

# 1. Teil:

## Gleichheit als klassisches Thema des Privatrechts

### § 2 Gleichheit als Leitbegriff des Privatrechts seit 1800

#### I. Gleiche Rechtsfähigkeit jeder Person

##### 1. Gleichheit an „ursprünglichen“ Rechten im jüngeren Naturrecht

Die theoretische Grundlegung der Gleichheitsidee erfolgt im Naturrecht und vor dem Hintergrund der Gesellschaftsvertragstheorien, die auf der Idee der normativen Gleichheit aller Menschen basieren.<sup>1</sup> Die politischen Auswirkungen des Gleichheitsbegriffs sind im Kontext nationaler – sofern dieser Begriff im Europa des 18. Jahrhunderts überhaupt passt – Besonderheiten zu würdigen.<sup>2</sup> In Deutschland wurde seit Ende des 18. Jahrhunderts der Gleichheitsbegriff vor allem gegen die ständischen Ungleichheiten in der Gesellschaft mobilisiert.<sup>3</sup> Auslöser und Katalysator waren die Ereignisse der Französischen Revolution. Gleichheit wurde in deren Gefolge vor allem als „Rechtsgleichheit“ verstanden.<sup>4</sup> Danach sind sich alle Menschen hinsichtlich ihrer rechtlichen Stellung in der Gesellschaft gleich, auch wenn sie in anderen Merkmalen verschieden und daher ungleich sind. Das wird etwa bei dem Zeitgenossen *Johann Christoph Hoffbauer* (1766-1827) deutlich:

*„Die ursprünglichen Rechte des Menschen werden durch seine Natur bestimmt. Die menschliche Natur ist aber bey allen und jeden Menschen eine und eben dieselbe, es müssen daher alle Menschen ursprünglich gleiche Rechte haben, oder der eine Mensch muß eben die Rechte haben, welche jeder andere hat; so lange keiner von ihnen ein Recht veräußert, oder ein neues Recht erworben hat. Hierin besteht die ursprüngliche rechtliche Gleichheit, oder, wie man es auch nennt, die natürliche Gleichheit der Menschen.“<sup>5</sup>*

Die zeitgenössischen Konzeptionen der „ursprünglichen Rechte“ des Menschen weisen eine große Vielfalt auf; sie reichen von wenigen Grundprinzipien<sup>6</sup> hin zu

1 *Dann*, Gleichheit und Gleichberechtigung, 1980, 93-100; *Mahlmann*, Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie, 2008, 140 ff.

2 *Dann*, Gleichheit und Gleichberechtigung, 1980, 106.

3 Siehe zur Entwicklung auch die knappe Skizze von *Stolleis*, Historische und ideengeschichtliche Entwicklung des Gleichheitssatzes, in: *Wolfrum*, Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, 2003, 7, 10 ff.

4 *Dann*, Gleichheit und Gleichberechtigung, 1980, 124 ff; zum Folgenden vgl. auch *Klippl*, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976, 161 ff.

5 *Hoffbauer*, Untersuchungen über die wichtigsten Gegenstände des Naturrechts, 1795, 246.

6 So bei *Hoffbauer*, Untersuchungen über die wichtigsten Gegenstände des Naturrechts, 1795, 122 f.

ganzen Menschenrechtskatalogen.<sup>7</sup> Im Kern geht es diesen Menschenrechten immer um die „natürliche Freiheit“, die prinzipiell als gleiche Freiheit oder Freiheit Gleicher konzipiert wurde.<sup>8</sup> Gleichheit wurde im Naturrecht also nicht deskriptiv aufgefasst, sondern hatte betont postulativen Charakter. Den Vertretern des jüngeren Naturrechts<sup>9</sup> ab ca. 1780 ging es um die Gleichheit an „ursprünglichen“ oder „angeborenen“ Rechten. In diesen Menschenrechten drückt sich der zeitgenössische Freiheitsbegriff aus.<sup>10</sup> Weil es um eine gesellschaftspolitische Gleichheitsaussage ging, bestand ein elementarer Sachzusammenhang zu den Rechtsverhältnissen der betroffenen Akteure.<sup>11</sup> Der naturrechtliche Gleichheitsbegriff ist daher ein sozialer Rechtsbegriff.<sup>12</sup> Anders als im klassischen Naturrecht wurde das Prinzip der Gleichheit der Rechte nicht mehr auf den Naturzustand fixiert und damit seine sozialpolitische Sprengkraft neutralisiert.<sup>13</sup> Es wurde jetzt in ein gesellschaftliches Organisationsprinzip umgedeutet, das es im Staat zu verwirklichen galt.<sup>14</sup> Die Freiheitsrechte und die Menschenrechte – mit ihnen zwangsläufig auch das Prinzip „Rechtsgleichheit“ – traten zunehmend normativ auf und beschränkten sich nicht mehr auf ein Dasein als philosophische, religiöse oder sittliche Idee.<sup>15</sup> Sie wurden zugleich resistent gemacht gegenüber ihrer Veräußerung.<sup>16</sup> „Der Mensch hat zwar die Befugnis“, schrieb Heinrich Stephani (1761–1850), „seine Personalrechte nicht zu gebrauchen; aber nicht die Befugniß, solche wegzu geben, weil sie unveräußerlich sind.“<sup>17</sup> Sie sind unveräußerlich, „weil sie von unserer Person unzertrennlich sind.“<sup>18</sup>

7 Vertiefend dazu Klippel, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976, 119 ff.

8 Vertiefend Rückert, Natürliche Freiheit – Historische Freiheit – Vertragsfreiheit, in: Kervégan/Mohnhaupt, Recht zwischen Natur und Geschichte, 1997, 305, 307 ff.

9 Zur Abgrenzung vom älteren Naturrecht vgl. Klippel, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976, 14 f.

10 Klippel, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976, 123.

11 Dann, Gleichheit und Gleichberechtigung, 1980, 19.

12 Dann, Gleichheit und Gleichberechtigung, 1980, 95 [dort schon zum Begriff im älteren Naturrecht].

13 Dann, Gleichheit und Gleichberechtigung, 1980, 97 ff.

14 Klippel, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976, 184 ff; Klippel, Naturrecht als politische Theorie, in: Bödeker/Herrmann, Aufklärung als Politisierung – Politisierung der Aufklärung, 1987, 267, 273 f.

15 Rückert, Natürliche Freiheit – Historische Freiheit – Vertragsfreiheit, in: Kervégan/Mohnhaupt, Recht zwischen Natur und Geschichte, 1997, 305, 310.

16 Dazu Klippel, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976, 125 ff; Klippel, Persönliche Freiheit und Vertrag, in: Kervégan/Mohnhaupt, Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie, 1999, 133.

17 Stephani, Grundlinien der Rechtswissenschaft, 1797, § 158, S. 74.

18 Stephani, Grundlinien der Rechtswissenschaft, 1797, § 160, S. 74.

## 2. Die Neukonzeption der bürgerlichen Gesellschaft

Ebenfalls ab 1780 begann man langsam, das Verhältnis von Staat und Gesellschaft neu zu interpretieren.<sup>19</sup> In der Tradition der klassischen politischen Philosophie wurde der Staat mit der „politischen“ und „bürgerlichen Gesellschaft“ gleich-<sup>20</sup> und einer „natürlichen“ Gesellschaft als vor- oder außerstaatlicher Ordnung entgegengesetzt.<sup>21</sup> Immanuel Kant (1724-1804) benutzte die überkommenen Begrifflichkeiten noch in der *Methaphysik der Sitten* (1797), wo er den Staat (*civitas*) als „Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen“<sup>22</sup> beschreibt und ihn gleichsetzt mit der *societas civilis*,<sup>23</sup> der bürgerlichen Gesellschaft. Andere differenzieren hier schon auf begrifflicher Ebene. Paul Johann Anselm Feuerbach (1775-1833) unterschied beispielsweise die bürgerliche Gesellschaft vom Staat, den er als Zustand einer „organisierten bürgerlichen Gesellschaft“<sup>24</sup> beschrieb und in dem er die „vollkommene Sicherung wechselseitiger Freiheit“<sup>25</sup> der Bürger und die „Idee rechtlicher Freiheit“<sup>26</sup> realisiert sah. Die Stelle zeigt, dass sich die Begriffe „bürgerliche Gesellschaft“ und „Staat“ seit 1780 langsam auseinander bewegten.<sup>27</sup> Bemerkenswert ist die 1782 erschienene Schrift *Ueber die Schicklichkeit der Aufwandsgesetze* von Samuel Simon Witte (1738-1802).<sup>28</sup> Er entwarf darin die Konzeption einer bürgerlichen Gesellschaft, die begrifflich vom Staat zu trennen ist und als freie Marktgemeinschaft von Individuen, die mit Freiheitsrechten versehen sind, verstanden wird, und in die der Staat nicht ohne weiteres eingreifen darf.<sup>29</sup> Damit nahm er ein Begriffsverständnis vorweg, das sich ab 1800 verstärkt durchsetzen wird. Der Ausdruck „bürgerlich“ wird nicht mehr als gleichbedeutend mit „politisch“ gebraucht, sondern bezeichnet nur mehr die „gesellschaftliche“ Stellung des privatisierten Bürgers im – von der Gesellschaft streng geschiedenen – Staat.<sup>30</sup> Das ist die von Georg Friedrich Wilhelm Hegel (1770-1831) in der *Rechtsphilosophie* (1820/21) zusammen-

19 Näher Klippel, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976, 136 ff.

20 Vgl. Locke, Two Treatises of Government, 1689, II § 7: „Of Political or Civil Society“.

21 Dazu Riedel, Der Begriff der „Bürgerlichen Gesellschaft“ (1962), in: Riedel, Studien zu Hegels Rechtsphilosophie, 1969, 135, 138 ff; Klippel, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976, 35 ff, 57 ff.

22 Kant, Metaphysik der Sitten (1797), Bd. VI, <http://www.korpora.org/Kant/aa06/>, S. 313.

23 Kant, Metaphysik der Sitten (1797), Bd. VI, <http://www.korpora.org/Kant/aa06/>, S. 314.

24 Feuerbach, Anti-Hobbes, 1798, 35.

25 Feuerbach, Anti-Hobbes, 1798, 35.

26 Feuerbach, Anti-Hobbes, 1798, 38.

27 Klippel, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976, 136 ff.

28 Witte, Ueber die Schicklichkeit der Aufwandsgesetze, 1782.

29 Klippel, Die Theorie der Freiheitsrechte am Ende des 18. Jahrhunderts in Deutschland, in: Mohnhaupt, Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten (1988-1990), 1991, 364.

30 In Anlehnung an Riedel, Der Begriff der „Bürgerlichen Gesellschaft“ (1962), in: Riedel, Studien zu Hegels Rechtsphilosophie, 1969, 135, 146.

gefasste und begrifflich geprägte neue Konzeption der bürgerlichen Gesellschaft:<sup>31</sup>

„Die Individuen sind als Bürger dieses Staates Privatpersonen, welche ihr eigenes Interesse zu ihrem Zwecke haben.“<sup>32</sup>

„Bürgerlich“ ist nicht mehr gleichbedeutend mit „politisch“, und „Gesellschaft“ impliziert keine Organisationseinheit mehr, sondern nur mehr die Summe einzelner Personen mit je eigener Zweckverfolgung.<sup>33</sup> Die Individuen werden zwangsläufig zu „Mitglieder[n] der bürgerlichen Gesellschaft“<sup>34</sup>, weil „der selbstsüchtige Zweck in seiner Verwirklichung [...] durch die Allgemeinheit bedingt“<sup>35</sup> ist. Um in diesem „System allseitiger Abhängigkeit“<sup>36</sup> die Befriedigung seiner Bedürfnisse zu erreichen, muss sich der Einzelne „zu einem Gliede in der Kette dieses Zusammenhangs machen“.<sup>37</sup> Der Mensch wird zum „Bürger (als bourgeois)“<sup>38</sup>. Bürgerliche Gesellschaft ist daher „eine Verbindung der Glieder der als selbstständiger Einzelner in einer somit formellen Allgemeinheit, durch ihre Bedürfnisse, und durch die Rechtsverfassung als Mittel der Sicherheit der Personen und des Eigentums und durch eine äußerliche Ordnung für ihre besonderen und gemeinsamen Interessen“ im Staat.<sup>39</sup> Dieses Begriffsverständnis, nicht aber ihre politische Funktion in Hegels Gesellschaftstheorie<sup>40</sup>, hat sich dann im 19. Jahrhundert rasch durchgesetzt.

### 3. Gleichheit im Privatrecht – Orientierungsversuche

#### a) Die Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht

Mit dieser konzeptionellen Trennung koinzidiert die Geburt des „Privatrechts“ als eigenständige, vom staatlichen (öffentlichen) Recht zu trennende Materie.<sup>41</sup>

31 Zu diesen Aspekten vertiefend Riedel, Der Begriff der „Bürgerlichen Gesellschaft“ (1962), in: Riedel, Studien zu Hegels Rechtsphilosophie, 1969, 135, 145 ff; Wielsch, Freiheit und Funktion, 2001, 40 ff.

32 Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 187, S. 190.

33 Wielsch, Freiheit und Funktion, 2001, 42.

34 Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 187, S. 190.

35 Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 183, S. 187.

36 Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 183, S. 187.

37 Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 187, S. 190.

38 Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 190, S. 195.

39 Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 157 S. 164 f.

40 Die Entwicklung der Differenz von Staat und bürgerlicher Gesellschaft ist bei Hegel notwendige Voraussetzung für die Begründung des Primats des Staates; die bürgerliche Gesellschaft war also Mittel zum Zweck; vgl. Horstmann, Autonomie des Rechts in rechts historischer Perspektive, in: Siep, G.W.F. Hegel – Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1997, 193, 210 ff, insb. 214 f; Wielsch, Freiheit und Funktion, 2001, 47 f.

41 Dazu vertiefend Björne, Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert, 1984, 113 ff; Grimm, Politische Funktion der Trennung, in: Grimm, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, 84 ff; Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. II, 1992, 51 ff; Schröder, FS Gernhuber, 1993, 962 ff; teilweise überholt Bullinger, Öffentliches Recht, 1968, 13 ff.

Kant hat diese Entwicklung wohl weniger geprägt als vielmehr treffend zusammengefasst:<sup>42</sup>

*„Die oberste Eintheilung des Naturrechts kann nicht (wie bisweilen geschieht) die in das natürliche und gesellschaftliche, sondern muß die ins natürliche und bürgerliche [lies: staatliche] Recht sein: deren das erstere das Privatrecht, das zweite das öffentliche Recht genannt wird. Denn dem Naturzustande ist nicht der gesellschaftliche, sondern der bürgerliche [lies: staatliche] entgegengesetzt: weil es in jenem zwar gar wohl Gesellschaft geben kann, aber nur keine bürgerliche (durch öffentliche Gesetze das Mein und Dein sichtende), daher das Recht in dem ersteren das Privatrecht heißt.“<sup>43</sup>*

Das Privatrecht regelt also die Rechte unter den Individuen und das öffentliche Recht sorgt für den Rechtsschutz und sichert die Möglichkeiten der Ausübung privatrechtlicher Freiheiten. Ein isoliertes, „natürliches“ Privatrecht wäre nicht in der Lage, seine freiheitsverbürgende Kraft zu entfalten. Nach Franz von Zeiller (1751-1828), der als Beisitzer der Hofkommission in Justizgesetzsachen maßgeblichen Einfluss auf die Entstehung des ABGB ausübte,<sup>44</sup> konnte der vom „natürlichen Privat-Recht“ erfasste „außerbürgerliche Zustand“ „kein wirklicher rechtlicher Zustand seyn“.<sup>45</sup> Nur im Staat „kann der rechtliche Zustand zur Wirklichkeit gebracht werden“.<sup>46</sup> Im Wortlaut:

*„Das Rechtsverhältnis zwischen der obersten Macht und den Unterthanen wird durch das öffentliche (Staatsrecht), jenes zwischen Privaten durch das bürgerliche Privatrecht bestimmt.“<sup>47</sup>*

Zeiller benutzte den Begriff „bürgerlich“ hier schon im neuen, modernen Sinn. Das war der um 1800 erreichte Zustand. Er ließ prinzipiell noch offen, ob und wie der Staat das Privatrecht gestalten kann.<sup>48</sup> Das ging vielen Vertretern des jüngeren Naturrechts nicht weit genug.<sup>49</sup> Daher arbeitete man weiter an der Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht. Ihr kam eine politische Funktion zu: Privatrecht sollte einen Freiraum der bürgerlichen Gesellschaft vor dem unkontrollierten Zugriff des Staates sichern.<sup>50</sup> Prinzipielles Privatrecht diente als

42 Vgl. Björne, Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert, 1984, 115 f.

43 Kant, Metaphysik der Sitten (1797), Bd. VI, <http://www.korpora.org/Kant/aa06/>, S. 242.

44 Floßmann, U., Artikel „Zeiller, Franz von“, HRG, Bd. V, 1998, Sp. 1637.

45 Zeiller, Jährlicher Beytrag, 1806, 2.

46 Zeiller, Jährlicher Beytrag, 1806, 3.

47 Zeiller, Jährlicher Beytrag, 1806, 3.

48 Schröder, FS Gernhuber, 1993, 962, 973 f.

49 Klippel, Natürliches Privatrecht, in: Klippel, Naturrecht im 19. Jahrhundert, 1997, 221, 233 ff.

50 Grimm, Politische Funktion der Trennung, in: Grimm, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, 84, 99 ff; Klippel, Natürliches Privatrecht, in: Klippel, Naturrecht im 19. Jahrhundert, 1997, 221, 237 ff; allgemein zur politischen Funktion des jüngeren Naturrechts auch im 19. Jahrhundert Klippel, Naturrecht als politische Theorie, in: Bödeker/Herrmann, Aufklärung als Politisierung – Politisierung der Aufklärung, 1987, 267, 273 ff.

Verfassungssatz.<sup>51</sup> Zeiller tendierte in diese Richtung.<sup>52</sup> Ob ihm diese politische Dimension bewusst war, bleibt fraglich, weil ihm nur das öffentliche Recht der politischen Gesetzgebung zugänglich schien.<sup>53</sup> Die politische Bedeutung des Privatrechts überdauert das Zeitalter des natürlichen Privatrechts und wird Teil des Programms der Historischen Rechtsschule.<sup>54</sup> So kommt beispielsweise sowohl dem Gewohnheits- wie dem Pandektenrecht bei Georg Friedrich Puchta (1798-1846) eine politische Dimension zu, wie Hans-Peter Haferkamp gezeigt hat.<sup>55</sup> Die fortbestehende politische Bedeutung des Privatrechts darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich die dafür maßgeblichen Gründe<sup>56</sup> und ihre politische Stoßrichtung sowohl gegenüber dem natürlichen Privatrecht als auch gegenüber Hegel<sup>57</sup> deutlich geändert haben. Dazu Joachim Rückert:

„Politisch richtete man sich gegen den neuen bürokratischen Zentralismus, der schon seit dem späten 18. Jahrhundert die mächtigen Kodifikationsbewegungen trug, von „rechts“ wie „links“. [...] Positiv politisch gab sich die Historische Rechtsschule vermittelnd, geneuer: reformkonservativ.“<sup>58</sup>

Es ging mit den Worten Puchtas darum, „das Recht sicherzustellen, gegen die Staatskünstler, mögen sie in der Jakobinermütze oder in der Tiara auftreten.“<sup>59</sup>

### b) Systeme der Freiheit: formelle Gleichheit vs. „gänzlicher Gleichheit“

Angesichts der Schwierigkeiten, das Gleichheitspostulat im öffentlichen Recht zu verwirklichen,<sup>60</sup> wird ab 1800 zunehmend das Privatrecht dafür mobilisiert. Wie Diethelm Klippel nachgewiesen hat, wurden die Prinzipien der Gleichheit und der Freiheit zu den Grundsätzen des „natürlichen Privatrechts“ jener Zeit.<sup>61</sup> Joa-

51 Dazu Grimm, Recht und Staat, in: Grimm, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, 192 ff.

52 Vgl. Zeiller, Jährlicher Beytrag, 1806, 4: „...daß wir im Staate die Rechte nicht erst von dem guten Willen der Machthaber (als Rechtsgesetzgeber) empfangen, sondern nur unter ihrem Schutze der, von einer höheren Macht [der Vernunft] verliehenen Rechte sicher teilhaft werden sollen.“ Zum Programm Zeillers vgl. Schmidlin, Der Begriff der bürgerlichen Freiheit bei Franz v. Zeiller, in: Selb/Hofmeister, Forschungsband Franz von Zeiller, 1980, 192, 206 f; Grimm, Zeiller, in: Grimm, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, 212, 217 ff.

53 Vgl. Zeiller, Jährlicher Beytrag, 1806, 41.

54 Dazu zuletzt weiterführend Rückert, JZ 2010, 1 ff.

55 Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die ‘Begriffsjurisprudenz’, 2004, 143 ff, 434 ff; allgemein zur politischen Dimension des (Privat-)Rechts bei Puchta Rückert, Autonomie des Rechts, 1988, 79 ff.

56 Zu Puchta siehe Rückert, Autonomie des Rechts, 1988; Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die ‘Begriffsjurisprudenz’, 2004, 311 ff und Mecke, Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta, 2009, 256 ff.

57 Dazu Rückert, Autonomie des Rechts, 1988, 80 f.

58 Dazu jetzt knapp bilanzierend Rückert, JZ 2010, 1, 3.

59 Brief v. 16.2.1844 an Ernst Ludwig von Gerlach, abgedruckt in Liermann/Schoeps (Hrsg.), Materialien zur preußischen Ehrechtsreform im Vormärz, 1961, 501 f (hier zitiert nach Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die ‘Begriffsjurisprudenz’, 2004, 436).

60 Dazu Damm, Gleichheit und Gleichberechtigung, 1980, 164 ff.

61 Klippel, Natürliches Privatrecht, in: Klippel, Naturrecht im 19. Jahrhundert, 1997, 221, 237 f.

chim Rückert hat auf das „besondere Problem der Juristen“ hingewiesen, diese normativen Forderungen vor dem Hintergrund der zeitgenössischen Gesellschaftsordnung mit dem positiven Recht zu vereinbaren.<sup>62</sup> Seine auf die Freiheitsforderung gemünzte Frage lässt sich gleichermaßen für die Gleichheitsforderung stellen: Gilt sie „sofort und strikt, für alle, für immer, überall, in vollem Maße, nur prinzipiell oder streng“?<sup>63</sup> Vor allem die letzten drei Fragen beschäftigte die Privatrechtstheorie des ausgehenden 18. und des frühen 19. Jahrhunderts. Strikte Gleichheit, in vollem Maß, auch für die Mitglieder der bürgerlichen Gesellschaft untereinander – das hätte revolutionäre Auswirkung gehabt. Vor allem aber: Wie hätte es sich mit der Freiheit verhalten? Die von Anfang an verfolgte Lösung war so einfach wie genial – jedenfalls für die Gesellschaftsordnung in Deutschland und Österreich um 1800: Beide Prinzipien wurden in ein bestimmtes, für die nachfolgende Entwicklung grundlegendes Verhältnis gebracht: Es ging nicht so sehr um rechtliche Freiheit *und* rechtliche Gleichheit, sondern um *gleiche rechtliche Freiheit*. Gleichheit bedeutete Gleichheit in der Freiheit.<sup>64</sup> Gleichheit wurde zum Adjektiv. Rechtsgleichheit im Privatrecht war notwendige Voraussetzung, damit es die ihm zugewiesene Aufgabe der Freiheitssicherung erfüllen konnte.

Exemplarisch kann man das bei *Franz von Zeiller* verfolgen.<sup>65</sup> Nach *Zeiller* ist „gesetzliche Gleichheit“<sup>66</sup> letztlich identisch mit dem von ihm als „Urrecht“ bezeichneten „Recht, der Persönlichkeit“. Darunter versteht er „das Recht, die Würde eines vernünftigen, freyhandelnden Wesens zu behaupten, oder auch das Recht zur gesetzlichen Freyheit, d. h. zu allen, aber auch nur zu denjenigen Handlungen, bey denen ein geselliger Zustand freyhandelnder Wesen Statt finden kann“.<sup>67</sup> Damit knüpft er an seinen freiheitsbezogenen Rechtsbegriff an,<sup>68</sup> der jedenfalls in der Sache wesentliche Gemeinsamkeiten mit Kants Rechtsbegriff<sup>69</sup> aufweist.<sup>70</sup> Das „Urrecht“ ist letztlich ein subjektives Recht zum Han-

62 Rückert, Natürliche Freiheit – Historische Freiheit – Vertragsfreiheit, in: Kervégan/Mohnhaupt, Recht zwischen Natur und Geschichte, 1997, 305, 310 ff.

63 Vgl. Rückert, Natürliche Freiheit – Historische Freiheit – Vertragsfreiheit, in: Kervégan/Mohnhaupt, Recht zwischen Natur und Geschichte, 1997, 305, 310 f.

64 Vgl. Grimm, Bürgerlichkeit im Recht, in: Grimm, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, 11, 12.

65 Dazu Grimm, Zeiller, in: Grimm, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, 212 ff.

66 Zeiller, Das natürliche Privat-Recht, 1819, 65 f.

67 Zeiller, Das natürliche Privat-Recht, 1819, 65.

68 Vgl. Zeiller, Das natürliche Privat-Recht, 1819, 6 ff.

69 Vgl. Kant, Metaphysik der Sitten (1797), Bd. VI, <http://www.korpora.org/Kant/aa06/>, S. 230: „Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.“.

70 Zur problematischen Frage, ob er auch tatsächlich auf Kant zurückgeht, vgl. Luf, FS Schwartländer, 1992, 93, 96 ff.

dehn.<sup>71</sup> Nur in Bezug auf dieses Recht, eine freie Person<sup>72</sup> zu sein, sind sich alle Menschen gleich:

*„Bloß als gewöhnlicher Mensch betrachtet, kann also keiner ein Recht vor dem anderen voraus haben.“<sup>73</sup>*

Die „ursprüngliche rechtliche Gleichheit“, so Zeiller, „[ist] also nicht als ein für sich bestehendes (von den übrigen verschiedenen Recht) zu betrachten“.<sup>74</sup> Handeln die Personen in Ausübung ihrer Freiheit werden die Rechte der einen beschränkt und der anderen erweitert. Das produziert zwangsläufig eine „Ungleichheit an Rechten“<sup>75</sup>. Die Grenzen dieser Handlungsfreiheit werden – innerhalb des natürlichen Privatrechts – nur vom Prinzip der gleichen Freiheit aller Übrigen gesetzt.<sup>76</sup>

Das ist zum einen eine zeittypische Reaktion auf die Französische Revolution<sup>77</sup> – Zeiller spricht von den „Gräuelthaten der neueren Zeit“ – und zum anderen Ausdruck einer liberalen Wirtschaftstheorie. Das wird offensichtlich bei seiner Begründung der ungleichen Eigentumsverteilung:

*„Das Recht des Eigenthümers ist bey allen das nämliche; nur die Gegenstände (die Materie), worauf es angewendet wird, sind nach Art und Maß verschieden. Hierdurch kläret sich denn zugleich auf, warum bey dem gleichen (formelen) Urrechte und bey dem, selbst in materieller Beziehung noch gleichen, angeborenen Recht auf Sachen überhaupt die (materiellen und) erworbenen Rechte auf bestimmte Sachen verschieden sind; ja bey der unausweichlichen Verschiedenheit der Lagen und Verhältnisse, der mannigfaltigen geistigen und körperlichen Kräfte, vermittelt welcher Rechte erworben oder verloren werden, ungleich seyn müssen.“<sup>78</sup>*

Wollte man hier Gleichheit herstellen, würde man „größte Ungerechtigkeit“ begehen und „die freye Thätigkeit der Menschen in Rücksicht äußerer Gegenstände“ vernichten.<sup>79</sup> Das Urteil zur materialen Gleichheit fällt daher deutlich aus. Es ist nach Zeiller „ein juristisches Unding“<sup>80</sup>:

71 Vgl. Schmidlin, Der Begriff der bürgerlichen Freiheit bei Franz v. Zeiller, in: Selb/Hofmeister, Forschungsband Franz von Zeiller, 1980, 192, 195 ff.

72 Vgl. Zeiller, Das natürliche Privat-Recht, 1819, 7: „Der Mensch denkt sich also nothwendig als ein freyhältiges Wesen, als eine Person.“

73 Zeiller, Das natürliche Privat-Recht, 1819, 81.

74 Zeiller, Das natürliche Privat-Recht, 1819, 81.

75 Zeiller, Das natürliche Privat-Recht, 1819, 80 f.

76 Vgl. Zeiller, Das natürliche Privat-Recht, 1819, 103; dazu dass Zeiller das erst später auftauchende Phänomen von Vermögens- und Machtakkumulation nicht erkennen konnte, Schmidlin, Der Begriff der bürgerlichen Freiheit bei Franz v. Zeiller, in: Selb/Hofmeister, Forschungsband Franz von Zeiller, 1980, 192, 208 f; Luf, FS Schwartländer, 1992, 93, 106.

77 Vgl. dazu allgemein Dann, Gleichheit und Gleichberechtigung, 1980, 143 ff; Majer, Die Französische Revolution als Hintergrund der europäischen Grundrechts- und Privatrechtsentwicklung, in: Barta/Palme/Ingenhaeff, Naturrecht und Rechtskodifikation, 1998, 137, 137 ff.

78 Zeiller, Das natürliche Privat-Recht, 1819, 106.

79 Zeiller, Das natürliche Privat-Recht, 1819, 106.

80 Zeiller, Jährlicher Beytrag, 1806, 41.

„Ganz widersinnig aber ist die Behauptung einer wirklichen, gänzlichen Gleichheit der Rechte“.<sup>81</sup>

Mit der Betonung der gleichen Ausgangsposition aller Personen und der Ablehnung einer im Privatrecht zu verwirklichenden „gänzlichen“ Gleichheit steht *Zeiller* in einer Tradition, die bereits Ende des 18. Jahrhunderts begonnen hat: der Bevorzugung der „formalen“ und die Ablehnung einer „materialen“ Konzeption von Gleichheit.<sup>82</sup> Die oben zitierte<sup>83</sup> Passage von *Hoffbauer* kann man auch in diese Richtung interpretieren: Die Rechte der Menschen sind bei ihm gleich nur „so lange keiner von ihnen ein Recht veräußert, oder ein neues Recht erworben hat“. Erwerbsvorgänge produzieren Ungleichheiten. Man würde zu kurz greifen, wenn man daraus folgern wollte, dass *Zeiller* blind war gegenüber den sozialen Folgen dieses Vorgangs. Er sah ihre Lösung nur nicht als genuine Aufgabe des bürgerlichen Rechts an, sondern wies sie dem fürsorgenden Gesetzgeber – oder moderner gesprochen: dem Spezialgesetzgeber – zu.<sup>84</sup> Ähnlich sah es später auch *Friedrich Carl von Savigny* (1779-1861). Obwohl „der Reiche den Armen untergehen lassen“ kann, entspringt „die Hilfe, die dagegen stattfindet [...] nicht auf dem Boden des Privatrechts, sondern auf dem des öffentlichen Rechts“.<sup>85</sup> Das Privatrecht wird von beiden davon rein gehalten.<sup>86</sup> Das sollte sich als zukunfts-trächtig erweisen.<sup>87</sup>

### c) Systeme der Gleichheit: Jakob Friedrich Fries (1773-1843)

Man hat also um 1800 an „Systemen der Freiheit“<sup>88</sup> gebaut. Zunächst waren es naturrechtliche Systeme angeborener und unveräußerlicher Freiheiten. Ange-sichts der zunehmenden Zahl der Gegner in methodischer, rechtlicher und politi-scher Hinsicht relativierte man die Geltungsansprüche der Freiheitskonzepte und suchte nach Konzeptionen, die kompatibel waren mit dem – nach wie vor frei-heitseinschränkenden – positiven Recht.<sup>89</sup> Es gibt einen Gegenentwurf dazu, je-denfalls im Ausgangspunkt. Der Kantianer und Liberale<sup>90</sup> *Jakob Friedrich Fries* (1773-1843) plädiert in seiner *Philosophischen Rechtslehre* (1803) für einen ega-

<sup>81</sup> *Zeiller*, Das natürliche Privat-Recht, 1819, 81.

<sup>82</sup> Dazu vertiefend *Dann*, Gleichheit und Gleichberechtigung, 1980, 159 ff.

<sup>83</sup> Siehe § 2 I 1.

<sup>84</sup> Vgl. *Mayer-Maly*, Zeiller, das ABGB und wir, in: Selb/Hofmeister, Forschungsband Franz von Zeiller, 1980, 1, 10 f.

<sup>85</sup> *Savigny*, System, Bd. I, 1840, 371.

<sup>86</sup> Vgl. weiterführend *Rückert* in: HKK-BGB, vor § 1 Rn. 42, 79.

<sup>87</sup> Dazu *Rückert*, „Frei und sozial“ als Rechtsprinzip, 2006, 27f.

<sup>88</sup> *Rückert*, Natürliche Freiheit – Historische Freiheit – Vertragsfreiheit, in: Kervégan/Mohnhaupt, Recht zwischen Natur und Geschichte, 1997, 326.

<sup>89</sup> *Klippl*, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976, 192; weiterführend *Rückert*, Natürliche Freiheit – Historische Freiheit – Vertragsfreiheit, in: Kervégan/Mohnhaupt, Recht zwischen Natur und Geschichte, 1997, 305 ff.

<sup>90</sup> Deutlich etwa *Fries*, Philosophische Rechtslehre, 1803, 115.

litären Rechtsbegriff. Er kritisiert Kant – inhaltlich kann man das auch auf Zeiller beziehen – dafür, die „persönliche Freiheit statt der Gleichheit zum Urrecht der Menschen zu machen“<sup>91</sup>:

„So ist auch in der Rechtslehre die Idee der Gleichheit der Personen das einzig reine Prinzip.“<sup>92</sup>

Mit Gleichheit meint Fries nur die rechtliche Gleichheit.<sup>93</sup> Dieser kommt Vorrang vor dem Prinzip der Freiheit zu:

„Die Rechtslehre hat nicht die Freyheit eines jeden vorauszusetzen, um zu bestimmen, was ihm erlaubt sey, sondern die Gleichheit von beyden, um zu bestimmen, was jedem zukomme, wenn zwei in Konflikt geraten.“<sup>94</sup>

Dieses Denken wird im 20. Jahrhundert wieder modern.<sup>95</sup> Fries wurde dabei grundsätzlich und seine Aussagen klingen für uns heute sehr vertraut:

„[D]er Person kommt ein absoluter Werth, ein Werth schlechthin zu, d.h. Würde. Persönliche Würde lässt keine Vergleichung des größern oder kleinern zu, sondern nur das Verhältnis der Gleichheit. Dadurch wird das notwendige Gesetz für einen vernünftigen Willen bestimmt: Jeder Person kommt ein absoluter Werth als Würde zu, sie existiert als Zweck schlechthin und ihre Würde gibt jeder Person den gleichen und absoluten Werth mit jeder anderen.“<sup>96</sup>

Man muss angesichts seiner 1816 publizierten Schrift *Über die Gefährdung des Wohlstandes und Charakters der Deutschen durch die Juden* aber präzisieren: jeder Person, außer dem Juden, solange er nicht vollständig integriert und damit kein Jude mehr ist.<sup>97</sup> Hegel war hier konsequenter, weil er darauf pochte, dass Juden „zuallererst Menschen sind“ und dass „durch die zugestandenen bürgerlichen Rechte vielmehr das *Selbstgefühl* als rechtliche Personen in der bürgerlichen Gesellschaft“ zustande kommt.<sup>98</sup>

Zurück zu Fries egalitarem Rechtsbegriff. Aus dem „Sittengesetz“<sup>99</sup> gleicher Würde folgt eine eingeschränkte Rechtspflicht. Diese „gebietet mir nicht, den anderen zu behandeln, sondern nur, wenn ich ihn behandle, seine Würde zu respektieren.“<sup>100</sup> Anders formuliert:

91 Fries, Philosophische Rechtslehre, 1803, 24.

92 Fries, Philosophische Rechtslehre, 1803, XVII.

93 Fries, Philosophische Rechtslehre, 1803, XVI.

94 Fries, Philosophische Rechtslehre, 1803, 25.

95 Vgl. Dworkin, Sovereign Virtue, 2000, 123 ff.

96 Fries, Philosophische Rechtslehre, 1803, 6 f.

97 Weiterführend und sehr differenzierend Hubmann, Sittlichkeit und Recht, in: Gronke/Meyer/Neißer, Antisemitismus bei Kant und anderen Denkern der Aufklärung, 2001, 125, 125 ff.

98 Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 270 A, S. 264; dazu Hubmann, Sittlichkeit und Recht, in: Gronke/Meyer/Neißer, Antisemitismus bei Kant und anderen Denkern der Aufklärung, 2001, 125, 132 ff.

99 Fries, Philosophische Rechtslehre, 1803, 7.

100 Fries, Philosophische Rechtslehre, 1803, 14 (Hervorhebungen im Original).

*„Wenn Menschen in Gemeinschaft kommen, so hat ein jeder das Recht zu fordern, daß jeder andere ihn als Seinesgleichen behandle.“<sup>101</sup>*

Das sagt kein Naturrechtler. *Fries* unterschied zwischen dem endgültigen Rechtszustand, in dem das Rechtsgesetz „wirklich gilt“ und den „provisorischen Rechtszuständen“, die sich dem Ziel annähern, ohne es zu erreichen.<sup>102</sup> Er war insoweit Positivist<sup>103</sup> oder – genauer: ein Vertreter idealistisch-wissenschaftlicher Rechtspolitik.<sup>104</sup> Daher ist das Rechtsgesetz persönlicher Gleichheit „nur in der Idee allgemeingültig“, die „wirkliche Geltendheit dieses Gesetzes kann nur durch Kunst in der menschlichen Gesellschaft eingeführt werden“ und „die Politik soll bestimmen, wie das Gesetz in der Gesellschaft der Menschen geltend zu machen sei.“<sup>105</sup> In der Vorrede macht er das noch deutlicher:

*„Die Politik beantwortet hier die Frage: Wenn Menschen friedlich, d. h. zuletzt nach dem Prinzip der Gleichheit zusammenleben wollen, wie sollen sie dieß veranstalten? Die philosophische Rechtslehre hingegen sagt: ihr sollt nach dem Prinzip der Gleichheit zusammenleben und eure Gesellschaft demgemäß einrichten.“<sup>106</sup>*

Der Begriff „Gesellschaft“ wurde von *Fries* meistens undifferenziert iSv *societas civilis* verwendet. Aus dem jeweiligen Zusammenhang ergibt sich, ob er damit den Staat meint oder die „bürgerliche Gesellschaft“. Das Rechtsprinzip, jeden als Gleichen zu behandeln, gilt auch für die bürgerliche Gesellschaft. *Fries* trennte zwischen der persönlichen Gleichheit, soweit sie für die „Rechtsverhältnisse der Einzelnen untereinander“ gilt und der „vereinigten Menge aller einzelnen Mitglieder der Gesellschaft [...] im Staate“.<sup>107</sup> Trotz dieses ganz unterschiedlichen Ausgangspunkts war sich *Fries* im Ergebnis mit *Zeiller* einig, dass es keine materielle Gleichheit geben kann. Es ist ihm zwar ein zentrales Anliegen, dass das Eigentum „nach dem Grundsatz der Gleichheit in der Gesellschaft vertheilt werden“ muss.<sup>108</sup> Ja, „die Vertheilung des Eigentums überhaupt und nicht nur die bloße Sicherstellung desselben“ war nach *Fries* der einzige rechtlich notwendige Staatszweck.<sup>109</sup> Die „wirkliche Vertheilung“<sup>110</sup> muss aber dem Einzelnen „alle Freyheit der eignen Bewegung“<sup>111</sup> lassen:

101 *Fries*, Philosophische Rechtslehre, 1803, 34.

102 *Fries*, Philosophische Rechtslehre, 1803, 34 ff.

103 Vgl. *Fries*, Philosophische Rechtslehre, 1803, 99 ff.

104 So die Einschätzung von *Rückert*, Natürliche Freiheit – Historische Freiheit – Vertragsfreiheit, in: Kervégan/Mohnhaupt, Recht zwischen Natur und Geschichte, 1997, 328.

105 *Fries*, Philosophische Rechtslehre, 1803, 35.

106 *Fries*, Philosophische Rechtslehre, 1803, XVIII.

107 *Fries*, Philosophische Rechtslehre, 1803, 56, 74.

108 *Fries*, Philosophische Rechtslehre, 1803, 49 ff.

109 *Fries*, Philosophische Rechtslehre, 1803, 104 ff.

110 *Fries*, Philosophische Rechtslehre, 1803, 126.

111 *Fries*, Philosophische Rechtslehre, 1803, 128.

*„Soll also die möglichste Freyheit mit der möglichsten Gleichheit im Leben vereinigt werden, so wird es Privatgeschäfte und Privatbesitz geben müssen“.<sup>112</sup>*

Daraus folgt für Fries zwangsläufig, dass es materiale Ungleichheit oder – wie er es formuliert – „Reichthum und Armuth“<sup>113</sup> geben kann.

#### 4. Allgemeine Rechtsfähigkeit als Konzeption gleicher rechtlicher Freiheit

##### a) Die Rechtsfähigkeit als Grundbegriff des Privatrechts

Damit rückt in beiden Konzeptionen – der Freiheits- und der Gleichheitskonzeption des Rechts – die gleiche Rechtsfähigkeit jedes Menschen in den Mittelpunkt. In der allgemeinen Rechtsfähigkeit jedes Menschen konkretisiert sich das Prinzip der formellen Rechtsgleichheit im Privatrecht. Die Rechtsfähigkeit sagt, wer zu einer Gesellschaft dazugehört, sie ist die „Eintrittskarte in die bürgerliche Gesellschaft“<sup>114</sup>. Der Begriff wurde erst um 1800 geprägt.<sup>115</sup> Beispiellohaft kann man Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840) nennen, der in der ersten Auflage seines Pandekten-Rechts 1803 von „Rechtsfähigkeit“ sprach.<sup>116</sup> Rechtsfähig konnten nur Personen sein. Dazu Thibaut:

*„Derjenige, welcher in irgendeiner Rücksicht als Subject eines Rechts betrachtet wird, heißt insofern Person, besonders insofern man ihn als Subject bürgerlicher Rechte betrachtet.“<sup>117</sup>*

Der Personenbegriff beinhaltet im 18. Jahrhundert noch nicht zwangsläufig jeden Menschen. Nicht jeder Mensch war „Person“, nicht jeder Mensch war daher rechtsfähig. Dies war dem preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794 noch ganz klar:

*„Der Mensch wird, in so fern er gewisse Rechte in der bürgerlichen Gesellschaft genießt, eine Person genannt.“ (ALR I 1 § 1)<sup>118</sup>*

Die Rechtsfähigkeit war danach abgestuft. Damit einher geht der eingeschränkte Freiheitsbegriff des Allgemeinen Landrechts:<sup>119</sup> „Die allgemeinen Rechte des Menschen gründen sich auf die natürliche Freyheit,“<sup>120</sup> aber die „besonderen Rechte und Pflichten der Mitglieder des Staates [gemeint iSv *societas civilis*] beruhen auf dem persönlichen Verhältnis, in welchem ein jeder gegen den andern

112 Fries, Philosophische Rechtslehre, 1803, 128.

113 Fries, Philosophische Rechtslehre, 1803, 128.

114 Paulus, JuS 1994, 367, 367.

115 Siehe Coing, Europäisches Privatrecht, Bd. II, 1989, 284; Duve in: HKK-BGB, §§ 1-14 Rn. 6.

116 Thibaut, System des Pandekten-Rechts (Bd. I) 1803, 140.

117 Thibaut, System des Pandekten-Rechts (Bd. I) 1803, 140 (Hervorhebung im Original).

118 Abgedruckt bei Hattenhauer, Allgemeines Landrecht, 1970, 55.

119 Dazu Klippel, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976, 169 f; Schwennicke, Entstehung der Einleitung des PrALR, 1993, 333 ff.

120 Einl. § 83 ALR, bei Hattenhauer, Allgemeines Landrecht, 1970, 54.

[...] sich befindet.“<sup>121</sup> Mit dem Begriff der Rechtsfähigkeit wurde zunächst der Personenbegriff des älteren Naturrechts<sup>122</sup> mit dem status-Begriff kombiniert und auf höherer Ebene abstrahiert.<sup>123</sup> Der *status civilis* eines Menschen bestimmte vor 1800 seine Rechtsstellung.<sup>124</sup> Der *status civilis* beruhte allein auf Rechtsvorschriften, in denen die zeitgenössischen Anschauungen über die Verschiedenheit innerhalb der Gesellschaft normiert waren.<sup>125</sup> Dem stand ein *status naturalis* gegenüber, der alle Rechtsstellungen erfasste, die auf die Verschiedenheit der menschlichen Natur, vor allem den physischen Eigenschaften eines Menschen,<sup>126</sup> zurückgeführt wurden.<sup>127</sup> Unter Beeinflussung von Kants moralphilosophischem Personenbegriff<sup>128</sup> kam es um 1800 zu einer epochalen Neukonzeption des philosophischen und juristischen Personenbegriffs: Jeder Mensch ist als vernünftiges Wesen Person. Das sah Zeiller ganz klar.<sup>129</sup> Das setzte sich im 19. Jahrhundert auch in der Historischen Rechtsschule durch. Weil alles Recht vorhanden ist, um der sittlichen, jedem einzelnen Menschen innewohnenden Freiheit willen, „muß der ursprüngliche Begriff der Person zusammen fallen mit dem Begriff des Menschen“ schrieb Friedrich Carl von Savigny – insoweit ganz kantianisch<sup>130</sup> – und schloss daraus:

„Jeder einzelne Mensch, und nur der einzelne Mensch, ist rechtsfähig.“<sup>131</sup>

Savigny verwendete dabei ganz bewusst die Einschränkung „ursprünglich“<sup>132</sup>, um den Begriff der Person ausdehnen zu können auf die juristische Person.<sup>133</sup> Auch bei Georg Friedrich Puchta forderte gerade der Freiheitsbezug des Rechts die Anerkennung aller anderen Individuen als gleichermaßen freie Personen und als Willenssubjekt.<sup>134</sup>

121 Einl. § 84 ALR, bei Hattenhauer, Allgemeines Landrecht, 1970, 54.

122 Dazu Coing, Europäisches Privatrecht, Bd. I, 1985, 170.

123 Duve in: HKK-BGB, §§ 1-14 Rn. 6.

124 Coing, Europäisches Privatrecht, Bd. I, 1985, 168 f., 205.

125 Vgl. Coing, Europäisches Privatrecht, Bd. I, 1985, 168 f., 205.

126 Vgl. Thibaut, System des Pandekten-Rechts, Bd. I, 1805, 156.

127 Coing, Europäisches Privatrecht, Bd. I, 1985, 169.

128 Kant, Metaphysik der Sitten (1797), Bd. VI, <http://www.korpora.org/Kant/aa06/>, S. 223 [„Person ist dasjenige Subjekt, dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind“].

129 Zeiller, Das natürliche Privat-Recht, 1819, 6.

130 Zum schwankenden Boden der Kant-Rezeption bei Savigny vgl. Rückert, Kant-Rezeption, in: Thompson, John Locke und/and Immanuel Kant, 1991, 192 ff.

131 Savigny, System, Bd. II, 1840, 2.

132 Vgl. Savigny, System, Bd. II, 1840, 2: „ursprüngliche Begriff“, „ursprüngliche Identität“.

133 Vgl. Savigny, System, Bd. II, 1840, 2. Zum konzeptionellen Problem der juristischen Person in einem auf die Willensbegabung festgelegten Theoriegebäude siehe Knieper, Gesetz und Geschichte, 1996, 61 ff.

134 Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die ‘Begriffsjurisprudenz’, 2004, 353; Mecke, Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta, 2009, 470 ff.

b) Der Vorreiter: Das galizische Bürgerliche Gesetzbuch (GBGB) v. 1798

Die Gleichsetzung von Rechtsfähigkeit und Mensch und das daraus zwingend folgende Postulat der gleichen Rechtsfähigkeit aller hat ihre Spuren in den deutschsprachigen Gesetzbüchern des 19. Jahrhunderts hinterlassen. Diesbezüglich begann das 19. Jahrhundert bereits am 1. Januar 1798. An diesem Tag trat für das österreichische Kronland Galizien und für die Bukowina das galizische Bürgerliche Gesetzbuch (GBGB) in Kraft.<sup>135</sup> Das GBGB geht zurück auf einen Entwurf von *Karl Anton von Martini* (1726-1800) einer der maßgeblichen Juristenpersönlichkeiten Österreichs<sup>136</sup> in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts, Lehrer *Zeillers*<sup>137</sup> und Wegbereiter des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB).<sup>138</sup> *Martini* war einerseits noch Repräsentant der Ideen des älteren Naturrechts.<sup>139</sup> Die „ursprünglichen Menschenrechte“<sup>140</sup> sind bei ihm noch keine festen, von der „Oberherrschaft“<sup>141</sup> zwingend zu respektierenden Größen<sup>142</sup> und sie sind inhaltlich noch auf die „allgemeine Wohlfahrt des Staates“ (§ 6 GBGB) ausgerichtet.<sup>143</sup> Andererseits legte er mit seinen Ausführungen den Grundstein des egalitären Personenbegriffs im GBGB, der eng mit der Eigentums- und Vertragsfreiheit in Zusammenhang steht.<sup>144</sup> Ganz modern war *Martini* in seinen Schriften, weil er aus der „vollkommenen Gleichheit der ursprünglichen Menschenrechte“ im Naturzustand („Menschen als Menschen“)<sup>145</sup> Konsequenzen für

135 Patent v. 13.2.1797 für Westgalizien, JGS 5. und 6. Regierungsjahr Franz Nr. 337/1797, S. 258 und Patent v. 8.9.1797 für Ostgalizien, JGS 5. und 6. Regierungsjahr Franz Nr. 373/1797, S. 502 [jeweils zugreifbar unter <http://alex.onb.ac.at/jgs.html>; dazu vertiefend *Brauneder*, Das GBGB: Europas erste Privatrechtskodifikation, in: *Barta/Palme/Ingenhaeff*, Naturrecht und Rechtskodifikation, 1998, 303 ff.]

136 Vertiefend *Hebeis*, Das juristische Werk des Karl Anton von Martini, in: *Barta/Palme/Ingenhaeff*, Naturrecht und Rechtskodifikation, 1998, 93 ff.; *Palme*, Der naturrechtliche Hintergrund Martinis, in: *Barta/Palme/Ingenhaeff*, Naturrecht und Rechtskodifikation, 1998, 113 ff.

137 Dazu *Ingenhaeff*, Martini als Lehrer Zeillers, in: *Barta/Palme/Ingenhaeff*, Naturrecht und Rechtskodifikation, 1998, 261 ff.

138 Dazu *Barta*, Martini Colloquium, in: *Barta/Palme/Ingenhaeff*, Naturrecht und Rechtskodifikation, 1998, 15, 15 ff., der im Ganzen allerdings zu Überzeichnungen neigt.

139 So *Kalb*, Grundrechte und Martini, in: *Barta/Palme/Ingenhaeff*, Naturrecht und Rechtskodifikation, 1998, 235, 251 f.

140 *Martini*, Lehrbegriff des Naturrechts (1799) [Original: *De lege naturali positiones*, 1762], 1799, § 140, S. 43.

141 *Martini*, Lehrbegriff des Naturrechts (1799) [Original: *De lege naturali positiones*, 1762], 1799, § 141, S. 44.

142 *Friedrich*, Martinis Reaktion auf die Publikation des AGB, in: *Barta/Palme/Ingenhaeff*, Naturrecht und Rechtskodifikation, 1998, 443, 456 f.; *Kalb*, Grundrechte und Martini, in: *Barta/Palme/Ingenhaeff*, Naturrecht und Rechtskodifikation, 1998, 235, 244 ff.

143 Zu diesen Kriterien *Klippel*, Natürliches Privatrecht, in: *Klippel*, Naturrecht im 19. Jahrhundert, 1997, 221, 229.

144 Vgl. dazu *Barta*, Martini Colloquium, in: *Barta/Palme/Ingenhaeff*, Naturrecht und Rechtskodifikation, 1998, 15, 80 ff.

145 *Martini*, Lehrbegriff des Naturrechts (1799) [Original: *De lege naturali positiones*, 1762], 1799, § 140, S. 43.

die Ehe ableitete und sie als gleichberechtigte Partnerschaft ansah.<sup>146</sup> In der Praxis blieb sein Entwurf für den ersten Teil eines Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs (der unmittelbare Vorgänger der hier relevanten Teile des GBGB), freilich weit dahinter zurück.<sup>147</sup>

Das „Zweyte Hauptstück“ des GBGB handelt „[v]on den Rechten der Personen“. § 28 GBGB stellt klar, dass die Menschen ihre angeborenen Rechte mit Eintritt in die bürgerliche Gesellschaft nicht verlieren. Zu den angeborenen Rechten der Menschen zählt „das Recht, mit dem, was ihm ganz eigen ist, frey zu schalten und zu walten“, § 29 GBGB. Darunter fällt das Recht, das Eigentum an einen andern zu übertragen und „mit wechselseitiger Einwilligung Verträge zu schließen“, § 30. Diese Rechte werden in § 31 gleichheitsrechtlich verankert:

„Diese Naturrechte bleiben unverändert auch im Kreise der bürgerlichen Gesellschaft, denn was nach diesen Rechten einem Menschen erlaubt ist, dieses kann anderen nicht verbothen, und was einem Menschen verbothen ist, kann anderen nicht erlaubt seyn.“<sup>148</sup>

Dass damit eine formelle Gleichheit gemeint ist, folgt aus § 32, der übereinstimmend mit Martinis Auffassung<sup>149</sup> die Verschiedenheit der „erworbenen Rechte“ und den dadurch begründeten „Abstand unter den Menschen“ betont. Soweit der Grundsatz. Auch dieses Gesetzbuch kennt Ausnahmen. Privilegien („Begünstigungen und Freyheiten [...]“, welche der Gesetzgeber einzelnen Personen, oder auch ganzen Körpern verleiht“, § 49 GBGB) existieren fort, werden aber in § 50 GBGB immerhin unter sanften Rechtfertigungsdruck gestellt („Privilegien sind immer eine Ausnahme vom Gesetze, oder eine Beschränkung der Rechte der übrigen Bürger: der Grund ihrer Rechtfertigung liegt darin, daß sie nur aus erheblichen Ursachen und zur Erreichung des allgemeinen Endzwecks<sup>150</sup> verliehen werden“). Die Juden zählen nicht ohne weiteres zu den „Menschen“ iSv § 29 GBGB. Dies zu entscheiden obliege „eigenen politische[n] Verordnungen“, § 57 GBGB. Das GBGB trat zum 1.1.1812 außer Kraft, an seine Stelle trat das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB).<sup>151</sup>

<sup>146</sup> Dazu Floßmann, Gleichheit und Ungleichheit, in: Gerhard, Frauen in der Geschichte des Rechts, 1997, 293, 295 ff.

<sup>147</sup> Siehe Friedrich, Martinis Reaktion auf die Publikation des AGB, in: Barta/Palme/Ingenhaeff, Naturrecht und Rechtskodifikation, 1998, 465 ff.

<sup>148</sup> Fast wortgleich die Formulierung in Martini, Lehrbegriff des Naturrechts (1799) [Original: De lege naturali positiones, 1762], 1799, § 140, S. 43.

<sup>149</sup> Dazu Friedrich, Martinis Reaktion auf die Publikation des AGB, in: Barta/Palme/Ingenhaeff, Naturrecht und Rechtskodifikation, 1998, 443, 459 f.

<sup>150</sup> Dieser wird in § 7 GBGB definiert als „allgemeine Wohlfahrt des Staates, das ist die Sicherheit der Personen, des Eigentums und aller übrigen Rechte seiner Mitglieder“.

<sup>151</sup> Patent v. 1.6.1811, JGS 1804-1816, Nr. 946. S. 275 [zugreifbar unter <http://alex.onb.ac.at/jgs.htm>].

### c) Ein Siegeszug im 19. Jahrhundert

Das ABGB enthält den maßgeblichen Grundsatz formaler Rechtsgleichheit in seinem berühmten § 16:

*„Jeder Mensch hat angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten.“*

Der Text postuliert einen normativen Akt („Jeder Mensch ist Person“) und muss ihn gleichzeitig noch legitimieren („weil jeder die gleichen angeborenen Rechte hat“).<sup>152</sup> Und § 18 präzisiert:

*„Jedermann ist unter den von den Gesetzen vorgeschriebenen Bedingungen fähig, Rechte zu erwerben.“*

Zugleich aber versprach das ABGB mehr als die Rechtswirklichkeit halten konnte. Die Sozialordnung war noch deutlich von Standesgrenzen gekennzeichnet und basierte nicht auf allgemeiner Rechtsgleichheit.<sup>153</sup> Man konnte trotzdem von einem gleichen Privatrecht sprechen, wenn man Privatrecht begrifflich streng von den Standesrechten trennt. Das war der von Zeiller wohl exemplarisch für viele beschriebene Weg:<sup>154</sup> Privatrecht sind danach nur die Rechte und Erwerbsarten, „welche allen Mitgliedern, unbeschadet [ständischen] Verschiedenheit, auf gleiche Weise offen können stehen und sollen“.<sup>155</sup> Das Programm war zukunftsgerichtet. Diese Bahnen werden im 19. Jahrhundert nicht mehr verlassen, lediglich die naturrechtliche Begründung wird abgestreift. Deutlich wird das im Privatrechtlichen Gesetzbuch des Kantons Zürich (1853-55), das maßgeblich von Johann Caspar Bluntschli (1808-1881) redigiert wurde.<sup>156</sup> Dessen § 1 lautete:

*„Jeder Mensch ist in der Regel alles Privatrechts fähig. Kein Mensch ist rechtslos.“*

Noch knapper formuliert § 30 des bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1863<sup>157</sup> (sächs. BGB):

*„Jeder Mensch ist rechtsfähig.“*

Selbst das ist dem BGB noch zu viel. § 1 spricht nur mehr von der Rechtsfähigkeit des Menschen und legt deren Beginn fest. Die Begriffe Rechtsfähigkeit, Person und Rechtssubjekt werden gleichgesetzt.<sup>158</sup> Dass jeder Mensch „ohne Rück-

152 Vgl. Knieper, Gesetz und Geschichte, 1996, 56.

153 Ehrlich, Die Rechtsfähigkeit, 1909, 69; Caroni, Privatrecht, 1988, 86 f.

154 Grimm, Zeiller, in: Grimm, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, 212, 222 ff.

155 Zeiller, Jährlicher Beytrag, 1806, 41.

156 Siehe Bluntschli, Erster Entwurf des privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zürich, 1844.

157 GVBl. f. d. Königreich Sachsen, 1863, S. 1; zur Bedeutung näher Buschmann, JuS 1980, 553 ff und vertiefend Abcin, Entstehung des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen, 1996 (passim).

158 Vgl. Gebhart in: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 1981, 315; Duve in: HKK-BGB, §§ 1-14 Rn. 11.

sicht auf seine Individualität<sup>159</sup> rechtsfähig ist, ist in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts selbstverständlich geworden.<sup>160</sup> Die Vorgängerkodifikationen haben dem BGB den Weg dafür bereitet. Die Motive verweisen hier explizit auf §§ 16-18 ABGB, § 8 des Privatgesetzbuchs für Zürich und § 30 sächs. BGB.<sup>161</sup>

Obwohl im Text nicht ausdrücklich verankert, ist § 1 BGB ein grundlegendes Bekenntnis zur Rechtsgleichheit. Das war den ersten Rezeptoren des BGB, *Andreas von Thur* (1864-1925) etwa, völlig klar:

„Das bürgerliche Recht beruht auf dem Prinzip der Rechtsgleichheit: alle Menschen werden als gleichwertige Rechtssubjekte behandelt und können in gleichem Maße auf die Gestaltung der Rechtsverhältnisse einwirken.“<sup>162</sup>

Der Redaktor des Allgemeinen Teils, *Albert Gebhard* (1832-1907), hat dazu auch deutlich Stellung genommen:

„[D]ie in der Lebensstellung der Individuen hervortretenden mannigfachen Ungleichheiten sollen keinen Anlaß zu rechtlichen Ungleichheiten geben“.<sup>163</sup>

Die Motive übernehmen das fast wörtlich.<sup>164</sup> Aus dem Prinzip der Rechtsgleichheit ergibt sich für *Gebhard*, dass „das menschliche Individuum als solches, losgelöst von mehr oder weniger zufälligen Eigenschaften den Mittelpunkt der gestaltenden Rechtsordnung“<sup>165</sup> bildet. Das Prinzip der Rechtsgleichheit war als Versprechen konzipiert. Ein Versprechen, das die zeitgenössische Rechtsordnung insgesamt (noch) nicht einlösen konnte.<sup>166</sup> Es war für bestimmte Personengruppen eine „gebrochene Gleichheit“<sup>167</sup>, weil das Recht „Enklaven ungleichen Rechts“<sup>168</sup> tolerierte oder selbst herstellte.<sup>169</sup> Beispielsweise war die gleiche Rechtsfähigkeit der Juden im Wesentlichen erst in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts erkämpft worden.<sup>170</sup> Das sächsische BGB führte in § 51 noch aus, dass die Verschiedenheit der Religion *in der Regel* keine Verschiedenheit der bürgerlichen Rechte begründet. Im Übrigen wurden „[a]lle noch bestehenden, aus der Ver-

159 Motive, Bd. I – Allgemeiner Theil, 1896, 25.

160 Siehe Motive, Bd. I – Allgemeiner Theil, 1896, 25: Der Gesamtinhalt des Entwurfs bezeugt „diese von dem Rechtsbewußtsein der Gegenwart geforderte und als *selbstverständlich* betrachtete Anerkennung“. (Hervorhebung hinzugefügt).

161 Motive, Bd. I – Allgemeiner Theil, 1896, 25.

162 von Thur, Der Allgemeine Teil, Bd. I, 1910, 397f.

163 Gebhart in: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 1981, 356.

164 Motive, Bd. I – Allgemeiner Theil, 1896, 25.

165 Gebhart in: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 1981, 356.

166 Dazu Grimm, Zeiller, in: Grimm, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, 212, 225-227; Rückert in: HKK-BGB, vor § 1 Rn. 39.

167 Schwab, Frauenrechte, in: Klippel, Naturrecht im 19. Jahrhundert, 1997, 77, 83.

168 Grimm, Bürgerlichkeit im Recht, in: Grimm, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, 33.

169 Siehe Nickel, Gleichheit und Differenz, 1999, 36-46.

170 Vgl. die Darstellung bei Gebhart in: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 1981, 53f.

schiedenheit des religiösen Bekenntnisses hergeleiteten Beschränkungen der bürgerlichen Rechte“ mit dem Gesetz des Norddeutschen Bundes betreffend die Gleichberechtigung der Konfessionen in bürgerlicher und staatsbürgerlicher Beziehung v. 3.7.1869<sup>171</sup> aufgehoben. Hinsichtlich ständischer Ungleichheiten war man weniger konsequent mit der Umsetzung des Gleichheitspostulats. Insbesondere die zahlreichen Adelsvorrechte wurden nicht beseitigt.<sup>172</sup> Auf eine ausdrückliche Regelung im BGB nach dem Vorbild des § 51 sächsischen BGB, nach dem die Verschiedenheit des Standes in der Regel keine Verschiedenheit der bürgerlichen Rechte begründe, wurde verzichtet. Nach *Gebhard* kam „[d]ie Zugehörigkeit zu einem Stande [...] im heutigen Recht nur ausnahmsweise in Betracht.“<sup>173</sup> Die Ausnahmen „haben ihre Stelle in dem Einführungsgesetze zu finden.“<sup>174</sup> Das taten sie denn auch.<sup>175</sup>

## II. Die Frau auf der „Verlustliste personaler Rechtsgleichheit“

### 1. „Gebrochene Gleichheit“ im Ehrerecht des BGB

Das BGB hielt das Prinzip der gleichen Rechtsfähigkeit auch nicht konsequent durch, soweit es die Rechtsstellung der Frau betraf: Im Wirtschaftsverkehrsrecht war ihre Rechtsgleichheit prinzipiell gewährleistet, im Familienrecht konnte sie dagegen nicht durchgesetzt werden. Im Ausgangspunkt waren sich die Redaktoren des Allgemeinen Teils und des Familienrechts einig. Nach *Albert Gebhard* haben die „Naturbestimmtheiten des Menschen“ grundsätzlich nur Einfluss auf seine Handlungsfähigkeit, nicht auf die Rechtsfähigkeit.<sup>176</sup> Das gilt, fährt *Gebhard* fort, auch für das Geschlecht:

„[Der] Grundsatz der Gleichstellung beider Geschlechter bildet die Regel, eine Regel die nicht [wie in den Vorgängerkodifikationen] des Ausspruchs bedarf. Bestimmungen, wel-

171 Norddt. BGBl. 1869, 292.

172 Dazu näher *Kühne*, Die Reichsverfassung der Paulskirche, 1998, 287 ff; aus zeitgenössischer Sicht instruktiv *Ehrlich*, Die Rechtsfähigkeit, 1909, 64 f, 69 ff.

173 *Gebhart* in: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 1981, 365.

174 *Gebhart* in: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 1981, 96.

175 Vgl. *Motive*, Bd. I – Allgemeiner Theil, 1896, 27. Hinzuweisen ist, dass der „Kaufmannsstand“, kein eigentlicher Stand, das zeitgenössische Handelsrecht also folglich kein Standesrecht mehr war. Es knüpfte nicht an den Kaufmann als Standesperson an, sondern an den Kaufmann als Person, die ein Handelsgewerbe betreibt; vgl. *Rückert* in: HKK-BGB, vor § 1 Rn. 41; vertiefend *Schmoeckel*, Rechtsgeschichte der Wirtschaft, 2008, Rn. 169 ff; in der Beschreibung zutreffend *Wieacker*, Sozialmodell, in: *Wieacker*, Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, 1974, 9, 14: „Die scheinbare Ausnahme des Handelsrechts, als Recht des Kaufmannsstandes, ist in Wahrheit kein Standesrecht. Da es jedem zugänglich ist, der Handelsgeschäfte betreibt, ist es nur das besondere Recht der Handelfunktion.“.

176 *Gebhart* in: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 1981, 356.