers durch Komplexität: Bewältigungsstrategie Einzelgesetze für Einzelprobleme, was zur Sondergesetzgebung führt
- Oft: Unfähigkeit des Parlamentes, Entscheide zu fällen, um die Frage «an die Praxis» zu delegieren, mit entsprechender Rechtsunsicherheit
- Ständiger Wahlkampf mit ständiger Profilierung: Ideen haben kaum Zeit, ausgegoren zu werden
- Materielle Probleme: Störung des kant'schen Modells von zwei gleich starken Vertragspartnern (Ungleichgewichtslagen ausgleichen mittels «Eingriffen zu Gunsten der materiellen Gerechtigkeit», aber wie?)
- Auch: Defizite an Wissenschaftlichkeit in punktuellen Fragen



## VI. Schrittmacherfunktion der Rechtsprechung

- Schrittmacherfunktion der Gerichte
- Gerichte und Rechtsprechung «Gewinnerin» der letzten 100 Jahre
- Viele Neuschöpfungen durch die Praxis: Fünf Beispiele
  - a. Konkubinatsregel 50%:50%
  - b. Güterrecht und Pflichtteile: Differenzierung gemeinsame und nichtgemeinsame Nachkommen (Art. 216 ZGB)
  - c. Haftungsrecht im Obligationenrecht: Art. 55 OR bildet Grundlage für Haftung für fehlerhafte Produkte (später: das Produkthaftpflichtgesetz geschaffen) oder die Haftungsverschärfung im Rahmen der Gefälligkeitshaftungen (Birnbaumentscheid, Rundholzentscheid usw.)
  - d. Aufklärungspflichten im Auftragsrecht (Veränderungen innerhalb der Kodifikation)
  - e. Die Vertrauenshaftung (folgt)



## VII. Schrittmacherfunktion durch neue Institute: Die Vertrauenshaftung

- Grundlegende Einführung der Vertrauenshaftung mit BGE 120 II 331 ff.
- Ausgangspunkt Gaius mit Zweiteilung
- Weiterentwicklung von Jhering: Culpa in contrahendo bei intendiertem Vertragsverhältnis
- Weiterentwicklung von Canaris: Zwischenfälle bei nichtigen Verträgen
- Bundesgericht: Wer Vertrauen schafft, und dies treuwidrig enttäuscht, der haftet (alle Tatbestandsmerkmale extra legem, Rechtsfolge: Ersatzpflicht für eingetretenen Schaden, extra legem)



Das Bundesgericht in Lausanne

## VIII. Schluss

- Eugen Huber: «Aber das können wir sagen, dass eben doch mit der Geschichte sich alsdann ein gereifter, praktischer Idealismus verbinde, [...], der einem gereinigten und den Verhältnissen entsprechenden Ideal zu folgen vermag und die Bürgschaft für eine gesunde Ausbildung des künftigen Rechtes bilden kann.
- Ich glaube mich nicht zu täuschen, wenn ich annehme, dass dieser Geist bei den schweizerischen Juristen mehr verbreitet ist als in anderen Ländern, weil wir mehr historischen Sinn haben, aber um so mehr müssen wir dessen bewusst sein, dass wir berufen sind, diesen Geist zu erhalten und zu pflegen, damit er nie untergehe, sondern weiter gedeihe und immer die Bürgschaft dafür bilde, dass in der geschichtlichen Entwicklung des Rechtes in unserem Lande jederzeit das Richtige getroffen werden kann.»



Eugen Huber