

Inhaltsübersicht

I.	Ausgangspunkt	395
II.	Die verschiedenen Erscheinungsformen des Geltungsanspruchs von Gesetzen	416
III.	Der Anspruch auf Exklusivgeltung der heutigen kontinentalen Kodifikationen	421
IV.	Das Entstehen des modernen Konzepts der Kodifikation	435
V.	Lückenhaftigkeit der Gesetzgebung – Unhaltbarkeit des Exklusivgeltungsanspruchs	445
VI.	Folgerung: Anerkennung der Rechtsüberlieferung als Rechtsquelle	455
VII.	Die vom Begriff "Rechtsüberlieferung" erfassten Quellen	468
VIII.	Beispiele hilfreicher Berücksichtigung der Überlieferung als Rechtsquelle	491
IX.	Folgerungen für heutige Handhabung des Rechts	517
X.	Zum Schluss ...	542

Inhaltsverzeichnis

I.	Ausgangspunkt	395
1.	Thesen.....	395
2.	Beispiele von Gesetzgebungswerken nach ursprünglichem, früherem Gesetzesverständnis	396
a)	Gesetzgebung von HAMMURABI.....	396
b)	Bibel	397
c)	Zwölftafelgesetz.....	398
d)	Corpus Iuris JUSTINIANS	398
e)	Sachsenspiegel.....	399
f)	Weitere	399
3.	Die hier betrachteten modernen Kodifikationen.....	399
a)	Naturrechtliche Kodifikationen.....	399
b)	Einflussbereich des französischen Code civil.....	400
c)	Deutscher Sprachbereich	400
d)	Die weitere Entwicklung.....	401
e)	Einschränkung des Gegenstandes der Betrachtung	401
f)	Abgrenzung gegenüber England und dem englischen Sprachbereich.....	402

4. Die grundlegende Neuerung der heutigen Kodifikationen: Anspruch abschliessender und exklusiver Darstellung des Rechts.....	402
5. Weitere gemeinschaftliche Elemente der Kodifikationen.....	403
a) Übereinstimmung in den Grundkonzepten	403
b) Fortdauernde inhaltliche Gemeinschaftlichkeiten.....	404
c) Forderung nach Kürze, Gemeinverständlichkeit und Eleganz.....	404
d) Beendigung gemeinschaftlicher materieller Rechtskultur	405
6. Beschränktheit des Aussagegehalts der Gesetze und die zu ziehenden Folgerungen.....	405
a) Keine normfreien Räume im Privatrecht	405
b) Grenzverlauf des gesetzlichen Normbereichs	406
c) Doppelfunktion der Gesetze: Innovation und Information	408
7. Kontrastfigur: Die Verhältnisse im englischen Sprachbereich.....	409
a) Gegensatz zwischen <i>Civil Law</i> und <i>Common Law</i> im allgemeinen.....	409
b) Die geschichtlichen Wurzeln des <i>Common Law</i>	411
c) Die geschichtlichen Wurzeln des <i>Civil Law</i>	412
d) Gesetzgebung im Bereich des <i>Common Law</i> ?.....	413
e) Würdigung.....	414
II. Die verschiedenen Erscheinungsformen des Geltungsanspruchs von Gesetzen.....	416
1. Vorerst fehlender Geltungsanspruch.....	417
2. Subsidiärer Geltungsanspruch (sei er "imperativ" oder "inspirativ").....	417
a) Subsidiärgeltung im allgemeinen.....	417
b) Zwei Erscheinungsformen: "imperative" und "inspirative" Subsidiärgeltung	418
c) Zwischenformen.....	418
3. Anspruch auf Geltung kraft Norminhalts ("korrektive", "prioritäre" Geltung).....	419
4. Der Anspruch auf exklusive Geltung der heutigen Kodifikationen.....	420
III. Der Anspruch auf Exklusivgeltung der heutigen kontinentalen Kodifikationen.....	421
1. Erstmaligkeit des Exklusivitätsanspruchs.....	421
a) Bedeutung.....	421
b) Hintergründe	421
c) Tragweite	422
2. Der heutige Exklusivitätsanspruch, früherer Gesetzgebung gegenübergestellt	423
a) Bibel	423
b) Zwölftafelgesetz.....	423
c) Sachsenspiegel.....	423
3. Der Geltungsanspruch der <i>Digesten</i> unter Justinian.....	424
4. Der Anspruch auf Exklusivgeltung der heutigen Kodifikationen	426
a) Vorbemerkungen	426
b) Ursprung des Anspruchs umfassenden Inhalts und exklusiver Geltung der Gesetze	426
c) Exklusivgeltung stillschweigend vorausgesetzt.....	427

d)	Betonung der Exklusivgeltung durch Sonderbestimmungen.....	428
e)	Ausnahmsweise Bezugnahme auf aussergesetzliche Rechtsquellen und allgemeine Rechtsgrundsätze.....	429
5.	Sonderfall: Schweizerisches Zivilgesetzbuch.....	432
a)	Die Neuerung des Art. 1 ZGB.....	432
b)	Supplementäre Rechtsquellen nur andeutungsweise anerkannt.....	433
6.	Auf das Schweizerische Zivilgesetzbuch folgende Kodifikationen.....	434
IV.	Das Entstehen des modernen Konzepts der Kodifikation.....	435
1.	Zeitgeist der Aufklärung.....	435
2.	Souveränitätsdoktrin und Lehre von der Gewaltenteilung.....	437
3.	Nationalstaatliches Denken.....	438
4.	Entscheidender Einfluss: Gesetzlichkeit der Bibel.....	439
a)	Altes Testament.....	439
b)	Neues Testament.....	440
c)	Vorrangiger Einfluss auf heutiges Gesetzes- und Normverständnis.....	441
d)	Die Kraft unbewusster Einflüsse.....	443
5.	Das Corpus Iuris als Voraussetzung der Kodifizierungsbewegung.....	444
V.	Lückenhaftigkeit der Gesetzgebung – Unhaltbarkeit des Exklusivgeltungsanspruchs.....	445
1.	Lückenhaftigkeit der Gesetze und die daraus folgende Spaltung der Rechtsordnungen.....	445
2.	Zur Aussageleistung der Gesetze.....	446
3.	Was wäre, wenn mit der Exklusivgeltung ernst gemacht würde?.....	449
a)	Handhabung des geltenden Rechts.....	449
b)	Rechtsprechung.....	450
c)	Rechtsgeschichte.....	450
4.	Das Scheitern der Identifikation von Recht und Gesetz.....	450
a)	Nichtakzeptanz seitens der Juristenschaft im allgemeinen.....	450
b)	Krise des Gesetzgebungspostulats.....	451
c)	Ausweichmanöver der Wissenschaft; insbesondere Berücksichtigung nicht anerkannter Rechtsquellen.....	452
d)	Überdehnung des Begriffs der Gesetzesauslegung.....	453
e)	Suche nach gesetzsexternen "Hilfsmitteln" der Rechtsfindung.....	455
VI.	Forderung: Anerkennung der Rechtsüberlieferung als Rechtsquelle.....	455
1.	Thesen.....	455
2.	Begründung.....	456
a)	These 1.....	456
b)	These 2.....	457
3.	Präzisierung der Thesen.....	459
a)	Der Anspruch der Rechtsüberlieferung geht auf subsidiäre und inspirative Geltung.....	459
b)	Was bedeutet "Rechtsquelle"?.....	460

c)	Doppelnatur der Rechtsüberlieferung: Neben Rechtsquellen das Bestehen nicht erkannter rechtlicher Verwurzelung.....	461
4.	Argumente für die Identifizierung von Recht und Rechtsüberlieferung	462
a)	Reanimation der Rechtsüberlieferung als Rückkehr zur Normalität.....	462
b)	Rückgriff auf die Rechtsüberlieferung als Wiedererlangung verlorener juristischer Erfahrung.....	462
c)	Einbezug der Rechtsüberlieferung als Schritt zu überstaatlicher Rechtsbetrachtung	463
d)	Das Argument der Empirie.....	464
e)	Vermeidung des Neuentdeckens von altem Wissen.....	465
f)	Historischer Rückblick als Ansporn zu pragmatischer Rechtsbetrachtung.....	467
g)	Festzuhalten: Keine Berufung auf evolutive Kontinuität.....	468
VII.	Die vom Begriff Rechtsüberlieferung erfassten Quellen.....	468
1.	Juristische Doktrin als erstrangige supplementäre Rechtsquelle.....	468
a)	Grundsatz	468
b)	Was ist die hier massgebliche Doktrin?	470
c)	Doppelaspekt der Doktrin: Aussagen rechtsschöpferischer wie auch normerklärender Art.....	470
d)	"Rechtsüberlieferung" umfasst auch bereits bisher berücksichtigte Elemente	472
e)	Textauswahl	472
2.	Allgemeine Rechtsgrundsätze als Erscheinungsform der Rechtsüberlieferung.....	474
3.	Gewohnheitsrecht?.....	474
a)	Schicksal des Begriffs.....	474
b)	Grundsätzliche Bedeutung	475
c)	Schlussfolgerungen.....	477
4.	Materialien zur Entstehung der Gesetzbücher?.....	478
a)	Grundsatz	478
b)	Möglicher Nutzen.....	479
c)	Drohende Gefahren	479
5.	Geplante Gesetzesrevisionen und Gesetzgebungsprojekte?.....	480
6.	Vorläuferkodifikationen?	480
7.	Rechtsvergleiche (Rückgriff auf ausländisches Recht)?.....	482
a)	Verflochtensein historischer und vergleichender Betrachtung.....	482
b)	Einschränkende Voraussetzung: Gemeinsamkeit der Rechtsüberlieferung (Grundsatz)	483
c)	Beispiele.....	484
d)	Grundsatz der Zulässigkeit der lückenfüllenden Anwendung fremden Rechts.....	486
8.	Judikatur?.....	487
a)	Präjudizien zu berücksichtigen wie Doktrin.....	487
b)	Gefahren der gegenwärtigen Präjudizienbefolgung	489
VIII.	Beispiele hilfreicher Berücksichtigung der Überlieferung als Rechtsquelle.....	491

1. Erleichterung des Gesetzesverständnisses	492
2. Ergänzung des Gesetzes bei dessen zu knappem Text	494
3. Hilfe beim Umgang mit Gesetzeslücken.....	495
4. Kritik bestehender Gesetzgebung	497
5. Kritik herrschender Doktrin und Praxis.....	502
6. Erkenntnis von Schwachstellen als Folge fehlender wissenschaftlicher Tradition	504
7. Befreiung von überholtem Rechtsverständnis (sc. von romanistischer Überlieferung).....	508
8. Rückbesinnung auf prae-normative Rechtsbetrachtung ("Aktionendenken")	512
9. Für die Wissenschaft: Verbreiterung der Problemerkennntnis und des Vorrats an Lösungen.....	515
IX. Folgerungen für heutige Handhabung des Rechts	517
1. Wissenschaft vom geltenden Recht	517
a) Das Selbstverständnis der Disziplin	517
b) Aufgabe der Wissenschaft: Rechtsermittlung dort, wo das Gesetz schweigt.....	517
c) Forderung der Offenlegung der verwendeten Erkenntnisquellen.....	518
d) Wissenschaft als Wegweiserin: Kritik an Gesetz, Judikatur und Doktrin.....	519
e) Bedeutung der Aufforderung, sich mit der Rechtsüberlieferung auseinanderzusetzen	520
2. Geschichtswissenschaft; deren Selbstverständnis als antiquarisch-historische Disziplin	522
a) Die Geschichte der Disziplin Rechtsgeschichte	522
b) Das Postulat der Methodenreinheit	524
c) Die antiquarisch-historische Richtung nicht in Frage gestellt durch die Anerkennung der Rechtsüberlieferung als Rechtsquelle.....	525
d) Vorbehalte der Rechtshistoriker gegenüber der hier postulierten Öffnung der Rechtsbetrachtung	526
e) Rechtsgeschichte und Bildungspolitik.....	526
f) Die Doppeldeutigkeit des Untersuchungsgegenstandes der Rechtsgeschichte: Normen oder Fakten?	528
g) Gegensatz zwischen geltendem und postuliertem Recht	529
3. Profil einer unitarischen, Überlieferung und gegenwärtiges Recht verbindenden Disziplin.....	531
a) Allgemeines	532
b) Präzisierungen zum Untersuchungsgegenstand.....	532
c) Meist angezeigt retrograde Betrachtung: Von der Gegenwart zurück zu den Ursprüngen.....	534
e) Unitarische Betrachtung und Rechtsvergleichung.....	536
4. Methodenlehre	537
a) Ausgangspunkt.....	537
b) Fallenlassen der Scheu, sich auf aussergesetzliche Rechtsquellen zu berufen.....	538

c) Rechtfertigung des Rückgriffs auf nicht-normative Gesichtspunkte.....	539
d) Bisherige Methodenrichtlinien unter Einschränkungen weiterhin aufrechtzuerhalten	540
5. Rechtsüberlieferung und Widerspruch gegen das Gesetz	540
X. Zum Schluss	542

Rechtsüberlieferung und heutiges Recht

Wir sind Gesetzesjuristen. Unsere höchste, vielleicht sogar alleinige Richtschnur bei der Suche nach dem Recht sehen wir in unseren Gesetzbüchern. Aber: Auch die Gesetze sind nicht mehr, was sie einmal waren – man spricht von Krise der Gesetzgebung oder auch von der Überwindung des Gesetzespositivismus, der allerdings nichts anderes ist als der Gehorsam, wie er vom Gesetzgeber gefordert wird. Die Seiten, die folgen, stellen nichts in Frage, auch nicht den Gesetzesgehorsam. Aber: Wo keine Regeln sind, kann man keinen Regeln gehorchen und keine Regeln missachten. Wir wollen nichts beiseite schieben, aber für den Fall des Stummbleibens der Gesetze fordern, nicht auf Richtlinien zu verzichten, sondern zur Suche nach solchen aufzubrechen. Diese Suche wird dann glücken und in gute Zukunft weisen, wenn sie in die Vergangenheit blickt und fragt, was die vielen Grossen unseres Faches gestern gedacht und gefunden haben, die um die Erkenntnis des Richtigen rangen, wie zu tun uns heute ebenfalls aufgegeben ist.

I. Ausgangspunkt

1. Thesen

Wir leben in der Zeit der grossen Dimensionen: Vor kurzem noch konnte man von höchsten Berggipfeln nicht mehr als in die umliegenden Täler blicken, und heute sehen wir aus der Perspektive des Alls durch das Auge von Kameras unseren gesamten Planeten. Wie die Dimension des Raums, so jene der Zeit: Früher sprach man gelegentlich von Millennium, heute beschert uns die Jahrtausendwende die Formel des "Y2K", das *year two kilos*: Nach dem "Kilo-Meter" und dem "Kilo-Gramm" nun auch das "Kilo-Jahr". All dies lädt uns ein, den Zeitenlauf grosszügig zu überblicken.

Dies rechtfertigt die hier gestellte Frage, die lautet: Welches ist das historische Ereignis der wenigen überblickbaren Kilo-Jahre der abendländischen Geschichte, welche das Privatrecht am grundlegendsten verändert hat? Da das Wesen jeglicher Rechtsordnung durch deren Quellen bestimmt wird, geht die Frage gleichzeitig dahin, welche Veränderungen in diesen Jahrtausenden die Rechtsquellen durchgemacht haben.

Wer nach historischem Gewicht der Ereignisse in den überblickten Jahrtausenden Ausschau hält, dessen Blick muss auf das Corpus Iuris JUSTINIANS fallen, das die kontinentalen Rechtsordnungen bis in unsere Tage hinein auf Schritt und Tritt bestimmt und auch weiterhin bestimmen wird. Indessen hat dieses Monumentalwerk nicht in erster Linie Neuerung gebracht, sondern viel eher solche verhindert, nämlich den Verlust des bisherigen Wissensstandes durch zusammenfassende Darstellung des damals geltenden Rechts¹. So gesehen stellt weder die Entstehung des Corpus Iuris JUSTINIANS noch die Rezeption des römischen Rechts einen Akt der Neuerung, sondern eine Erhaltung bisherigen oder Wiederherstellung früher geltenden Rechts dar.

Als ein Ereignis, das von Grund auf das Recht, dessen Quellen und dessen Verständnis gewandelt hat, ist nur ein einziges zu erkennen: Die Entstehung und Verwirklichung des Konzepts der Kodifizierung des Rechts in der Gesetzgebung der Moderne. Dabei denken wir nicht an die Inhalte dieser Kodifikationen, sondern allein an die Art und Weise, mit welcher sie das wie auch immer ausgestaltete Privatrecht in umfassenden Gesetzeswerken darstellen. In den hier betrachteten Zeitrahmen eingeordnet erfolgte dieses Ereignis erst ganz kürzlich; nicht viel mehr als zweihundert Frühlinge gingen seither ins Land.

Was aber kann uns veranlassen, höchste Höhen zu erklimmen, um das uns aus nächster Nähe hinreichend vertraute Phänomen des heutigen kodifizierten

¹ Die Redaktoren der Digesten haben zwar einen brillanten *Digest* der damaligen massgeblichen Rechtsliteratur geschaffen; hätten sich diese Werke aber im Original erhalten, würde die heutige Romanistik wohl in erster Linie zu den dort zitierten Autoren selber greifen, während die Digesten (ähnlich wie heute in Deutschland der Kommentar von PALANDT) vorab von den nach Kurzinformation Strebenden konsultiert würden.

Rechts zu betrachten? Es ist die beunruhigende Beobachtung, dass heute das Rechtsverständnis der Juristen, d. h. von uns allen, einen Zwiespalt in sich trägt: Auf der einen Seite besteht die allgemeine und auch heute noch nicht offen in Frage gestellte Sprachregelung, welche Recht mit Gesetz identifiziert (was wir hier auch "positivistische Identifikation" nennen werden), dies in Übereinstimmung mit dem erklärten dahingehenden Anspruch aller Privatrechtskodifikationen, welche für sich exklusive Herrschaft fordern und neben sich selber keine anderen Rechtserkenntnisquellen dulden. Auf der anderen Seite wagt heute niemand die Behauptung, dass in irgendeinem Lande die Privatrechtsgesetzgebung lückenlos sei und alle aufkommenden Rechtsfragen auch selber beantworte, so dass denn auch der von den Kodifikationen erhobene Exklusivgeltungsanspruch vielenorts in Frage gestellt wird und bei der Rechtsfindung zunehmend aussergesetzliche Gesichtspunkte in die Betrachtung einfliessen. Hier wird gefordert, die Gleichstellung von Recht und Gesetz, welche die Haltung von uns Juristen verzeichnet und unser wissenschaftliches Selbstverständnis vernebelt, nicht bloss in den Hintergrund zu schieben, sondern offen preiszugeben und damit den Weg zur Anerkennung von Rechtserkenntnisquellen zu öffnen, welche ausserhalb der positiven Gesetzgebung liegen: Angezeigt ist ein Überdenken unserer Beziehung zu den Privatrechtskodifikationen, gefordert das Bewusstmachen der tatsächlich konsultierten wie auch der richtigerweise zu konsultierenden subsidiären (zur Gesetzesergänzung heranzuziehenden) Rechtsquellen.

Der Feststellung, dass wir bei der Rechtsfindung neben den Gesetzestexten zusätzlicher Richtlinien bedürfen, wird die These folgen, dass als supplementäre Rechtsquellen in echt normativem Sinne nur das in Betracht fällt, was sich unter der Sammelbezeichnung "Rechtsüberlieferung" zusammenfassen lässt (dazu Ziffer VI).

2. Beispiele von Gesetzgebungswerken nach ursprünglichem, früherem Gesetzesverständnis

Um das umwälzend Neuartige des gegenwärtigen Kodifikationsmodells zu erkennen, wie es ungefähr seit der Mitte des vergangenen Jahrtausends sich zu entwickeln beginnt und seit zweihundert Jahren feste Konturen besitzt, bedarf es eines komparatistischen Blicks auf frühere, meist ebenfalls als "Kodifikationen" bezeichnete Erscheinungen, die im Kernpunkt, d. h. dem jeweiligen Geltungsanspruch, grundlegend verschieden waren.

a) Gesetzgebung von HAMMURABI

Früher um 2250, jetzt etwa um 1800 a. Chr. angesiedelt, wird HAMMURABI (Chammurabi) als Reichseiniger, Zentralist und Vereiniger von religiöser und säkularer Herrschaft vorgestellt. Als grosser Gesetzgeber ging er in die Geschichte ein durch das auf einer Stele aus Diorit gemeisselte Gesetz von

282 Paragraphen, die älteste der uns bekannten grossen Kodifikationen, von der wir seit französischen Ausgrabungen um 1902 Kenntnis haben, die sich im Louvre befindet und durch Übersetzungen jedem Interessierten leicht zugänglich ist². Der Kodex beginnt mit Strafrecht (§§ 1-9, aber auch in der Folge *passim*), behandelt (hauptsächlich unter beweisrechtlichen Aspekten und mit dem erkennbaren Ziel, Diebstahl, Hehlerei usw. zu verhindern) den Kauf; es folgen Militär- und Lehensrecht (§§ 26 ff.), Regelung der Risikotragung bei Pacht unter Zins oder gegen Ertragsbeteiligung (§§ 45 ff.), Regeln bei Selbst- und Drittverpfändung (§§ 114 ff.). Im Familienrecht lesen wir zu Heirat, Brautpreis und Mitgift (vor allem den Folgen nachträglicher Unregelmässigkeiten wie Ehebruch) und über Vergewaltigung im Hausverband, Inzest, Witwenrecht (§§ 127-164, 177), Pflegekindschaft und Adoption (§§ 190 f.) und schliesslich zu Grundsätzen der Verwandtenerbfolge (§§ 165 ff.). Erwähnung verdient das damalige Haftpflichtrecht, das auf dem Talionsprinzip aufbaut, indessen Ansätze des Übergangs zu Geldersatz zeigt (§§ 196 ff.). Vergleichsweise einlässlich geregelt ist das Arztrecht, §§ 215-226; es wird das Honorar für chirurgische Eingriffe festgeschrieben (§§ 216, 217, 221), aber ebenso eine harte Haftung des Arztes für Misserfolg statuiert (Abschneiden seiner Hand oder wenigstens Busse, §§ 218-220).

b) Bibel

Das Buch der Bücher, welches das Denken unserer Vorfahren mehr als alles andere beeinflusst hat, bestimmt unerachtet der Säkularisierung heutigen Zeitgeists manche unserer Vorstellungen und Denkmuster in einem Mass, das dem Durchschnittsbürger verborgen bleibt. Auch wenn wir heute die Rechtsordnung kaum noch mit der Bibel in Zusammenhang bringen, lassen sich das kontinental-abendländische Recht und insbesondere die modernen Kodifikationen nicht ohne das Vorbild der vorab im alten Testament demonstrierten Gesetzlichkeit erklären, denn es sind Judentum und Christentum wie in der Folge auch der Islam (wohl stärker als die anderen grossen Religionen) einem Gesetzesdenken verhaftet³, dessen Einfluss bis in unsere Tage hinein erkannt werden kann. Allerdings wird zu zeigen sein, dass im für uns entscheidenden Punkt des normativen Geltungsanspruchs der Gesetze die Moderne über das biblische Vorbild einen entscheidenden Schritt hinausgeht (einlässlich dazu unten Ziffer IV 4).

² Hier verwendet WILHELM EILERS, Die Gesetzesstele Chammurabis, 1932 (Band 31 Heft 1 herausgegeben von der Vorderasiatisch-Ägyptischen Gesellschaft). Die Lebensdaten von Hammurabi werden dort angegeben mit "ca. 1955-1913". Vgl. im übrigen zum Recht der Frühzeit in Mesopotamien oder Ägypten und zum altbiblischen Recht UWE WESEL, Geschichte des Rechts, 1997, S. 71-114.

³ Im Judentum wie im Christentum (und wohl auch im Islam) spielt die Sünde eine zentrale Rolle: Der Mensch ist von Natur aus schlecht ("Erbstünde") und muss mit Vorschriften (Normen) gebessert werden; das Böse wurde (und wird von der offiziellen katholischen Lehre noch heute) personifiziert im Teufel. Diese Haltung ist den fernöstlichen Religionen fremd.

c) Zwölftafelgesetz

Die in diesem Zusammenhang oft genannte Gesetzgebung SOLONS (640-559 a. Chr.) war anscheinend mehr verfassungs- denn privatrechtlicher Natur. Die angeblich unter deren Einfluss entstandene *lex duodecim tabularum* (um 450 a. Chr.) ist dagegen schwergewichtig auf Privatrecht ausgerichtet, dem man auch das zum Schutz der Mitbürger aufgestellte Verfahrens-, Delikts- und Strafrecht zurechnen kann. Dieses Gesetzeswerk präsentiert sich zwar in heutiger Sicht als überverkürzt und fragmentarisch, wurde aber zur Entstehungszeit als möglichst umfassendes Werk konzipiert, das in der Tat eine Vielzahl zentraler Strukturelemente festschreibt, die bis zu JUSTINIAN und damit bis in unsere Tage hinein Wirkung zeigen.

Wie bereits von antiken Autoren wurde auch in der Neuzeit der revolutionäre Charakter der diese Gesetzgebung veranlassenden Vorgänge betont. Die auch bei anderen Gesetzeswerken fallweise mehr oder weniger angezeigte Deutung der Gesetzgebung als eines "umwälzenden"(revolutionären) Vorgangs ist ein Gesichtspunkt von grundsätzlichem Interesse. Hier kann offen bleiben, wie weit im Fall des Zwölftafelgesetzes dieses Element historische Wirklichkeit war.

d) Corpus Iuris JUSTINIANS

Auch das Corpus Iuris JUSTINIANS wurde und wird unter die Kodifikationen eingereiht. Wenigstens in dem für uns hier und heute im Vordergrund stehenden Obligationenrecht kann man das Corpus Iuris JUSTINIANS unter inhaltlichen Gesichtspunkten ohne weiteres als die massgebliche Vorläuferkodifikation unserer modernen Gesetzbücher betrachten. JUSTINIAN (483-565) hat gleich mit Amtsübernahme (527) vorab die Zusammenstellung des Codex veranlasst (gewissermassen eine "Bereinigte Sammlung" der damals in Geltung zu erhaltenden und ergänzten Kaiserkonstitutionen), um dann die Digesten in Auftrag zu geben. Im Jahr 533, nach Fertigstellung dieses Monumentalwerkes, wird noch die Redaktion der Institutionen veranlasst, die von den Redaktoren der Digesten in wenigen Wochen (nach dem Vorbild der Institutionen von GAIUS) hingelegt werden; Aufgabe dieses Einführungswerkes war eine Übersichtsinformation für Laien über Recht schlechthin, wie dieses selber im Codex und dann vorab in den Digesten dargestellt war. Massgebliche Persönlichkeit bei der Gestaltung der "Justinianischen Gesetzgebung" war TRIBONIAN⁴. "Novellen" heisst die Sammlung der im Lauf der folgenden Jahrzehnte erlassenen neuen Kaiserkonstitutionen.

⁴ Vergleiche zur Entstehung und den Hintergründen des Corpus Iuris die Literatur zur Römischen Rechtsgeschichte, etwa MAX KASER, *Römische Rechtsgeschichte*, 2. Auflage, 1967 (Nachdruck 1993) und GERHARD DULCKEIT / FRITZ SCHWARZ, *Neubearbeitung von WOLFGANG WALDSTEIN*, 9. Auflage, 1995.

e) Sachsenspiegel

Der Sachsenspiegel (zwischen 1220 und 1230 entstanden?) wird, ähnlich wie der Schwabenspiegel, traditionell unter den historischen Kodifikationen aufgeführt, obwohl er bloss als Rechtsbuch und nicht als Gesetzbuch entstand. Ob dessen Autor EIKE VON REPGOW geheissen hat, ist nicht ganz gewiss, wohl aber, dass er weder Gesetzgebungskompetenz besass noch solche beanspruchte, sondern lediglich als Privatmann bestehendes Recht beschrieb. Dass er dieses ausnahmsweise auch kritisiert⁵, illustriert den deskriptiven, auf Normanspruch verzichtenden Habitus des Werkes. Die dem Sachsenspiegel in der Folge vielenorts praktisch zukommende Gesetzesgeltung war eine sekundäre, von dritter Hand verliehene⁶.

f) Weitere

Die angeführten Beispiele mögen genügen. Wichtige Dinge müssen und können hier bei Seite gelassen werden: die vorjustinianische Gesetzgebung der römischen Kaiser, die von den Germanenkönigen veranlassten *leges barbarorum*, die Kapitularien Karls des Grossen wie ein halbes Jahrtausend später beginnend bis hinein in die Neuzeit die unzähligen Markt-, Stadt- und Landrechte des deutschen Sprachbereichs, in Spanien die Siete Partidas, die Nueva bzw. Novísima Recopilación de las Leyes de España und dessen Leyes de Indias oder die französischen Coutumes.

3. Die hier betrachteten modernen Kodifikationen

Gegenstand unserer Überlegungen sind sämtliche "modernen" Kodifikationen, die in den hier betrachteten Elementen nur unwesentlich voneinander abweichen und hier als einheitliches Phänomen betrachtet werden können.

a) Naturrechtliche Kodifikationen

Im Zeitablauf an erster Stelle steht das (seit dem Jahre 1900 im Bereich der heutigen Bundesrepublik nirgends mehr in Geltung stehende) Allgemeine Landrecht der Preussischen Staaten von 1794, dem der französische Code civil von 1804 und das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch von 1811 zur Seite treten. Die preussische Kodifikation kann hier mitberücksichtigt werden, obgleich sie noch ständestaatlich geprägt ist und thematisch über das Privatrecht hinausgeht. Alle drei sind je auf ihre Art in naturrechtlichem Denken verhaftet, inhaltlich aber jedenfalls im Schuldrecht (abgesehen

⁵ Vergleiche den Hinweis auf dessen Kritik an der Leibeigenschaft bei WESEL (Fn. 2) Rn. 220.

⁶ Es ist nicht der Schöpfer eines Gesetzestextes, der über die Geltung seines Werkes entscheidet. Er kann das Entstehen von *consuetudo abrogatoria* nicht ganz unterbinden, und noch weniger kann er verhindern, dass seinem Werk von ausserstehenden Rechtsetzern für ihren Bereich irgendeine Geltung verliehen wird.

von einigen wenigen Einflüssen germanisch-rechtlicher, d. h. lokaler Rechtsüberlieferung) auch durch die zeitgenössische römischrechtliche Doktrin bestimmt. Die drei in naher zeitlicher Nachbarschaft entstandenen Werke sind in ihrem Habitus grundverschieden. Das Allgemeine Landrecht hat keinen sichtbaren Einfluss auf den Code civil ausgeübt, wie das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch vom Code civil überhaupt nicht und vom Allgemeinen Landrecht bloss wenig beeinflusst scheint. Von einem gemeinschaftlichen "Modell" der Kodifikation kann nicht gesprochen werden; Übereinstimmung besteht nur gerade darin, dass keine der drei "Kodifikationen der ersten Generation" auf einem bewusst entwickelten und wissenschaftlich ausdiskutierten Methodenkonzept beruht.

b) Einflussbereich des französischen Code civil

Während nach der Schaffung von Code civil und Allgemeinem Bürgerlichen Gesetzbuch in Europa die Kodifizierungsbestrebungen erlahmen, erlebt das französische Gesetz im spanischsprachigen Amerika nach dessen Ablösung von Spanien einen unerwarteten Aufschwung. Wichtiges Motiv ist die Distanznahme vom früheren Mutterland; die Schaffung einer nationalen Privatrechtsgesetzgebung ist ein Mittel zur Erlangung nationaler Identität. Es wird an die französische Rechtstradition angeknüpft, diese aber auch weiterentwickelt. Erste romanischsprachige Kodifikation, welche gegenüber dem französischen Code civil eigene Statur gewinnt, ist der Código Civil von Chile des Jahres 1855, ein Werk des im spanischen Sprachbereich mit Grund höchstes Ansehen genießenden ANDRÉS BELLO (1781-1865). Der Código Civil von Chile beeinflusste in der Folge die späteren spanisch- und portugiesischsprachigen Kodifikationen (einschliesslich jener von Spanien und Portugal). Unerachtet dessen dürfen die Kodifikationen Italiens, Spaniens und Portugals, damit aber der romanische Sprachbereich überhaupt, zur Einflussphäre des Code civil gerechnet werden.

c) Deutscher Sprachbereich

Die erste Kodifikation, die im Gebiet der deutschen Sprache aus der dort das Feld beherrschenden historischen Rechtsschule Nutzen zog und die Reihe der "Gesetzbücher zweiter Generation" anführt, war das von BLUNTSCHLI geprägte Privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich (PGB) von 1855. Im Bereich des Schuldrechts führten der Dresdener Entwurf von 1866 und das Schweizer Obligationenrecht von 1883 (aOR) diese Entwicklung weiter. Die Bewegung der Privatrechtskodifizierung des deutschen Sprachbereichs wird abgeschlossen durch das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) von 1900 und das schweizerische Zivilgesetzbuch (ZGB) von 1912.

d) Die weitere Entwicklung

Die im 20. Jahrhundert entstandenen weiteren Kodifikationen setzen dieselbe Rechtstradition fort und ziehen insgesamt aus den früher entstandenen Kodifikationen komparatistischen Nutzen: Zu nennen etwa Brasilien (1916), Mexiko (1928/32), Italien (1942, den Codice Civile von 1865 ersetzend) oder Griechenland (1946). Zu dieser Einflussphäre gehören auch weitgehend Osteuropa mit dem Balkan und den Bereichen des früheren Sowjetreiches, aber auch der nahe Osten (Ägypten 1948; Libyen 1954) wie auch der ferne Osten mit seinen modernen Kodifikationen (Japan 1898; Thailand 1925; China 1929; Südkorea 1958).

Insgesamt kann als Näherungswert gelten, dass die europäische Tradition (jene des "Civil Law") alle höher zivilisierten Regionen unseres Planeten dominiert, dies jedoch mit Ausnahme der Gegenden des "Common Law", d. h. wo englisch gesprochen wird (England und seine ehemaligen Kolonien) oder englischer kolonialer Einfluss sich halten kann (Indien und teilweise Israel).

e) Einschränkung des Gegenstandes der Betrachtung

Abschliessend sei festgehalten, dass wir hier nur von Privatrecht und dessen grossen Gesetzeswerken sprechen, d. h. von Dingen, die durch ihre umfassende Zeitperspektive charakterisiert sind. Innerhalb der heutigen Gesetzesproduktion muss überhaupt danach unterschieden werden, ob diese durch "juristisch-intrasystematische", d. h. durch rechtlich-sachlogische Gesichtspunkte bestimmt ist oder aber durch solche, die ich zusammenfassend als "politische" bezeichne⁷: Vor allem im öffentlichen Recht haben diese Elemente Vorhand, denn welche Zölle oder Steuern zu erheben seien, lässt sich nicht anhand echt juristischer Argumente entscheiden. Selbst im Familienrecht hat nicht der Jurist als Jurist das Sagen, wenn es um Zulassung der Scheidung oder die Umschreibung deren sachlichen Voraussetzungen geht. Wir sehen hier von der grossen Masse der "politisch" bestimmten legislativen Produktion ab und beschränken uns zur Hauptsache auf das Obligationenrecht⁸, dem weitgehend das Sachenrecht und teilweise auch das Erbrecht beiseite gestellt werden können, in dem juristischer Sachverstand das Feld beherrscht, und in dessen über zweitausendjähriger Tradition der Einfluss ausserjuristischer Faktoren bloss marginal war. Trotz dieser einschränkenden Ausrichtung der folgenden Überlegungen reichen diese wohl über das Schuldrecht hinaus, ist doch in sämtlichen Disziplinen unseres Faches in Grundsatzfragen der Rückgriff auf das Obligationenrecht seit je selbstverständlich.

⁷ Vergleiche zum Gegensatz des juristisch-intrasystematisch und des politisch bestimmten Rechts BUCHER, *Recht, Geschichtlichkeit, Europa*, in: Bruno Schmidlin (Hg.), *Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht*, 1994, Beiheft 16 zu *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)*, 7 ff., insbesondere 9 f.

⁸ Obligationenrecht allerdings hier verstanden unter Ausschluss von politisch-weltanschaulich belasteten Bereichen wie Arbeitsrecht, Wohnungsmiete und Verbraucherschutz.

f) Abgrenzung gegenüber England und dem englischen Sprachbereich

Gegenstand des Vorliegenden ist unsere eigene Rechtsüberlieferung, die ihre Wurzeln auf dem europäischen Festland hat und von da aus nach allen Winden in allen Weltgegenden Einfluss ausübte. Im Zeitalter postulierter europäischer Rechtsvereinheitlichung kann indessen auf das Herausstellen vorhandener grundlegender Strukturunterschiede nicht verzichtet werden. Der kontinentaleuropäischen Rechtskultur tritt weltweit als Kontrastmodell entgegen jenes Recht, wie es in England entstanden und von hier aus in den früheren englischen Herrschaftsgebieten übernommen worden ist. Diese beiden Systeme sind in ihren grundlegenden Strukturen ganz verschieden geartet. Die Unterschiede sind so grundsätzlich, dass das Common Law sich oft wie eine spiegelbildliche Umkehrung unserer Verhältnisse präsentiert (dazu die folgende Ziffer 7). Und es ist erst die Gegensätzlichkeit der beiden Rechtskreise, welche ins Bewusstsein bringt, dass die der kontinentaleuropäischen Tradition angehörenden Rechtsordnungen und Juristen trotz aller nationaler Partikularismen im Grundsätzlichen immer noch vieles gemeinsam haben und, der ganz andersartigen Welt des englischen Sprachbereichs gegenübergestellt, nahe Verwandte sind, während die Englischsprechenden schon beinahe wie Besucher von einem fremden Planeten erscheinen, mit denen fachsprachliche Verständigung nur approximativ möglich ist.

4. Die grundlegende Neuerung der heutigen Kodifikationen: Anspruch abschliessender und exklusiver Darstellung des Rechts

Von den Anfängen in Preussen des ausgehenden 18. Jahrhunderts bis hin zu den jüngsten Gesetzbüchern lässt sich überall als Konstante feststellen die Forderung, dass die zu schaffenden Gesetzgebungswerke eine vollständige, umfassende und abschliessende Darstellung des geltenden Rechts geben sollen. Diese stellen nicht bloss eine Ansammlung von Rechtsnormen dar, sondern enthalten sämtliche Rechtsregeln, geben eine abschliessende Normierung und repräsentieren das Recht schlechthin. Dieses Konzept stellt eine Neuerung dar, die in klarem Widerspruch zu allen bisherigen Modellen von Gesetzen steht. Dies wird näher darzulegen sein (Ziffern III und IV). Offen bleibt die Frage, bis zu welchem Grade die Beteiligten sich der Neuartigkeit des von ihnen Verwirklichten bewusst waren.

Das Postulat abschliessender Rechtsdarstellung ist untrennbar verbunden mit dem Konzept, die Gesetzbücher als exklusive Rechtsquelle zu installieren, d. h. alle in Betracht fallenden extralegalen Quellen der Erkenntnis des Rechts auszuschalten. Normative Geltung haben allein die Kodifikationen; andere Rechtsquellen (unter dem Vorbehalt ausdrücklicher Verweisungen) werden nicht anerkannt und dürfen nicht berücksichtigt werden.

Die offizielle Sprachregelung geht allenthalben dahin, dass das von den Kodifikationen angestrebte Ziel erreicht worden sei und dass diese das Recht wenigstens

dem Grundsatz nach abschliessend verkörpern würden. Diese Sicht wird auch dann noch aufrecht erhalten, wenn man eingesteht, dass jegliche Gesetzgebung Lücken aufweist: Noch im geläufig gewordenen Begriff der Gesetzeslücke wird die Kodifikation als allumfassend bestätigt, denn mit dem Lückenbegriff werden die vorkommenden Normlücken als inhaltlich begrenzte Phänomene dargestellt, denen gegenüber die Gesetzgebung ihren allumfassenden Charakter bewahrt⁹.

Der Anspruch umfassender und abschliessender Normierung setzt begrifflich voraus, dass der Sachbereich des einzelnen Gesetzgebungswerkes definiert ist. Dies geschieht denn auch in dem Sinne, als die Gesetzbücher regelmässig als solche des "Obligationenrechts", des "Handelsrechts", des "Zivilrechts" oder "bürgerlichen Rechts" usw. umschrieben werden.

Die Forderung umfassender und abschliessender Normierung und exklusiver Geltung bedeutet nicht bloss den Ausschluss aussergesetzlicher Rechtsquellen, sondern ebenso den Ausschluss konkurrierender Gesetzgebung, die von einem anderen Gesetzgeber erlassen ist. Während in früheren Zeiten gleichzeitige potentielle Anwendbarkeit von Gesetzen verschiedener Herkunft durchaus denkbar war (Konkurrenz des Gemeinen Rechts mit Partikularrechten, Berücksichtigung von Normkomplexen ohne formelle Gesetzesgeltung wie hier und da bei Anwendung des Sachsen- oder Schwabenspiegels usw.), verlangt das moderne Kodifikationsmodell nach Exklusivgeltung in der Dimension des Raumes: Kodifikationen sind nicht ohne nationale Grenzen denkbar, welche den Exklusivgeltungsanspruch räumlich umschreiben; die Verbreitung der Kodifikationen fällt nicht zufällig zusammen mit der Entstehung der Nationalstaaten im Sinne des 19. und 20. Jahrhunderts.

5. Weitere gemeinschaftliche Elemente der Kodifikationen

a) Übereinstimmung in den Grundkonzepten

Auch wenn jede der modernen Kodifikationen für sich allein steht und keinerlei formelle Beziehung zu einer anderen herstellt, weisen sie insgesamt doch gemeinschaftliche Züge auf, welche deren gemeinschaftliche Betrachtung rechtfertigen. Sie sind alle Teil einer und derselben grossen Rechtskultur. In den in unserem Zusammenhang massgeblichen Aspekten können die Kodifikationen Frankreichs und Deutschlands, Chiles, Italiens oder der Schweiz so gut wie die übrigen als einheitliche Erscheinung betrachtet werden, und bei der Betrachtung des dort bestehenden Rechts- und Gesetzesverständnisses

⁹ Wenn wir den Rechtsstoff als eine unendliche (da sich abschliessender menschlicher Erfassung entziehende) Grösse betrachten, stellt der kodifikatorisch erfasste Normbereich eine endliche Grösse dar, der gegenüber dem Fehlenden (sc. der Masse der Lücken) unendlich ist. Die heute unter Juristen und noch mehr unter Laien vorherrschende Auffassung neigt jedoch der unrealistisch-fiktiven entgegengesetzten Vorstellung eines umfassenden (unabsehbar-unendlichen) Gesetzesrechts zu, das von einer begrenzten Zahl inhaltlich begrenzter Lücken durchlöchert ist.

kann man für unsere Zwecke getrost von den wohl bestehenden verschiedenartigen Akzentsetzungen abstrahieren; insbesondere in der uns beschäftigenden Frage der Berücksichtigung extralegalen Rechtsquellen ist die offizielle Sprachregelung allentorts von fast monotoner Einstimmigkeit¹⁰. Übereinstimmend ist das Gesetzesverständnis in allen Aspekten, gemeinsam ist denn auch der quasireligiöse Hintergrund des Rechts- und Normverständnisses (dazu unten Ziffer IV 4, lit. c).

b) Fortdauernde inhaltliche Gemeinschaftlichkeiten

Die modernen Kodifikationen sind zwar inhaltlich verschiedenartig, aber die Verschiedenartigkeiten werden vom heutigen Durchschnittsjuristen, der nur die ihm angestammte nationale Gesetzgebung kennt, in ihrer Bedeutung bei weitem überschätzt. Die Unterschiede liegen mehr in den *accidentalibus* als den *essentialibus*; unter der Oberfläche bestehen vielerlei Übereinstimmungen, die dem in nationalem Denken verhafteten Juristen meist verborgen bleiben. Zu den Gemeinsamkeiten gehört der grösste Teil des Begriffsinstrumentariums und etwa Gegensätze wie jener der persönlichen und dinglichen (bzw. relativen und absoluten) Rechte, von Verpflichtung und Verfügung, sodann die Einteilung der Entstehungsgründe der Obligationen und vieles andere mehr. Die Systematik der Gesetze ist verwandt, deren Stoffanordnung in der einen oder anderen Form ausnahmslos von dem auf GAIUS zurückgehenden sogenannten Institutionensystem bestimmt. Nebenbei darf bemerkt werden, dass das gegenwärtig sich entwickelnde EU-Recht bewusst oder unbewusst an diese Gemeinsamkeiten anknüpft.

c) Forderung nach Kürze, Gemeinverständlichkeit und Eleganz

Nach allgemeiner Forderung sollen die Gesetzbücher als ihre Adressaten die betroffenen Bürger betrachten, nicht aber die unmittelbar mit deren Anwendung befasste Juristenschaft. Daher die ausnahmslos an die Gesetzgeber gerichteten Postulate eingängiger, wenn möglich sogar eleganter Darstellung des Rechtsstoffes und ebenso das Verlangen nach Knappheit und Kürze des Gesetzes¹¹. Diese Forderungen, die in offenem Widerspruch zum Anspruch nach Vollständigkeit der Gesetzgebung stehen, bedingen zwangsläufig zwei grundlegende methodische Zugeständnisse: Die gesetzgeberische Rechtsdarstellung

¹⁰ Dass vorab im fernen Osten einige Abweichungen vom hier skizzierten Modell zu vermerken wären, soll nicht in Abrede gestellt werden. Skandinavien bleibt ausser Betracht, da es die Kodifizierungswelle, welche die nachfolgenden Überlegungen veranlasst, nicht mitgemacht hat.

¹¹ Das preussische Allgemeine Landrecht als ältestes der modernen Gesetzbücher ist wohl vorab noch an die Juristen und nicht das allgemeine Publikum gerichtet und entspricht denn auch nicht der Forderung der Kürze. Es ist kein Wunder, dass das Allgemeine Landrecht nie Vorbildfunktion für nachfolgende Kodifikationen erlangt hat. Umgekehrt ist die Kürze des französischen Code civil (C. civ.) eine der Voraussetzungen seines unvergleichlichen Erfolges und weltweiten Einflusses.

kann nur selektiv sein, d. h. muss sich auf die Beantwortung besonders wichtiger Fragen beschränken und auf weniger Wichtiges verzichten. Um unerachtet dieses Selektionszwangs der angestrebten Vollständigkeit nahe zu kommen, muss sodann systematisch zu Verallgemeinerungen (sc. Abstraktion im Sinne des Verzichts auf Besonderheiten) gegriffen werden, um mit einer einzelnen allgemein gefassten Regel eine Mehrzahl unterschiedlicher Probleme zu erfassen. Gesetzesnormen sind daher oft das Resultat "resümierender Abstraktion", und man versucht, eine Reihe verschiedener rechtlicher Regeln in einer einzigen zusammenzufassen. Im Ergebnis stellen sich Kodifikationen als Sammlungen von als gesetzeswürdig erachteten allgemeinen Grundsätzen dar, in deren Zusammenhang sich jedoch eine Unmenge mehr oder weniger leicht voraussehbarer Anschlussfragen stellen, auf deren Beantwortung der Gesetzgeber der Einfachheit und Kürze zu Liebe verzichtet. Diese von allen Kodifikatoren akzeptierten Anforderungen und praktizierten Methoden schliessen zum vornherein aus, dass ein Gesetzbuch ein juristisch-präziser Text mit wissenschaftlich-technischem Habitus sein kann.

d) Beendigung gemeinschaftlicher materieller Rechtskultur

Gemein ist allen modernen Kodifikationen schliesslich das Negativum der Abwesenheit der bisherigen mit dem Ausland geteilten gemeinsamen Rechtskultur. Der Erlass nationaler Kodifikationen hat es zu Wege gebracht, das früher allerorts mit Selbstverständlichkeit gegebene Bewusstsein der Zugehörigkeit zu einer grossen europäischen Rechtsgemeinschaft zu beseitigen. Aber noch im Akt der Selbstzerstörung manifestiert die bisherige Rechtskultur ihre Kraft und Einheitlichkeit: Die Kodifikationsidee ist überall eine und dieselbe und ebenso das Strickmuster deren Verwirklichung. Der Untergang der früheren Übereinstimmung ist nicht in erster Linie die Folge lokal divergierender rechtlicher Anschauungen oder sich vordrängender partikulärer Rechtsgestaltungskonzepte. Das Werk der Zerstörung vollbrachte das grundsätzliche formale Postulat, in der zu schaffenden Kodifikation das Privatrecht abschliessend darzustellen; es war die Ausarbeitung der nationalen Kodifikationen, welche Anlass und Raum zur Besinnung auf nationale Partikularismen und Besonderheiten bot, deren alle anderen Rechtsquellen ausschliessende legislatorische Verankerung in der Folge die gemeinschaftliche Rechtskultur zu Ende brachte.

6. Beschränktheit des Aussagegehalts der Gesetze und die zu ziehenden Folgerungen

a) Keine normfreien Räume im Privatrecht

Lücken können zwar im Gesetz, nicht aber in der Privatrechtsordnung selber vorkommen. Wenn die Gültigkeit eines Vertrages, die Wirksamkeit einer Eigentumsübertragung oder dergleichen zwischen Privaten im Streite steht,

kann die Rechtsordnung der Entscheidung der aufgeworfenen Rechtsfrage nicht ausweichen: Der Anspruch einer der Parteien muss geschützt, die Rechtsposition der anderen verworfen werden, auch wenn dem massgeblichen Gesetz eine normative Grundlage der Entscheidung nicht entnommen werden kann; Verweigerung der Entscheidung käme einem Verzicht auf die Verwirklichung des Rechts gleich. Dies ist ein Wesensmerkmal des Privatrechts (anderes gilt oft im öffentlichen Recht¹²).

b) Grenzverlauf des gesetzlichen Normbereichs

Die hier betrachteten Kodifikationen haben als gemeinsame Zielsetzung, die im gegebenen Sachbereich geforderte Normordnung auch umfassend und lückenlos zu statuieren. Diese legislatorische Zielsetzung übernehmend, besteht im Laienpublikum, aber auch unter Juristen die Tendenz, alle als geltend betrachteten oder gerichtlichen Urteilen zu Grunde gelegten rechtlichen Grundsätze als im Gesetz begründete zu verstehen. Diese Haltung ist Ausfluss der "positivistischen Identifikation": Recht und Gesetz ist ein und dasselbe, und ausserhalb des Gesetzes gibt es kein Recht. Wenn diesem die Antwort auf eine sich stellende Rechtsfrage nicht direkt entnommen werden kann, wird sie als durch "Auslegung" des Gesetzes gewonnene dargestellt, und dies auch dann noch, wenn die als Rechtsnorm behauptete Regel entweder anhand anderer Rechtsquellen gewonnen wurde oder auf freier richterlicher Rechtsschöpfung beruht. Da wir uns hier mit dem ausserhalb gesetzlicher Regelung bleibenden Rechtsbereich beschäftigen, muss Klarstellung gesucht werden, wo die normativen Aussagen des Gesetzes enden und der hier betrachtete gesetzesnormenfreie Rechtsbereich beginnt.

Entgegen der herrschenden Sprachregelung, die weitestgehend rechtliche Erkenntnisse als aus dem Gesetz abgeleitet darstellt, wird hier der Standpunkt vertreten, dass dem Gesetz nur jene Schlussfolgerungen zugerechnet werden sollen, die sich unmittelbar aus dessen Textverständnis ergeben. "Auslegung" des Gesetzes wird einschränkend verstanden unter Ausschluss aller Überlegungen, die andere Informations- und Erkenntnisquellen als den blossen Gesetzestext berücksichtigen und mehr sein wollen als ein Verstehen des Gesetzeswortlautes (mag dieses Verstehen auch durch Überlegungen aller Art, wie Berücksichtigung der dem Gesetz insgesamt zu entnehmenden Absichten in sogenannter "teleologischer Auslegung" gewonnen sein). Unter Auslegung auch die Berücksichtigung aussergesetzlicher Gesichtspunkte (wie Materialien

¹² Wenn dort das massgebliche Gesetz die Frage offen lässt, ob in einem gegebenen Fall eine Strafe zu verhängen oder eine bestimmte Steuer zu erheben sei oder nicht, kann, ja muss auf den Erlass einer Entscheidung verzichtet werden: der Verzicht auf eine (materielle) Entscheidung bedeutet in derartigen Fällen nichts anderes als Verzicht auf die Verhängung der fraglichen Strafe oder auf Erhebung der betreffenden Steuer wegen mangelnder gesetzlicher Grundlage, was Verwirklichung der Rechtsordnung, nicht deren Negation darstellt.

der Gesetzgebung, Gerichtspraxis oder dergleichen), oder gar das Anstellen von Sachüberlegungen zu verstehen, ist "Tun als ob", *falsa demonstratio*.

Die Definition (hier im ursprünglichen Wortsinn verstanden als Grenzziehung) des Bereichs des aus dem Gesetz abzuleitenden Rechts ist nicht in das Belieben des Betrachters gestellt, sondern muss aus dem Gesetzesbegriff selber abgeleitet werden. Der Begriff des Gesetzes erfordert seit sehr langer Zeit dessen Veröffentlichung, heisst Kundmachung des Inhalts für alle Betroffenen. Dieses Publizitätserfordernis ist Geltungserfordernis, ja gehört zu den Begriffsmerkmalen der Gesetzgebung. Auf die vorliegende Frage angewendet bedeutet dies aber, dass Gesetzesrecht nicht mehr sein kann als nur gerade das, was dem Gesetz von dessen Adressaten (die da sind die Bürger, nicht jedoch die Juristenschaft) ohne weiteres entnommen werden kann und zum Erkenntwerden keiner anderen, extralegalen Orientierungshilfen bedarf. Alle normativen Schlussfolgerungen, die sich nicht aus dem Gesetzestext selber ergeben, sondern aus anderen normativen Erkenntnisquellen ableiten, sollen nicht als Auslegung des Gesetzes ausgegeben werden. Das Fehlen legaler Grundlage bedeutet keineswegs, dass das Aufstellen der fraglichen Regel nicht zulässig oder deren Inhalt verfehlt sei: Die Lückenlosigkeit der Rechtsordnung fordert das Aufstellen von Entscheidungsregeln auch beim Schweigen der Gesetze. Zu fordern ist allein Offenlegung der Verhältnisse, das heisst Verzicht auf die Inanspruchnahme der Gesetzesautorität, wo der Normsuchende andere Erkenntnisquellen benutzt hat, für deren Wahl die Verantwortung bei ihm liegt.

Der weite Bereich von Rechtsfragen, die aufgrund des Gesetzestextes sich nicht beantworten lassen, ist Gegenstand der hier anzustellenden Überlegungen. Wir versuchen hier, innerhalb aller eine Privatrechtsordnung ausmachenden Rechtssätze jenen Bereich auszugrenzen, welcher der Gesetzgebung zugerechnet werden kann und als aus ihr abgeleitet gelten darf. Mit dieser Grenzziehung wird gleichzeitig die verbleibende Grösse umschrieben, d. h. der Bereich der nicht aufgrund des Gesetzeswortlauts gewonnenen rechtlichen Regeln und getroffenen normativen Entscheidungen, kurz: der nicht aus dem Gesetz abgeleitete Rechtsstoff. Die Gefilde aussergesetzlicher Rechtsinhalte machen den Aufgabenbereich der juristischen Wissenschaft aus: Ihre Aufgabe und Verantwortung ist es, in dem Bereich fehlender Gesetzesregeln nach Antworten auf die dort aufkommenden Rechtsfragen zu suchen. Der Inhalt des Gesetzes markiert den Verlauf der Grenze zwischen Gesetzesauslegung und Rechtswissenschaft: Letztere beginnt da, wo die Aussagen des Gesetzes aufhören. Wo das Gesetz spricht, bedarf es nicht der Wissenschaft, und deshalb kann auch "Auslegung" der Gesetze (im oben umschriebenen einschränkenden Verständnis) nicht Sache der Wissenschaft sein. Wenn diese entgegen dem Gesagten und aufgrund längerer Übung zu ihren Geschäften die "Auslegung" der Gesetze zieht, verschreibt sie sich einer Diktion, welche die tatsächlich berücksichtigten Erkenntnisquellen verborgen

hält und die Verantwortung des Wissenschaftlers für die von ihm entwickelten Ergebnisse auf das Gesetz verlagert – eine Sprachregelung, die hier abgelehnt wird.

c) Doppelfunktion der Gesetze: Innovation und Information

Allen früheren wie heutigen Gesetzbüchern ist gemeinsam, dass sie zwangsläufig gleichzeitig zwei verschiedene Ziele verfolgen: Innovation und Information¹³. Manche ihrer Normen wollen neues Recht schaffen, manche formulieren nichts anderes als bereits bisher geltende Regeln¹⁴. Dies gilt allerdings bei unseren modernen Kodifikationen in qualifiziertem Sinn: Deren Ziel abschliessender Rechtsdarstellung zwingt zur Vollständigkeit der Gesetzgebung nicht nur, wie früher, im Rahmen der angestrebten Innovationen, sondern auch dort, wo rechtlicher Neuerungswille nicht besteht. Wenn auch unter heutigen Kodifikationen das Mischungsverhältnis von Information und Innovation verschieden sein wird, so ist ihnen doch gemeinsam, dass sie die beiden Erscheinungsformen gesetzgeberischer Normsetzung nicht auseinanderhalten und die unterschiedliche Herkunft der von ihnen erlassenen Normen deren Adressaten nicht offenlegen. Dies ist insofern folgerichtig, als die Gesetzbücher den in ihnen statuierten Normen durchwegs gleichartige Geltung verleihen, mögen diese Neuerungen verkörpern oder aber bloss bisheriges Recht festschreiben. Für das wissenschaftliche Rechtsverständnis ist die genannte Unterscheidung der Normherkunft indessen von grundsätzlicher Bedeutung; die hier vertretene These der Massgeblichkeit der Rechtsüberlieferung im Falle von Gesetzeslücken erfährt eine Bestätigung durch die Feststellung, dass Gesetzeslücken nicht im Bereich gesetzgeberischer Innovation, sondern nur hinsichtlich des Festschreibens bisher geltenden Rechts angenommen werden können (dazu unten Ziffer VI 2 lit. b cc).

¹³ Das hier Gesagte gilt vorerst nur für jene Kodifikationen, die in Kontinentaleuropa selber entstanden sind. Wenn im fernen Osten eine revolutionäre Hinwendung zur europäischen Überlieferung erfolgt oder in der Türkei gar eine ausländische Kodifikation übernommen wird, kann allerdings von einer Gesamterneuerung des Rechtsstoffes und Preisgabe des überlieferten Rechts gesprochen werden.

¹⁴ Geme wird einzelnen Kodifikationen ein revolutionäres Element zugeschrieben: So dem französischen Code civil wie auch dem Zwölftafel-Gesetz, allenfalls auch den Werken von HAMMURABI, LYKURG und SOLON. Dies mag so sein, hindert aber nicht, dass ein Grossteil der Normen derselben nur Bisheriges festschreibt, denn niemals wird Anlass und Möglichkeit bestehen, den bisherigen Zustand ganz auf den Kopf zu stellen. Treffend ist folgende Formel: "Zwischen den Aufzeichnungen reinen Gewohnheitsrechts einerseits und echten Gesetzen andererseits, die zum ersten Mal und für immer einen neuen Rechtssatz einführen, findet man eine Stufenleiter zahlreicher Mittelformen." (HENRI LEGRAS, Grundriss der schweizerischen Rechtsgeschichte, 1935, S. 130).

7. Kontrastfigur: Die Verhältnisse im englischen Sprachbereich

a) Gegensatz zwischen *Civil Law* und *Common Law* im allgemeinen

Um die Bedeutung unserer Kodifikationen zu sehen, müssen wir einen Blick auf den englischen Sprachbereich werfen, wo Gesetzbücher in unserem Sinn nicht bekannt sind. Mangels besserer Bezeichnung nennen wir die dortigen Rechtsordnungen jene des *Common Law*¹⁵. Die Verschiedenartigkeit jener Verhältnisse gegenüber dem uns Gewohnten (hier *Civil Law* genannt) geht so tief wie nur möglich, und gegenseitiges Verstehen ist schwierig¹⁶. Übereinstimmung oder gar "Konvergenz" nur an der Oberfläche: Je grundsätzlicher die betrachteten Strukturen, um so grösser die Gegensätze¹⁷. Die Unterschiedlichkeit der beiden Systeme, die jedes beinahe als die spiegelbildliche Umkehrung des anderen erscheinen lässt¹⁸, liegt im hier betrachteten

¹⁵ Der Terminus *Common Law* ist im englischen Sprachbereich mehrdeutig und für den Aussenstehenden verwirrend; es sind die folgenden Sinngebungen/Begriffe zu unterscheiden:

1. *Common Law* (wie hier) die Bezeichnung einer Rechtsfamilie bzw. eines Rechtssystems, jenes der englischsprachigen Weltgegenden. Gegenbegriff hierzu in England (und auch hier) ist *Civil Law*, d. h. (wie früher auf dem Kontinent *Ius Civile*) das Synonym für römisches, bzw. romanistisches (Universitäts-)Recht, dann aber die Rechtsordnungen kontinentaler Tradition, deren Wesen (vorab in England) im hiesigen Einfluss des römischen Rechts gesehen wird ("civil law-countries", "civilian" der kontinentale Jurist);

2. *Common Law* als das traditionelle Richterrecht der ordentlichen Gerichtsbarkeit, dies im Gegensatz zu dem ihm später korrektiv entgegretenden *Equity*-Recht, das ursprünglich vom Kanzler des Königs ausging und von gesonderten Gerichten gehandhabt wurde. Selbst nach der Vereinigung der Anwendung von *Common Law* und *Equity Law* in der Hand derselben Gerichte durch die *Judicature Acts* von 1873/1875 bewahren *Common Law* und *Equity* den Charakter zweier verschiedener, konkurrierend geltender Rechtsordnungen (was eine Komplizierung der Verhältnisse bewirkt, umgekehrt aber etwa die *equity*-Institution des Trust widerspruchsfrei möglich macht). Diesem Verständnis des *Common Law* tritt als Gegensatz gegenüber auch das *Statute Law*, d. h. Gesetzesrecht jedweder Herkunft.

¹⁶ Die Andersartigkeit hat ihren Ursprung in England; die für das kontinentale Rechtsverständnis unfassbaren Seltsamkeiten finden sich jedoch hauptsächlich in den USA. Man denke an Vorgänge wie die Verfolgung öffentlicher Interessen mit der Zusprechung von sogenannten *punitive damages* (z. B. die Verurteilung der Zigarettenindustrie zu astronomischen Schadenersatzzahlungen an durch Zufälligkeiten bestimmte Bevölkerungsgruppen), die in der Produkthaftung wie auch der Haftung der Ärzte anzutreffenden Auswüchse, der Missbrauch von quasi-gerichtlichen Verfahren zu parteipolitischen Zwecken (der Fall des Angriffs gegen den gegenwärtig amtierenden amerikanischen Präsidenten) springen auch dem oberflächlichen Betrachter in die Augen. Das Fehlen jeder Grundsatzgebundenheit und Voraussehbarkeit lassen sich nicht vereinbaren mit den kontinentalen Vorstellungen von Rechtsstaatlichkeit, ja mit dem Begriff des Rechts überhaupt.

Political correctness hindert in Europa allzu oft, die Dinge beim Namen zu nennen; besonders dankenswert daher die Ausführungen von HEINRICH HONSELL, Amerikanische Rechtskultur, in: Peter Forstmoser und andere (Hg.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift für Roger Zäch, 1999, S. 39 ff.

¹⁷ Es fehlt heute nicht an literarischen Versuchen, die Verschiedenartigkeit der beiden Rechtskreise herunterzuspielen, dies vorab von aus den USA stammenden Autoren. Hier sei allein auf eine Publikation hingewiesen, welche mehr als alle bisherigen die grundlegenden Unterschiede der beiden Systeme erkennt und sie in ihrer historischen Zwangsläufigkeit erklärt: RAOUL C. VAN CAENEGEM, Judges, Legislators and Professors – Chapters in European Legal History, Cambridge 1987, und dazu die Besprechung von WOLFGANG ERNST, *Ius Commune*, Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte, Band 19, 1991, 360 ff.

¹⁸ Diese Spiegelbildlichkeit ist so ausgeprägt, dass oft besser als alles andere der Blick in diese fremde Welt des *Common Law* die grundlegenden Elemente des *Civil Law* uns ins Bewusstsein bringen kann: die Wissenschaftsbestimmtheit unseres Rechts, dessen begrifflich-theoretische Ausrichtung, dessen Bereitschaft zu Abstraktionen usw. – alles Dinge, die dem englischsprachigen

Gesichtspunkt der Rechtsquellen. In der kontinentalen Tradition ist das Recht heute verkörpert in den nationalen Gesetzgebungen, welche die Rechtsanwendung durch generelle Regeln binden und in diesem Sinne Rechtsquellen darstellen. Demgegenüber ist in England und in dessen Einflussbereich die Rechtsordnung allein gewährleistet durch die Praxis der Gerichte, die nicht an vorgegebene Normen gebunden sind, so dass wir eine Rechtsordnung ohne Rechtsquellen im kontinentalen Sinn vor uns haben.

Die Verschiedenartigkeit ist die Folge der Gegensätzlichkeit des Herkommens der beiden Ordnungen: Das Recht kontinentaler Tradition in heutigem Zustand ist entwickelt worden durch die Wissenschaft vom Recht (wie an den Universitäten gelehrt und seit fast einem Jahrtausend in einer abundanten Buchproduktion verkörpert). Die Wissenschaft vom Recht ist es auch, welche der Schaffung der Kodifikationen und der "Vergesetzlichung" des Rechts den Weg bereitet. Im englischen Sprachbereich bestand nie eine Rechtswissenschaft, die mit jener des Kontinents vergleichbar wäre. Seit der Herrschaft der Normannen war und ist das Recht auf die Praxis der Gerichte reduziert, welche, da aus sich selber heraus entstanden, nicht als Rechtsquelle in unserem Verständnis bezeichnet werden kann.

Das Recht des englischen Sprachbereiches bleibt zur Hauptsache Richterrecht, auch wenn dort "Statute Law" angetroffen wird und dieses sich derzeit drastisch vermehrt. Denn bei den Acts und Statutes handelt es sich allein um Gesetzeserlasse, die sich auf einzelne Sachbereiche, wenn nicht gar ein einzelnes Rechtsproblem beschränken und weitgehend der im Civil Law selbstverständlichen systematisch-begrifflichen Struktur entbehren (dazu lit. b). Aber die Basis des Rechts ist und bleibt ungeschrieben; man könnte sich zwar die einzelnen Gesetzeserlasse wegdenken, nicht aber das in der Gerichtspraxis enthaltene Common Law, welches die Grundlagen der Rechtsordnung enthält. Wie man in England sagt: Flächendeckend ist das Common Law, in dessen Meer gibt es Inseln einzelner Gesetzeserlasse. Diese werden vom zünftigen Juristen mit Misstrauen betrachtet; mindestens der englische barrister behält gegenüber der Gesetzgebung Reserve und neigt zu ihrer einschränkenden Handhabung¹⁹. Genau die spiegelbildliche Umkehrung der Verhältnisse

Juristen fremd und unverständlich sind.

¹⁹ Der Gründe sind mehrere: Misstrauen gegenüber jeder generell-abstrakt erfolgenden Normsetzung, die nicht hinreichend gestützt auf konkret vorliegende Problemlagen getroffen wird, Missliebigkeit des extrajudiziellen Verfahrens der Gesetzgebung mit möglichen sachfremd-politischen Einflüssen, oder auch persönliche abweichende Auffassungen jener, die mit den am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Kollegen nicht einig gehen. Der kontinentale Beobachter ist überrascht von der Schleunigkeit und relativen Unbekümmertheit der Normierungsverfahren, bei denen niemand das Gefühl hat, ewige Wahrheiten erkennen zu müssen; *trial and error* wird auch hier als angemessener *approach* betrachtet. Dazu kommt der generelle Vorbehalt gegenüber von Menschen geschaffenen Recht (dazu auch unten lit. e und Fn. 27).

bei uns: Flächendeckend ist das Gesetz, und wo das Gesetz schweigt und eine kahle Insel der Gesetzlosigkeit aus dem Meer herausragt, wird auch sie einengend verstanden, und der kontinentale Jurist beruft sich gerne noch dann auf das Gesetz, wenn dieses schweigt und die Antwort anderswoher geholt worden ist.

Die unterschiedliche Entwicklungsgeschichte, welche die Verschiedenartigkeit der beiden Rechtssysteme verursacht, ist nicht die Folge bewusster und gewollter Entscheidungen zu den grundlegenden Charakteristika der Rechtsordnungen, sondern das Ergebnis von historischen Zufälligkeiten, d. h. der damals gegebenen äusseren Umstände. Der Beginn der in England und auf dem Kontinent in entgegengesetzte Richtungen führenden Entwicklung kann mit der normannischen Eroberung Englands des Jahres 1066 datiert werden. Als Folge dieses Ereignisses beginnen sich auf der Insel in einem zwangsläufigen Ablauf Verhältnisse zu entwickeln, welche sich von jenen auf dem Kontinent grundlegend unterscheiden, und dies vor allen in jenen Merkmalen, welche für die Entwicklung rechtlicher Ordnung entscheidend sind.

b) Die geschichtlichen Wurzeln des *Common Law*

Nach der Eroberung besteht vorerst weiterhin die Rechtstradition sowie die Gerichtsbarkeit der bisherigen Bewohner (Angeln, Sachsen, Dänen und weitere)²⁰. Die Normannen können deren County Courts und Hundred Courts nicht auf einen Schlag beseitigen. Die normannischen Könige überlagern jedoch diesen Lokalgerichten ihre eigene Gerichtsbarkeit: Einige königliche Richter, die *on circuit* im Land herumreisend Recht sprechen. Diese Gerichtsbarkeit ist vorerst nur für bestimmte besonders wichtige Dinge gegeben; Verträge gehören beispielsweise nach damaliger Sicht nicht dazu. Wo aber solche Gerichtsbarkeit besteht, ist auch die Durchsetzbarkeit der richterlichen Urteile gewährleistet²¹. Die Jurisdiktion der königlichen Richter wird schliesslich

²⁰ Neuere historische Forschung scheint zu zeigen, dass in der vornormannischen Periode die englische Insel weitgehend an der damaligen gemeinrechtlichen Tradition des Kontinents und der dortigen römischen Vulgarrechtspraxis teilhatte. Vgl. dazu MAURIZIO LUPOI, *Alle radici del mondo Giuridico Europeo*, 1994, und englische Übersetzung von ADRIAN BELTON, *The Origins of the European Legal Order*, Cambridge 1999, insbesondere S. 145 ff., 303 ff.

²¹ Bei BRACTON (ca. 1200-1268), der in der Folge wahrscheinlich selber einer der königlichen Richter wurde, jedenfalls aber in seinen *De legibus et consuetudinibus Angliae* zu dieser Frage eine Darstellung der geltenden Rechtspraxis gibt und nicht ein Postulat formuliert, heisst es: "*De potestate iudicis*. – Et non sufficit quod iurisdictionem habeat nisi habeat coercionem, quod si iudicium suum executioni demandare non posset, sic essent iudicia illusoria." (Über die Macht des Richters. – ... Es genügt nicht, dass dieser Entscheidungskompetenz habe, wenn nicht auch Vollstreckungskompetenz, denn wenn man Vollstreckung seines Urteils nicht verlangen könnte, so wären die Urteile illusorisch). Zitiert aus BRACTON, *On the Laws and Customs of England*, ed. by George E. Woodbine, translated by SAMUEL E. THORNE, Volume 2, Cambridge Massachusetts 1968 (reprint W. S. Hein, Buffalo N. Y. 1997) S. 304, Fn. 107. Nebenbei: Aus dem vorab auf römischen Quellen beruhenden Werks BRACTONS wird heute oft ein bedeutender Einfluss des römischen Rechts auf das Common Law abgeleitet, was nicht realistisch ist. Zu Bracton vgl. im übrigen HORST HEINRICH JACOBS, *Bracton und Azo*, 1996.

Common Law genannt, d. h. das im ganzen Lande übereinstimmende Recht im Gegensatz zu den vorerst weiter bestehenden verschiedenen Lokalrechten.

Diese von den angestammten Lokalgerichten angewendeten Ordnungen hatten anscheinend eine gefestigte Tradition, über die Urkundenüberlieferung besteht. Im Gegensatz dazu gingen die königlichen Richter ohne normative Vorgaben ans Werk. Das einzige im voraus erkennbare Problem des Klägers bestand darin, ein "writ", eine Klagebewilligung zu erlangen, um überhaupt Königsjurisdiktion zu erlangen. Im Ergebnis ist die Rechtsdurchsetzung bestimmt durch die Praxis der prozessualen Wege und Umwege zur Erlangung eines writ. Nach dem Gesetz, nach dem sie angetreten, entwickelt sich die Rechtsordnung weiter; bis auf den heutigen Tag bestehen im Grundsätzlichen keine generell-abstrakten (gesetzlichen) Normvorgaben der Rechtsprechung, und diese ist oft genug mehr von prozessualen Argumenten denn durch materielle rechtliche Überlegungen bestimmt. Rechtsdenken in Grundsätzen und allgemeinen Prinzipien wie auf dem Kontinent sind auch heute noch kaum bekannt, Abstraktionen werden abgelehnt. Gesetzbücher in unserem Sinne sind in diesem Umfeld nicht vorstellbar.

c) Die geschichtlichen Wurzeln des *Civil Law*

Ganz im Gegensatz dazu die Verhältnisse um das Jahr 1100 auf dem Kontinent: Keine stramme Ordnung wie unter den Normannen-Königen, vielmehr vorherrschend allgemeines Durcheinander. Gerichtsbarkeit oder gar Vollstreckung sind vielenorts fragwürdig, soweit überhaupt normative Rechtsüberlieferung gefestigt und fassbar ist, bleibt sie räumlich auf engste Bereiche beschränkt. An den neu entstehenden Universitäten wird das römische Recht unterrichtet und zieht unglaubliche Massen von Studenten an: Abgesehen von der damals gewiss fragwürdigen Medizin die einzige säkulare Wissenschaft überhaupt, das einzige Mittel, sich zu bilden, ohne kirchlichen Stand anzunehmen²². Das unterrichtete römische Recht war indessen vorerst kein geltendes Recht, sondern ein Idealrecht, so wie es einmal gewesen war und wie es in Zukunft wieder sein könnte und sollte. Das aktuell geltende Lokalrecht erschien nicht als unterrichtswürdig infolge seiner relativen Simplizität, Beschränkung auf einzelne Sachbereiche und der schlechten Quellenlage wie auch wegen seiner Zersplitterung, die für jede Stadt und jede Landschaft wieder eine andere Darstellung gefordert hätte. Von diesem universitären

²² Im engeren Sinne juristische Berufspositionen waren damals spärlich; die Mehrzahl der Studierenden suchten säkulare Bildung; universitäres Studium versprach aber wohl Rang und Einfluss, war daher insbesondere von der Nobilität gesucht. Starke Vertretung von Studenten aus dem Raum der heutigen Schweiz können für Bologna nachweisen S. und S. STELLING-MICHAUD, *Les juristes suisses a Bologne (1255-1330)*, *Notices biographiques et Regestes des actes bolonais*, 1960, welche für die angegebene Zeitspanne die Identität von 225 Studenten dokumentieren. Viele von ihnen sind nachher in hohen politischen und kirchlichen Rängen zu finden.

Ausgangspunkt aus hat sich unser heutiges Recht entwickelt: Ein sukzessiver Vormarsch des römischen Rechts vom Ausgangspunkt des historischen Vorbilds über ein wenigstens subsidiär geltendes Recht zu einem (jedenfalls im Bereich des Obligationenrechts) bald andere Regeln weitgehend verdrängenden Recht. Dabei bedeutet "römisches Recht" neben dem eigentlichen Corpus Iuris-Text vorab auch die romanistische Literatur des Hochmittelalters und der beginnenden Neuzeit. Entscheidend für die kontinentale Rechtstradition ist deren Verwurzelung in der (universitären) Wissenschaft, die zur Hauptsache römisches Recht war und daher dem universitären Wissenschaftsrecht den Namen gab: "Zivilrecht" als *ius civile*, d. h. in der Diktion der Aufklärungszeit das römische Recht²³. Es war die universitäre Wissenschaft, die jenes Recht entwickelte und verkündete, das sich schliesslich durchsetzte und unser heutiges ist. Sie war es auch, die letztlich das Recht für dessen Kodifizierung aufbereitet hat. Die Geschichte des Rechts von Europa ist die Geschichte dessen Rechtswissenschaft.

d) Gesetzgebung im Bereich des *Common Law*?

Im englischen Sprachbereich gibt es keine Kodifikationen im Sinne einer umfassenden und im fraglichen Sachbereich abschliessenden Darstellung des Rechts, sondern bloss eine lange Reihe von Sondergesetzen zu wichtigen Sachbereichen (wie der Law of Property Act, 1925, oder der Sale of Goods Act, erste Fassung 1893, Neufassung 1979) sowie eine Unsumme von Sondererlassen zu Einzelproblemen sehr unterschiedlicher Bedeutung (vom grundlegenden Statute of Frauds, 1677, bis hin zum aktuellen Unfair Contract Terms Act, 1977), nicht zu sprechen von der Gesetzesflut, die sich in den letzten zwei Jahrzehnten aus Anlass der Europäischen Union auch über England ergossen hat.

In den USA besteht mehr Neigung zu grössere Bereiche abdeckenden Rechtsdarstellungen²⁴. Pionierfunktion hat die Institution der "Restatements"

²³ Der Begriff "Zivilrecht", wie er in unserem "Zivilgesetzbuch" (ZGB) weiterlebt, heisst nichts anderes als römisches Recht im Sinne der vorrevolutionären universitären Tradition. Erst im 19. Jahrhundert tritt dem Zivilrecht als Gegensatz das Handelsrecht entgegen, das dann erstmals, zusammen mit der germanistisch-historischen Disziplin, Eingang in den universitären Unterricht findet. Selbst in Frankreich wurde unter "loix civiles" die universitäre romanistische Tradition verstanden; vgl. etwa JEAN DOMAT (1625-1696), *Les loix civiles dans leur ordre naturel* (etwa: Die römischen Rechtsgrundsätze in ein naturgegebenes System gebracht) Dazu auch BUCHER, *Gegensatz zwischen Zivilrecht und Handelsrecht*, in: Ursula Falkner und andere (Hg.), *Aspekte der Rechtsentwicklung*, Festschrift für Arthur Meier-Hayoz zum 50. Geburtstag, Zürich 1972, S. 1 ff.

²⁴ Die Gründe sind leicht zu erkennen: Das koloniale Umfeld, das bei gegebener beschränkter Zugänglichkeit der Law Reports und wohl auch relativer Seltenheit ausgebildeter Juristen den Wunsch nach Vereinfachung und Interesse an beschreibend-einführender Literatur entstehen lässt. Die Darstellung von BLACKSTONE (1723-1780), *Commentaries on the Laws of England*, 4 Bände, London 1765-1769, haben denn auch in Amerika grösseren Einfluss gehabt als in England; diesem Vorbild folgend zeigt ebenfalls wissenschaftlichen Habitus das Werk von JAMES KENT (1763-1847), *Commentaries on American Law*, 4 Bände, New York 1826-1830, (reprint W. S. Hein, Buffalo N. Y. 1984).

d. h. Darstellungen des massgeblichen Rechts wichtiger Rechtsbereiche (Contract, Tort, Conflict of Laws usw.), herausgegeben vom American Law Institute; ihnen haftet ein offiziöser Charakter an, und sie werden oft als eine Vorstufe zu entsprechender Gesetzgebung betrachtet²⁵. – Noch einen Schritt weiter gehen Entwürfe für "Uniform Laws", welche als Vorlagen für die in die Kompetenz der Gliedstaaten fallende Gesetzgebung dienen sollen (bearbeitet gemeinsam vom American Law Institute und der eigens für diese Aufgabe geschaffenen National Conference of Commissioners on Uniform State Laws). Auch hier gibt es Vorlagen mit punktuellen Gegenstand²⁶. Aber es kommt auch Modellgesetzgebung mit weit ausholender Zielsetzung vor, die einen thematisch vorgegebenen Sachbereich umfassend, wenn auch nicht notwendig abschliessend und exklusiv, regeln soll. Das wichtigste Beispiel ist der Uniform Commercial Code (UCC), der Ende der Fünfzigerjahre verabschiedet wurde, einen unerwartet raschen und umfassenden Erfolg zeitigte und heute wohl mit der Ausnahme von Louisiana in allen Gliedstaaten (allenfalls mit Abänderungen) als State Law eingeführt worden ist. Der UCC will (ähnlich wie der Sachsenspiegel und weitgehend auch die Digesten) den im Zeitpunkt der Redaktion massgeblichen Stand schildern, nicht aber neues Recht schaffen. So kommt es denn auch, dass man heute der seither vor sich gegangenen Rechtsentwicklung durch Nachträge oder, so steht zur Diskussion, durch eine Revision Rechnung tragen will: Der UCC bestimmt nicht die Rechtspraxis, sondern diese umgekehrt den UCC. Solches ist aber wiederum nur möglich, weil dieser nie den Anspruch erhob, im Untergrund weiterlebende, d. h. nicht in den Code integrierte Rechtspraxis zu unterdrücken. Die übrigen Erlasse, all die Statutes und Acts, sind Gesetze mit ohnehin zum vornherein beschränktem, bloss punktuellen Geltungsanspruch, die nur gerade für die explizit statuierten Normen Beachtung verlangen, den ganzen übrigen Rechtsraum, eben das weite Meer des Common Law, unberührt lassen; der für unsere Gesetzbücher charakteristische Exklusivgeltungsanspruch ist hier fremd.

e) Würdigung

Der grundlegende Unterschied zwischen Common Law und Civil Law besteht im Vorhandensein oder Fehlen von Rechtsquellen, d. h. normativer Vorgaben für die richterlichen Entscheidungen. Das Common Law ist ein Rechtssystem, das die Gerichte nicht an Normen bindet und damit das materielle Recht mit der Rechtsprechung identifiziert, während in der Rechtstradition

²⁵ Für das Vertragsrecht: Restatement of the Law of Contracts, 1932, (2 Bände); Restatement of the Law of Contracts, Second, 1979 (3 Bände mit 3 Bände Appendices).

²⁶ So etwa zum Thema der Beweiskraft von Fotokopien: Uniform Business Records as Evidence Act (oder die Neufassung, mit einem einzigen materiellen Paragraphen: Uniform Photographic copies of Business and Public Records as Evidence Act).

des Civil Law die den Richter bindende materielle Rechtsordnung (und damit die Rechtsquellen) die Hauptsache darstellt und die gerichtliche Rechtsanwendung bloss sekundäres Interesse besitzt. Diese Gegensätzlichkeit führt am einen Ort zu einem in normfreiem Raum gewachsenen Praktikerrecht, am anderen Ort zu einer materiellen Rechtsordnung, die sich angesichts des Fehlens autoritativer anderer Rechtsquellen aus Theorie und Wissenschaft und der von ihr dargestellten romanistischen Überlieferung heraus zu entwickeln beginnt und die auch heute noch von der Wissenschaft und von theoretischen Konzepten bestimmt wird. Die jeweils entscheidenden Stätten der Ereignisse sind auf dem Kontinent die Hör-, in England die Gerichtssäle, die massgeblichen Informationsquellen sind bei uns Gesetze und Doktrin, jenseits des Kanals die Law Reports.

Im Common Law ist die einzige (formale, nicht materiale) Regel das Gebot der *stare decisis*, d. h. das Gebot des Verbleibens bei der bisherigen Gerichtspraxis nach genau bestimmten Regeln der Präjudizienbindung. Unter der Herrschaft des *Common Law* hat denn auch der Begriff der Rechtsquelle keinen Sinn, denn die Entscheidungspraxis der Gerichte bedarf keiner Rechtsquellen²⁷. Insbesondere wird die juristische Doktrin nicht als Rechtsquelle anerkannt; von den Gerichten wird sie traditionell nicht zur Kenntnis genommen²⁸.

Der Verzicht auf materielle Rechtsnormen im englischen Sprachbereich ist eine historische Einmaligkeit. Sie findet sich weder heute irgendwo in zivilisierten Weltgegenden ausserhalb des englischen Sprachbereichs noch bestand sie in England selber vor dem Jahr 1066. Das Phänomen der "Gerichtbarkeit ohne Recht" ergab sich erst aus dem gewollten Verzicht der Normannenherrscher, ihre (vorerst bloss punktuell-selektive) Gerichtbarkeit mit vorausformulierten materiellrechtlichen Regeln auszustatten²⁹. Aber selbst vor diesem

²⁷ Wo solche Rechtsquellen trotzdem bestehen, bleiben Vorbehalte: Diese Sicht ist so stark verwurzelt, dass man traditionell dem *Statute Law*, da offenkundig von Menschen gemacht, bloss beschränkte Hochachtung zollt. Wenn man von bösen Dingen spricht, trifft der Engländer die Unterscheidung zwischen *malum per se* und *malum prohibitum*: Ein Verhalten, das an sich und in jedem Fall auf Grund ungeschriebener Regeln verwerflich ist, und eines, das nur gerade deshalb böse ist, weil es der Gesetzgeber für richtig hielt, es zu untersagen.

²⁸ Die literarische Produktion hat unkritisch-beschreibenden Charakter und blickt nicht in die Zukunft, um den Weg zu weisen. Ausnahmen von diesem Prinzip haben Ausnahmecharakter; eine solche besteht derzeit im Zusammenhang der "Restitution". Mangels Einflusses des römischen Rechts hat die englische Praxis bis weit in das 20. Jahrhundert hinein Bereicherungsrecht nur in einzelnen Sonderfällen verwirklicht. Heute besteht abundante literarische Produktion, welche dieses neu sich entwickelnde Institut nicht bloss beschreiben, sondern ihm den Weg zu erweiterter richterlicher Anerkennung bahnen will.

²⁹ Die Normannen mit ihrer Vergangenheit von seefahrenden Raubrittern besaßen offenkundig keine ihnen als entwicklungsfähig und durchsetzungswürdig erscheinende eigene Rechtstradition. Der Erlass materieller Normen hätte zur Übernahme der bei der Eroberung von ihnen vorgefundenen vornormannischen Rechte oder der Auseinandersetzung mit diesen Rechten gezwungen. Zu derartigem bestand kein Anlass: Die Einrichtung der königlichen Gerichtbarkeit war Machtdemonstration und bestimmt allein vom Willen, nach welchen Grundsätzen auch immer von oben herab Ordnung sicherzustellen.

historischen Hintergrund ist das Verlangen nach materieller Gerechtigkeit, d. h. der Wunsch nach normativen Vorgaben zur Rechtsprechung und damit nach Rechtsquellen in unserem Sinn, nicht ganz verlorengegangen. Selbst in England, wo heute wie je eine vorbehaltlose Verehrung für den Richterstand besteht, fordert der Wunsch nach einer idealen Welt die Vorstellung einer dem Gerichtswesen vorgegebenen materiellen Gerechtigkeit, die allerdings im System nirgends sichtbar wird. Um einen Ausweg aus dem Dilemma zu finden, hilft man sich mit der Vorstellung, dass der Richter bei seiner Entscheidung nicht Recht schaffe, sondern Recht finde (*to find the law*), ein Recht, das seit je bestand, auch wenn in einer bestimmten Frage bisher mangels vorkommender Anwendungsfälle kein Anlass war, es zu suchen und zu formulieren³⁰.

Der komparatistische Blick in die englischsprachige Welt sollte uns vor allem ins Bewusstsein bringen, was das Wesen der kontinentalen Rechtstradition, unseres Rechts ausmacht: Die Ausrichtung des Rechtsdenkens auf vorprozessuale normative Regeln, die heute, so erwartet man, zur Hauptsache in den Gesetzbüchern ihre Verkörperung finden, die aber ihrer Herkunft nach das Ergebnis jahrhundertelangen Bemühens der universitären Wissenschaft ist, die ihrerseits die Kodifikationen möglich gemacht hat und auch für deren Weiterentwicklung in der Zukunft in Verantwortung steht. Dass die Wissenschaft ihrerseits den Rang einer Rechtsquelle hat, wird noch zu zeigen sein.

II. Die verschiedenen Erscheinungsformen des Geltungsanspruchs von Gesetzen

Der Charakter von Gesetzen wird durch den von ihnen erhobenen Anspruch auf Geltung bestimmt, der verschieden weit gehen kann. Hier sei eine Phänomenologie der Gesetzesgeltung versucht. Deren verschiedene sachlogisch denkbare Erscheinungsformen werden anhand der wenigen oben erwähnten Beispiele von Gesetzen illustriert. Es sind die folgenden Varianten zu unterscheiden.

³⁰ Die Vorstellung "Richterrecht" (*judge made law*) umschreibt zwar realistisch die gegebenen Verhältnisse, ist aber nicht ganz vereinbar mit der genannten Deutung seitens der Beteiligten. Im übrigen ist es nicht ohne Interesse, dass EUGEN HUBER eine gleiche Haltung in früheren Zeiten auch auf dem Kontinent voraussetzt: "Sie (sc. unsere Vorfahren) betrachteten die Gesetzgebung wie die Rechtsprechung als ein Finden des Rechts, nicht als ein Schaffen desselben, und setzten damit voraus, dass das Recht eigentlich schon gegeben sei als göttliche Ordnung, und das es sich nur um dessen Entdecken und Feststellung handle." (EUGEN HUBER, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, Band IV, Basel 1893, S. 13).

1. Vorerst fehlender Geltungsanspruch

Was noch nicht ist, aber werden wird: Selbst bei Texten von grösstem Einfluss kann Geltung vorerst fehlen oder zweifelhaft sein. Der Sachsenspiegel war nicht Gesetzbuch, sondern Rechtsbuch, d. h. ein bloss deskriptives Werk eines Privatmannes, das bei Erscheinen Anspruch auf Befolgung weder erhob noch erheben konnte. Der erste Schritt über den beschreibend-informativen Ausgangspunkt hinaus wird dann vollzogen, wenn die dargestellten Regeln Vorbildcharakter erhalten und kraft ihrer Vernünftigkeit zu Nachvollzug einladen. Wenn der Sachsenspiegel in der Folge vor Gericht zuerst als Indiz und sodann als Beweismittel für bestimmte Rechtsüberlieferung und Rechtsüberzeugung berücksichtigt wird, ist darin zwar noch keine Normgeltung im eigentlichen Sinn zu sehen, denn normative Geltung haben die beschriebenen Verhältnisse (Brauchtum, Rechtsüberzeugungen und dergleichen), nicht aber der solches beschreibende und beweisende Text. Geltung in unserem Sinn ist aber dann gegeben, wenn der Sachsenspiegel angewendet wird unter der Annahme von *opinio necessitatis*, d. h. wenn die Gerichte ihn wie ein Gesetz anwenden und glauben, hierzu verpflichtet zu sein. Dies ist spätestens dann der Fall, wenn er durch obrigkeitlichen Erlass zu formeller Geltung erhoben wird.

Das für den Sachsenspiegel Gesagte dürfte in den Anfängen der Rezeptionszeit mehr oder weniger auch für die römischen Quellen bzw. die damaligen Juristenschriften gegolten haben. Auch sie haben einen ähnlichen Bedeutungswandel von einer Informationsquelle zu einer mit Geltungsanspruch ausgestatteten Rechtsquelle durchgemacht.

2. Subsidiärer Geltungsanspruch (sei er "imperativ" oder "inspirativ")

a) Subsidiärgeltung im allgemeinen

Ein Gesetz kann sich zum vornherein auf eine Lückenbüsserrolle beschränken, d. h. nur so weit Beachtung fordern, als nicht eine andere Rechtsquelle in Sichtweite ist. Diesfalls spricht man von "subsidiärer" Geltung (lat. *subsidium* = militärisch: die Reserve, auch Beistand, Hilfsmittel)³¹. Dies war die Stellung des römischen Rechts wohl manchenorts in der frühen Rezeptionszeit: Wenn lokale Quellen schwiegen, nahmen die Gerichte Rückgriff auf die an den Universitäten gelehrt Rechtsgrundsätze.

³¹ Der Terminus "supplementär" (lat. *supplementum* = Ergänzungsmannschaft; *supplere* = nachfüllen, ergänzen) wäre zutreffender als "subsidiär"; er bringt den Erfolg der Vervollständigung zum Ausdruck, während dieser bei "Subsidiarität" ungewiss bleibt. Indessen ist "Supplementarität" weniger geläufig, und Schaffung neuen Sprachgebrauchs nicht unsere Aufgabe. Immerhin wird gelegentlich auch dieser Ausdruck verwendet werden.

b) Zwei Erscheinungsformen: "imperative" und "inspirative" Subsidiärgeltung

Bei subsidiärer Gesetzesgeltung lassen sich zwei Varianten auseinanderhalten: Im Falle einer Normlücke kann das Zurückgreifen auf die subsidiäre Rechtsquelle zwingend vorgeschrieben, oder aber dem Ermessen des Richters anheim gegeben sein. Obwohl im Vagen bleibende Zwischenlösungen vorkommen (dazu gleich lit. c), sollten meines Erachtens diese idealtypisch grundverschiedenen Konzeptionen klar als Gegensätze herausgestellt werden. Terminologisch bietet sich für diese ungleichen Geschwister nichts Besseres an als von "imperativer" und "inspirativer" Geltung zu sprechen.

Bloss "inspirativ" war wohl in der frühen Rezeptionszeit die Geltung der universitären romanistischen Doktrin oder in dessen Anfängen jene des Sachsenspiegels: Berufung auf diese Quellen war zulässig, indessen nicht zwingend vorgeschrieben. "Imperative" Subsidiärgeltung ist dagegen etwa angeordnet in Art. 1 Abs. 2 ZGB, wonach im Falle des Schweigens des Gesetzes der Richter nach Gewohnheitsrecht zu entscheiden habe (dazu auch unten Ziffer III 5 b). Lässt sich einschlägiges Gewohnheitsrecht erkennen, muss dieses auch der Entscheidung zugrunde gelegt werden; lückenfüllendes Vorgehen des Richters nach der Regel von Abs. 3 wäre nicht zulässig. Gleiches galt dem Grundsatz nach für die römischen Quellen unter der Reichskammergerichtsordnung, aber wohl weithin auch sonst: Die salvatorische Klausel erlaubte dem Richter zwar, bei Vorhandensein von "redlichen, erbar und leidlichen Ordnungen, Statuten und Gewohnheiten" seine Entscheidung auf diese zu stützen, d. h. die römische Tradition unbeachtet zu lassen. Wenn aber derartige Ordnungen nicht bestanden oder wenn sie als "unleidlich" erschienen, war die romanistische Überlieferung als Entscheidungsgrundlage imperativ vorgegeben und die Suche nach anderen Normen nicht erlaubt³².

c) Zwischenformen

Der genannte imperative Charakter der Subsidiärgeltung der römischen Quellen darf nicht wörtlich genommen werden und bestand wohl mehr auf dem Papier als im Gerichtsalltag. Dem Richter stand weitestes Ermessen offen, ob er eine der (wesensmässig ungeschriebenen) "Ordnungen" oder "Gewohnheiten" als bestehend annehmen und überdies als "redlich, erbar und leidlich" qualifizieren wollte oder nicht. Ihm stand die Entscheidung zu, ob diese "für sy pracht"(bewiesen) werden mussten oder als gerichtsnotorisch galten. Im Ergebnis lief das System wohl vielenorts darauf hinaus, dass der Richter freie Wahl hatte zwischen zwei Lösungen: der romanistischen oder der im Gespräch stehenden lokalrechtlichen Variante (wenn nicht sogar mehrerer

³² Vergleiche dazu HEINRICH MITTEIS, Deutsches Privatrecht (Kurzlehrbuch), 1950 (seither zahlreiche Neuauflagen bearbeitet von HEINZ LIEBERICH) Kapitel 3, III.

solcher). Qualifizierte Richter vorausgesetzt stellt dies System die beste aller Welten dar: Ein Wahlrecht zwischen zwei Normsystemen und damit zwei Rechtskulturen, die einerseits ganz unterschiedlich sind und nicht in allen Bereichen gleichermaßen problemgerecht sein können, aber je nach Bereich entweder die eine oder die andere die fallweise beste Lösung anbietet.

In spiegelbildlicher Umkehrung gilt das Gleiche für die imperativ-subsidiäre Geltung von Gewohnheitsrecht nach Art. 1 Abs. 2 ZGB: Der Richter mag ohne weiteres Gewohnheitsrecht anwenden, indem er dieses als gerichtsnotorisch erklärt; will er dagegen lieber *modo legislatoris* vorgehen, wird es ihm nicht schwer fallen, durch Anheben der Anforderungen an den Nachweis des ihm nicht überzeugenden Gewohnheitsrechts dieses vom Verfahren fernzuhalten.

Wer glaubt, eine auf "inspirativ"-subsidiäre Geltung beschränkte Normordnung habe deshalb geringe Bedeutung, irrt. Romanistische Rechtstradition hatte, wie wir sahen, in Mittelalter und Neuzeit auf weiten Strecken keinen echt zwingenden Charakter. Dies hat deren überwältigenden Erfolg im nun zu Ende gelangten Jahrtausend keineswegs gehindert. Die Juristen-Romanisten haben mit Stolz ein grossartiges Wortspiel geprägt, wie das nur in Latein möglich ist: Römisches Recht gilt nicht *ratione imperii*, sondern *imperio rationis*: Geltung nicht kraft Befehlsgewalt, sondern infolge der Überzeugungskraft der ihm innewohnenden Vernunft.

3. Anspruch auf Geltung kraft Norminhalts (*"korrektive", "prioritäre" Geltung*)

Die nächst höhere Stufe des Geltungsanspruchs ist gewissermassen der Normalfall: Der Gesetzgeber will mit seinen Normen Recht schaffen und für die von ihm erlassenen Regeln Gehorsam fordern, ohne aber deshalb ausserhalb des Bereichs der explizit erlassenen Normen andere Rechtsquellen auszuschalten. Einen derartigen Geltungsanspruch kann man als "prioritär" oder "korrektiv" bezeichnen, da die erlassenen Normen Vorrang vor bereits bestehenden fordern bzw. diese punktuell verändern.

Dieser Geltungsanspruch ist oft, ja regelmässig, nicht ausdrücklich formuliert, sondern ergibt sich daraus, dass die aufgestellten Regeln, wenn nicht mit diesem Anspruch ausgestattet, ihren Zweck verfehlen würden. Gegenüber den heutigen Gesetzbüchern (dazu noch unten Ziffer III 2 bzw. V) unterscheiden sich derartige Gesetze durch die Tatsache, dass sie selektiv und punktuell, d. h. im Umfang der statuierten Rechtsregeln legiferieren, während für den ganzen nicht normierten Bereich ein Geltungsanspruch nicht erhoben wird.

Von unseren Beispielen gehören mindestens das Gesetz HAMMURABIS und das Zwölftafelgesetz zu dieser Gruppe. Diese Werke konnten aus äusseren technischen Gründen nicht vollständig sein und nahmen daher zum vornherein in Kauf, bruchstückhaft zu bleiben. Sie waren zwangsläufig selektiv, d. h.

beschränkten sich auf das Formulieren besonders vordringlicher Grundsätze, während der Rest offen blieb.

4. *Der Anspruch auf exklusive Geltung der heutigen Kodifikationen*

Die Geltung, welche unsere heutigen Kodifikationen fordern, geht weit über die vorstehend genannte korrektiv-prioritäre Geltung hinaus: Sie fordern nicht bloss Beachtung der in ihnen enthaltenen Rechtsnormen, sondern Nichtbeachtung aller in ihren eigenen Sach- und Normierungsbereich fallenden bisherigen Regeln und jeglicher extralegalen Grundsätze welcher Herkunft auch immer. Dieser ausschliessende, exklusive Geltungsanspruch ist jener sämtlicher heute geltender Gesetzbücher³³. Er hat nicht bloss, wie jener aller früheren Gesetzeserlasse, positiven Gehalt und verlangt Beachtung der im Gesetz statuierten Rechtsregeln, sondern vielmehr auch einen Negativanspruch, der die Berücksichtigung all jener Regeln verbietet, welche nicht in der Kodifikation selber ihren Sitz haben. Dieser ins Negative ausgeweitete Geltungsanspruch stellt rechtsgeschichtlich eine Neuerung dar, die im Mittelpunkt unserer Betrachtungen steht und unten in Ziffer III beschrieben und dokumentiert werden wird.

Das Konzept der Exklusivgeltung ist die Folge des Anspruchs der Gesetzbücher, eine sachlich umfassende, vollständige und erschöpfende Darstellung des geltenden Rechts zu geben. Nach dem aufklärerischen Modell müssen die Kodifikationen nicht bloss die vom Gesetzgeber gewollten rechtlichen Neuerungen enthalten, sondern darüber hinaus eine Darstellung allen Rechts schlechthin geben. Damit tritt zwangsläufig die Zielsetzung der Innovation des Rechts an Bedeutung zurück vor der Aufgabe der Information, d. h. der Darstellung des bisherigen Rechts, soweit dieses vom gesetzgeberischen Neuerungswillen nicht betroffen ist und wie bisher weiterbestehen soll. Diese beiden Funktionen sollen auseinandergehalten werden. Sämtliche modernen Gesetzgeber verzichten indessen nicht bloss auf eine Sonderung der beiden Elemente, sondern verwischen absichtlich den Grenzverlauf zwischen Bisherigem und Neuem und lassen beides willentlich in ein rechtliches Einheitssystem zusammenfliessen: Gesetzesrecht ist Gesetzesrecht und insgesamt das Werk des Gesetzgebers, möge es alte Überlieferung oder neue Schöpfung des Rechts sein.

Die Rechtslehre sollte in dieser Taktik des Verwischens dem Gesetzgeber nicht folgen, die genannte Unterscheidung vielmehr zum Ansatz ihrer Bemühungen der Rechtsmittlung machen: Gesetzestreue ist allgemeines Gebot, aber die dahin gehende Forderung hat ganz unterschiedliche Bedeutung, je nachdem ob die in Frage stehende Gesetzesregel Ausfluss gesetzgeberischen

³³ HUBER (Fn. 30) 176, sagt (bereits für die Zeit des 16. bis 18. Jahrhunderts): "Die moderne Gesetzgebung charakterisiert sich durch zwei Momente: sie sucht in den Gebieten, in welchen sie auftritt, vollständig zu sein und verdrängt infolge dessen die Gewohnheit, und sie erhebt den Anspruch, wissenschaftlich zu sein in System und Einzelausführung."

Neuerungswillens darstellt (in welchem Fall die Absichten des Gesetzgebers Richtschnur der weiteren Überlegungen sein müssen) oder aber nicht mehr ist als der Versuch, die bisherige Rechtslage in knapper Formel in das Gesetz einzubringen. Da dieser Versuch ohnehin nur mehr schlecht als recht gelingen kann, muss doktrinale Nachhilfe erlaubt sein, welche das Gesetz in der aufgeworfenen Frage deutet und allfällige Regelungslücken füllt, dies auf Grund des doktrinen Wissensstandes vor, bei und nach dem Akt des Gesetzeserlasses.

III. Der Anspruch auf Exklusivgeltung der heutigen kontinentalen Kodifikationen

1. Erstmaligkeit des Exklusivitätsanspruchs

a) Bedeutung

Was sich vor 200 Jahren durchzusetzen begann, war damals neu und ohne historisches Vorbild. War es früher der konkrete Inhalt der neu erlassenen gesetzlichen Normen, welcher Durchsetzung forderte, verlangt heute eine abstrakte Sachbereichsumschreibung des Gesetzes (Erbrecht oder Obligationenrecht, wenn nicht gar Zivilrecht oder Privatrecht ganz allgemein) Verbannung aller nicht im Gesetz selber enthaltenen, extralegalen Rechtsregeln. An Stelle der früheren "Geltung kraft Norminhalts" tritt jetzt der Anspruch der Kodifikationen auf "Geltung kraft Belegung eines Rechtsbereichs". Damit wird als erstes die Weitergeltung allen früheren Rechts und die Berücksichtigung der Rechtsüberlieferung ausgeschlossen: Im heutigen Sinn bedeutet der Erlass von Kodifikationen den Abschied von der Vergangenheit und die Dekretierung eines rechtlichen Neubeginns vom Stande null.

b) Hintergründe

Die neue Form des Geltungsanspruchs war nie Gegenstand wissenschaftlicher Diskussion oder ausdrücklicher Normsetzung gewesen. Die heute fest etablierte Exklusivgeltung der Gesetze ist nicht das Ergebnis einer rechtspolitischen Auseinandersetzung oder auch bloss expliziter Anspruchsformulierung seitens der an der Gesetzgebung Beteiligten, sondern die sich von selbst einstellende Folge des Kodifikationspostulates im Sinne der Aufklärungszeit und der Verwirklichung des erteilten Auftrags sachlich umfassend-abschliessender Gesetzgebung, den jeder Gesetzgeber naturgemäss in vollem Umfang erfüllt zu haben vorgibt³⁴.

³⁴ Vergleiche auch die Darstellung von PRO CARONI, *Privatrecht: Eine sozialhistorische Einführung*, 2. Auflage, 1999, insbesondere S. 53-75 (Zur Geschichte des Kodifikationsbegriffs); DERSELBE, *Saggi sulla storia della codificazione*, 1998.

Die Forderung nach Lückenlosigkeit wird zum Lückenlosigkeitsdogma oder zur Lückenlosigkeitsfiktion: Das Gesetz ist lückenlos, weil es keine Lücken haben darf. Ursache und Ansatzpunkt dieser Vorstellungen ist das Postulat der Gewaltenteilung: Aufgabe des Richters ist die Anwendung der Gesetze, während die Befugnis zur Rechtsschöpfung nicht ihm, sondern der gesetzgebenden Gewalt zukommt. Für eine dem Richter zukommende Befugnis der Rechtsschöpfung bleibt in diesem Staats- und Rechtsverständnis kein Raum. Soll der Richter nicht ungebunden entscheiden, sondern auf das vom staatlichen Gesetzgeber geschaffene Recht verwiesen sein, folgt zwangsläufig die Forderung nach sachlich-umfassender Gesetzgebung. Da nicht sein kann was nicht sein darf, verunmöglicht das Gewaltenteilungsdogma die an sich naheliegende Einsicht, dass Lückenlosigkeit der Gesetzgebung nicht mehr als eine realitätswidrige Fiktion darstellt. Diese Zusammenhänge erklären insbesondere, weshalb die hier thematisierte Exklusivgeltung seinerzeit nicht bewusstem legislatorischen Ordnungswillen entsprach, vielmehr bloss eine Nebenfolge der angestrebten (und schliesslich als verwirklicht hypostasierten) Lückenlosigkeit selber darstellt: Wo keine Gesetzeslücken sind, bestehen auch keine anderen Normen, die auszuschliessen wären; deren Ausschluss erfolgt bereits durch den umfassenden Erlass der Sachnormen, die alle anderen verdrängen. Das Dogma der Alleinherrschaft der Kodifikation ist die Folge flächendeckenden Normierens, nicht aber eines expliziten Verbots der Berücksichtigung gesetzesfremder Normen. Ist aber der Anspruch der Exklusivgeltung ideengeschichtlich eine Auswirkung des Lückenlosigkeitsdogmas, wäre zu fordern, dass er aufgegeben wird, wenn das Lückenlosigkeitsdogma als unrealistisch erkannt ist und daher denn auch fallengelassen wird.

c) Tragweite

Mit diesen Hinweisen wird die Identifikation von Recht und Gesetz geistesgeschichtlich erklärt und, wenn man will, auch entschuldigt. Aber die Forderung bleibt, sich die volle Tragweite dieser Vorstellung von Recht und Gesetzgebung zu vergegenwärtigen, sie in ihrer historischen Einmaligkeit, um nicht zu sagen: in ihrer Ungeheuerlichkeit, zu erkennen. Neu und einmalig ist, dass jetzt das Gesetz kraft seines Erlasses im erfassten Rechtsbereich zum vornherein und auf gut Glück Beseitigung und Auflösung in Nichts aller bisher bestehender oder denkbarer sonstiger Rechtsquellen anordnet; wir stehen vor dem Paradox, dass der Erlass von Kodifikationen im heutigen Sinn nicht bloss Normen schafft, sondern gleichzeitig auch das Bestehen normloser Bereiche institutionalisiert. Solches kann so lange übersehen werden, als man zu glauben wagt, dass die Gesetzbücher für sämtliche Konflikte umfassend sachkongruente Entscheidungsnormen anbieten. Derartiger Glaube ist verschwunden. Beugt man sich der Einsicht der Unmöglichkeit flächendeckender und lückenloser Gesetzgebung, ist die Schlussfolgerung unausweichlich, dass der

heutige Anspruch auf Exklusivgeltung der Kodifikationen nicht länger aufrechtgehalten werden kann, denn er steht und fällt mit dem Lückenlosigkeitsdogma.

2. Der heutige Exklusivitätsanspruch, früherer Gesetzgebung gegenübergestellt

In früheren Gesetzeswerken ist keine Spur von Verlangen nach Exklusivitätsgeltung festzustellen, vielmehr wird die Ergänzung durch andere Rechtsquellen stillschweigend vorausgesetzt oder doch zugelassen. Hier ist zu zeigen, dass früher andere Vorstellungen von Recht und Gesetzgebung geherrscht hatten, wir damit heute eine Neuerung ohne Vorbild vor uns haben.

a) Bibel

Die Verkündung von Gesetzen durch Gott am Berg Sinai schliesst nicht weitere, bereits bestehende oder künftig zu erlassende (weltliche) Gesetzgebung aus. So jedenfalls die Interpretation durch die jüdische Lehre, die sich keineswegs gescheut hat, im Lauf der Jahrtausende ergänzend zusätzliche und sehr viel weitergehende Gesetzesregeln aufzustellen; der Talmud und andere Sammlungen sind dafür hinreichender Beweis³⁵. Die von Christus verkündeten Gebote des Neuen Testaments betreffen in erster Linie nicht faktisches Tun und Lassen, sondern die innere Haltung, unser Fühlen und Denken. Sie sind damit zum vornherein nicht der Art, als abschliessend verstanden zu werden.

b) Zwölftafelgesetz

Dieses Gesetz stellt besonders wichtige Grundsätze heraus, will aber nicht daneben bestehende Regeln auflösen noch gar das Entstehen künftiger Normen auf niedrigerer Normstufe verhindern. Jedenfalls hat es nicht spätere Normergänzung durch untergeordnete Instanzen, wie den Prätor, verhindert.

c) Sachsenspiegel

Als deskriptives Werk eines Privatmannes kann der Sachsenspiegel zum vornherein nicht anderen Normen Geltung absprechen. Im ausgehenden Mittelalter und der frühen Neuzeit ist er gewissermassen Symbol aller damaligen subsidiären Rechtsquellen. Dass der Sachsenspiegel von einem Gesetzgeber zum primär geltenden Gesetzesrecht erhoben wurde, wird irgendwo

³⁵ Eines der bekanntesten Beispiele nachmosaischen Legiferierens: Aus der Regel "Du sollst das Böcklein nicht in der Milch seiner Mutter kochen" (MOSES 2, 13, 19; ebenso 2, 34, 26 oder 5, 14, 21) wird zum Gebot erweitert, Milch und Fleisch jeglicher Art schlechthin und in jeder Beziehung gänzlich getrennt zu halten, was noch heute ein zentrales Element koscherer Küche darstellt.

vorgekommen sein. Undenkbar ist aber selbst in diesem Fall, dass diese Geltung als ausschliessliche ausgestaltet worden wäre und bei Schweigen des Textes die Berücksichtigung anderer Rechtsquellen verboten hätte.

3. Der Geltungsanspruch der Digesten unter Justinian

Die Gesetzgebung der späten Kaiserzeit beanspruchte immer bloss punktuelle Geltung³⁶: Es sollte zwar *ius novum* geschaffen, d. h. in Teilbereichen neues Recht erlassen werden, die nicht berührten Sachbereiche jedoch unbeeinflusst bleiben. Dieser Charakter der Kaiserkonstitutionen erhielt sich auch in den Codices Gregorianus und Hermogenianus, und schliesslich auch im Codex des Corpus Iuris. Jeder Gedanke an Exklusivgeltung ist auch den Novellen und schliesslich den Institutionen fremd. Allein die Digesten verlangen nähere Betrachtung.

Der Geltungsanspruch, wie er von JUSTINIAN den Pandekten als dem Kern seiner Gesetzgebung beigelegt wurde, lässt sich wohl heute nicht eindeutig bestimmen. Originäre Rechtsschöpfung war jedenfalls nicht deren primäre Aufgabe. JUSTINIANS erklärtes Ziel war es, neben der Wiederherstellung der Reichs- und Glaubenseinheit insbesondere auch Rechtseinheit zu schaffen. Unter dieser Zielsetzung musste es vordringlichste Aufgabe sein, das bisher bestehende Recht sichtbar und allgemein zugänglich zu machen und es gleichzeitig für die Zukunft zu erhalten. Diese Absicht wird mit aller Deutlichkeit dargelegt in Codex Buch I Titel 17: *De vetere iure enucleando et de auctoritate iuris prudentium, qui in Digestis referuntur*: "enucleare" heisst, den Kern einer Sache herauschälen, dann aber auch "erklären", "sichten". JUSTINIAN lässt sich an dieser Stelle sogar dazu herbei, die Autorität der in den Digesten ausgewerteten Autoren zu rechtfertigen. Das macht nur dann Sinn, wenn man unerachtet der von den Redaktoren angebrachten Veränderungen als *prima intentio* der Schaffung der Digesten nicht Rechtsneuschöpfung, sondern Sichern der Überlieferung betrachtet. Der auf Erhaltung der Überlieferung ausgerichtete Habitus ist mit dem Anspruch auf Exklusivgeltung nicht leicht zu vereinbaren, wäre ja deren Wirkung vorab jene, die Berücksichtigung früherer Rechtsquellen auszuschliessen.

Der These der Weitergeltung der in den Digesten nicht ausgewerteten Quellen, dies als Folge der Zielsetzung der Rechtserhaltung, können allerdings zwei in entgegengesetzter Richtung weisende Gesichtspunkte entgegengehalten werden: Einmal die Absicht der Wahrung der Rechtseinheit,

³⁶ Dem römischen Recht der Antike war von den Zwölf Tafeln bis über JUSTINIAN hinaus exklusiver Geltungsanspruch von Gesetzgebung fremd. Schön die Formel von MAX KASER, Römisches Privatrecht, Ein Studienbuch, 16. Auflage, 1992, § 2 Ziffer I, S. 14: "Im Gegensatz zu den modernen Zivilgesetzbüchern, die den Stoff nach einheitlichen Leitgedanken in einem geschlossenen System erschöpfend regeln wollen, bildet das römische Privatrecht, das in keinem Gesamtgesetz systematisch geordnet und festgelegt ist, keine äussere und innere Einheit."

aus welcher abgeleitet werden könnte, dass in die Digesten nicht aufgenommene, insbesondere bloss lokal zugängliche Textstellen unberücksichtigt bleiben sollten. Da Justinian unerachtet des Ziels der Rechtserhaltung und Quellensicherung auch von gesetzgeberischem Ehrgeiz erfüllt war, tritt zum Bestreben, das Recht quellenmässig zu sichern und allgemein zugänglich zu machen, das Verlangen, dieses von Widersprüchen zu befreien und auf eindeutige Grundsätze zu reduzieren³⁷, was möglicherweise (wenn auch nicht mit Gewissheit) zur Regel der Unbeachtlichkeit der nicht aufgenommenen Texte führt. Die in den Digesten dargestellten Lehrmeinungen erlangen Gesetzeskraft, wie wenn JUSTINIAN selber sie erlassen hätte³⁸. Das verleiht den in den Digesten aufgenommenen Textstellen einen Sonderstatus gegenüber den nicht aufgenommenen (was auch Anlass des oben genannten Herausstellens der Autorität deren Autoren erklärt), verlangt aber nicht zwangsläufig die Unbeachtlichkeit der nicht in den Digesten enthaltenen Juristenmeinungen. Und schliesslich: Das sogenannte "Verbot der Kommentierung", wie in Cod. 1, 17, 2, 21 (und ähnlich in Constitutio Tanta 21) niedergelegt, bedeutet wohl nicht ein Verbot wissenschaftlicher Bearbeitung (und damit regelmässig einhergehend auch der Auswertung externer Rechtsquellen) etwa in dem Sinne wie vom Gesetzgeber des Allgemeinen Landrechts gemeint. Wie WALDSTEIN überzeugend darlegt³⁹, liegt nicht mehr vor als ein Verbot der Textergänzung (die bei den damaligen Vervielfältigungsmethoden des Abschreibens bzw. Diktats in jedem Fall eine reale Gefahr gewesen sein muss).

Die Frage des von JUSTINIAN für dessen Digesten statuierten Geltungsanspruchs kann letztlich hier offen bleiben. Selbst wenn man annehmen wollte, dass er die Digesten zu einem Gesetzbuch im Sinne einer abschliessenden und andere Texte als Rechtsquellen ausschliessenden Rechtsdarstellung hätte machen wollen, würde dies in unserem Zusammenhang nicht viel bedeuten: Die Digesten sind bekanntlich als Gesamtwerk in Verschollenheit geraten; der Einfluss, den sie in der Zeit JUSTINIANS und für eine Weile danach haben mochten, ist jedenfalls im Westen ohne Kontinuität geblieben. Nach der Wiederentdeckung der Digesten im 11. Jahrhundert wurden diese nicht als abschliessende Verkörperung des Rechts verstanden. Die neu entstehende Rechtswissenschaft hat bald einmal ihre Aufgabe darin gesehen, neben Texterläuterung auch inhaltliche Erweiterung des Rechtsstoffes beizusteuern. Auf die Berücksichtigung von ausserhalb der Digesten liegender Rechtsquellen wurde wohl allein deshalb verzichtet, weil damals keine Texte in Sichtweite

³⁷ Codex 1, 17, 1, 4: (bezogen auf die auszuwertenden Juristenschriften) "... ut ex his omnis materia colligatur, nulla secundum quod possibile est neque similitudine neque discordia derelicta, sed ex his hoc colligi, quod unum pro omnibus sufficiat." D. h. im Ergebnis wohl etwa: "dass, unter Beiseitelassen von Überflüssig-Gleichem wie Widersprüchlichem, aus all diesem Material das Eine herausgelesen werde, das für alle Fälle genügt."

³⁸ Constitutio Tanta 10.

³⁹ DULCKEIT / SCHWARZ / WALDSTEIN (Fn. 4) § 44, 4 (320 f.) unter Hinweis auf Scheltema und Wallinga.

waren, welche neben den Digesten hätten Interesse beanspruchen können. Erst recht waren die Institutionen JUSTINIANS, welche mehr als die Digesten den modernen Kodifikationen als Vorbild dienten⁴⁰, nicht mit Exklusivitätsgeltung ausgestattet, sondern setzten Codex und vor allem die Digesten als Ergänzung geradezu voraus. Die Formel, wonach die modernen Kodifikationen der letzten zwei Jahrhunderte erstmals in der Weltgeschichte für sich Exklusivgeltung beanspruchen, würde selbst dann nur wenig eingeschränkt werden müssen, wenn Exklusivgeltung eine bereits von Justinian vorweggenommene Neuerung gewesen wäre.

4. Der Anspruch auf Exklusivgeltung der heutigen Kodifikationen

a) Vorbemerkungen

Was die an der Gesetzgebung beteiligten Personen gedacht haben, lässt sich nicht ermitteln, ist aber ohne Bedeutung: Massgeblich ist allein, was sie in die Gesetze hineingeschrieben haben. Im folgenden versucht der Schreibende, einlässlich zu zeigen, dass sämtliche modernen Privatrechtskodifikationen (mit der einzigen Ausnahme des schweizerischen Zivilgesetzbuches, das aber ebenfalls auf halbem Wege stehen bleibt) bei der positivistischen Identifikation, so wie aus der Aufklärungszeit auf uns gekommen, weiter verharren und auch für den Fall eigenen Schweigens keinen Weg zur Berücksichtigung anderer Rechtsquellen öffnen. Dies geschieht aus doppeltem Grund: Aus Eigeninteresse will er dem Eindruck vorbeugen, das hier demonstrierte Gespenst des gnadenlos gesetzlich festgeschriebenen Positivismus werde von ihm aus eigenem Ärmel geschüttelt, um es dann anschliessend verscheuchen zu können. Dann aber soll die Übersicht über die in diesem Punkt weltweit fast *uni sono* vortragenden Gesetze uns vor Augen führen, wie weit in diesem Punkt die heutigen Rechtsanschauungen und die daraus entspringenden Methodenkonzepte sich von den wortlautgemässen Forderungen der heutigen Kodifikationen entfernt haben. Dieses Auseinanderklaffen des gesetzlichen Anspruchs und dessen allgemeiner Deutung ist es wiederum, das Überlegungen zum hier aufgeworfenen Thema überhaupt rechtfertigt.

b) Ursprung des Anspruchs umfassenden Inhalts und exklusiver Geltung der Gesetze

Der Ursprung der modernen Gesetzgebungsbewegung liegt in der Aufklärung vorab des 18. Jahrhunderts. Das zu jener Zeit (von Philosophen, nicht von zünftigen, der Wissenschaft oder der Praxis verpflichteten Juristen) entwickelte Kodifikationsmodell war mit Selbstverständlichkeit auf Exklusivität

⁴⁰ Vergleiche BUCHER, Gedanken aus Anlass des Erscheinens zweier Monumentalwerke zum Römischen Recht, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 1997, 923 ff.

ausgerichtet. Etwas anderes liess schon das von allgemeiner Akzeptanz getragene Postulat der Gewaltenteilung nicht zu (dazu unten Ziffer IV 2). Vorab unter dem Einfluss von Erfolgsautoren wie VOLTAIRE und ROUSSEAU stehen seit dem 18. Jahrhundert andere Kodifikationsmodelle als das hier vorgestellte überhaupt nicht zur Diskussion. Die Neuartigkeit und grundsätzliche Tragweite dieses von ihnen vertretenen Gesetzesverständnisses war aber wohl selbst den genannten Autoren und anderen Beteiligten nicht voll bewusst, noch weniger gab sich das juristische Publikum im allgemeinen Rechenschaft darüber. Es sind wichtigste kulturelle Veränderungen, welche losgelöst von Entscheidungen einzelner ablaufen und als Ergebnis von gewissermassen zwangsläufig ablaufenden Entwicklungen sich darstellen. Dies trifft auch für die neue Konzeption von Gesetzgebung und Recht zu, die sich gewissermassen von selbst durchgesetzt hat, jedoch jene Neuerung im Bereich des Rechts darstellt, die in der Sicht des Schreibenden in unserer aktuellen Handhabung des Rechts eine grössere Rolle spielt als irgend eine andere Umwälzung im Rechtsverständnis der Vergangenheit⁴¹.

c) Exklusivgeltung stillschweigend vorausgesetzt

Im allgemeinen gelangt die Recht-Gesetz-Identifikation allein dadurch zum Ausdruck, dass die Nennung subsidiärer Rechtsquellen unterbleibt und eine Ermächtigung zur Berücksichtigung solcher fehlt. Das Stillschweigen der Gesetze zum Thema als Ergänzung zu berücksichtigender Rechtsquellen ist qualifiziertes Schweigen, was dann besonders deutlich offenkundig wird, wenn das fragliche Gesetzbuch wie der französische Code civil einen "Titre Préliminaire" (Art. 1-6) kennt, der sich dabei aber allein auf kollisionsrechtliche Fragen und dergleichen beschränkt, ohne auf die Handhabung des Gesetzes selber Bezug zu nehmen⁴².

Zu den "qualifiziert schweigenden" Gesetzen, welche allein durch Nichterwähnung anderer Rechtsquellen die Berücksichtigung solcher ausschliessen, gehören neben anderen das Privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich (PGB, 1855), das Schweizerische Obligationenrecht von 1883 (aOR),

⁴¹ Der bereits zitierte kluge Beobachter der Verschiedenartigkeit des Common Law gegenüber der kontinentalen Tradition, VAN CAENEGEM (Fn. 17 *in fine*) stellt als den wichtigsten Unterschied der kontinentalen Rechtsüberlieferung gegenüber dem (englischen) Common Law heraus, dass die letztere bruchlos verlaufen sei, während die erstere nicht nur durch die Rezeption des römischen Rechts, sondern insbesondere auch durch die Durchkodifizierung des Privatrechts in der Moderne eine grundlegende Veränderungen erfahren habe.

⁴² Als halbwegs explizite Norm könnte höchstens Art. 4 französischer C. civ. gelten, welcher folgendermassen lautet: "Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice." Das Vorbild von Art. 4 französischer C. civ. ist insbesondere von spanisch-sprachigen Kodifikationen aufgenommen worden: Código Civil von Argentinien (1871) Art. 15; Código Civil von Spanien (1889) Art. 6 Abs. 1; Código Civil von Puerto Rico (1930) Art. 7 Abs. 1; Código Civil von Mexico (1932) Art. 18; vergleichbar auch Código Civil von Spanien in der Fassung von 1973, Art. 1 Abs. 7.

das Deutsche Bürgerliche Gesetzbuch (BGB), der Código Civil von Brasilien (1916) oder das Zivilgesetzbuch von Griechenland (1941/46).

d) Betonung der Exklusivgeltung durch Sonderbestimmungen

Einige Kodifikationen verstärken den Anspruch auf Exklusivgeltung durch dahin zielende Anordnungen, ohne den Grundsatz selber zu formulieren. Dies kann positiv durch Einrichtung bestimmter Institutionen (z. B. eine mit Auslegung oder Rechtsfortbildung betrauten Gesetzgebungskommission) oder aber negativ durch den Ausschluss potentiell konkurrierender Rechtsquellen geschehen.

aa) Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten (ALR)

Dessen Publikationspatent schliesst die Berücksichtigung bisher subsidiärer Rechtsquellen aus; Art. I lautet: "Das gegenwärtige allgemeine Landrecht soll an die Stelle der in Unsern Landen bisher aufgenommen gewesenen Römischen, gemeinen Sachsen- und anderen subsidiarischen Rechte und Gesetze treten; also dass auf ... diese bisherigen subsidiarischen Gesetze und Rechte nicht mehr zurückgegangen ... werden soll".

Im Text des Allgemeinen Landrechts selber, d. h. dessen "Einleitung", wird die Auslegung der Gesetze auf Wortinterpretation reduziert. § 46 lautet: "Bei Entscheidung streitiger Rechtsfälle darf der Richter den Gesetzen keinen andern Sinn beilegen, als welcher aus den Worten, und dem Zusammenhange derselben, in Beziehung auf den streitigen Gegenstand, oder aus dem nächsten unzweifelhaften Grunde des Gesetzes, deutlich erhellet." § 6: "Auf Meinungen der Rechtslehrer, oder älterer Aussprüche der Richter, soll, bei künftigen Entscheidungen, keine Rücksicht genommen werden."⁴³

bb) Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich (ABGB)

Für Zweifelsfälle sieht dieses eine Reihe von Auslegungsregeln vor, die bei der Forderung nach wortgerechtem Gesetzesverständnis beginnen und bei jener nach autoritativer Interpretation seitens des Gesetzgebers enden. § 6 lautet: "Einem Gesetze darf in der Anwendung kein anderer Verstand beygelegt werden, als welcher aus der eigenthümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet." In § 7 wird präzisierend auf Lückenfüllung mit Hilfe der Gesetzesanalogie verwiesen; bleibt sodann "der Rechtsfall noch zweifelhaft, so muss solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände

⁴³ Zur "authentischen Interpretation" vgl. weiterhin Allgemeines Landrecht § 15 und §§ 47, 48. – Im übrigen bestimmt Allgemeines Landrecht § 50 zum Fall der Gesetzeslücke: "Er (sc. der Richter) muss aber zugleich diesen vermeintlichen Mangel der Gesetze dem Chef der Justiz sofort anzeigen. "Diese Anzeigepflicht ist vereinzelt selbst in Lateinamerika übernommen worden (so chilenischer Código Civil Art. 5).

nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden." In § 8 heisst es sodann "Nur dem Gesetzgeber steht die Macht zu, ein Gesetz auf eine allgemein verbindliche Art zu erklären." Zur Unbeachtlichkeit von Präjudizien § 12: "Die in einzelnen Fällen ergangenen Verfügungen und die von Richtersthühlen in besondern Rechtsstreitigkeiten gefällten Urtheile, haben nie die Kraft eines Gesetzes; sie können auf andere Fälle oder auf andere Personen nicht ausgedehnt werden."

cc) Código Civil von Chile (1855)

In dessen "Titulo Preliminar" wird methodisch ein konservativer Standpunkt eingenommen: Gebräuche (*costumbre*) machen nur Recht, wenn das Gesetz auf sie verweist (Art. 2); es ist Sache des Gesetzgebers, das Gesetz allgemein verbindlich auszulegen, daher haben insbesondere Gerichtsentscheidungen keine präjudizelle Wirkung (Art. 3)⁴⁴; in ähnlicher Richtung weisend auch die Art. 18-22. Dem Vorbild der genannten Vorschriften des Código Civil von Chile folgen etwa Argentinien (Código Civil Art. 17) und Spanien.

dd) Dresdener Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes
über Schuldverhältnisse (1866)

Dieser im deutschen Sprachbereich in der Folge höchst einflussreiche Entwurfstext stellt den Sachnormen als "Allgemeine Bestimmung" eine einzige einleitende Formalregel voran, welche als Art. 1 lautet: "Für die unter das gegenwärtige Gesetz fallenden Rechtsverhältnisse hat das gemeine Recht keine Gesetzeskraft", womit jeglicher Rückgriff auf vorkodifikatorisches Recht ausgeschlossen wird⁴⁵.

e) Ausnahmsweise Bezugnahme auf aussergesetzliche Rechtsquellen und allgemeine Rechtsgrundsätze

Eigentliche Namhaftmachung aussergesetzlicher Rechtsquellen bleibt vereinzelte Ausnahme (dazu unten Ziffer 4 e und 5). Ein bescheidenes Infragestellen der Identifikation von Recht und Gesetz ist am ehesten zu erwarten im Fall der legislatorischen Bezugnahme auf Gesetzeslücken bzw. auf die Abwesenheit

⁴⁴ Código Civil von Chile, Art. 2: "La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella." Art. 3: "Solo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio. – Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren."

⁴⁵ Die Absicht des Ausschlusses sämtlicher anderer Rechtsquellen wird illustriert durch die bei Beginn der Beratungen vorgelegten ganz knappen "Allgemeinen Vorschläge" des Redaktionsausschusses, die wesentlich expliziter waren als der zum Entwurf erhobene Art. 1: "4. Die Geltung des gemeinen Rechts, als Hilfsrechts, ist ausgeschlossen. – 5. Derogatorische Gewohnheiten sind ausgeschlossen. – 6. Suppletorische Gewohnheiten sind nur in den Fällen zuzulassen, wo das Gesetz dies ausdrücklich ausspricht. – 7. Der Richter ist zu ermächtigen, in Fällen, in welchen das Gesetz nicht ausreicht, nach der Rechtsanalogie zu entscheiden." (Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechtes, Band 1, 1863, S. 41; davon Reprint Keip/Frankfurt/a. M. 1984).

einer Norm oder Widersprüchlichkeit verschiedener Lesarten eines Textes. Soweit sich eine Kodifikation überhaupt auf dieses Glatteis wagt, bleibt es regelmässig bei blossen Formalverweisungen ohne grossen Aussagegehalt, d. h. vorab bei Berufung auf "allgemein Rechtsgrundsätze" oder dergleichen.

aa) Código Civil von Argentinien

Bereits das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch von 1811 hatte in § 7 auf "natürliche Rechtsgrundsätze" (d. h. auf Naturrechtsdoktrin) verwiesen. Im späteren 19. Jahrhundert erlischt die Neigung der Berufung auf Naturrecht; es kommen höchstens Verweisungen auf "allgemeine Grundsätze" vor. Der Código Civil de la República de Argentina (1871) nimmt in Art. 22 zwar die gesetzespositivistische Linie des chilenischen Gesetzes (oben lit. cc) auf⁴⁶.

Kodifikationsgeschichtlich interessant ist dagegen Art. 16: "Wenn eine Privatrechtsfrage weder nach Wortlaut noch nach dem Geist des Gesetzes beantwortet werden kann, wird man Grundsätze analoger Gesetze beachten, und, wenn immer noch Zweifel bestehen, sich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen richten und dabei die besonderen Umstände des vorliegenden Sachverhaltes berücksichtigen."⁴⁷

Die als Rechtsquelle installierten "allgemeinen Rechtsgrundsätze" entfalten angesichts der Allgemeinheit der Aussage kaum eine Bindung des Richters, geben ihm aber immerhin die Möglichkeit, seine Entscheidung entsprechend zu begründen. Komparatistisch interessant ist die Erlaubnis, Einzelfallgerechtigkeit zu üben (Art. 1 ZGB geht hier in die entgegengesetzte Richtung; dazu unten Ziffer 5).

bb) Código Civil von Spanien (1889)

In seiner ursprünglichen Fassung von 1889 hält der spanische Código Civil es noch für notwendig, festzuhalten, dass weder Brauchtum noch Gerichtsgebrauch gesetzwidrige Rechtsprechung zu rechtfertigen vermögen (Art. 5). Nach vorne weist dagegen die Regel von Art. 6 II, wonach im Falle des Fehlens direkt anwendbarer Normen lokales Brauchtum zu berücksichtigen ist, bei dessen Fehlen allgemeine Rechtsgrundsätze⁴⁸.

⁴⁶ Código Civil von Argentinien, Art. 22: "Lo que no está dicho explícita o implícitamente en ning'un artículo de este código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil, aunque anteriormente una disposición semejante hubiera estado en vigor, sea por una ley general, sea por una ley especial."

⁴⁷ Código Civil von Argentinien, Art. 16: "Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si a'un la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso. "Eine Rückgriff auf "usos y costumbres" (Sitten und Bräuche) wird im Fall von Gesetzeslücken nicht zugelassen.

Código Civil von Argentinien, Art. 17: "Los usos y costumbres no pueden crear derecho sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente."

⁴⁸ Código Civil von Spanien, Art. 5: "Las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores, y no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre o la práctica en contrario."

Código Civil von Spanien, Art. 6 Abs. 2: "Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales de derecho."

cc) Código Civil von Puerto Rico (1930)

Art. 7 Abs. 2 verweist für den Fall der Gesetzeslücke auf Billigkeit (equidad), die umschrieben wird als "natürliche Vernunft in Übereinstimmung mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und den akzeptierten und erwiesenen Gebräuchen". Zu beachten sind die recht positivistisch ausgerichteten Grundsätze für das Verständnis des Gesetzes. In Art. 14 wird festgehalten, dass ein klarer Wortlaut nicht abgewertet werden dürfe unter dem Vorwand der Verwirklichung des Geistes des Gesetzes, während es in Art. 15 heisst: "Der Wortlaut des Gesetzes ist in seinem geläufigsten und üblichsten Sinn zu verstehen, dabei nicht zu sehr der grammatikalischen Bedeutung, sondern eher dem allgemeinen und volkstümlichen Verständnis folgend."⁴⁹

dd) Código Civil (para el distrito federal) von Mexico (1932)

Art. 10 hält ähnlich wie der spanische Código Civil fest, dass man sich gegenüber der Anwendung des Gesetzes weder auf dessen anderweitige Nichtanwendung noch auf entgegengesetzte Übung und Praxis berufen kann; Art. 19 verweist auf den Gesetzeswortlaut oder dessen juristische Auslegung ("su interpretación jurídica"), während subsidiär nach dem Vorbild Argentiniens die "principios generales de derecho" massgeblich sind.

ee) Codice Civile von Italien (1942)

Das italienische Gesetzbuch lautet in Art. 12: "Interpretazione della legge. – (1) Nell'applicare la legge non si pu' ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. (2) Se una controversia non pu' essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato."

ff) Código Civil von Spanien in der Neufassung von 1974.

Der "Titulo Preliminar" des Código Civil von Spanien erscheint heute in einer sich modern gebenden Neufassung von 1974. Von den bisher angeführten Texten weicht er insofern ab, als hier, auf gleicher Stufe wie das Gesetz, auch Brauchtum und allgemeine Rechtsgrundsätze genannt werden, was einem implizierten Zugeständnis der Lückenhaftigkeit nahekommt. Der Inhalt des weit ausholenden neuen Art. 1 kann, soweit hier wesentlich, wie folgt zusammengefasst

⁴⁹ Código Civil Puerto Rico, Art. 7 Abs. 2: "... razón natural de acuerdo con los principios generales del derecho, y los usos y costumbres aceptados y establecidos".

Código Civil Puerto Rico, Art. 14: "Cuando la ley es clara libre de toda ambigüedad, la letra de ella no debe ser menospreciada bajo el pretexto de cumplir su espíritu."

Código Civil Puerto Rico, Art. 15: "Las palabras de una ley deben ser generalmente entendidas en su más corriente y usual significación, sin atender demasiado al rigor de las reglas gramaticales, sino al uso general y popular de las voces."

werden (wobei allerdings die legislatorische Absicht des Originals gelegentlich etwas vage erscheint):

Abs. 1: Rechtsquellen sind das Gesetz, das Brauchtum und allgemeine Rechtsgrundsätze: "Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre (Brauchtum, Sitten, Gewohnheit- oder gar Gewohnheitsrecht?) y los principios generales del derecho."

Abs. 3 Satz 1: Brauchtum macht nur Recht bei Fehlen anwendbaren Gesetzes, immer vorausgesetzt, dass es erwiesen sei und nicht gegen Moral oder öffentliche Ordnung verstosse.

Abs. 4: Die allgemeinen Rechtsgrundsätze sind anwendbar bei Fehlen von Gesetz und Brauchtum.

Abs. 6: "La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho." (Etwa: Die Gerichtspraxis ergänzt die Rechtsordnung durch eine vom Höchsten Gericht zu entwickelnde ständige Lehre der Anwendung von Gesetz, Brauchtum und allgemeinen Rechtsgrundsätzen).

5. Sonderfall: Schweizerisches Zivilgesetzbuch

Anschliessend an die Darstellung der insgesamt tief in positivistischer Haltung verhafteten Kodifikationen kontinentaleuropäischer Tradition ist hier ein Gegenbeispiel anzuführen, das in der Tat von diesem kritisierten Gesetzesverständnis abweicht und im Ergebnis die hier vom Schreibenden vertretene Position teilweise vorwegnimmt: Das schweizerische Zivilgesetzbuch von 1912, das vorab auf Distanz zur Fiktion der Lückenlosigkeit der Gesetzgebung geht und damit wenigstens mittelbar die Identifikation von Recht und Gesetz wie den exklusiven Geltungsanspruch in Frage stellt.

a) Die Neuerung des Art. 1 ZGB

Im Gegensatz zum PGB, dem Obligationenrecht von 1883 und dem BGB knüpft der Gesetzesredaktor EUGEN HUBER an die Tradition des "Titre préliminaire" des französischen Code civil an und nimmt in Art. 1 der Einleitung mehr als bisher üblich auf die Frage der Gesetzesgeltung Bezug. Diese Vorschrift reflektiert zeitgenössische theoretische Konzepte und hat auch in der ausländischen Literatur grosse Beachtung gefunden. Der Inhalt der drei Absätze von ZGB Art. 1 kann wie folgt zusammengefasst werden:

- (Abs. 1) Das Gesetz findet auf jene (und nur jene) Rechtsfragen Anwendung, für die es "nach Wortlaut und Auslegung eine Bestimmung enthält".
- (Abs. 2) Bei Fehlen einer Gesetzesvorschrift soll der Richter nach Gewohnheitsrecht, bei dessen Fehlen "nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde."
- (Abs. 3) "Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung."

Abs. 1 enthält das Negativgeständnis der Lückenhaftigkeit des nachfolgenden Gesetzestextes, ohne an diese Feststellung grundsätzliche methodische Folgerungen anzuknüpfen und sich zu den Rechtsquellen im allgemeinen zu äussern. Abs. 2 installiert für den Fall des Schweigens des Gesetzes das "Gewohnheitsrecht" als subsidiäre Rechtsquelle; der für den Fall dessen Fehlens statuierte Zwang zu generalisierender Normbildung hat allein formalen Charakter. Abs. 3 macht "Lehre und Überlieferung" zu sub-subsidiären Rechtsquellen für den Fall des Fehlens von Gewohnheitsrecht.

b) Supplementäre Rechtsquellen nur andeutungsweise anerkannt

Selbst der avantgardistische helvetische Gesetzgeber übt bei der Anerkennung aussergesetzlicher Rechtsquellen Zurückhaltung:

- "Gewohnheitsrecht": eine im Volke lebende, von einer *opinio necessitatis* getragene Rechtsüberzeugung lässt sich nur selten nachweisen; die Verweisung auf Gewohnheitsrecht im heutigen Verständnis (dazu unten Ziffer VII 3 a) kann in der Praxis vernachlässigt werden⁵⁰. Die häufig gehörte Auffassung, dass auch Gerichtspraxis Gewohnheitsrecht bilden könne, ist dem Gesetzgeber fremd⁵¹. Derartiger Sprachgebrauch ist abzulehnen, da er auf eine Präjudizienbindung der Gerichte hinweist, die von keiner der betrachteten Kodifikationen anerkannt wird⁵².
- "Lehre und Überlieferung": die Installierung der "Lehre" (d. h. der Doktrin und wissenschaftlicher Literatur überhaupt) ist in der Tat bedeutsam, denn diese stellt den Kern der kontinentaleuropäischen Rechtsüberlieferung dar und ist jenes Element, dessen Vorhandensein sie gegenüber der englischsprachigen Welt unterscheidet. "Überlieferung" wird heute als Gerichtspraxis verstanden (entsprechend auch die welschen Texte ("jurisprudence" bzw. "giurisprudenza"). Zweifel sind erlaubt, dass dies die Meinung EUGEN HUBERS war: Es ist wenig logisch, bei Erlass eines Gesetzes für den Fall dessen Lückenhaftigkeit auf Gerichtsentscheide zu verweisen, die in Auseinandersetzung mit dem Gesetz zu dieser Zeit nicht bestehen

⁵⁰ Nicht anders im Ergebnis auch ARTHUR MEIER-HAYOZ, in: Bemer Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Band I/1, 1962, Art. 1 ZGB, Rn. 242 sowie KARL LARENZ / CLAUD-WILHELM CANARIS, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, 1995, S. 177 und ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 1998, S. 161. – Aber das Phänomen des Gewohnheitsrechts hat grundsätzliche Bedeutung für das Rechtsverständnis und veranschaulicht in einem Teilbereich die hier vertretene Auffassung; dazu einlässlicher unten Ziffer VII 3 und Fn. 118.

⁵¹ EUGEN HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuches, Erster Band, 1914, S. 37: "Wo aber das gesetzte Recht mangelt, da darf ... das tatsächlich geübte Recht nicht ignoriert werden.", oder "hat also die Staatshoheit es unterlassen, objektives Recht zu setzen ... so würde sie sich in Widerspruch mit sich selber setzen, wenn sie diesem geübten Recht die Anerkennung versagen wollte. "Gewohnheitsrecht wird von HUBER (in Übereinstimmung mit dem herrschenden doktrinellen Sprachgebrauch) als von den Volksgenossen gelebtes, keinesfalls aber als judizielles Recht verstanden. Dazu auch unten bei Fn. 115.

⁵² Dazu Hinweise oben Ziffer 4 d.

können⁵³. Ich verstehe "Lehre und Überlieferung" entweder als Hendiadyoin für Rechtsüberlieferung schlechthin, oder "Lehre" als die Doktrin zu aktuellem Recht, die "Überlieferung" dagegen als Doktrin zum Recht früherer Perioden unserer Tradition. Beide Lesarten sind wohl erlaubt, wenn sie auch nicht als einzig mögliche erwiesen werden können. Dabei wäre in der Überlieferung auch die Gerichtspraxis eingeschlossen, soweit diese aussergesetzliche Quellen erwägt. Doktrin wie Judikatur sind jedenfalls nur zu berücksichtigen, soweit sie sich explizit auf "ähnliche Fälle" beziehen⁵⁴, was auf eine Beschränkung der Anwendbarkeit hinausläuft und insbesondere die Beachtung von *obiter dicta* ausschliesst.

Insgesamt darf diesen als Rechtsquellen genannten Elementen nicht zu viel Gewicht beigelegt werden. Derartiges würde auch nicht dem Verständnis von EUGEN HUBER entsprechen, nennt dieser doch zusammenfassend "drei Stufen der Rechtsanwendung: Gesetz, Gewohnheit, Überzeugung des Richters"⁵⁵; "Lehre und Überlieferung" werden nicht erwähnt. Wohl ist es bekannt, dass EUGEN HUBER immer wieder für das Offenlassen heikler Fragen eingetreten ist in der expliziten Erwartung, die Gerichtspraxis werde, geleitet von der Doktrin, den richtigen Weg schon finden. Daraus ist indessen nicht abzuleiten, dass er die Doktrin (oder gar die darauf sich stützende Gerichtspraxis) als subsidiäre Rechtsquelle im eigentlichen Sinn verstanden hätte. Insbesondere darf man nicht annehmen, dass er die Doktrin, da sich diese vorab auf Erfahrungen der Vergangenheit stützt, als Repräsentantin der Rechtsüberlieferung im hier verwendeten Wortsinn verstanden habe und die Rechtsüberlieferung insgesamt als subsidiäre Rechtsquelle betrachten wollte. Auch wenn der Schreiber sich gerne in der Nachfolge EUGEN HUBERS sieht, kann er doch für seine hier vorgetragenen Auffassungen nur ansatzweise die Autorität seines Amtsvorgängers in Anspruch nehmen.

6. Auf das Schweizerische Zivilgesetzbuch folgende Kodifikationen

Die Anerkennung von "Gesetzeslücken" ist charakteristisch für das ZGB EUGEN HUBERS. Dessen offenes Abgehen von dem traditionellen Herausstellen der Lückenlosigkeit ist viel beachtet worden. Die hier kritisierte "positivistische Identifikation", die Reduktion des Rechts auf den Gesetzestext, findet damit, für jedermann erkennbar, ihren Widerspruch. Damit wird auch die Frage nach subsidiären Rechtsquellen unausweichlich. Dass EUGEN HUBER nur den ersten Schritt tut, nicht aber Folgerungen zieht, wird ihm niemand

⁵³ Ebenso ist nicht einzusehen, weshalb die Entscheidung jenes Richters, der zufällig als erster mit der im Gesetz nicht geregelten Frage konfrontiert ist, mehr Gewicht haben soll als jene seiner Nachfolger. Sodann war um die Jahrhundertwende die Neigung zu Präjudizienbefolgung noch weit weniger ausgeprägt als heute.

⁵⁴ Zu "Lehre und Überlieferung" HUBER (Fn. 51) S. 38: ... was für ähnliche Fälle andere schon gesagt oder entschieden haben."

⁵⁵ HUBER (Fn. 51) S. 38 Abs. 2 (Auszeichnung im Original).

verdenken. Beachtung verdient aber die Haltung der Nachfolgekodifikationen in dieser Frage. Sind sie bereit, einen weiteren Schritt zu tun und sich explizit zur Notwendigkeit subsidiärer Rechtsquellen zu bekennen und solche zu benennen? Davon kann keine Rede sein: Der Código Civil von Mexico des Jahres 1932 verweist in Art. 19 lediglich (dem argentinischen Código Civil folgend) auf Gesetzeswortlaut und dessen Auslegung, allenfalls auf "principios generales de derecho", ähnlich beschränkt sich der Codice civile von Italien des Jahres 1942 in Art 12 II auf die Verweisung auf Analogieschluss und "principi generali del ordinamento giuridico dello Stato", während der Código Civil von Portugal des Jahres 1966 Gesetzeslücken als Ausnahme zwar nicht ausschliesst, jedoch keinerlei Anerkennung anderer Rechtsquellen kennt.

Das Bekenntnis EUGEN HUBERS zur Lückenhaftigkeit der Zivilrechtskodifikation ist selbst in der Schweiz und erst recht anderswo ohne Folgen geblieben: Nirgends eine Anerkennung gesetzesergänzender Rechtsquellen, und nicht einmal eine Diskussion über dieses Thema, vielmehr allenthalben Verharren bei der Auffassung, dass jegliche rechtliche Entscheidung mit List und Tücke, notfalls auch mit Gewalt, dem Gesetz selber abgerungen werden könne und müsse. Auch eine sich fortschrittlich gebende Neufassung der Einleitungsartikel des Spanischen Código Civil (vergleiche oben Ziffer 4 e ff) kommt über die Nennung von Brauchtum und allgemeinen Rechtsgrundsätzen als Rechtsquellen nicht hinaus, welche Formel noch sehr weit von einer echten Anerkennung extralegalen Rechtsquellen entfernt ist. Die positivistische Identifikation ist immer noch nicht überwunden, und bei Lichte besehen gilt letztlich allenthalben nach wie vor: Nur Gesetz macht Recht, und Recht ist nur das Gesetz.

IV. Das Entstehen des modernen Konzepts der Kodifikation

Bevor wir es unternehmen, die Forderung nach Veränderung des gegenwärtigen Gesetzesverständnisses zu entwickeln, erfolge ein Hinweis auf die Einflussfaktoren und geschichtlichen Hintergründe, welche die Herausbildung des Modells unserer Kodifikationen bestimmt haben.

1. Zeitgeist der Aufklärung

Die Kodifikationsidee ist ein Kind der Aufklärung. Der Wunsch nach Gesetzgebung als solcher ist alt, neu jetzt jedoch das Verlangen nach allumfassenden Gesetzeswerken, die alles andere Recht beiseite schieben. Es herrscht der Glaube an Fortschritt und an die Kraft menschlicher Vernunft, ein Glaube, der in grossen Konzepten und auch einer Neigung zu Grandiloquenz sich äussert. Dem tritt gegenüber nicht bloss Geringschätzung, sondern programmatische

Ablehnung der Vergangenheit: Es herrscht das Bild des "dunklen Mittelalters", das es zu überwinden gelte; "gotisch" heisst im Sprachgebrauch dieser Jahrhunderte altertümlich-abgechmact. Das lässt den Ruf erschallen nach moderner Gesetzgebung, und zwar solcher, die nicht bloss das Recht verkündet und bessert, sondern mit der Vergangenheit Schluss macht. Es genügt, zwei wohlbekannte, diese Haltung formulierende Zitate in Erinnerung zu rufen:

GOETHE (Faust); Mephisto (zum Schüler):

"Es erben sich Gesetz und Rechte
wie eine ew'ge Krankheit fort,
Sie schleppen von Geschlecht sich zu Geschlechte,
und rücken sacht von Ort zu Ort.
Vernunft wird Unsinn, Wohltat Plage,
Weh Dir, dass Du ein Enkel bist.
Vom Rechte, das mit uns geboren ist,
von dem ist leider ! nie die Frage."

VOLTAIRE⁵⁶:

"Voulez-vous avoir des bonnes lois? Brûlez les vôtres et faites-en des nouvelles!"

Das Kodifikationspostulat erlangt seine Breitenwirkung durch auf Fortschrittlichkeit und Vergangenheitskritik ausgerichtete Erfolgsautoren wie VOLTAIRE (1694-1778). Fortschrittsglaube und Vergangenheitsablehnung kennzeichnen zwar den allgemeinen Zeitgeist und die Haltung der diesem Zeitgeist Ausdruck gebenden oder diesen bildenden Schriftsteller, die "opinion-leaders" des 18. Jahrhunderts, nicht aber das Denken der professionellen Vertreter unseres Faches: Wie oben gesehen, sind die zünftigen Juristen von dieser Denkmode in keiner Weise beeindruckt. Die massgebenden Autoren richten ihre Überlegungen ungerührt weiterhin auf das seit Jahrhunderten in Rezeption stehende römische Recht aus⁵⁷, und ebenso ist für sie die Kodifizierung des Privatrechts kein Thema. Die hier betrachtete moderne Kodifikationswelle ist nicht die Folge eines juristisch-intrasystematisch ablaufenden

⁵⁶ Zitiert nach FRANZ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Auflage, 1967, S. 324, Fn. 4.

⁵⁷ HEINECCIUS (1681-1741) mit seinem "Bestseller", dem 150 Auflagen erlebt habenden *Institutionen-Kommentar*, in Frankreich POTHIER (1698-1772), dem der französische C. civ. streckenweise sklavisch folgen wird. Ähnlich behielten aber ihre herrschende Stellung auch frühere Romanisten wie VINNIUS (1588-1657) oder VOET (1647-1713), in Frankreich vorab DOMAT (1625-1696) mit seinen "Loix Civiles". Schliesslich wird die Kontinuität romanistischer Tradition über die gesamte Aufklärungszeit hinweg belegt durch die Tatsache, dass frühere Autoritäten wie CUJACIUS (1522-1590) oder DONELLUS (1527-1591) bis weit ins 19. Jahrhundert zu den meist aufgelegten und verkauften, daher wohl auch weiterhin wegleitenden juristischen Schriftstellern gehörten.

Prozesses, d. h. einer Entwicklung, die in unserer Wissenschaft ihren Ursprung hätte und deren Richtung von ihr bestimmt worden wäre, sondern wird durch den Zeitgeist, heisst äussere politische Umstände veranlasst. Erst wenn es an die eigentliche Arbeit an Gesetzestexten geht, kommen unsere Fachkollegen ins Spiel, von denen jene, die am Gesetzgebungsverfahren beteiligt werden, sich naturgemäss dieser Herausforderung stellen und sich mit ihrer Aufgabe identifizieren. Die zur Mitarbeit an der gleichermassen prestigereichen wie intellektuell herausfordernden Aufgabe der Gesetzgebung berufenen Fachkollegen liessen sich aus nachvollziehbaren Gründen für die Gesetzgebungsidee begeistern.

Die an der Redaktion Beteiligten sind überwiegend traditionsgebunden-professionelle Juristen, die zwar wissen, dass das von ihnen zu schaffende Gesetzeswerk dazu bestimmt ist, die Verbindung des Rechts zu der bisherigen Überlieferung ein für allemal zu beseitigen, indessen nicht die Weitsicht besitzen, die Folgen dieser Vergangenheitsbeseitigung vorauszuahnen. Von ihnen kann auch keine Grundsatzkritik am Vorhaben der Gesetzgebung erwartet werden. Sie sind offenbar auch nicht in der Lage, sich zu der im Kodifikationskonzept enthaltenen zwangsläufigen Lückenhaftigkeit zu bekennen und dieser Schwäche in der Gesetzgebung selber (durch Vorbehalt subsidiärer Rechtsquellen) Rechnung zu tragen. Zu einer expliziten Anerkennung der Lückenhaftigkeit der Gesetzgebung und zu über Formalprinzipien hinausgehenden Verweisungen auf extralegale Rechtsquellen konnte erstmals EUGEN HUBER den Weg finden (dazu oben Ziffer III 5). Dies Ereignis fand aber erst gegen Ende der hier betrachteten Ära der Durchkodifizierung des Privatrechts statt und hat nicht Anstoss zu einer Neuorientierung gegeben.

2. Souveränitätsdoktrin und Lehre von der Gewaltenteilung

Die Staatstheorie der Aufklärungszeit räumt dem Thema der Souveränität ersten Rang ein. Nach MACHIAVELLI und anderen erlangt vor allem JEAN BODIN (ca. 1530-1596) Einfluss, dessen Souveränitätslehre wohl auch dem sich damals im Gebiet des heutigen Frankreichs anbahnenden zentralistischen Einheitsstaat den Weg bereiten hilft. Ist einmal das Konzept staatlicher Souveränität festgeschrieben, folgt daraus denknotwendig die Forderung nach Gewaltenteilung und der Abgrenzung der Kompetenzen des rechtsetzenden Souveräns gegenüber jenen des zur Rechtsanwendung berufenen Richters. Aber der Richter kann an die Rechtserlasse des Souveräns nur gebunden werden, wenn diese festgeschrieben sind: Die Forderung nach positivistischer Fixierung des Rechts und der Ruf nach Gesetzen folgen zwangsläufig. Mehr als BODIN dürften die öffentliche Meinung spätere Schriftsteller beeinflusst haben; Erfolgsautoren wie MONTESQUIEU (1689-1755) mit "Esprit des Loix" und JEAN JACQUES ROUSSEAU (1712-1778) mit seinen Staats- und Gesellschaftslehren waren im 18. Jahrhundert Meinungsbildner ersten Ranges.

Allen genannten Autoren ist gemeinsam, dass sie die postulierte Gesetzgebung als eine abschliessend formulierte Ordnung verstehen, so wie sie von der Lehre der Gewaltenteilung gefordert wird. Interessant aber die Feststellung, dass bereits frühere Autoren wie GROTIUS und PUFENDORF mit Selbstverständlichkeit von Gesetzgebung sprechen und diese als ein geschlossenes und lückenloses System verstehen. Dies erlaubt ihnen z. B. sich vorbehaltlos dahin auszusprechen, dass für erlaubende Normen kein Raum sei nach dem Motto: "Was nicht verboten ist, ist erlaubt"⁵⁸. Dieser Satz erscheint heute selbstverständlich, ist indessen nur vor dem Hintergrund der Annahme abschliessender lückenloser Normierung aller Verbotsnormen (und damit der Rechtsnormen überhaupt) richtig. Dies wurde offenbar von GROTIUS wie von PUFENDORF als selbstverständlich unterstellt; der letztere formuliert diese Sicht wenigstens beiläufig⁵⁹.

3. Nationalstaatliches Denken

Kodifikationen und Nationalstaaten gehören zusammen. Das Verlangen nach abschliessender und erschöpfender Rechtsdarstellung kann erst aufkommen, wenn ein Bewusstsein nationaler Identität besteht. Gesetzbücher können nur von souveränen Gesetzgebern geschaffen werden. Deren Herrschaft ist nicht denkbar ohne nationalstaatlich-regionale Grenzen, die wiederum den Geltungsbereich der zu erlassenden Kodifikationen ausmachen. Die regionale Exklusivgeltung wiederum verpflichtet indirekt dazu, Gesetzgebung lückenlos auszugestalten.

Ein Privatrechtskodex kann zum Symbol nationaler Eigenständigkeit werden. Das Beispiel der Schweiz: Bereits bei der Gründung des Bundesstaates 1848 war gemeinsame Gesetzgebung ein vordringliches Postulat, das allerdings nur langsam und mühevoll zu verwirklichen war⁶⁰. Ähnliche Impulse mag die angestrebte und die schliesslich verwirklichte Einigung in Deutschland ausgelöst haben. Am frühesten zeigt sich der nationale Hintergrund in Lateinamerika: Nach Erlangen der Unabhängigkeit von Spanien beeilen sich die neu entstandenen spanischsprachigen Staaten, Privatrechtskodifikationen

⁵⁸ In genanntem Sinne bereits HUGO GROTIUS (1583-1645), *De iure belli ac pacis*, Paris 1625, II cap. 11 § VI 3: "*permissio autem proprie non actio est legis, sed actionis negatio*" (Erlaubtsein ist nicht eine Folge des Handelns des Gesetzes, sondern der Verneinung des Handelns. In der Übersetzung von JEAN BARBEYRAC: "Pour ce qui est de la permission, ce n'est pas proprement dit une action de la Loi, mais une pure inaction ..."); ganz ähnlich SAMUEL PUFENDORF (1632-1694), *De iure naturae et gentium*, Lund 1672, I. cap. 6 § XV.

⁵⁹ PUFENDORF (Fn. 58), Übersetzung JEAN BARBEYRAC, I cap. 6 § III: "Enfin, le terme de *Droit* a aussi quelquefois le même sens que celui de *Loi*, sur-tout lorsqu'il se prend pour un Recueil de Loix ..." (wird anschliessend dem Terminus *Droit* im Sinne des subjektiven Rechts gegenüber gestellt); *loi* in diesem Sinne ist schon, was später die Kodifikation.

⁶⁰ Erst die Verfassungsrevision von 1874 schafft die Grundlage für Gesetzgebung zum Obligationen-, Handels- und Vollstreckungsrecht, jene von 1898 für die übrigen Bereiche des Privatrechts sowie das Strafrecht.

zu erlassen; sie erblickten darin gleichermassen eine Demonstration der Loslösung von Spanien wie den Beweis des Erlangens nationaler Identität. Wenn der chilenische Código Civil in Art. 2 die Berücksichtigung des Brauchtums (*costumbre*) ausschliesst, will er damit vielleicht dem Rückgriff auf bisheriges, vom früheren Kolonialherrn bestimmtes Recht vorbeugen.

4. Entscheidender Einfluss: Gesetzlichkeit der Bibel

a) Altes Testament

Im Buch der Bücher, das die Zivilisationen europäischen Zuschnitts wie kein anderes beeinflusst hat, spielt Gesetzlichkeit eine entscheidend wichtige Rolle (über das Bestreben der normativen Disziplinierung des sündhaft geborenen Menschen bereits oben Ziffer I 2 b). Die kirchliche Gesetzgebungsfreudigkeit des Mittelalters ist ohne das Vorbild der Gesetzgebung am Berg Sinai schwer denkbar; die Souveränitätslehre von JEAN BODIN kann als ein säkularisierter Ableger derselben verstanden werden. Aber nicht nur waren die abendländisch-christlichen Zivilisationen vom "auserwählten Volk" und dessen Schriften beeinflusst; dieser Einfluss übertrug sich von hier aus wiederum auf alle Kulturen, die ihrerseits dem Beispiel unserer Zivilisation folgten.

Ähnlich wie bei HAMMURABI wird im Alten Testament göttlich-sakrale und säkulare Gesetzgebung vereinigt. Im Exodus, dem 2. Buch Mose, sind in Kapitel 19 die uns interessierenden Ereignisse datiert auf den dritten Monat nach dem Auszug aus Ägypten. Wir befinden uns beim Berg Sinai. "Mose aber stieg hinauf zu Gott"⁶¹. Dieser lässt dem Volk Israel bestellen: "... so sollt ihr vor allen Völkern mein Eigentum sein. ... Ihr sollt mir ein Königreich von Priestern werden und ein heiliges Volk" (Verse 5 und 6).

Die im "Exodus" von Gott geoffenbarte Gesetzgebung ist einlässlich, nicht bloss (in Kapitel 20) die Zehn Gebote; es folgt eine Ansammlung von Grundsätzen, die alle Lebensbereiche beschlagen (Kapitel 21 bis 23). So finden sich normiert das Sklavenwesen (hebräische Sklaven werden nach sieben Jahren automatisch frei), das Talionsprinzip wird in einer Summe verschiedener Anwendungsfälle vorgeführt, ebenso die Sanktionierung von Diebstahl und Sachbeschädigung. Thematisiert sind auch die Strafen, welche den Verführer unschuldiger Töchter treffen oder auf Betrug, der Verbreitung falscher Gerüchte und vielem anderen stehen. Man liest aber auch: "Eine Zauberin sollst du nicht am Leben lassen. Ein jeder, der einem Tiere beiwohnt, soll getötet werden." (22, 18 und 19), oder: "Einen Fremdling sollst du nicht bedrücken noch bedrängen; ihr seid ja auch Fremdlinge gewesen in Ägypten" (22, 21), und schliesslich "Du sollst das Recht des Armen in seinem Rechtshandel nicht beugen" (23, 6). Besondere Bedeutung für das Gesetzesdenken hat das 5. Buch, das "Deuteronomium" ("Zweitemalgesetz" oder "Nocheinmalgesetz").

⁶¹ Bibelzitate nach der ZWINGLI-Übersetzung in deren Fassung von 1931.

Hier ist es nicht mehr Gott, der zu Mose spricht, sondern vielmehr MOSES selber, der die von ihm als geltend betrachteten Grundsätze zusammenfasst und bestätigt; wenn man von "Mosaischer Gesetzgebung" spricht, wird vielleicht vorab an das 5. Buch gedacht. Zu alledem ist aber festzuhalten, dass sämtliche Bücher des alten Testaments von Gesetzesdenken geprägt sind, am meisten die Prophetischen Bücher, die weniger Voraussagen der Zukunft denn Gebote des Glaubens und Fühlens, des Tuns und Lassens enthalten.

b) Neues Testament

Innerhalb der Verkündigung des Neuen Testaments nimmt das Gesetzesverständnis, das gegenüber dem Alten Testament grundlegend verändert ist, einen wichtigen Platz ein; so wird gesagt: "Ihr habt gehört, dass ... ich aber sage euch ...!"⁶². Nicht nur ist Gott nicht mehr der Furchterregende, Fordernde und Strafende, sondern wird erstmals zum "lieben" Gott, womit die Sanktionsdrohungen von ihrem Schrecken verlieren. Die Verbote werden (unglaublich modern) ergänzt durch anziehende, positive Zielvorgaben (die Seeligpreisungen, MATHÄUS 5, 1-12). Die unendliche Vielfalt der alttestamentlichen Formalforderungen zur Lebensgestaltung wird über Bord geworfen. Aber: Nicht nur wird an Gesetzlichkeit als solcher festgehalten ("Meinet nicht, dass ich gekommen sei, das Gesetz oder die Propheten aufzulösen"; MATHÄUS 5, 17): Die von Äusserlichkeiten entlasteten Gesetzesforderungen werden hinsichtlich der von den Menschen einzunehmenden inneren Haltung verschärft in einem Mass, das über die Grenzen des Menschenmöglichen hinaus führt. In den zehn Geboten des Alten Testaments heisst es noch harmlos: "Du sollst nicht ehebrechen"(MOSES 2, 20, 14). Im Neuen Testament wird das Verbot des Ehebruchs ausgeweitet zum Verbot, eine Verheiratete auch bloss mit begehrllichem Auge anzublicken. Aber der Nachsatz überfordert menschliches (männliches) Moralvermögen: "Wenn dich aber dein rechtes Auge zur Sünde verführt, so reiss es aus und wirf es von dir"(MATHÄUS 5, 29). Derartige Moralüberforderung kennzeichnet das ganze Neue Testament⁶³. Die christliche Ethik, die viel eher die innere Haltung denn das äussere Tun betrifft, stellt Forderungen mit Absolutheitsansprüchen, die menschliche Dimension sprengen und von Menschen im besten Fall ansatzweise und kompromissvoll verwirklicht werden können. Dies ist die Folge der gegenüber

⁶² "Ihr habt gehört, dass zu den Alten gesagt ist: 'Du sollst nicht töten'; wer aber tötet, soll dem Gericht verfallen sein. Ich aber sage euch: Jeder, der seinem Bruder zürnt, soll dem Gericht verfallen sein. ..." (MATHÄUS 5, 21 und 22).

⁶³ So wird das im alten Testament noch kaum sichtbare Armutsgebot an zentralen Platz gerückt, und die Forderungen Christi enden beim Schwierigsten, dem Gebot, den Nächsten zu lieben wie sich selbst (MATHÄUS 5, 43; 19, 19 etc.). Im Gegensatz zum Talions-Prinzip wird derjenige, der einen Schlag ins Gesicht erhalten hat, aufgefordert, die andere Backe hinzuhalten (MATHÄUS 5, 38-42). Und so noch vieles andere.

dem Alten Testament noch weitergehenden Verlagerung der Bedeutung allen Seins von irdischer Zeitlichkeit in jenseitige Ewigkeit. Die irdischen Verhältnisse sind ohne Bedeutung; wichtig ist allein das Jenseits, denn: "Mein Reich ist nicht von dieser Welt" (JOHANNES 18, 36)⁶⁴.

c) Vorrangiger Einfluss auf heutiges Gesetzes- und Normverständnis

Mit dem Gesagten soll die zentrale Stellung, welche das Normative in der Bibel einnimmt, illustriert werden. Sie wird betont durch die Tatsache, dass die Botschaft Christi, die manches Bisherige übernimmt, die oben beschriebene "neue Gesetzlichkeit" zu einem Zentralpunkt der neuen Lehre macht⁶⁵. Die zentrale Bedeutung der Gesetze in Altem wie Neuem Testament kann nicht ohne Einfluss auf die christlichen Kirchen bleiben; die Herübernahme dieser Sicht in kirchliche Verkündung und auch Politik ist zwangsläufig. Nicht zu verkennen ist übrigens, dass die mit Schwergewicht auf diesseitiges Benehmen ausgerichtete Gesetzlichkeit des Alten Testaments weit mehr zur Nachahmung einlädt als die vorab die innere Haltung des Menschen betreffenden Gebote des Neuen Testaments: In der kirchlichen – und während mancher Jahrhunderte auch in der von der Kirche beeinflussten weltlichen – Gesetzlichkeit herrscht ein Habitus vor, der nicht so sehr christlich, sondern alttestamentlich ist.

Angesichts des im christlichen Abendland herrschenden Einflusses der Kirche (vorab jener Roms, der nachmaligen katholischen Kirche) auf Fühlen und Denken konnte es nicht unterbleiben, dass Gesetzlichkeit, d. h. Gebundensein an Gebote der Lebensführung und des Glaubens, zum vorrangigen Bestandteil dieser Einwirkung wurde. Normverkündung erfolgte nicht bloss von der Kanzel herab, sondern trat auch in ausformulierten Texten (zuerst

⁶⁴ Dies mag eine der Voraussetzungen davon sein, dass die im christlichen Erdreich gewachsene europäische Zivilisation zur Vorstellung des Unendlichen gelangte und, auch heute noch in verschiedensten Richtungen nach Unendlichem strebend, von ruhelosem Suchen nach dem noch nicht Erreichten geprägt ist. Wofür OSWALD SPENGLER, *Untergang des Abendlandes*, 1919, S. 254 den Terminus "faustisch" einführte: Der seit NIETZSCHE "apollinisch" genannten "Seele der Antiken Kultur" stellt er gegenüber "die faustische Seele, deren Ursymbol der reine grenzenlose Raum und deren 'Leib' die abendländische Kultur ist, wie sie mit der Geburt des romanischen Stils im 10. Jahrhundert in den nordischen Ebenen zwischen Elbe und Tajo aufblühte". Was man auch im übrigen von den Theorien SPENGLERS halten mag: Keinem Betrachter antiker Verhältnisse kann verborgen bleiben, dass die damalige Weltanschauung auf das Statisch-ruhende, mit den Sinnen fassbar Diesseitige ausgerichtet war, dies symbolisiert durch das jeder Abstraktion abholde Zahlensystem, in dem die Null so wenig wie die Vorstellung des Unendlichen vorkommt und irrationale Zahlen ebenso undenkbar sind wie alle übrigen der heute geläufigen, sich der Anschaulichkeit entziehenden mathematischen Begriffe. Wenn nach Ursachen der gegenwärtigen Andersartigkeit des Denkens und Fühlens gesucht wird, muss die These zugelassen werden, dass die während über eines Jahrtausends allgegenwärtigen kirchlich-christlichen Einflüsse mit ihrer Betonung der Jenseitigkeit (und damit des Unendlich-Unfassbaren) zu dieser Veränderung beigetragen haben.

⁶⁵ Dass in der Sicht Christi die Gesetzesaussagen mit prophetischer religiöser Verkündung wesensmässig in Eins zusammenfallen, kommt zum Ausdruck, wenn er "das Gesetz oder die Propheten" in einem Atemzug nennt und gleichstellt (MATHÄUS 5, 17; zitiert oben lit. b).

des kanonischen Rechts, in der Folge aber auch in lokaler weltlicher Gesetzgebung) entgegen und beeinflusste damit auch die Rechtstheorie. Mehr als das: Gesetzgebung wird, dem mosaischen Vorbild entsprechend, auch noch in der Neuzeit als quasisakraler Vorgang verstanden. Zwar ist es jetzt nicht mehr Gott, der die Gesetze verkündet. Aber die weltlichen Fürsten, die diese Aufgabe übernehmen, behaupten nicht zufällig, dass sie ihre Stellung "von Gottes Gnaden" innehaben.

Die Ausstattung des Normativen mit "höheren Weihen" ist bis in unsere säkularisierte Zeit hinein feststellbar⁶⁶. Dies gelangt schliesslich auch darin zu Ausdruck, dass in der kontinentalen Rechtstradition unerachtet einer seit zweihundert Jahren vorherrschenden Nationalisierung des Rechts die Vorstellung, dass es im Grunde nur ein einziges Recht gebe, sich immer noch hält. Es ist ein Wesensmerkmal der jüdisch-christlichen Überlieferung, das offenbarte, dann aber auch das durch selbstständige Überlegung geschaffene Recht als das allein richtige, allein seligmachende zu betrachten und fremde Normen abzulehnen: Toleranz oder auch bloss Verständnis für fremde Anschauungen kann nicht als ein hervortretendes Merkmal der christlich-kirchlichen Überlieferung betrachtet werden. Damit steht die abendländische jüdisch-christliche Tradition im Gegensatz zu fernöstlichen Religionen, welche für einen Synkretismus offen sind. Aber auch MOHAMMED hat, wenigstens in einer frühen Phase, es als selbstverständlich betrachtet, dass Juden wie auch Christen nach dem ihnen offenbarten Recht leben sollten, wie er selber das Alte Testament wie das Neue Testament als Erkenntnisquelle anrief. Noch heute scheint in der islamischen Glaubens- und Rechtslehre die Frage offen zu sein, ob im Falle des Schweigens des Koran Altes Testament und Neues Testament als subsidiäre Erkenntnisquellen betrachtet werden dürften⁶⁷. Die Ansicht, dass es letztlich nur einerlei Recht geben dürfe und gebe, ist der Hintergrund des naturrechtlichen Denkens der Aufklärungszeit und war ein zusätzlicher Gesichtspunkt, welcher den Exklusivgeltungsanspruch der zu erlassenden Kodifikationen forderte. Die letztlich auf die Bibel zurückgehende Vorstellung der Einmaligkeit und Unität des Rechts äussert sich heute noch in mancherlei Hinsicht, wofür hier zwei Beispiele genannt werden sollen: Das verbreitete Verlangen nach Rechtsvereinheitlichung einerseits und sodann die Ablehnung des Vorkommens widersprechender gerichtlicher Urteile in der selben Sache.

⁶⁶ Abschliessend bleibt festzuhalten, dass Einflüsse der Bibel sich auf der Ebene des Formalen, d. h. dem Rechtsverständnis als solchem bewegen. Offenkundig ist ein gewisser christlicher Einfluss im spätantiken römischen Recht; im übrigen bleiben in materieller Hinsicht die (bisher wissenschaftlich nicht systematisch untersuchten) Einflüsse der Bibel ganz marginal (interessant, aber deshalb nicht grundlegend, ist etwa das aus dem alten Testament abgeleitete kanonische Zinsverbot, das zur Erfindung des Rentenkaufs führte, der vorab etwa in Frankreich bis heute überlebt und in der Schweiz die Institution der "Gült" von ZGB Art. 847 ff. erzeugt hat).

⁶⁷ In diesem Sinne WAEL B. HALLAQ, *A History of Islamic Legal Theories*, Cambridge 1997, bes. S. 4 f., 7, 21, 115-117 und 237.

Dass Rechtsvereinheitlichung heute zunehmend auch durch praktische Überlegungen gerechtfertigt wird, ist offenkundig. Hinter der utilitaristischen Motivation steckt indessen ein tiefer wurzelndes Bestreben, das Nebeneinanderbestehen sich widersprechender Normen aus der Welt zu schaffen, denn derartiges schafft mindestens Unbehagen, ist aber jedenfalls der Autorität der Gesetze abträglich: Mit den höheren Weihen, welche diesen allen zukommen sollen, sind Widersprüche nicht zu vereinbaren. Der englischsprachige Jurist, der mindestens vordergründig ausserprozessual bestehende Normen gar nicht in Betracht zieht, hat denn auch die Neigung, das kontinentale Streben nach Rechtsvereinheitlichung zu belächeln.

Auf dem Kontinent sind inhaltlich sich widersprechende Urteile, wie sie bei der Zuständigkeit mehrerer Gerichte in einer identischen Streitsache sich ergeben können, ein Skandalon ersten Ranges, das man mit der Erzwingung eines Einheitsgerichtsstandes für die parallel laufenden Verfahren zu vermeiden sucht. Näheres Zusehen zeigt, dass dieser *horror decisionum dissentientium* einer rationalen Begründung entbehrt. Die Forderung der Vermeidung widersprechender Urteile wird unabhängig von den Anträgen der Interessierten und selbst gegen deren Willen erhoben, und dies keineswegs unter dem Gesichtspunkt der Prozessvermeidung⁶⁸. Was sind die eigentlichen Gründe? Diese lassen sich nicht anders erklären als durch das Bestreben, unter allen Umständen die Fiktion aufrechtzuerhalten, dass angesichts der Eindeutigkeit der bestehenden Normen in gleicher Sache nur eine einzige rechtliche Beurteilung möglich sei. Damit wird für die juristische Ordnung eine Vollkommenheit beschworen, wie man sie in früheren Zeiten der göttlichen Ordnung zuzuerkennen geneigt war. Bei rationaler realistischer Weltschau würde es keine Schwierigkeit bereiten, zu akzeptieren, dass die privatrechtliche Gesetzgebung nicht überirdische Perfektion besitzt und als von Menschen geschaffenes Stückwerk weder umfassend, noch eindeutig, noch widerspruchlos sein kann, wie auch der Prozessausgang im Einzelfall bis zu erheblichem Grade von der Persönlichkeit des entscheidenden Richters, den Fähigkeiten der beteiligten Anwälte und vielen sonstigen irdischen Zufälligkeiten beeinflusst wird.

d) Die Kraft unbewusster Einflüsse

Die Behauptung eines entscheidenden Einflusses der biblischen (und besonders der alttestamentlichen) Gesetzlichkeit auf das gegenwärtige Rechtsverständnis mag von jenen bezweifelt werden, welche dafür halten, dass weltanschauliche und intellektuelle Beeinflussungen nur auf der Ebene bewusster Meinungsbildung erfolge und Kommunikation und argumentative Auseinandersetzung

⁶⁸ Bestreben der Prozessökonomie im Sinne des Vermeidens vermeidbarer Gerichtsverfahren und verfahrensrechtlicher Komplikationen sind dem Prozessualisten ohnehin heute gänzlich fremd (dazu Fn. 74).

voraussetze, eine Form direkter Einflussnahme, die in den mehr als ein Jahrtausend gedauert habenden biblisch-kirchlichen Einwirkungen im Zusammenhang der Entstehung des Kodifikationsmodells in der Tat nicht behauptet werden kann. Derartige Zweifler sind zu erinnern an die Macht des Unbewussten und der Gewohnheiten, an die Vererblichkeit von Urteilen und Vorurteilen, von Weltanschauung und Lebensgefühl⁶⁹. Man kann mühelos im heutigen Gesetzes- und Normverständnis der westlichen Zivilisationen eine Fortsetzung jener Haltung erkennen, wie sie im Mittelalter unter dem Eindruck der biblischen Lehren vorab des alten Testaments entwickelt wurde. Will man dem nicht zustimmen, weil ein direkter und kontinuierlich ablaufender Zusammenhang nicht erwiesen werden kann, muss man jedenfalls einräumen, dass die Kodifikationsbewegung der Moderne anders (heisst wohl vor allem später und in bescheidenerem Rahmen) abgelaufen wäre ohne die genannten, durch die Kirchen vermittelten biblischen Einflüsse⁷⁰.

5. Das Corpus Iuris als Voraussetzung der Kodifizierungsbewegung

Das Corpus Iuris weist einen gegenüber den heutigen Kodifikationen andersartigen Habitus auf. Damit scheidet dieses Werk als direktes Vorbild der modernen Kodifikationen aus, was nicht ausschliesst, dass es Voraussetzung des Entstehens der modernen Gesetzgebung insgesamt darstellte, mögen diese auch in ihrer Grundkonzeption andere Wege gegangen sein.

In der abendländischen Welt wurde im Mittelalter das Corpus Iuris JUSTINIANS zunehmend als Wunderwerk bestaunt und als die für weltliche Verhältnisse geschriebene Bibel verehrt. Seit dem 12. Jahrhundert standen an erster Stelle die Digesten als die Darstellung einer alle Vorstellungen sprengenden Masse von rechtlichen Regeln, die bis in feinste Verästelungen hineinreichen. Den heutigen Gesetzen am ehesten vergleichbaren Habitus hatten der Codex und die Novellen. Die Institutionen sodann, als zusammenfassende Darstellung des Rechts in einer Gesamtübersicht, nahmen ihrerseits die dem Verfasser eines modernen Gesetzbuches gestellte Aufgabe vorweg, nämlich den gesamten

⁶⁹ Dass jene, die vom römischen Recht am wenigsten wissen, sich am schwersten tun, sich von aus dem römischen Recht übernommenen, jedoch überholten Prinzipien zu befreien, wird noch illustriert werden (dazu Beispiele unten Ziffer VIII 7).

⁷⁰ Wenigstens in einer Fussnote darf der hier behauptete Mechanismus des unbewussten Beeinflusstseins anhand einer unjuristischen Äusserlichkeit illustriert werden: Die Sieben-Tage-Periodizität ist heute mehr denn je Bestandteil unseres Zeitgefühls und der Lebensgestaltung. Die Siebentagewoche ist weltweit nicht mehr wegzudenken, aber nur wenige geben sich Rechenschaft, damit einem Brauch anzuhängen, der infolge der aus dem alten Testament stammenden Tradition von der christlichen Kirche und danach auch vom Islam übernommen wurde und auf diesem Weg zur Weltherrschaft gelangte. Einzelheiten der Geschichte der Siebentagewoche (die wohl sich als gerundeter Viertel einer Mondphase entwickelt hat), sind noch nicht geklärt. Die römische Antike kannte nur (zur Bestimmung der Markttage) das acht Tage umfassende *nundinum*; ob im germanischen Altertum (welches bei der Namensgebung der Tage Einfluss hatte), bereits eine feste Siebentage-Tradition bestand, wäre noch zu klären; zu der Tages-Namengebung vgl. *LUPOI* (Fn. 20) 141 ff.

Rechtsstoff durch Abstraktion, Verallgemeinerung und Herausstellen der grossen Linien in eine Kurzfassung zu bringen⁷¹. Insgesamt ist das Corpus Iuris JUSTINIANS im Lauf der Zeit zu einer Herausforderung geworden, diesem Vorbild moderne Gegenstücke gegenüberzustellen. Dass diese auch nur entfernt die Reichhaltigkeit des Vorbildes erreichen würden, hat niemand erhofft. Die an die Kodifizierung geknüpften Erwartungen können vor diesem Hintergrund nur im Wunsch nach Vereinfachung (des Rechtsstoffes selber wie auch dessen Präsentation) bestanden haben: Kodifizierung als Befreiungsschlag gerichtet gegen die Tyrannei der überlieferten übermächtigen und überkomplexen Rechtsmasse.

Das Erschaffen einer Kodifikation setzt gleichermassen eine eingewurzelte Rechtswissenschaft wie einen Stand wissenschaftlich gebildeter Juristen voraus. Beides war vor einem Vierteljahrtausend in Europa in hohem Masse gewährleistet, so dass denn auch der Versuch der Kodifizierung des Rechts unerachtet bis dahin fehlender Gesetzgebungserfahrung gelingen konnte. Das Entstehen einer Rechtswissenschaft wie eines gebildeten Juristenstandes war indessen nicht denkbar ohne das Corpus Iuris JUSTINIANS in Verbindung mit der Tatsache, dass im Raume Europas das Studium und die wissenschaftliche Bearbeitung dieses Textes als allgemein aufgenommene Herausforderung und selbstverständliche Pflicht betrachtet wurde.

V. Lückenhaftigkeit der Gesetzgebung – Unhaltbarkeit des Exklusivgeltungsanspruchs

1. Lückenhaftigkeit der Gesetze und die daraus folgende Spaltung der Rechtsordnungen

Gesetzgebung heisst seit Beginn der Neuzeit die umfassende Regelung eines definierten rechtlichen Sachbereiches. Erst dieses Konzept erlaubt die Identifikation von Recht und Gesetz, hier verstanden als Ausschluss jeglicher aussergesetzlicher Quelle des Rechts. Dem tritt entgegen die Feststellung, dass selbst einlässliche und umfangreiche Gesetzbücher niemals für alle in deren Regelungsbereich fallenden, alltäglich neu aufkommenden Rechtsfragen auch Antworten bereit halten. Die sachlogisch vorgegebene und unvermeidliche Lückenhaftigkeit jeglichen Gesetzgebungswerks ist heute, wenn auch mit graduellen Unterschieden, allgemein anerkannt; deren Ursachen wurden bereits erörtert (oben Ziffer I 5 c)⁷². Im Folgenden muss diese Lückenhaftigkeit

⁷¹ Die Institutionen standen denn auch besonders im 17. und 18. Jahrhundert im Vordergrund des Interesses; der Zusammenhang mit dem aufkommenden Kodifizierungspostulat ist offenkundig. Etwas einlässlicher zum Einfluss der Institutionen BUCHER, AJP 1997, 923 ff.

⁷² EUGEN HUBER (Fn. 30) 184 f. schreibt schon vor Beginn seiner Arbeiten am Entwurf zu einem Zivilgesetzbuch: "Keine Wissenschaft und keine Technik vermögen nämlich einen für alle Fälle klar erkennbaren Gesetzesbestand zu schaffen ...".

fest in Rechnung gesetzt und zum Ausgangspunkt der weiteren Überlegungen gemacht werden.

Aus der Lückenhaftigkeit privatrechtlicher Gesetzgebung folgt, dass das Privatrecht, wie es gelebt und verwirklicht wird, in zwei Bereiche zerfällt: In das durch die Gesetzgebung geschaffene Recht und jenes Recht, das seine Wurzeln ausserhalb der Gesetze hat. Das Vorhandensein von Sachbereichen, die ausserhalb der privatrechtlichen Gesetzgebung bleiben, aber trotzdem von Rechtsregeln normiert werden müssen, zeigt, dass die Suche nach ergänzenden Rechtsquellen nicht zu entbehren ist, aus denen sich Normen für diesen nicht kodifizierten Rechtsbereich ableiten lassen.

Privatrechtsgesetzbücher repräsentieren jedes für sich ein normatives Universum, das vieles ordnet und in manchen Bereichen die Gesellschaft bestimmt, dies mittels jedermann verständlicher und allgemein beachteter Rechtsnormen. Neben dieser problemlosen Welt des Gesetzesrechts besteht, davon getrennt und unabhängig, die Welt des Problemrechts, in der das Gesetz schweigt und die Segnung normativ gesicherter Ordnung fehlt. Der Gegensatz und die Unterschiedlichkeit dieser beiden Bereiche sollte, entgegen heute vorherrschender Betrachtungsweise⁷³, am Anfang jedes Versuchs des Verstehens von Recht und der Wissenschaft vom Recht stehen und ist daher im folgenden näher zu beleuchten. Angesichts der Lückenhaftigkeit der Gesetzgebung ist die genannte Spaltung des Rechtsstoffes ein elementares Phänomen aller auf Gesetzgebung gegründeter Rechtsordnungen: Diese sind alle zwiespältig im vollen Doppelsinn des Wortes.

2. Zur Aussageleistung der Gesetze

Es sind die im Gesetz enthaltenen normativen Aussagen, die den Anteil der Rechtsordnung bestimmen, der tatsächlich durch Gesetzesrecht festgelegt ist. Sie definieren den Umfang der gesetzesnormlos bleibenden Gefilde der Rechtsordnung als Restgrösse. Der Verlauf der die beiden rechtlichen Areale trennenden Grenzlinie wird festgelegt durch die Aussageleistung des Gesetzes. Diese zu betrachten lohnt sich, weil sich aus dieser Rückschlüsse ziehen lassen auf die im Falle des Fehlens von Gesetzgebung dem Juristen gestellten Aufgabe.

Zwei Auffassungen stehen sich gegenüber. Vorab unter Juristen herrscht der Eindruck, dass die Gesetze nur ausnahmsweise die von ihnen erwarteten normativen Aussagen erbrächten. Aber, ganz entgegengesetzt, weit verbreitet und vorab im Publikum verankert ist die Meinung, dass im Normalfall und mit wenigen Ausnahmen die aufkommenden Rechtsfälle ohne weiteres allein

⁷³ Die traditionelle Sicht versucht, den Grenzverlauf dieser beiden Bereiche zu verwischen, dies durch Ausweitung des durch sogenannte Auslegung zu ermittelnden Bereichs angeblich vom Gesetz statuerter Regeln. In der hier vertretenen Auffassung ist "gesetzlich geregeltes Recht" nur jenes, das sich allein aus dem Text des Gesetzes ableiten lässt. Dazu unten Ziffer V 4 d ("Auslegung").

anhand der vorhandenen Gesetzestexte entschieden werden könnten. Diese Auffassungen stehen nicht in echtem Widerspruch zueinander, sind vielmehr beide zutreffend, wenn auch je bezogen auf einen anderen Typus von Rechtsfragen.

Beurteilt man die Leistungsfähigkeit der Privatrechtskodifikationen danach, wieviele der aufkommenden Fragen an Hand deren Textes tatsächlich beantwortet werden, stellt man eine nicht zu überschauende, unendliche Vielzahl beantworteter Fragen fest. Das Publikum (das überraschend gutes rechtliches Allgemeinverständnis besitzt) kennt und versteht approximativ diese Antworten, und die meisten der überhaupt Rechtsfragen aufwerfenden Problemsituationen finden ohne Hilfe von Juristen (allenfalls unter Beizug von juristisch Halbgebildeten) ihre Erledigung. Demgegenüber sind es fast verschwindend wenige der rechtliche Fragen aufwerfenden Auseinandersetzungen, die nicht auf einvernehmlicher Ebene erledigt werden können, sondern zum aktuellen Streitfall werden und den Rechtssuchenden zwingen, die Hilfe des Volljuristen (des Anwalts, in besonders schwierigen Fällen gar des universitären Gutachters, oder im Prozessfall jene des Gerichts) zu suchen. Der prozessuale Streitfall ist in Angelegenheiten des Privatrechts statistisch gesehen seltene Ausnahme. Dies ist gut so, denn litigante Rechtsdurchsetzung ist gesellschaftspolitisch unerwünscht⁷⁴. Im Normalfall verwirklicht sich das Privatrecht durch freiwillige Anwendung dessen Regeln durch die Beteiligten von selbst⁷⁵, was um so eher gelingt, je besser normiert, dokumentiert und wissenschaftlich erhellt es ist. Eine zentrale Rolle in der Durchsetzung des Privatrechts spielt der Vergleich als die gütliche Einigung in einer (auf der Ebene des Faktischen oder Rechtlichen) nicht völlig geklärten Rechtslage⁷⁶. Der statistisch

⁷⁴ Privatrechtliche Gerichtsverfahren sind Nullsummenspiele, kann doch dem Kläger nicht mehr gegeben werden als dem Beklagten weggenommen wird. Nicht nur keine Wertschöpfung, sondern erhebliche Transaktionskosten: die Kosten des Justizapparates (Anwälte, Gerichte), dann (die meist unerkannt bleibenden, im kommerziellen Bereich aber grossen und geldmässig bezifferbaren) Kosten des eigenen Zeitaufwandes der Parteien, nicht zu sprechen von deren Nervenverschleiss. – Die heute vielfach vertretene Tendenz, den Zugang zu den Gerichten zu erleichtern (die *access to justice*-Bewegung), hat die unerwünschte Folge der Prozessvermehrung, die zwar dem Juristenstand, nicht aber der Gesellschaft insgesamt gut bekommt. Die heute unter Prozessualisten vorherrschende Tendenz der Klageerleichterung, insbesondere durch Schaffung zusätzlicher konkurrierender Gerichtsstände (die früher undenkbar Klägergerichtsstände, die liberale Zulassung sogar von negativen Feststellungsklagen usw.), vermehrt nicht nur die Gerichtsverfahren, sondern vor allem auch die mit diesen einhergehenden verfahrensrechtlichen Probleme.

⁷⁵ Man denke an die vielen Zehntausende von Erbgängen oder in die Hunderttausende gehenden Strassenverkehrsunfälle, die jedes Jahr bereits im Raum der Schweiz vorkommen, von denen aber nur ein bescheidener Promillesatz vor Gericht endet und die ausser Gericht bleibenden Fälle unerachtet der oft involvierten heiklen Rechtsfragen vielfach auch ohne Bezug von Fachjuristen ihre Erledigung finden.

⁷⁶ RUDOLF V. JHERINGS "Kampf ums Recht" (1872) vertritt die Auffassung, dass jedermann moralisch verpflichtet sei, die ihm zustehenden Ansprüche kompromisslos durchzusetzen, was die Forderung einschliesst, nie einen Vergleich (der begriffsnotwendig Anspruchsverzicht impliziert) zu schliessen. Dies ist ein Standpunkt, wie er verfehler nicht sein könnte (der aber unglaublichen Erfolg erzielte und der Schrift Übersetzungen in zahllose Sprachen verhalf, ein Erfolg, wie er mit vernünftigen Thesen noch nie von einem Juristen erreicht worden ist); die zehn Jahre später erschienene, das selbe Anliegen in spiegelbildlicher Umkehrung vertretende Kampfschrift gegen das Trinkgeld ist demgegenüber weitgehend unbeachtet geblieben. Dazu auch BUCHER, Die Rolle des Schiedsrichters bei der vergleichsweisen Regelung des Streites, Bulletin de l'Association Suisse de l'Arbitrage (ASA), 1995, 568 ff., insbesondere 571 ff. Weil das Privatrecht zur Hauptsache durch gütliche Einigung verwirklicht werden soll, erscheinen die

seltene Ausnahmefall der gerichtlichen Auseinandersetzung darf als pathologisch bezeichnet werden, als eine Erkrankung des gesellschaftlichen Organismus, der den Beizug des Arztes (Anwalts) fordert. Die Aufgabe privatrechtlicher Doktrin ist jene des antizipierenden Entwickelns von Lösungen von Konflikten, die dem Gesetz selber nicht unmittelbar entnommen werden können.

Wenn man an die sich im Rahmen der genannten gesellschaftlichen Automatismen erledigenden Fälle denkt, ist die Leistung der Gesetzgebung überwältigend, und dies auch dann, wenn wir einräumen, dass ein erheblicher Anteil der Erledigungen unter (bewusstem oder unbewusstem) Verzicht auf Klärung offener Rechtsfragen erfolgt. Ganz anders dagegen das Bild, wenn wir die Welt rechtlicher Unklarheit betrachten, d. h. unsere berufliche Welt, die Welt des Standes der professionellen Juristen, die es sich zur Aufgabe macht, trotz fehlenden Gesetzes eine rechtliche Ordnung zu schaffen: In dieser Welt ist die Leistung des Gesetzes asymptotisch zu null, denn wenn die Beteiligten dem Gesetz hätten die Antwort entnehmen können, würden sie uns nicht konsultieren. Kein Wunder, dass in den meisten Fällen seines Gefragtwerdens dem Juristen der Griff zum Gesetz wenig hilft.

Vor uns liegen zwei mögliche Mechanismen des Wirkens der Gesetze: Auf der einen Seite die vom Gesetz ausgehende segensreiche Klärung der Rechtslage, die mit so viel Selbstverständlichkeit vor sich geht, dass die gestellten und beantworteten Fragen meist gar nicht als solche erkannt werden. Auf der anderen Seite der verbleibende Rest der offen bleibenden Fragen, die an Hand des hier fast gänzlich versagenden Gesetzes nicht zu beantworten sind. Es liegen zwei verschiedenartige Formen der Rechtsfragen und der auf sie bezogenen Mechanismen der Entscheidungsfindung vor, wie sie gegensätzlicher gar nicht sein könnten. Deren Unterscheidung ist grundlegend für das Verständnis der Rechtsordnung insgesamt wie jene der an unseren Berufsstand gestellten Anforderungen. Einerseits der grosse Bereich gesetzlicher Normierung, der keine Probleme aufgibt, keine Beachtung fordert und auch nicht Gegenstand der Wissenschaft im eigentlichen Wortsinne ist, und andererseits der vom Gesetz nicht geregelte verbleibende Problembereich, der uns im Grundsätzlichen interessieren muss und den Aktionsbereich unserer wissenschaftlichen Disziplin absteckt.

heutigen Bestrebungen der Prozess erleichterung als gesellschaftspolitisch fragwürdig. Problematisch ist auch die Institution der Rechtsschutzversicherung, da sie durch Schüren der Streitlust die einvernehmliche Verwirklichung des Privatrechts hindert (und für die Verhandlungsphase dann ein Ungleichgewicht zwischen den Parteien schafft, wenn die eine, nicht aber die andere Partei versichert ist).

3. Was wäre, wenn mit der Exklusivgeltung ernst gemacht würde?

Die in den modernen Kodifikationen angelegte Identifikation von Recht und Gesetz hat einen doppelten, positiven und negativen Sinn: Alles was im Gesetz steht, konstituiert Recht, und was nicht im Gesetz steht, hat keinerlei rechtliche Geltung. Während der positive Geltungsanspruch selbstverständlich und problemlos ist, fehlt dem zweiten, negativen, die Akzeptanz. Die Juristenschaft hat Wege gesucht und auch deren viele gefunden, um den Konsequenzen der nach herrschendem Sprachgebrauch weiterhin aufrecht stehenden positivistischen Identifikation zu entgehen. Vorweg soll dargestellt werden, welche Folgerungen sich ergäben, wollte man, statt ihr auszuweichen, mit der Gesetz-Recht-Identifikation kompromisslos Ernst machen. Die diesfalls eintretenden Auswirkungen lassen sich etwa so andeuten:

a) Handhabung des geltenden Rechts

Kommt als Erkenntnisquelle des Rechts allein das Gesetz in Betracht, ist jedes Argument, das nicht aus dessen Text abgeleitet wird, unzulässig. Die Rechtswissenschaft wird bei ihrer Suche nach Antworten auf sich stellende Rechtsfragen auf den Gesetzestext als einzige Rechtsquelle und exklusiven Orientierungspunkt verwiesen. Angesichts der Beschränktheit dieses Normmaterials werden die Möglichkeiten wissenschaftlicher Aussage entscheidend eingeschränkt. Die wissenschaftlichen Aussagen können nicht viel über das hinausgehen, was sich durch Wortinterpretation (diese vielleicht ergänzt durch teleologische Gesichtspunkte⁷⁷) dem Gesetzestext entnehmen lässt. Will man gesetzesfremde Gesichtspunkte konsequent ausschliessen, ist auch komparatistische Betrachtung nicht zulässig, möge sich der vergleichende Blick in die Vergangenheit oder ins Ausland richten. Selbst die Berücksichtigung von Gerichtspraxis ist nicht angängig, da vom Gesetzgeber nicht vorgesehen (dazu oben Ziffer II 4), ebenso wenig der Blick in die Entstehungsgeschichte des Gesetzes (Berücksichtigung der sogenannten Materialien der Gesetzgebung), denn die Gesetzgeber wollen sich allein bei den von ihnen beschlossenen Gesetzestexten behaften lassen, nicht aber bei dem, was bei dessen Vorbereitung gesagt wurde. Erst recht wären sachlich-würdigende Überlegungen unzulässig. Für Wissenschaft im eigentlichen Wortsinn bleibt bei konsequent gesetzespositivistischem Ansatz kaum ein Platz⁷⁸.

⁷⁷ Selbst die Antworten auf die Frage nach dem Normzweck dürfen bei positivistischer Betrachtung nur aus dem Gesetzestext selber abgeleitet werden, nicht aber aus Gesetzesmaterialien oder sonstigen Informationsquellen.

⁷⁸ Diese Situation wurde in Frankreich hübsch illustriert mit dem irgend einem massgebenden Fachvertreter des 19. Jahrhunderts zugeschriebenen Diktum: "Je ne connais pas le droit civil, je n'enseigne que le Code Napoléon!".

b) Rechtsprechung

Der Richter ist an das Gesetz gebunden, wenn und soweit das Gesetz überhaupt spricht. Werden für den Fall dessen Schweigens extralegale subsidiäre Rechtsquellen nicht zugelassen, verbleibt ein normfreier Raum, innerhalb dessen er seine Entscheidungen nach freiem persönlichen Ermessen fällen kann. Soweit er seine Entscheidungen begründen muss, kann er bei Fehlen gesetzlicher Normen seine Argumente beliebig wählen; Begründungszwang kann diesfalls nur die Aufgabe bedeuten, die Urteilsadressaten zu überzeugen, nicht aus persönlichen Motiven, sondern nach irgendwelchen sachlichen Gesichtspunkten geurteilt zu haben.

Bei gesetzessystematischer Sicht ist der Richter durch Präjudizien nicht gebunden, seien es seine eigenen oder jene anderer Instanzen. Die Berufung auf Judikatur ist zwar nicht ausgeschlossen, festzuhalten ist indessen, dass die allenfalls angerufene Gerichtspraxis (genau gleich wie juristische Doktrin) nicht die Autorität einer Rechtsquelle im eigentlichen Sinne hätte.

c) Rechtsgeschichte

Nicht zu beklagen haben sich die Historiker. Während die Identifikation von Recht und Gesetzestext der Wissenschaft vom geltenden Recht kaum noch eine Aufgabe lässt, macht sie im Gegensatz dazu die Rechtsgeschichte als reine historische Disziplin überhaupt erst möglich. Der Fachbereich der Rechtshistoriker wird im herrschenden Verständnis negativ umschrieben: Rechtsgeschichte ist die Wissenschaft von jenem Recht, das einmal bestand, aber heute keine Geltung mehr hat. Es sind deshalb die der Rechtsüberlieferung bei der Rechtsinhaltsermittlung jegliche Bedeutung absprechenden modernen Kodifikationen, welche für Rechtsgeschichte im heutigen Verständnis überhaupt erst Raum schaffen und denen die Rechtshistoriker ihren Status verdanken (dazu einlässlich unten Ziffer IX 2).

4. Das Scheitern der Identifikation von Recht und Gesetz

Die sich bei konsequenter Befolgung der Gesetz-Recht-Identifikation für Wissenschaft und Rechtsprechung ergebenden Folgen (wie oben Ziffer 3 lit. a und b dargelegt) werden von kaum jemandem gebilligt. Ein derartiges Rechtsverständnis ist nicht jenes der heutigen Juristenschaft. Das Fehlen der Akzeptanz sei im Folgenden an jedermann erkennbaren Symptomen illustriert.

a) Nichtakzeptanz seitens der Juristenschaft im allgemeinen

Der Blick auf die Arbeitsmethoden der Juristen auf jeder Stufe der Rechtsermittlung zeigt eine mit dem gesetzgeberischen Exklusivgeltungsanspruch nicht zu vereinbarende Ausrichtung. Wenn ein deutscher Kollege sich einer

Rechtsfrage nicht aller einfachster Art gegenübersteht, wird er mit grösster Wahrscheinlichkeit zum PALANDT greifen, dies aber nicht, um dort den Text des BGB zu konsultieren, sondern um sich über die bestehenden Literaturmeinungen und Präjudizien kundig zu machen. In derartiger Operation hat der Gesetzestext, falls überhaupt einbezogen, keine andere Funktion gehabt als jene, den Weg zu weisen zu den gesuchten paralegalen Informationen. Bei derartiger Rechtshandhabung behält das BGB zwar seine Bedeutung als allgemeine Grundlage und als Ausgangspunkt weiterer Überlegungen, stellt aber selber bei der Behandlung der hier betrachteten Fragen nicht die sachentscheidende Rechtsquelle dar und wird von den Handelnden auch nicht als solche betrachtet, geschweige denn, dass irgend jemand bereit wäre, dessen Text als einzig massgebliche (und zulässigerweise allein zu berücksichtigende) Rechtsquelle zu betrachten.

Ein Indikator des Rechtsverständnisses liegt sodann in der Methode der Begründung richterlicher Entscheidungen. Soweit nicht durch Verfahrensordnung oder Tradition ausgeschlossen, nimmt in diesen die Anrufung von Lehrmeinungen, vor allem aber von (eigenen oder fremden) Präjudizien weiten Raum ein, was mit der Exklusivgeltung des Gesetzes nicht zu vereinbaren ist.

b) Krise des Gesetzgebungspostulats

In den Gründerjahren der Kodifizierungsbewegung herrschte ein von Selbstkritik nicht belasteter Optimismus, d. h. Glaube an die Wichtigkeit der legislatorischen Neugestaltung des Privatrechts und an die Richtigkeit der Zielsetzung dessen umfassender und exklusiver Normierung. Wo heute noch oder wiederum Gesetzgebung im traditionellen Sinne des Kodifikationspostulates ansteht, tut man sich schwer. Gesetzesrevisionen sind nur schlecht und recht über die Bühne zu bringen, Anteilnahme breiter Kreise fehlt (ausser wenn, wie beispielsweise heute allenthalben im Familienrecht, konkrete Änderungspostulate bestehen). Im Bereich des Schuldrechts, wo sich grundlegende Änderungen zum vornherein verbieten, ist der Realisierungswille gering, ein Konsens über die Notwendigkeit der jeweils in Diskussion stehenden Änderungen wie auch deren materielle Ausrichtung nur schwer zu erreichen. Das ist so in der Schweiz und nicht anders in Deutschland; dort haben zwar die bis in die Siebzigerjahre zurückreichenden Bemühungen um eine Revision des Schuldrechts des BGB im Jahre 1991 zu einem halbherzigen Revisionsvorschlag der eingesetzten Kommission geführt⁷⁹; seither

⁷⁹ Vergleiche Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, herausgegeben vom Bundesminister der Justiz, Bundesanzeiger, 1992. Feststellbar ist ein Ausweichen auf Sekundärprobleme unter Vermeidung aller grundlegenden Strukturänderungen. An Vorschlägen hierzu fehlt es nicht: etwa das Abgehen vom "Garantieprinzip" bei der kaufrechtlichen Rechtsgewährleistung, dazu BUCHER, Wurzeln und Ausstrahlungen des Wiener Kaufrechts – Einige Hinweise, insbesondere zur Eigentumsverschaffungspflicht und zur Rechtsgewährleistung, in: *Festgabe für Karl Heinz Neumayer*, 1997, S. 171 ff.; oder auch die Preisgabe der Verschuldensabhängigkeit des Verzugs gemäss BGB § 285 dazu BUCHER, *Mora früher und heute*, in: Alfred Dufour / Ivo Rens / Rudolf Meyer-Pritzl / Bénédickt Winiger (Hg.), *Pacte, Convention, Contrat, Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin*, 1998, S. 407 ff. Nicht einmal die Beseitigung des Erfordernisses der Unentgeltlichkeit des Auftrags wagte man vorzuschlagen, obwohl dies nicht mehr als das Streichen eines einzigen Wortes ("unentgeltlich" in BGB § 662) fordern würde. Vgl. dazu unten VIII 5, Beispiel 1.

ist es in dieser Sache ruhig geblieben. Unserer Zeit geht der von Begeisterung getragene Gestaltungs- und Neuerungswille gänzlich ab; legislatorischer Optimismus fehlt, und umfassende erneuernde Würfe der Gesetzgebung haben heute denn auch keine Erfolgsaussicht. Diese Haltung ist die Folge der resignierenden Einsicht, dass jegliche Privatrechtsgesetzgebung Stückwerk bleibt und in jedem Fall der Ergänzung durch Judikatur und Doktrin nicht entbehren kann, welche letztere sich denn auch des Geschäfts der Gesetzesdeutung und Gesetzesergänzung, aber auch der Rechtsfortbildung und Rechtsumgestaltung mit Eifer und Erfolg angenommen haben.

Die aktuellen Bemühungen um die Schaffung von Modellen überstaatlichen Vertragsrechts, wie sie erarbeitet werden von UNIDROIT⁸⁰ wie auch von einer durch OLE LANDO ins Leben gerufenen Kommission⁸¹, sehen ihre Zielsetzung nicht in der Schaffung eines über die Tradition hinausführenden neuen Vertragsrechts, sondern suchen nach innerhalb der konkurrierenden nationalen Überlieferungen übereinstimmenden Elementen, dies in der Absicht, aus diesen Modelle allgemeiner Akzeptanz zu entwickeln⁸². Auch hier bleibt kein Raum für legislatorische Neuerungen. Vor allem aber ist hier zu vermerken, dass diese legislatorischen Versuche von den vor ihnen kompilierten Kodifikationen keineswegs deren Anspruch übernehmen, dass der geschaffene Gesetzestext eine abschliessende Normierung sei und mit Anspruch auf Exklusivgeltung ausgestattet werden solle⁸³.

c) Ausweichmanöver der Wissenschaft; insbesondere Berücksichtigung nicht anerkannter Rechtsquellen

Auszugehen ist von der Feststellung, dass in der massgebenden gegenwärtigen Methodentheorie ein offenes und ausdrückliches Bekenntnis zum Bestehen

⁸⁰ *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, 1994 (daneben in vielen anderen Sprachen).

⁸¹ *Principles of European Contract Law, Parts I and II combined and revised*; prepared by the Commission on European Contract Law, ed. by Ole Lando and Hugh Beale, 1999/2000.

⁸² In diesem Zusammenhang ist auch die heute oft beschworene *Lex Mercatoria* zu sehen, welche Vorstellung den Wunsch nach einer grenzüberschreitenden, entnationalisierten, überpositiven Rechtsordnung aufzeigt und fehlenden Glauben an die Leistungsfähigkeit der gegebenen gesetzlichen Ordnungen zum Ausdruck bringt. Die Versuche von UNCITRAL wie der Lando-Kommission verkörpern eine ähnliche Haltung. Sie sind Symptom der hier behaupteten Krise der Gesetzgebung sowohl in deren Motivation wie Aktion: Die Versuche der Schaffung übergesetzlicher Regelkomplexe sind Ausfluss der Einsicht in Ungenügen der aktuellen Gesetzgebung, und die geschaffenen Gegenmodelle sind gekennzeichnet von resignierter Einsicht in die derzeit bloss beschränkten Möglichkeiten gesetzgeberischer Rechtsschöpfung.

⁸³ Die Notwendigkeit lückenfüllenden Rückgriffs auf die den Texten zugrundeliegenden Vorbilder ist offenkundig.

und zur Berücksichtigung anderer (inspirativer oder gar imperativer) Rechtsquellen neben dem Gesetzestext nicht gefunden werden kann.

Wie geht die gegenwärtige Doktrin mit der "positivistischen Identifikation" um, d. h. wie wird sie mit dem Grundsatz des Ausschlusses aller extralegalen Rechtsquellen fertig, nachdem die jeglicher Gesetzgebung immanenten Normdefizite als solche nicht bestritten werden, andererseits Bereitschaft und Mut fehlen, nach suppletierenden Rechtsquellen zu suchen und diese offen anzuerkennen?

In der wissenschaftlichen wie richterlichen Rechtshandhabung werden routinemässig und ohne Rechtfertigung im Einzelfall Gesichtspunkte berufen, deren Berücksichtigung zwar sachgerecht ist, in der Kodifikation jedoch keinerlei Grundlage hat. Sowohl in der Doktrin wie in der Urteilsmotivierung der Gerichte haben sich mit Selbstverständlichkeit ausserhalb des Gesetzes liegende Argumente als massgebliche Faktoren etabliert, die durchaus die Funktion inspirativer subsidiärer Rechtsquellen haben. Diese sind sachgerecht und können dazu beitragen, angemessene Entscheidungen zu finden und zu begründen. Eine Aufzählung derartiger Gesichtspunkte findet sich beispielsweise für die Schweiz in der massgeblichen Kommentierung von Art. 1 ZGB⁸⁴:

Rechtsvergleichung,
Rechtsgeschichte,
Geplante Gesetzesrevisionen,
Natur der Sache,
Allgemeine Rechtsgrundsätze,
Rechtssprichwörter.

Diese Gesichtspunkte können nicht in Anspruch nehmen, in den Kodifikationen eine Grundlage ihres Erwogenwerdens zu besitzen; allein die "Natur der Sache" und "Allgemeine Rechtsgrundsätze" werden in einigen wenigen Kodifikationen als zulässige Hilfsmittel erwähnt (oben Ziffer II 4 e). Dieser Aufzählung müssen zwei weitere Elemente beigelegt werden, denen im Rechtsalltag weit grösseres Gewicht zugemessen wird: Gerichtliche Präjudizien und wissenschaftlich-doktrinelle Stellungnahmen. Beide haben in den meisten Ländern einen offiziellen Status von Quasirechtsquellen erlangt. Deren Stellung ist so fest etabliert, dass es vielenorts als unzulässig gilt, diese unberücksichtigt zu lassen, insbesondere ohne Begründung in Widerspruch zu solchen zu entscheiden.

d) Überdehnung des Begriffs der Gesetzesauslegung

In der aktuellen Theorie zum Thema der Rechtsfindung spielt der Begriff der Auslegung eine zentrale Rolle⁸⁵. Dem gesetzlichen Exklusivgeltungsanspruch

⁸⁴ MEIER-HAYOZ (Fn. 50) Art. 1, Rn. 353-416.

⁸⁵ Für die Scholastik des Mittelalters war die Auslegung autoritativer Texte eine Hauptaufgabe; die juristischen unter diesen, vorerst weder umfangreich noch autoritativ, wurden methodisch wohl gleich behandelt wie die religiösen Texte und folgten der allgemeinen "Hermeneutik". Dieser gegenüber begannen wohl erst die Glossatoren, methodische Selbständigkeit zu entwickeln (die "Hermeneutik" der letzten Jahrzehnte hat wohl von der Scholastik nur gerade den Namen übernommen; die in den Sechziger- und Siebzigerjahren auch von Juristen geübte Auseinandersetzung mit dieser eröffnete einige interessante Einsichten, blieb aber

gehorchend werden Schlüsse, die aus irgendwelchen anderen Erkenntnisquellen stammen, als Ergebnis der Auslegung ausgegeben und damit dem Gesetz zugeordnet. Dabei ist Auslegung des Gesetzestextes im eigentlichen Wortsinn ein Unterfangen mit beschränktem Operationsfeld, das keine Überlegungen enthalten darf, welche über linguistisch-grammatikalische und logisch-systematische Erforschung des Textes hinausgehen. Dieser Sachverhalt wird, seit es Kodifikationen gibt und man überhaupt von deren Auslegung sprechen kann, verdrängt. Rechtsgewinnung aufgrund einer Privatrechtskodifikation kann mit Auslegung im engeren Wortsinn dessen Textes nicht gewährleistet werden. Auf weiten Strecken wird mehr als bloss linguistisch-grammatikalische Kenntnis gefordert: Fachliches Wissen und juristische Erfahrung, d. h. Dinge, die nur durch Fachstudium und praktische Rechtserfahrung erworben, nicht aber aus dem Gesetz bezogen werden. Stimmen wir dem zu, liegt darin das Eingeständnis, dass in das Verstehen, in die "Auslegung" der Gesetze zusätzliche, extralegale Erkenntnisquellen einfließen müssen, eben jene, welche den juristischen Sachverstand ausmachen. Dieser Sachverstand setzt die Verfügbarkeit von ausserhalb des Gesetzestextes liegenden rechtlichen Orientierungspunkten voraus. Solche zu fordern ist zwingend geboten, sprengt aber den Rahmen blosser Auslegung. Eine Überdehnung des Aussagegehaltes einer Gesetzgebung liegt auch im Analogieschluss, der von vielen (unter ihnen auch EUGEN HUBER) als ein Akt der Gesetzesauslegung verstanden wird, richtigerweise jedoch als Lückenfüllung zu gelten hat⁸⁶. Besonders unzulässig ist die Überdehnung des Begriffs des Gesetzesinhalts im Falle der Behauptung, der Gesetzgeber habe eine normative Innovation zu formulieren unterlassen, welche Innovation indessen als Bestandteil des Gesetzes zu gelten habe und durch dessen Auslegung zu ermitteln sei⁸⁷.

insgesamt ohne nennenswerten Einfluss). Die heutige juristische Auslegungslehre knüpft nicht an Traditionen an. Sie ist ein Kind des Gesetzespositivismus und daher nicht älter als die modernen Kodifikationen selber.

Die Interpretation von Gesetzestexten darf schon gar nicht in Verbindung mit theologischen Auslegungslehren (und damit mit der "Hermeneutik" im ursprünglichen Wortsinn) gebracht werden: Zum vornherein geht den Gesetzestexten eine wie auch immer verstandene "Heiligkeit" gänzlich ab; diese sind Menschenwerk mit leicht zu erkennenden irdischen Unzulänglichkeiten. Deren Auslegung ist Ermittlung von Sinn und Tragweite des Textes selber. Anders dagegen die Aufgabe der Bibelauslegung: Hier kann es nicht in erster Linie um Verstehen des unmittelbaren Aussagegehalts der Textstellen gehen, sondern um das Erwägen der Folgerungen, die sich daraus für den Gläubigen ergeben. Die bereits zitierte Stelle MATHÄUS 5 Vers 29 "Wenn dich aber dein rechtes Auge zur Sünde verführt, so reiss es aus und wirf es von dir ..." ist in ihrer Aussage nur allzu leicht verständlich. Die an die theologische Auslegung gestellte Frage kann allein dahin gehen, was der als schwach geborene Mensch mit diesem unerfüllbaren Gebot anfangen soll.

⁸⁶ So wie hier im Ergebnis KRAMER (Fn. 50) 146 f. (mit Hinweisen).

⁸⁷ Vergleiche dazu unten bei Fn. 95.

e) Suche nach gesetzsexternen "Hilfsmitteln" der Rechtsfindung

Im Zusammenhang des Problems der Gesetzeslücke wird darüber gesprochen, welche "Hilfsmittel" dem Rechtsanwender (Wissenschaftler oder Richter) bei der Rechtsfindung zur Verfügung stünden⁸⁸; die ihm gestellte Aufgabe wird als "ergänzende Rechtsfortbildung" eingestuft⁸⁹. Beide Formeln beruhen auf der Prämisse, dass das die Lücke füllende Recht vom Rechtssuchenden heute zu bilden sei, nicht aber in vorbestehenden Quellen gefunden werden könne. Soweit überhaupt der Begriff der Rechtsquelle Erörterung findet, wird als solche, neben dem Gesetz, am ehesten das Gewohnheitsrecht genannt⁹⁰, dessen geringe praktische Bedeutung offenkundig ist.

Die genannte Haltung der Methodenlehre ist die vorherrschende; sie findet sich selbst unter der Herrschaft von Gesetzbüchern, welche subsidiäre Rechtsquellen wenigstens mittelbar einsetzen, wie das ZGB (Art. 1 III mit dessen Verweisung auf "Lehre und Überlieferung"). Nicht anders, wenn in Kodifikationen vereinzelt auf "allgemeine Rechtsgrundsätze" verwiesen wird⁹¹.

VI. Forderung: Anerkennung der Rechtsüberlieferung als Rechtsquelle

1. Thesen

Aus dem Gesagten wird die Forderung abgeleitet, die Reduktion des Rechts auf den Gesetzestext und den Ausschluss aller extralegalen Rechtsquellen im Falle des Schweigens der Gesetze künftig nicht mehr zu respektieren. Das führt zu den zwei folgenden Thesen:

1. These: Im Falle des Schweigens des Gesetzbuches ist es bei der Ermittlung des geltenden Rechts nicht bloss erlaubt, sondern geboten, alle verfügbaren aussergesetzlichen Rechtsquellen in die Betrachtung einzubeziehen und, soweit sachlich überzeugend, zu befolgen.

2. These: Die in Betracht fallenden Rechtsquellen treten in unterschiedlicher Gestalt entgegen, sind indessen in der einen oder anderen Form durchwegs Bestandteil der Rechtsüberlieferung, d. h. der Summe jener rechtlichen Grundsätze, welche vor dem Erlass des Gesetzes galten und mangels einleuchtender Ausschlussgründe auch heute noch Beachtung

⁸⁸ MEIER-HAYOZ (Fn. 50) Art. 1, Rn. 353-416 spricht von "Hilfsmitteln der Lückenfüllung"(vgl. deren Namhaftmachung oben lit. V 4, c).

⁸⁹ FRIEDRICH BYDLINSKI, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1982, S. 472.

⁹⁰ BYDLINSKI (Fn. 89) 213 ff. In der "Methodenlehre der Rechtswissenschaft" von LARENZ / CANARIS (Fn. 50) erscheint der Terminus "Rechtsquelle" weder im Inhalts- noch im Sachverzeichnis.

⁹¹ Vergleiche insbesondere § 7 des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, Código Civil von Argentinien, Art. 16, oder Codice civile von Italien, Art. 12. Auf den Zusammenhang zwischen Analogieschluss und allgemeinen Grundsätzen weist hin BYDLINSKI (Fn. 89) 481.

fordern. Daraus ergibt sich die Forderung, bei Schweigen oder Unklarheit der Gesetzgebung auf die Rechtsüberlieferung im weitesten Sinne zurückzugreifen, oder, von der anderen Seite her gesehen, das Gesetzesrecht als historisches Phänomen und damit seinerseits als Bestandteil der Rechtsüberlieferung zu betrachten: Geltendes Recht ist überliefertes Recht – Priorität des Gesetzes vorausgesetzt fallen Recht und Rechtsüberlieferung in eins zusammen. Recht ist nicht gleich Gesetz, sondern gleich Rechtsüberlieferung im weitesten Sinn.

2. Begründung

a) These 1

Soweit die modernen Kodifikationen nicht bloss die Beachtung ihrer eigenen Normen fordern, sondern darüber hinaus dort, wo sie selber keine Normen geben⁹², das Verbot der Berücksichtigung anderer Normen aufstellen, statuieren sie Unzulässiges: Gefolgschaft muss verweigert werden. Auszugehen ist von der Feststellung, dass der Richter jeden zuständigerweise vor ihm kommenden Rechtsfall materiell entscheiden muss. In kontinentaler Tradition besteht sodann die Forderung, dass der Richter seine Entscheidung nicht nach persönlichem Gutdünken, sondern gestützt auf normative Vorgaben treffe. Diese tief verwurzelte, von den Kodifikationen unabhängige und ihr vorgegebene rechtsaxiomatische Forderung ist ihrerseits Ausdruck der elementaren, aus dem Rechtsbegriff selbst abzuleitenden Forderung, gleiche Sachverhalte gleich zu behandeln. Deshalb war bei Aufkommen des Postulates der Durchkodifizierung des Privatrechts die Forderung selbstverständlich, dass die kommende Gesetzgebung den gesamten Sachbereich des jeweiligen Gesetzbuches umfassend und flächendeckend abzudecken habe. Wenn wir heute eingestehen, dass in diesem Sinne lückenlose Gesetzgebung sich nicht verwirklichen lässt und auch nirgends je verwirklicht wurde, entfällt die Rechtfertigung des legislatorischen Ausschlusses aussergesetzlicher Rechtsquellen. Der in bisheriger Sicht diesen Weg verschliessende Anspruch auf Exklusivgeltung verstösst gegen das unabhängig von und vor jeder Gesetzgebung bestehende Verlangen nach einer umfassenden, d. h. keine Rechtsfrage offen lassenden materiellrechtlichen (d. h. vorprozessual gegebenen, dem Richter den Wegweisenden) Ordnung. Das dem Richter für den Fall des Schweigens des Gesetzes auferlegte Verbot, andere Rechtsquellen zu berücksichtigen, institutionalisiert das Bestehen nicht normierter Sachbereiche innerhalb der Rechtsordnung, was einer Vereitelung der Rechtsverwirklichung gleichkommt. Dem darf nicht gefolgt werden: Die Berücksichtigung aussergesetzlicher Rechtsquellen bei Schweigen des Gesetzes ist nicht ausgeschlossen, sondern muss als zulässig anerkannt werden.

⁹² Punktuelle Relativierung dieses Geltungsanspruchs (Erlass von Sondergesetzen, Vorbehalte zugunsten lokaler Rechtstraditionen, schüchtere Hinweise auf andere Rechtsquellen wie im ZGB "Lehre und Überlieferung") ändert nichts Grundsätzliches an diesem Befund.

b) These 2

Wird die Berücksichtigung von nicht im Gesetzestext selber enthaltener Rechtsquellen zugelassen, kommt als solche allein die im weitesten Sinne verstandene Rechtsüberlieferung in Betracht. Es soll nicht verleugnet werden, dass diese Vorstellung vieles umfasst und begrifflicher Begrenzung entbehrt. Aber das, was umschrieben werden soll, ist vielfältig, und als allgemeine Leitlinie mag der Ausdruck Rechtsüberlieferung angehen, um die Richtung anzudeuten, in der, wie wir glauben, rechtliche Einsicht gesucht werden soll. Präzisierung und Veranschaulichung des Gemeinten werden folgen; vorrangig soll hier diese unsere zweite These, so wie sie jetzt steht, mit drei Gedanken gestützt werden:

aa) Postulat "Gleiches gleich"

Auszugehen ist von dem bereits genannten rechtsaxiomatischen Postulat der Gleichbehandlung des Gleichen⁹³. Gesetzeswerke verwirklichen diese Gleichbehandlung im Rahmen der von ihnen tatsächlich aufgestellten Regeln ein für allemal und in diesem Sinne zeitlos. Ausserhalb gesetzlicher Normen kann die Gleichbehandlung nicht für einen bestimmten Zeitpunkt, sondern nur in der Dimension des Zeitablaufs hergestellt werden: Eine heute sich stellende Rechtsfrage ist gleich zu beantworten wie eine gleiche, bereits früher aufgekommene. Dieses "früher" ist zeitlich nach hinten offen und erfasst gleichermassen die Periode vor und nach Erlass der sich als lückenhaft erweisenden Gesetzgebung. Damit gelangen wir zu dem einfachen Rezept, dass ein heute zur Entscheidung gelangender, vom Gesetz nicht normierter Fall so zu entscheiden ist wie ein gleicher (oder wenigstens vergleichbarer) Fall irgendwann in der Vergangenheit entschieden worden ist bzw. aufgrund der früher geltenden Regeln hätte entschieden werden müssen. Diese holperige Begriffsbestimmung lässt sich mit einem einzigen Wort umschreiben; dies und nichts anderes ist mit "Rechtsüberlieferung" oder "Rechtstradition" gemeint⁹⁴: Das, was früher einmal Recht war und auf uns überkommen ist, soll bei Schweigen des Gesetzes auch heute noch begleitend sein.

⁹³ Vergleiche dazu auch KRAMER (Fn. 50) 31. Oft ist in nationalen Gesetzen (meist auf Verfassungsstufe) der Gleichbehandlungsgrundsatz positivrechtlich verankert, geht dann aber vielleicht über das bereits im Rechtsbegriff enthaltene Postulat hinaus.

⁹⁴ Der Verfasser glaubt, dass sich diese generalisierende Abstraktion in vorliegendem Zusammenhang rechtfertigen lässt. Er ist sich wohl bewusst, dass in unserer Disziplin Konzepte abstrakter Begriffsbildung kapitale Risiken darstellen; künstlich gebildete Allgemeinbegriffe entwickeln oft genug eine gefährliche Eigendynamik. So etwa die Begriffe "Gestaltungsrecht" oder "faktisches Vertragsverhältnis", in jüngerer Vergangenheit zufälligerweise geschaffen zur Beschreibung bestimmter Sachverhalte (die in beiden Fällen je äusserst heterogen sind und wenig gemeinsame Merkmale aufweisen): sie werden heute oft wie selbständige dogmatische Figuren behandelt, die um ihrer selbst willen, nicht im Hinblick auf die unter diese subsumierten Einzelphänomene, untersucht werden (vgl. zu "dem" faktischen Vertragsverhältnis die Kritik bei BUCHER, Besprechung von Peter Lambrecht – Tübingen 1994, ZEuP 1996, 715 ff.). Eine vergleichbare Gefahr begrifflicher Eigendynamik kann bei "Rechtsüberlieferung" nicht erkannt werden.

Wenn wir für die kontinentale Rechtstradition im Fall der Gesetzeslücke eine Bindung an die Rechtsüberlieferung, d. h. an die Vergangenheit fordern, ist ein Blick in den englischen Sprachraum geboten. Dort ist das Fehlen von Normen nicht eine als Ausnahme auftretende Fehlsituation, sondern der von der Rechtsordnung vorausgesetzte Normalfall. Um dem Begriff des Rechts und damit der Forderung der Gleichbehandlung des Gleichen genüge zu tun, bleibt mangels materiellrechtlicher Normen kein anderer Weg als jener der Bindung der Gegenwart an die Vergangenheit: Die Richter müssen den heute aufkommenden Fall so entscheiden, wie ein gleicher (vergleichbarer) Fall in der Vergangenheit entschieden wurde. Wegleitend ist der Grundsatz des *stare decisis*, des Verharrens bei vorgegebenen Entscheidungen.

bb) Quasipositivistisches Argument

Die hier vorgeschlagene Formel kann beanspruchen, auf die Frage des im Falle von Gesetzeslücken gebotenen Vorgehens eine Antwort zu geben, die bei formallogischer Betrachtung sich als positivistische darstellt: Geltung dessen, was nicht aufgehoben oder infolge veränderter Verhältnisse unanwendbar geworden ist. Die Tatsache des Weiterdauerns früherer Normen und deren subsidiäre Geltung liegt im Fehlen von sie aufhebenden widersprechenden Sachnormen oder Sachargumenten.

Die Redaktion von Gesetzbüchern zwingt vom Konzept her zu Aussageverzicht (Ziffer I 5 c). Dieser Verzicht schliesst ein den Eventualvorsatz der Belassung rechtsfreier Räume innerhalb des Sachbereichs der Gesetzgebung. Ist dies so, drängt sich für den Fall derartiger vom Gesetzgeber belassenen Informationslücken zu allererst auf, das Normdefizit durch Rückgriff auf den vorkodifikatorischen Rechtszustand zu beheben; der Verzicht auf Normerlass bedeutet Billigung oder wenigstens Inkaufnehmen des Weiterdauerns bisherigen Rechts. Überdies repräsentiert dieses vorkodifikatorische Recht den Wissensstand der Gesetzgebungsfunktionäre und enthält das, was diese vermutungsweise in das Gesetz eingebracht hätten, wären sie nicht durch Forderung nach Kürze und gesetzesästhetische Rücksichten daran gehindert worden.

cc) Argument aus dem Wesen der Gesetzeslücke

Gefragt ist hier, wie die Juristenschaft mit dem Fall des Schweigens der massgeblichen Gesetzgebung umgehen soll. Auch negative Grössen können untersucht werden, und so ist erlaubt zu fragen, was das Schweigen des Gesetzgebers bedeutet. Was sagt der Gesetzgeber, wenn er spricht, und was verschweigt er, wenn er nicht spricht?

Wie bereits festgestellt (Ziffer I 6 c) stellen Gesetze eine Mischung aus Information und Innovation dar. Jede Gesetzgebung enthält, in wechselndem Mischungsverhältnis, Weiterführung von Bisherigem und Schaffung von Neuem. Wenn dies so ist, lässt sich auch das Schweigen des Gesetzgebers aufteilen und fragen: Verschweigt dieser bisheriges Recht oder aber verschweigt

er im Akt der Gesetzgebung geschaffenes neues Recht? Die Antwort kann nicht zweifelhaft sein: Von "Fehlen", von einer "Lücke" kann man nur sprechen mit Bezug auf das unverändert geltende, bereits vor der Gesetzgebung bestehende Recht, nicht dagegen hinsichtlich neu zu schaffenden Rechts. Denn gesetzgeberisches Verschweigen von beabsichtigtem neuem Recht ist nicht möglich, wird doch Gesetzesrecht erst zu solchem durch explizite formelle Beschlussfassung und gebotene Veröffentlichung⁹⁵. Demnach kann die Behauptung einer Gesetzeslücke nicht Lückenhaftigkeit der Gesetzesordnung als solcher meinen, sondern allein besagen wollen, dass der Gesetzgeber es versäumt habe, den nicht erneuerten, von früher überlieferten Rechtsbestand hinreichend darzustellen und vollständig in das Gesetz einzubringen. Stellt jede Gesetzeslücke eine unterlassene Darstellung bisher geltenden, nicht erneuerten und daher unter der neuen Gesetzgebung weiter geltenden Rechts dar, ist der Rückgriff auf Rechtsüberlieferung im hier entwickelten Sinn das sich von selbst aufdrängende Vorgehen der Lückenfüllung.

3. Präzisierung der Thesen

a) Der Anspruch der Rechtsüberlieferung geht auf subsidiäre und inspirative Geltung

Die Berufung auf Rechtsüberlieferung ist nur unter der Voraussetzung des Fehlens gesetzlicher Normen zulässig, denn ihr kommt allein subsidiäre (supplementäre) Geltung zu. Der Geltungsanspruch der Rechtsüberlieferung ist sodann bloss (im Sinne von oben Ziffer II 2) inspirativ und nicht imperativ: Das aus der Vergangenheit überkommene Recht kann nicht Gehorsam, sondern nur Beachtung fordern. Imperative Geltung kann allein Rechtsquellen zukommen, die einigermaßen klar definierte Normkomplexe darstellen (wie dies bei der Verweisung auf "des Reichs gemeine Rechte" oder auf "Gewohnheitsrecht" zutrifft), nicht jedoch bei einem Vielfältiges und Verschiedenartiges erfassenden Begriff wie jenem der "Rechtsüberlieferung". Imperativer Geltungsanspruch supplementärer Rechtsquellen setzt sodann eine rechtliche Grundlage voraus⁹⁶, die hier nicht gegeben ist.

⁹⁵ Wer dem nicht zustimmen will, beansprucht genau besehen für sich selber gesetzgeberische Funktionen. Denn die Zulassung des Arguments, dass der Gesetzgeber bei besserem Bedenken oder umfassenderer Formulierung seines Rechtsgestaltungswillens dies oder jenes angeordnet hätte, ist im Ergebnis nichts anderes, als der Versuch eine (möglicherweise sachlich wohl begründete) Auffassung als Inhalt des Gesetzes auszugeben, statt sie als eigene und persönliche wissenschaftliche Position offenzulegen. Behauptung gesetzgeberischen Verschweigens innovativer Normierungen bedeutet, aus dem eigenen Ärmel geschüttelte Rechtspositionen als solche des Gesetzes auszugeben, was einen besonders fragwürdigen Fall des hier kritisierten Überdehnens des Begriffs der Gesetzesauslegung darstellt (dazu oben Ziffer I 6 c; V 4 d).

⁹⁶ In beginnender Neuzeit war Grundlage der imperativen Geltung der römischen Quellen die Reichskammergerichtsordnung (dazu oben Ziffer II 2 c), für das "Gewohnheitsrecht" im Rahmen schweizerischen Privatrechts Art. 1 ZGB.

Wie wir bereits wissen, kann die Beschränkung auf bloss inspirative Geltung von Rechtsregeln nicht hindern, dass diese *imperio rationis* grössten Einfluss auf den Gang der Dinge erlangen (oben Ziffer II 2).

b) Was bedeutet "Rechtsquelle"?

Der Begriff Rechtsquelle hat genau besehen dreifachen Sinn. Er kann bedeuten Rechtsentstehungsquelle, Rechtsinhaltsquelle oder Rechtserkenntnisquelle. In der ersten Sinnggebung bedeutet der Ausdruck diejenige Instanz, die mit Normschöpfung (Rechtsetzung) betraut ist, allenfalls auch stattdessen das von dieser ausgeübte Rechtsetzungsverfahren. Eine andere Sinnggebung meint das Ergebnis des Akts der Normschaffung, d. h. die Regeln selber, die das Recht ausmachen (Gesetzestexte jeglicher Art). Im dritten Sinn schliesslich versteht man unter Rechtsquelle nicht die Herkunft der Normen oder diese selber, sondern eine Quelle der Information über diese. Rechtsentstehungsquelle ist jegliche mit Gesetzgebungskompetenz ausgestattete Instanz (Parlamente und sonstige Gremien oder Funktionäre wie auch gesetzgebungsbefugte Fürsten; im Falle des Gewohnheitsrechts die an dessen Entstehung beteiligten Bürger); in gleichem Sinn kann darunter auch das von diesen Instanzen geübte Normsetzungsverfahren verstanden werden. Rechtsinhaltsquellen sind vorab alle Gesetze, aber auch die Normen des Gewohnheitsrechts und alles sonstige Regelwerk, das normativ bindend ist. Demgegenüber ist Rechtserkenntnisquelle vorab die Literatur, welche Gesetz und Recht darstellt, und daher ebenso die Texte richterlicher Urteilsbegründungen. Infolge der Besonderheit der kontinentaleuropäischen Rechtsüberlieferung, die wissenschaftliche Doktrin mit rechtsschaffender Funktion auszustatten (dazu unten Ziffer VII 1), kommt letzterer auch in manchen Zusammenhängen gleichzeitig die Qualität einer Rechtsentstehungsquelle zu.

Wenn hier von Rechtsüberlieferung gesprochen wird, sind an erster Stelle die Rechtsinhaltsquellen zu nennen: Es sollen in der Vergangenheit gegolten habende Normen an die Stelle der im Gesetz fehlenden treten⁹⁷. Indessen ist der Rückgriff auf frühere Gesetzgebung eine seltene Erscheinung. Die juristische Doktrin ist die praktisch bedeutsame und entscheidende Verkörperung der Rechtsüberlieferung, da sie Rechtsüberlieferung in allen drei Sinnggebungen darstellt und gleichzeitig als Rechtsentstehungs-, Rechtsinhalts- und Rechtserkenntnisquelle berücksichtigt werden muss.

⁹⁷ Die normative Geltung dieser Normen beruht auf dem Rechtsgestaltungswillen, der die zu ergänzende Rechtsordnung ihrerseits trägt: Die Überlieferung wird nicht zu heute geltendem Recht, weil ihr bei deren Entstehung der Geltungsanspruch hätte auf den Weg mitgegeben werden können, sondern weil die heutige Rechtsordnung als Ergänzung auf die rechtliche Vergangenheit zurückgreift. Es sind die zum Erlass der Gesetze zuständigen Instanzen bzw. Verfahren, welche auch berufen sind, deren inhaltliche Ergänzung zu regeln.

c) Doppelnatur der Rechtsüberlieferung: Neben Rechtsquellen das Bestehen nicht erkannter rechtlicher Verwurzelung

Wenn wir Rechtsüberlieferung weit verstehen als die Summe all dessen, was an Rechtsregeln aus der Vergangenheit auf uns gekommen ist, wird damit nicht die ganze Realität erfasst: Neben den hier als Rechtsquellen bezeichneten Informationen über frühere Rechtszustände besteht eine Rechtsüberlieferung anderer Art, die zu allen Zeiten sich durchsetzte und heute genau wie früher ihre Macht entfaltet: Die uns beherrschenden Denkmuster und elementaren Wert- und Normvorstellungen, die infolge ihrer Selbstverständlichkeit unbewusst bleiben, ausserhalb jeder landläufigen Überlegung und Diskussion stehen, deshalb aber nicht weniger unsere Welt des Rechts bestimmen. Es handelt sich um Vorgänge, die zwar im Bereich rationaler Überlegungen ablaufen, sich jedoch dadurch auszeichnen, dass sie auf Prämissen beruhen, die nicht reflektiert werden. Jegliche auf bestimmte Fragen und Probleme ausgerichtete Denkarbeit lässt ohne weiteres und ohne Überlegung alles Selbstverständliche ausser Betracht und setzt erst dort ein, wo die Ungewissheit beginnt. So beruht Denken auf weiten Strecken auf einer Sprache, die indessen nicht *ad hoc* erfunden oder erlernt wird; ihr Gebrauch erfolgt automatisch und ohne dass der Denkende sich des Rückgriffs auf die Sprache überhaupt bewusst würde. Derselbe Vorgang spielt sich auch bei rechtlichen Überlegungen ab. Die dabei hinzukommenden Besonderheiten liegen im technischen Vokabular, mit dem die beim Überlegen verwendete Sprache angereichert ist⁹⁸ und darüber hinaus wohl auch noch in rechtlich-inhaltlichen Komponenten, die als selbstverständliche und keiner Reflexion bedürftige Daten unbemerkt in die Überlegungen einfließen und diese beeinflussen. Wenn früher bereits festgestellt wurde, dass das Gesetzesverständnis des kontinentalen Juristen auf Wurzeln zurückgeht, die ihm nicht bewusst sind (dazu der Hinweis auf den Einfluss der biblischen Überlieferungen oben Ziffer IV 4 lit. d), ist hier festzustellen, dass in ähnlichem Sinn auch überkommene rechtinhaltliche Elemente uns unbemerkt beeinflussen.

Die in genanntem Sinn die Überlegungen der Juristenschaft begleitenden und damit Recht und Rechtsanwendung beeinflussenden Vorstellungen wurzeln in der jüngeren oder aber auch sehr weit zurückliegenden Vergangenheit und bilden damit ihrerseits einen Bestandteil der Rechtsüberlieferung. In dieser Erscheinungsform ist die Rechtsüberlieferung sogar stärker und durchschlagender als sie je im übrigen sein kann: Der Macht des Unbewussten

⁹⁸ Technische Termini wie Eigentum, Vertrag, Verfügung, Obligation, Forderung, Pfand, Akzessorietät und hundert andere verkörpern einen mehr oder weniger präzise umschriebenen Gehalt, der nicht bloss formale, sondern auch rechtinhaltliche Elemente aufweist. Dazu gehört etwa bei den beiden erstgenannten Begriffen die Vorstellung, dass ein Eigentumsrecht einer Person an einer bestimmten Sache nur entweder gegeben sein könne oder nicht, ebenso ein Vertrag (oder eine Verfügung) nur entweder gültig oder ungültig sein könne usw. (was beides unten in Ziffer VIII 7 in Frage gestellt wird).

kann man sich nicht entziehen und folgt daher den unbewusst wirkenden Regeln gehorsamer als ein Sklave, während auf der Ebene der reflektierbaren Überlieferung die Entscheidung jedermann frei steht, ob er sich auf deren Berücksichtigung einlassen will oder nicht.

Die hier beschriebene unbewusste und unerkannte Befolgung überlieferter Regeln ist nicht immer von Gutem. Das Phänomen ist bisher kaum untersucht worden und lässt sich auch nicht leicht untersuchen, da der Untersuchungsgegenstand durch dessen Untersuchung auf die Ebene der Bewusstheit gehoben wird und sich damit in Nichts auflöst. Veranschaulichung liefert Rechtsvergleichung: Wer die zwischen dem Civil Law und dem Common Law bestehenden Unterschiede betrachtet, wird dann, wenn er zu wirklich Grundsätzlichem vorstösst, in Bereiche geraten, die in beiden Rechtskreisen als so naturgegeben-selbstverständlich betrachtet werden, dass sie unter der Schwelle bewussten Erkennens liegen und daher besonders schwer zu fassen sind.

Die hier postulierte Beschäftigung mit der Rechtsüberlieferung hat neben anderem auch das Ziel, das aus der Vergangenheit unbewusst mitgeschleppte und uns determinierende Rechtsmaterial in das Bewusstsein der Wissenschaftsgemeinschaft zu heben und damit der Kritik zugänglich zu machen: Zurückdrängen der unbewusst wirkenden und unsere Freiheit einschränkenden zu Gunsten der uns Freiheit verschaffenden Überlieferung. Einige Beispiele gebotener Befreiung unten Ziffer VIII 7 und 8.

4. Argumente für die Identifizierung von Recht und Rechtsüberlieferung

a) Reanimation der Rechtsüberlieferung als Rückkehr zur Normalität

Die Zulassung und Anerkennung der Rechtsüberlieferung als Rechtsquelle bedeutet nichts anderes als die Rückkehr zu jenem Zustand, den wir in allen früheren Kodifikationen antreffen und der bei Überblicken der Jahrtausende als Normalzustand erscheint: Gesetzgebung schafft neues Recht, dies durch Erlass neuer oder Beseitigung bzw. Änderung bisheriger Regeln, während in den nicht vom Gesetzeserlass betroffenen Bereichen bisheriges Recht (mit all seinen ihm anhaftenden Mehrdeutigkeiten und Ungewissheiten) unverändert in Geltung bleibt.

b) Rückgriff auf die Rechtsüberlieferung als Wiedererlangung verlorener juristischer Erfahrung

Seit Bestehen der modernen Kodifikationen wird das Privatrecht in Bezug zu den Nationalstaaten gesetzt und der Blick des Juristen röhrenförmig eingeschränkt auf den jeweiligen nationalen Bereich, während der nicht nationalisierte Rest der Vergessenheit anheim fällt. Diese Verengung der Sicht konnte nicht ohne Verarmung abgehen: Verlust an Argumenten und an Wissen um

Lösungsmöglichkeiten, damit aber auch Verlust von Vergleichsmöglichkeiten und damit Erschwerung kritischer Betrachtung gesetzlicher Lösungen.

Der Rückgriff auf die eigene rechtliche Vergangenheit bringt auf der einen Seite den in Vergessenheit geratenen juristischen Erfahrungsschatz der Vergangenheit zurück in die wissenschaftliche Diskussion (dazu Beispiele Ziffer VIII), lädt aber auch ein zum Blick ins heutige Ausland, muss doch die Frage Interesse erwecken, welche Entwicklungen ausgehend vom gleichen Rechtsüberlieferungsfundus sich andernorts eingestellt haben. Damit wird rechtsvergleichende Betrachtung angeregt, und dies mit all den Vorteilen, die man dieser Disziplin seit je zugesteht, aber erweitert um jene Einsichten, die nur durch Einbezug der historischen Dimension sich erschliessen können (dazu auch unten Ziffer VII 7).

c) Einbezug der Rechtsüberlieferung als Schritt zu überstaatlicher Rechtsbetrachtung

Der bisherige Ausschluss der Rechtsüberlieferung aus der Betrachtung des geltenden Rechts ist die Folge der Gesetzgebungsbewegung, die im gleichen Akt auch Nationalisierung des Rechts bedeutet (dazu oben Ziffer IV 3). Rückgriff auf die Rechtsüberlieferung, der Beschränkung auf einen nationalen Bereich von Natur aus fremd ist, leistet einen Beitrag zur Überwindung dieser Haltung und lädt ein zum Ausbruch aus dem selbstgebastelten intellektuellen Käfig einzelstaatlicher Rechtsbetrachtung. Die Einbettung des geltenden Rechts in dessen Überlieferung stellt einen Akt der Entnationalisierung des Rechtsverständnisses dar. Wenn man mit der Formel der "Globalisierung des Rechts"⁹⁹ ernst machen will, bedarf eine dahingehende Forderung keiner weiteren Begründung.

In einer Zeit der Internationalisierung aller Lebensverhältnisse sind Verständnis und minimale Kenntnisse ausländischer rechtlicher Verhältnisse immer weniger zu entbehren. Die sich täglich intensivierende grenzüberschreitende wirtschaftliche Zusammenarbeit ist nicht möglich ohne rechtliches Rahmenwerk. Dieses ist von Juristen unterschiedlicher Herkunft zu entwickeln, deren sinnvolle Zusammenarbeit aber ohne gegenseitiges Verstehen des juristischen Hintergrundes der Gesprächspartner nur schwer denkbar ist.

Im Raume Europas ist nicht nur übernationaler Zusammenschluss, sondern auch Rechtsvereinheitlichung angesagt. Rückbesinnung auf Rechtsüberlieferung ist der einzige Weg, um zu einer überstaatlichen Rechtsvereinheitlichung zu gelangen, dies wenigstens, wenn wir an das Grundsätzliche und das umfassende Regeln gesamter Rechtsbereiche, wie das Schuldrecht, Sachenrecht usw. denken. Von den heutigen nationalen grossen Kodifikationen,

⁹⁹ "Wege zur Globalisierung des Rechts" lautet der Titel der soeben herausgekommenen Festschrift für ROLF A. SCHÜTZE (Hg. Reinhold Geimer), 1999.

welche diese Bereiche abdecken, ist jede auf ihre Weise das Produkt der gemeineuropäischen Privatrechtswissenschaft. Übernationale neue Gesetzgebung, welche der Rechtsüberlieferung aller Beteiligten einigermassen gerecht wird und konsensfähig ist, kann nur entstehen auf der Grundlage einer erneuerten gemeinrechtlichen Wissenschaft, welche in erster Linie auf das Erkennen der Gemeinsamkeiten ausgerichtet ist. Die heute bestehenden nationalen Partikularismen müssen auf höherer Warte juristischer Zweckmässigkeitsüberlegungen und unter Berücksichtigung traditioneller Gemeinschaftlichkeiten wissenschaftlich aufgearbeitet werden, soll die Schaffung neuen Rechts den Niederungen nationalistisch-politischen Feilschens entzogen werden.

d) Das Argument der Empirie

Die modernen Naturwissenschaften sind ungefähr gleich alt wie die Kodifikationen und die sie vorbereitenden Lehrmeinungen. Sie haben in den seither verflossenen Jahrhunderten einen unerhörten und von niemandem vorausgesehenen Aufschwung in höchste, in mancher Hinsicht schwindelerregende Höhen genommen, und weiterer Fortschritt ist vorauszusehen. Im Bereich des Privatrechts sind materielle Anpassungen an neue Verhältnisse gefordert und werden auch vollzogen; derartige Veränderungen als Fortschritt zu bezeichnen ist nicht angezeigt. Das Niveau wissenschaftlicher Argumentation einerseits, Professionalität der Rechtsanwendung durch Anwaltschaft und Gerichte andererseits ist von Region zu Region und von Jahrhundert zu Jahrhundert Schwankungen unterworfen. Das Abenteuer, unseren gegenwärtigen Stand zu bestimmen, soll nicht unternommen werden.

Seit der Neuzeit sind alle Naturwissenschaften Erfahrungswissenschaften. Empirie hat früheres autoritätsgläubig-apriorisches Denken abgelöst, und erst die methodische Neuausrichtung auf systematisierte Naturbeobachtung und Experimente hat den Aufschwung dieser Disziplinen möglich gemacht. Wir Juristen können einen derartigen Schritt nicht nachvollziehen, so wenig wir auf Fortschritt, der sich mit jenem der Naturwissenschaften vergleichen liesse, hoffen dürfen. Aber deren methodische Orientierung sollte uns zu Überlegungen anregen, deren Ergebnis nur die Einsicht sein kann, dass auch wir Juristen aus Erfahrung lernen müssen, wo relevante Erfahrungen vorhanden sind. Dass auch die Rechtswissenschaft eine Erfahrungswissenschaft ist, wird daraus ersichtlich, dass in der professionellen Ausbildung die persönliche praktische Erfahrung eine grundlegende Rolle spielt, welche durch theoretische Belehrung nur teilweise zu ersetzen ist. Die heute mit Grund nach dem Vorbild der Naturwissenschaften geforderte Empirie bedeutet in unserem Fach das Zurückgreifen auf das in der Rechtsgeschichte akkumulierte "Kapital an Information und Erfahrung"¹⁰⁰.

¹⁰⁰ MAYER-MALY, Die Wiederkehr von Rechtsfiguren, Juristenzeitung (JZ), 1971, 1 ff., 3.

Was gehört zu den für uns bedeutsamen Erfahrungen? Zuerst sicherlich Wissen um früher gegebene Antworten auf heute sich stellende juristische Sachfragen. Je grundsätzlicher ein Problem, um so eher ist zu vermuten, dass es bereits früher aufgetaucht ist und eine Antwort (oder sogar mehrere) gefunden hat. Diese Antworten bei der eigenen Suche nicht zu kennen ist ein Luxus, den der Jurist sich nicht leisten sollte. Eine noch wichtigere Erfahrung wäre es, zu wissen, welche praktischen Erfahrungen mit den damals verwirklichten Lösungen gemacht wurden. Weder im Rahmen wissenschaftlicher Untersuchungen noch der Gesetzgebung ist das Durchführen von Experimenten möglich. Um so eher sollte versucht werden, aus jenen Experimenten zu lernen, welche frühere Generationen mit ihren rechtlichen Unternehmungen für uns angestellt haben und deren Ergebnisse sich aus der Retrospektive erkennen lassen.

e) Vermeidung des Neuentdeckens von altem Wissen

In den Naturwissenschaften wird das Bestreben erneuter Entdeckung des Rades belächelt, und jeder Forscher, bevor er zu eigenen Untersuchungen ansetzt, macht sich kundig über bisherige Untersuchungen. Davon ist die Juristenschaft weit entfernt. Wer bei uns ein Thema anzugehen im Begriffe ist (z. B. eine Dissertation oder eine andere monographische Abhandlung verfassen will), fragt zwar zu Beginn wohl nach "dem Stand der Wissenschaft". Darunter versteht er aber bloss die zeitgenössische Literatur. Er versucht, über diese einen Überblick zu gewinnen, und die grösste Sorge geht dahin, von einem erst kürzlich erschienenen Werk keine rechtzeitige Kenntnis zu erhalten. Der Tatsache, dass vielleicht bereits vor Jahrhunderten, wenn nicht vor zwei Jahrtausenden über dieselbe Frage nachgedacht worden ist, erweckt nur selten Neugier, niemals Sorge, und niemand befürchtet, Überlegungen anzustellen, die schon andere unternommen haben, nach Einsichten zu suchen, die bereits vor Urzeiten und seither immer wieder gewonnen wurden. Gewiss lohnt sich der Rückblick nicht in allen Problembereichen, aber wohl dort, wo es um seit langem, wenn nicht seit den Anfängen unserer Disziplin immer wieder gewälzte Grundsatzfragen und Strukturprobleme geht. Bei Fragen, die sich zu allen Zeiten stellen können, besteht *violenta praesumptio*, dass von früher her nicht bloss eine, sondern sogar mehrere Antworten überliefert sind, oft genug getragen von so guten Argumenten, die zu finden heute nur wenigen Auserwählten möglich ist.

Für das Gesagte soll zur Illustration wenigstens ein Beispiel angeführt werden: Die Figur der *faktischen Vertragsverhältnisse* und deren Behandlung in der deutschsprachigen Doktrin¹⁰¹. Ausgangspunkt der Diskussion ist die Prägung

¹⁰¹ Weiteres bei BUCHER zu Lambrecht (Fn. 94), der die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen als "gesetzwidrig" bezeichnet. Der in der nächsten Fussnote genannte grundlegende Aufsatz von CANNATA, auf den sich das Folgende bezieht, ist weder LAMBRECHT noch den von ihm zitierten Autoren bekannt; keiner von ihnen stellt eine Beziehung zu den Quasi-Kontrakten Roms her.

dieses Terminus im Jahre 1941 durch GÜNTER HAUPT in dessen Antrittsvorlesung in Leipzig. Nach dem Krieg hat diese Figur lebhaftere Kontroversen und erheblichen doktrinen Tintenfluss ausgelöst; nach anfänglich verbreiteter Akzeptanz scheint derzeit die Stimmung überwiegend negativ zu sein. Unklar bleibt bei der ganzen Diskussion, ob man vom Terminus oder der Sache spricht; verfehlt ist bereits die Ausrichtung der Betrachtung auf die "Figur der faktischen Vertragsverhältnisse" an sich, während richtigerweise bloss konkrete einzelne Anwendungsfälle Thema sein können. Das Bild wird verändert, wenn man einen Aufsatz mit dem Titel "Das faktische Vertragsverhältnis oder die ewige Wiederkehr des Gleichen" lesen kann, in dem ein Rechtshistoriker uns zeigt, dass die bei uns unter der Flagge des faktischen Vertragsverhältnisses segelnde Problematik bereits von den römischen Quellen behandelt wird¹⁰². Die Kategorie der Quasikontrakte (*obligationes quasi ex contractu*) wird nicht als ein eigenständiger Entstehungsmechanismus von Obligationen verstanden, sondern eine aus Systematisierungsbedürfnis heraus geschaffene Sammelbezeichnung für Obligationen, "die aus etwas entstehen, das einem Vertrag ähnlich ist", die ihrerseits nur kasuell und nicht als genereller Typus anerkannt wurden. Die von HAUPT geschaffene und vom wissenschaftlichen Publikum als dessen Erfindung betrachtete Rechtsfigur besteht in den wesentlichen Elementen seit der Antike, ja sogar der Terminus "faktische Vertragsverhältnisse" hat eine Vorgeschichte von mehreren Jahrhunderten¹⁰³; und die jetzt einige Jahrzehnte alte Kontroverse, ob es dieses Kind geben dürfe oder nicht, ist nicht erhellend, sondern höchstens erheiternd. Aus dem römischen Vorlauf lernen wir vor allem, dass die Figur als solche nicht zur Debatte stehen soll, sondern nur konkrete Erscheinungsformen. Einzelne sind längst Bestandteil der modernen Gesetzgebung (Geschäftsführung ohne Auftrag; sodann etwa BGB § 557, d. h. Zinszahlungspflicht bei Nichtrückgabe der Mietsache nach Vertragsablauf)¹⁰⁴. Ob ausserhalb des Gesetzes diese Figur Anwendung finden sollte, kann nur fallweise diskutiert werden; eine Reihe

¹⁰² CARLO AUGUSTO CANNATA, Das faktische Vertragsverhältnis oder die ewige Wiederkehr des Gleichen, in: *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Rom Pontificia Universitas Lateranensis, LIII – 1987, 297 ff.

¹⁰³ VOET (1647-1713) schreibt in seinem Pandektenkommentar in § 5 zu Dig. 44, 7 (am Anfang): *Quasi contractus sunt praesumptae conventiones, ex quibus mediante facto (!) valida nascitur obligatio* (etwa: Quasi-Kontrakte stellen von Gesetzes wegen präsumierte Vereinbarungen dar, aus welchen durch Fakten eine gültige Obligatio entsteht.) Ähnlich bereits ARNOLD VINNIUS (1588-1657) in seinem Institutionen-Kommentar, Buch III Titel 28 im ersten Commentarius, § 5 gegen Ende. Hinweise auf beide Zitate bei CANNATA (Fn. 101) 306. VOET fährt präzisierend fort, dass bei Quasi-Kontrakten eine *conventio* nicht vorhanden sei und Konsens nicht vorausgesetzt werden dürfe, sondern die *obligatio* eher aus *re ipsa, facto, gestione* (aus der Sache selbst, aus Fakten oder Geschäftsführung) entstehen würde, weshalb in den meisten Fällen auch Unmündige oder Geisteszerrückte sich verpflichten könnten.

¹⁰⁴ In der schweizerischen Judikatur ist das Argument der faktischen Vertragsverhältnisse fest verankert mindestens seit *Bundesgericht*, 5.9.1984, Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (BGE) 110 (1984) II 246 f., 249 ("situation contractuelle de fait"; Zahlungspflicht für erfolgte jahrelange Benützung eines Personenwagens gestützt auf nichtigen "Leasing-Vertrag"). Zum Ganzen auch EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 1988, § 16.

von Anwendungsbeispielen sind kaum kontrovers (Verzicht auf *ex tunc*-Rückabwicklung von Dauerschuld- oder Gesellschaftsverhältnissen, vertragsloser Wasser- oder Elektrizitätsbezug, "Verträge" von Minderjährigen über *necessaries*, wozu bereits VOET) usw.¹⁰⁵

f) Historischer Rückblick als Ansporn zu pragmatischer Rechtsbetrachtung

Der Blick in die Vergangenheit wird oft nicht ein eindeutiges Argument für eine bestimmte Lösung zu Tage fördern, sondern verschiedene Entscheidvarianten anbieten, oder es kann die aus der Geschichte geschöpfte Lösungsmöglichkeit in Konkurrenz treten mit einer solchen resultierend aus ahistorischen Überlegungen. Die Verfügbarkeit verschiedener Lösungen zwingt zur Bewertung jeder einzelnen und deren gegenseitigem Abwägen. Die durch Rückgriff auf die Rechtsüberlieferung oft herbeigeführte Pluralität der Entscheidungsmöglichkeiten stellt einen wichtigen Vorteil dar, denn der daraus folgende Zwang des Abwägens ist Ansporn wertend-sachbezogener Problembetrachtung, die vor schematisch-wertblindem Vorgehen schützt. Es ist die Rechtsüberlieferung, welche den Einbezug von nicht-normativen pragmatischen Zweckmässigkeitsüberlegungen notwendig macht und damit auch rechtfertigt.

Für die Behauptung, dass Auseinandersetzung mit der Vergangenheit zu wertend-pragmatischer Betrachtung führt, lässt sich Illustration aus der Geschichte holen. Die Veränderung der Sicht, wie sie im 19. Jahrhundert gegenüber dem bestehenden naturrechtlichen Modell (Allgemeines Landrecht, französischer Code civil und Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch) durch die historische Rechtsschule inspiriert wurde, hat die historische Dimension in den Vordergrund gerückt. Die praktisch wichtigste Auswirkung dieser Neuorientierung war aber nicht die (von SAVIGNY und seinen Gefolgsleuten

¹⁰⁵ Die Liste liesse sich verlängern. Wiederentdeckung alter Einsichten findet sich beispielsweise auch in JHERINGS Lehre von der *culpa in contrahendo* (*c. i. c.*). Das hervortretendste sachliche Anliegen seines berühmten Aufsatzes über culpa in contrahendo (JHERINGS Jahrbücher, Band 4, 1861, S. 1 ff.) geht dahin, mit der Figur der *c. i. c.* eine Schadenersatzpflicht des Vertragspartners zu begründen, der einen Vertrag wegen seines Irrtums nicht gelten lassen will und seinen Irrtum der eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben hat. Dieses Postulat ist lange vor ihm von vielen literarisch vertreten worden: GROTIUS (Fn. 58) II 11 § VI 3: "Quod si promissor negligens fuit in re exploranda, aut in sensu suo exprimendo, et damnum inde alter passus sit, tenebitur id resarcire promissor, non ex vi promissionis, sed ex damno per culpam dato"; in der Übersetzung von JEAN BARBEYRAC: "Que s'il y a eu, de la part du Promettant, de la négligence à s'informer de la chose, ou à exprimer la pensée; et celui, à qui il a promis, en ait reçu du dommage: le Promettant doit le réparer, non en vertu de la Promesse, mais en vertu de la maxime qui veut qu'on répare le dommage qu'on a causé par sa faute ..."; ähnlich auch PUFENDORF (Fn. 58) III cap. 6 § VI letzter Absatz. Hier zu nennen ist schliesslich ROBERT-JOSÈPH POTHIER (1699-1772), der im *Traité des Obligations* (erste Auflage ca. 1761), Rn. 19 ein Beispiel von Schadenersatzpflicht des Irrenden anführt. – Im Allgemeinen Landrecht (I, 4 § 79) war die von JHERING geforderte Regel seit langem geltendes Recht: "Ist jedoch derselbe [sc. der Erklärende] durch eigenes grobes oder mässiges Versehen in den Irrthum geraten, ... so ist der Erklärende zum Ersatz des durch seine Schuld entstandenen Schadens verpflichtet." (Allgemeines Landrecht I, 4 § 79).

geforderte) vergangenheitsinspirierte Ausgestaltung des materiellen Rechts, als vielmehr eine sachbezogen-abwägende Haltung der Gesetzgeber (am meisten jene von BLUNTSCHLI, dem Vater des zürcherischen PGB): Der historische Ansatzpunkt ist Anlass vergleichend-abwägender sachlogischer Betrachtung, das historische Argument oft nicht mehr als Rechtfertigung pragmatisch gefundener gesetzgeberischer Entscheidungen.

g) Festzuhalten: Keine Berufung auf evolutive Kontinuität

Von Vorkämpfern der Berücksichtigung der Vergangenheit mag behauptet werden, der Einbezug der historischen Retrospektive in die Rechtsbetrachtung sei deshalb gefordert, weil eine ungebrochene Kontinuität der rechtlichen Entwicklung bestehe und aus diesem Grund das Heute nicht ohne das Gestern verstanden werden könne¹⁰⁶. Es mag der Verdeutlichung der hier vertretenen Auffassung die Feststellung dienen, dass keineswegs eine ungebrochene Fortentwicklung des Rechts behauptet wird. Viel eher wird in vorliegendem Diskontinuität angenommen, dies als Folge des Erlasses der modernen Kodifikationen mit deren Verweigerung der Bezugnahme auf die Vergangenheit. Hier wird eine restaurative Absicht verfolgt, welche die in früheren Jahrhunderten selbstverständliche Rückkoppelung des geltenden Rechts an die Vergangenheit wenigstens in Bereichen schweigender Gesetzgebung erneut herstellen will. Der Blick in die Vergangenheit wird postuliert, nicht weil eine Kontinuität des Privatrechts angenommen wird, sondern vielmehr in der Hoffnung, eine Kontinuität früherer Rechtsüberlieferung unter der Herrschaft der Kodifikationen wieder herzustellen.

VII. Die vom Begriff Rechtsüberlieferung erfassten Quellen

1. Juristische Doktrin als erstrangige supplementäre Rechtsquelle

a) Grundsatz

Menschliches Wissen und Denken, die Beurteilung der Gegenwart wie die Planung der Zukunft haben ihre Grundlage allein in Erfahrungen der Vergangenheit. Wissenschaftliche Äusserungen werten bisherige Erfahrungen mit der bearbeiteten Rechtsordnung aus. Die Verweisung auf "Rechtsüberlieferung" ist daher in erster Linie Verweisung auf die Summe der überlieferten

¹⁰⁶ Verbreitetes Vorkommen dieses Arguments nimmt etwa Mayer-Maly an. MAYER-MALY, JZ 1971, 2 sagt im übrigen mit gutem Grund: "Der Rechtsgeschichte fehlt selbst jene bescheidene evolutive Gradlinigkeit, die man in der Natur aufspüren kann." Das erneute Auftauchen altbekannter Rechtsfiguren führt er zu recht auf die Beschränktheit des Vorrats der dem Gesetzgeber zur Auswahl stehenden Lösungen zurück, ein Vorrat, "der nur selten um ein wirklich neues Stück vermehrt wird." (4 *in fine*).

wissenschaftlichen Stellungnahmen, d. h. auf das, was man Lehre oder Doktrin nennt.

Die Doktrin ist als supplementäre Rechtsquelle an erster Stelle zu nennen. Denn Wissenschaft ist in der abendländischen Tradition nicht bloss Rechtserkenntnisquelle, sondern ebenso Rechtsentstehungsquelle: Über die Jahrhunderte hinweg sind auf dem europäischen Kontinent die entscheidenden Fortschritte nicht von Brauchtum (Gewohnheitsrecht im weiteren Sinne) und Gesetzgebung, sondern von der Wissenschaft ausgegangen. Im alten Rom gab es zwar in der Frühzeit das Zwölftafelgesetz und in der Spätzeit Erlasse der Kaiser, aber das auf uns gekommene Recht ist zur Hauptsache das Produkt der Rechtswissenschaft, die über Erstattung von Gutachten und lehrhafte literarische Werke den Rechtsgang und das von den Prätores geschaffene Recht inspiriert hatte. In der Rezeptionszeit setzt sich der Einfluss der Wissenschaft auf die Herausbildung des Rechts fort: Einerseits entsprach deren Autorität der Tradition der römischen Überlieferung, die in universitärer Unterrichtung "Wissenschaftsgeltung" erlangt: Das Verlangen nach einem Gebäude entwickelter privatrechtlicher Regeln führte zu den römischen Quellen zurück, die allein Gegenstand des universitären Unterrichts sein konnten, während das von den Gerichten angewendete und in diesem Sinne geltende Recht unzureichend dokumentiert war und an Universitäten kaum gelehrt und gelernt werden konnte. Zwar hat es nie an Versuchen gefehlt, seit der Neubelebung der römischen Quellen diesen eine in heutigem Sinne positivrechtliche Geltung zu verschaffen¹⁰⁷. Derartige Theorien projizieren die heute der positiven Gesetzesgeltung zuerkannte Bedeutung in die Vergangenheit. Sie werden falsifiziert durch die Tatsache, dass die römische Überlieferung ausserhalb des deutschen Reiches kaum weniger Einfluss hatte als innerhalb desselben (so im Süden Italiens, dann in Spanien, im Ungarnreich usw.). Selbst in Frankreich, wo das römische Recht gewissermassen "Negativgeltung" besass, war der privatrechtliche (vor allem obligationenrechtliche) Einfluss nicht geringer als anderswo¹⁰⁸; in einer Zeit wiedererstehenden Wohlstandes

¹⁰⁷ Eine derartige Geltung konnte im Gebiet des Reiches insofern angenommen werden, als Karl der Grosse sein Reich in der Nachfolge des römischen Reiches sah und sich den Titel Caesar / Kaiser gegeben hatte, was nach der Theorie der *translatio imperii* (Fortsetzung des römischen Reiches durch das griechische Ostrom und schliesslich das fränkische Karolingerreich und das deutsche Reich) echte Kontinuität bedeutete (die im heutigen Verständnis der Gesetzesgeltung allerdings ohne Bedeutung ist). Positivistische Tendenz hatte auch die (später falsifizierte) "Lotharische Legende", wonach Kaiser Lothar II um 1135 nach Entdeckung der Digestenhandschrift das römische Recht durch Gesetz zum Reichsrecht erhoben habe.

¹⁰⁸ In Frankreich bestand offiziell eine Abwehrhaltung gegenüber dem römischen Recht als Repräsentanten des Reichs, die zum Verbot der Unterrichtung der römischen Quellen an der Sorbonne führte, früh eine Abkehr von der lateinischen Sprache im offiziellen Gebrauch (1539 *die Ordonnance de Villiers-Cotterêts*) bewirkte usw. All dies konnte nicht den Einfluss des römischen Rechts hindern, der mit dem schönen Wortspiel gerechtfertigt wurde, dass das römische Recht hier nicht wie andernorts *ratione auctoritatis* gelte, sondern vielmehr *auctoritate rationis*: Geltung kraft der dem römischen Recht innewohnenden Vernunft, nicht kraft verliehener gesetzlicher Autorität. Aber dies gilt ebenso ausserhalb Frankreichs.

und Handelsverkehrs waren die römischen Rechtstexte die einzig vorhandenen; der Reichtum deren Gehalts (wie er von unserer heutigen Literatur auch nicht entfernt erreicht wird), übte eine heute kaum noch vorstellbare intellektuelle Anziehungskraft aus¹⁰⁹.

b) Was ist die hier massgebliche Doktrin?

Grundsätzlich muss jegliche juristische Literatur, die im echten und engeren Sinne wissenschaftlich ist, als Erkenntnisquelle der Rechtsüberlieferung aufgefasst werden. Selbst die allein auf das geltende Recht bezogene, sich als ahistorisch verstehende Doktrin wertet, oft auch unbewusst, aus der vorkodifikatorischen Vergangenheit überlieferte rechtliche Einsichten aus und muss daher ihrerseits als Bestandteil der Rechtsüberlieferung betrachtet werden. Von der heutigen Methodenlehre wird die als modernrechtlich etikettierte Literatur bei der sogenannten Lückenfüllung durchwegs in der einen oder anderen Form als zu berücksichtigende Entscheidungshilfe installiert, und die Anerkennung der Rechtsüberlieferung als subsidiäre Rechtsquelle rechtfertigt diesen Standpunkt. Angesichts der Geschichtsbedingtheit des geltenden Rechts ist eine scharfe Trennung zwischen historischer und auf das geltende Recht bezogener Literatur weder möglich noch sinnvoll. Im hier Vorgetragenen ist neu allein die Forderung, es sei in die rechtliche Gegenwart die rechtliche Vergangenheit einzubringen, d. h. zusätzlich zur modernrechtlichen Literatur auch jene Lehre zu berücksichtigen, welche aus der Vergangenheit stammt oder sich von heute aus der Vergangenheit zuwendet.

Die die Rechtsüberlieferung verkörpernde Literatur stellt nach rückwärts in jenem Zeitrahmen eine Rechtsquelle dar, als ein Traditionszusammenhang mit den heute zu bearbeitenden Rechtsfragen angenommen werden kann. Räumlich ist nur in die Betrachtung einzubeziehen, was einer Rechtstradition zugerechnet werden kann, an der das zu bearbeitende Recht teilhat (dazu noch unten Ziffer 7).

c) Doppelaspekt der Doktrin: Aussagen rechtsschöpferischer wie auch normerklärender Art

Die primäre Aufgabe der Rechtswissenschaft ist die Ermittlung des Rechts. Sie beginnt *per definitionem* dort, wo der Aussagegehalt der vorgegebenen Quellen (insbesondere der gesetzlichen Erlasse) zu einem Ende kommt und

¹⁰⁹ Die Neubelebung des Interesses für die juristischen Texte der römischen Antike war nicht die Folge der am Ende des Mittelalters stattfindenden Hinwendung zur Antike. Die passionierte Auseinandersetzung mit den römischen Quellen begann mehr als ein Jahrhundert vor der Renaissance und der Neubelebung der Antike in den schönen Künsten, Architektur und Literatur; die *Glossa ordinaria* des Accursius erschien fünfzehn Jahre vor der Geburt Dantes (1265-1321). Die Hinwendung der Privatrechtswissenschaft zu den römischen Quellen ist nicht die Folge, sondern Vorläufer, wenn nicht Mitursache der sich damals anbahnenden Säkularisierung und Rückwendung zur Antike.

ein normloser, rechtsleerer Raum besteht. Machen wir mit dieser These ernst, stellt wissenschaftliche Doktrin eine Rechtsentstehungsquelle dar. Aber selbst wenn wir daran festhalten, dass in durchkodifiziertem Rechtszustand Auslegung der Gesetze im eigentlichen Wortsinn, d. h. die Beschreibung einer gegebenen (eindeutigen) Rechtslage nicht Aufgabe der Wissenschaft sei¹¹⁰, würde es eine realitätswidrige Übertreibung darstellen, die Doktrin allein auf Rechtsschöpfung zu beschränken und jede Rechtsbeschreibung aus der Wissenschaft auszuschliessen. Der Bereich nicht normierten Rechts kann nur in Auseinandersetzung mit den bestehenden Normen überhaupt festgestellt werden, wie auch die Regeln, die zur Normierung der offenen Rechtsbereiche vorgeschlagen werden, nicht auf diese beschränkt bleiben dürfen, vielmehr in den rechtlichen Gesamtzusammenhang gestellt werden müssen. Wissenschaftliche Texte sind zwangsläufig ein Gemisch von Aussagen *de lege lata* und Argumenten *de lege ferenda*.

Die Doppelnatur der Wissenschaft als Erkenntnis- und Entstehungsquelle des Rechts ist hier herauszustellen, weil sie wiederum die Rechtsüberlieferung charakterisiert, deren wichtigstes Element die Wissenschaft darstellt. Die hier als supplementäre Rechtsquelle vorgeschlagene Rechtsüberlieferung hat ihrerseits teil am rechtspolitisch-rechtsschöpferischen *de lege ferenda*-Charakter der Wissenschaft. In einem formellen Sinne scheint dieser Sachverhalt unzulässig, denn Rechtsquelle kann, so möchte man meinen, nur bestehendes Recht, *lex lata*, nicht aber postuliertes Recht sein. Ein derartiges Verständnis der Tradition wäre zu eng. Wenn unser Recht als wissenschaftsgeboren erkannt wird, bedeutet dies, dass die Vorläufigkeit des bisher Erkannten und normativ Bestehenden ihrerseits Bestandteil der Rechtsüberlieferung bildet, und ebenso das Suchen nach Ergänzung und das dauernde Überprüfen des Gegenwärtigen. Im Falle des Schweigens des positiven Rechts muss die Suche nach den lückenfüllenden Regeln nicht bloss das in der Vergangenheit etablierte Recht berücksichtigen, sondern ebenso sehr die Normpostulate, Thesen und Argumente, wie sie in früheren Epochen kontrovers vorgetragen wurden.

Die Entscheidung, als Rechtsquelle auch Doktrin anzuerkennen, welche nicht geltendes, sondern postuliertes Recht darstellt, bedeutet, wenn zu ende gedacht, den Verzicht auf das Requisite der Richtigkeit oder Wahrheit der benutzten Quellen. Wenn man fordern würde, dass nur früher einmal in Geltung gestanden habende Regeln und Konzepte als Rechtsquelle berücksichtigt werden dürfen, würde dies einen festen Bezugspunkt der Beurteilung von Richtigkeit bzw. Geltung voraussetzen, der nur ausnahmsweise zu finden

¹¹⁰ Dazu noch unten Ziffer IX 1 b und bereits oben Ziffer V 4 d (zur Überdehnung des Begriffs der Auslegung). Hier wird nicht Rechtsschöpfung als alleinige Funktion der Wissenschaft behauptet, wohl aber, dass diese gegenüber der Rechtsdarstellung sehr viel mehr Gewicht habe (und haben darf, haben muss), als dies bisher zugegeben wird. In bisheriger Sprachregelung wird denn auch der (rechtsdarstellenden) Auslegung der Gesetze allzu grosser Raum zugeschrieben, während das meiste, was als Auslegung präsentiert wird, als Rechtsschöpfung zu qualifizieren ist.

sein dürfte. Bei allein auf die persönliche Autorität der Verfasser gestützten wissenschaftlichen Positionen fehlt es meist an Kriterien zur Richtigkeits- und Wahrheitsüberprüfung. Vom Zweck der Auswertung der Rechtsüberlieferung her gesehen ist dies indessen kein Nachteil, da diese zur Hauptsache inspirative Funktion hat: Der Rechtssuchende sucht Anregung und sachlich überzeugende Argumente und Beispiele, um in eigener Verantwortung seine Entscheidungen zu treffen, ohne diese auf fremde Autorität stützen zu wollen¹¹¹. Im Sinne eines Denkmodells könnte man gar dem nie Ereigneten Vorrang vor dem historisch Realen geben, da nur dieses in alle Zukunft hinein trägt. So weit wollen wir nicht gehen, finden aber doch, dass hier Anlass sei, ein Zitat von SCHILLER ("An die Freunde") vorzutragen:

"Alles wiederholt sich nur im Leben,
Ewig jung ist nur die Phantasie;
Was sich nie und nirgends hat begeben,
Das allein veraltet nie!"

d) "Rechtsüberlieferung" umfasst auch bereits bisher berücksichtigte Elemente

Die hier als umfassend verstandene Vorstellung der Rechtsüberlieferung schliesst etliche Argumentationsweisen ein, die auch in der traditionellen Auslegungs- und Methodenlehre geläufig sind. Vergleiche dazu die Hinweise oben Ziffer V 4 c auf Rechtsvergleichung, Rechtsgeschichte, geplante Gesetzesrevisionen, Natur der Sache, allgemeine Rechtsgrundsätze und Rechtssprichwörter. Derartige Gesichtspunkte können zu gutem Teil als Erscheinungsformen der Rechtsüberlieferung verstanden werden (unten Ziffer VII).

e) Textauswahl

Eine auch bloss fragmentarische Übersicht über jene Autoren zu suchen, die beim Rückgriff auf die Vergangenheit mit Vorteil an erster Stelle zu konsultieren wären, kann nicht unsere Sache sein: Zu gross das Angebot, zu unterschiedlich die Interessen und Bedürfnisse des prospektiven Lesers dieser Zeilen. Zum vornherein muss auch jeder Versuch scheitern, allgemeine Richtlinien des Vorgehens zu entwickeln, hat doch jedes Rechtsproblem seine eigene geschichtliche Verwurzelung, die wenige Dezennien, einige Jahrhunderte, aber auch zwei Jahrtausende zurück reichen kann. Im folgenden daher nur Hinweise allgemeinsten Natur.

¹¹¹ Die Aussage eines namenlosen Autors zu einer Rechtsfrage ist zu ihrem sachlich-argumentativen Wert zu nehmen und hat in diesem Sinn an der Rechtsüberlieferung teil unabhängig davon, ob diese Meinung je nennenswerte Verbreitung hatte oder überhaupt von Dritten zur Kenntnis genommen wurde: Nach Wahrheit ist nicht gefragt. Der Spruch des *se non è vero è ben trovato* gilt in diesem Sinne auch in der Rechtsüberlieferungsforschung: Wenn eine Sache gut erfunden ist, wird nach Wahrheit nicht gefragt.

Im Grundsätzlichen muss an die Unterscheidung des progredienten und des retrograden Vorgehens der Vergangenheitsbetrachtung erinnert werden. Diese Alternative gegensätzlichen Vorgehens wird dann unausweichlich, wenn es nicht um das Erfassen eines in bestimmtem Zeitpunkt bestehenden Zustandes geht, sondern eine Entwicklung, ein geschichtlicher Ablauf erfasst werden soll. Dies ist aber der Fall, wenn wir auf "Rechtsüberlieferung", "Tradition" im vorliegenden Verständnis zurückgreifen.

Retrograde Betrachtung wird für viele naheliegen. So mag oft, und am ehesten im Obligationenrecht, der Blick in die Pandektenliteratur des 19. Jahrhunderts auf dem Weg zurück die Richtung weisen¹¹². Heute besteht die Neigung, vom 19. Jahrhundert direkt ins Jahrhundert JUSTINIANS zurückzuspringen, da das Corpus Iuris JUSTINIANS und das durch dieses repräsentierte römische Recht in ähnlich bequemer Form, zugänglich ist wie die Pandektenliteratur. Hier darf daher der Hinweis nicht unterdrückt werden, dass die Literatur der Rezeptionszeit insgesamt umfangreicher, einlässlicher und an Gedankenmodellen reichhaltiger ist als das simplifizierende Schrifttum des 19. Jahrhunderts, daher bei vertiefter Untersuchung nicht beiseite gelassen werden sollte. Die meisten der unser Schuldrecht bestimmenden Konzepte stammen von dort und sind von der Pandektistik nur vermittelt worden. Es besteht Grund, weiter zurück in die Vergangenheit zu blicken, wenn eine erweiternde oder gar kritische Sicht der Dinge gesucht wird.

Nicht selten ist progredientes Vorgehen einladend, dies wenigstens dann, wenn die zu untersuchende Rechtsfigur bestimmten Textstellen oder Instituten des Corpus Iuris JUSTINIANS zugeordnet werden kann, was direkten Zugriff auf die antiken Quellen und die ihnen gewidmete moderne Literatur wie jene der Rezeptionszeit öffnet.

Beispiel einer nur progredient anzugehenden Institution ist der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz. Dieser ist erst in den letzten Jahrzehnten zur heutigen Aktualität erwachsen, nachdem er in den modernen Kodifikationen (mit der Ausnahme des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches und ZGB) nicht aufgenommen wurde und in Deutschland auch heute noch nur auf Basis der Generalklausel vom BGB § 823 bestehen kann. Hier kann der Blick in die Pandektenliteratur nicht helfen, da diese es war, die (aus heute seltsam anmutenden Gründen¹¹³) auf die Herübernahme dieses Instituts glaubte verzichten zu sollen. Hier bieten Dig. 47, 10 ("*De iniuriis et famosis libellis*") nicht

¹¹² Dabei stehen die Pandekten von WINDSCHEID als erster Einstieg im Vordergrund, welche um die Jahrhundertwende die reichhaltigste Verweisung auf ältere Literatur geben (in dieser Hinsicht am besten letzte [9.] Auflage, bearbeitet von THEODOR KIPP, Frankfurt/a. M. 1906; in kodifikationsgeschichtlichen Zusammenhängen ist eventuell Zurückgehen auf ältere Auflagen angezeigt).

¹¹³ Entscheidend war FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts, Band 1, Berlin, 1840, § 53 S. 334-335, der sich als entschiedener Gegner zeigt und etwa darlegt, dass die Anerkennung eines Rechts auf die eigene Person "in consequenter Entwicklung auf die Anerkennung eines Rechts zum Selbstmord führt." (Hintergrund ist das Verständnis des Rechts auf die eigene Person als "dingliches Recht").

bloss selber einen höchst reichhaltigen und anregenden Problemlösungskatalog an, sondern diese Textstelle lässt sich leicht auf ihrem Weg durch die Rezeptionsliteratur verfolgen.

2. Allgemeine Rechtsgrundsätze als Erscheinungsform der Rechtsüberlieferung

Wenn man nach subsidiären Rechtserkenntnisquellen fragt, wird oft auf allgemeine Rechtsgrundsätze verwiesen. Diese sind es auch, welche in einigen Kodifikationen explizit als mögliche Orientierungspunkte genannt sind (vergleiche oben Ziffer III 4 e).

"Allgemeine Rechtsgrundsätze" können nur dann als Rechtsquelle betrachtet werden, wenn deren Inhalt über jenen der Gesetzgebung hinausgeht. Soweit sie durch Abstraktion aus dem Gesetz abgeleitet wären, würde die Berufung auf sie nur eine besondere Form der Auslegung und Anwendung dieser Gesetze darstellen. Das trifft aber kaum zu, denn es fällt nicht leicht, aus der Masse der vorhandenen Gesetzesnormen Prinzipien allgemeinen Charakters abzuleiten. Seit der Antike wurden "allgemeine Grundsätze" formuliert, so dass sich im Lauf der Zeit fast so etwas wie eine "Subkultur allgemeiner Rechtsprinzipien" herausbildete, die ihrerseits die moderne Gesetzgebung beeinflusst hat. Solche Grundsätze waren denn auch seit je Bestandteil der wissenschaftlichen Doktrin und hatten immer überregionale Bedeutung. Sie als Bestandteil der Rechtsüberlieferung und damit als subsidiäre Rechtsquelle anzuerkennen, ist problemlos. Offenkundig ist allerdings, dass deren scharfe Abgrenzung gegenüber anderen Rechtsgewinnungshilfen nicht leicht möglich ist.

3. Gewohnheitsrecht?

a) Schicksal des Begriffs

Im weitesten Sinn gilt jegliches Recht als Gewohnheitsrecht, das nicht aus einer geltenden expliziten Gesetzesnorm abgeleitet wird. So gesehen ist alles, was hier als "Rechtsüberlieferung" bezeichnet wird, Gewohnheitsrecht, und demnach sind auch die heute aus wissenschaftlicher Doktrin abgeleiteten oder der romanistischen Tradition entnommenen Regeln gewohnheitsrechtlicher Natur. Diese Deutung des Gewohnheitsrechts hat grundlegende Bedeutung beim Verstehen von Recht und Rechtsüberlieferung überhaupt; davon wird gleich im folgenden gehandelt (lit. b).

Verbreiteter ist derzeit ein engeres Verständnis des Begriffs. Er wird eingeschränkt auf heute geltende Regeln, welche sich aus Brauchtum heraus entwickelt haben und nicht schriftlich fixiert sind. Diese Verkürzung der Vorstellung des Gewohnheitsrechts ist die unausweichliche Folge des legislatorischen Absolutheitsanspruchs und der daraus sich ergebenden antihistorischen Ausrichtung: Vorkodifikatorisches Recht wird ausgeblendet. Damit wird eine altehrwürdige

und grundlegende Erscheinungsform des Rechts begrifflich verkrüppelt. Hier wird Rehabilitation dieser gegenwärtig bedeutungslosen Rechtsfigur versucht.

Die Gesetzgeber sind gegenüber Gewohnheitsrecht traditionell ablehnend eingestellt¹¹⁴; die einzige Kodifikation, die für den Fall des Schweigens des Gesetzes auf Gewohnheitsrecht verweist, ist das Schweizerische Zivilgesetzbuch (Art. 1 II). Dem schweizerischen Gesetzgeber schwebt vor das Entstehen von Gewohnheitsrecht aus der Übung bestimmter Volks- und Berufskreise, während für ihn gefestigte Gerichtspraxis nicht als gewohnheitsrechtlich verstanden wird¹¹⁵. Allerdings herrscht weitgehende Einmütigkeit darüber, dass unter heutigen Verhältnissen nur selten Gewohnheitsrecht in diesem Sinn erkannt werden kann¹¹⁶, daher diese Verweisung geringe und ständig abnehmende praktische Bedeutung hat¹¹⁷. Die weitaus bedeutsamste Erscheinungsform des Gewohnheitsrechts ist die gesetzeswidrige normaufhebende Gewohnheit, die nicht verhindert werden kann und für die sich überall Beispiele finden lassen. In vorliegendem Zusammenhang, in dem wir von schweigenden Gesetzen handeln, ist darauf nicht einzugehen.

b) Grundsätzliche Bedeutung

So gering der praktische Nutzen des Gewohnheitsrechts als supplementäre Rechtsquelle im heutigen Verständnis sein mag, so gross ist dessen grundsätzliche Bedeutung zum Verständnis des Rechts überhaupt¹¹⁸. Auszugehen ist von der Feststellung, dass jegliches Recht seine Anfänge in Gewohnheitsrecht hat und dass erstmaliges Auftreten des Phänomens Recht im heutigen Sinn nicht anders denn in Form von Gewohnheitsrecht stattfinden konnte.

¹¹⁴ Vergleiche etwa den Código Civil von Chile, Argentinien oder Spanien; oben Ziffer III 4 d cc.

¹¹⁵ Vergleiche die Hinweise oben Fn. 51; LARENZ / CANARIS (Fn. 50) 258 f. erwähnen die Möglichkeit der Entstehung von Gewohnheitsrecht durch Gerichtspraxis und setzen dabei voraus, dass infolge ständiger Gerichtspraxis sich eine Volksüberzeugung von deren Notwendigkeit und Unentrinnbarkeit herausbilde. Falls derartiges tatsächlich stattfindet, würde die Bindung nicht im Geltungsanspruch der richterlichen Urteile (dazu folgende Ziffer 8), sondern in der Volksüberzeugung ihre Grundlage haben, gegen welche Vorstellung keine Einwände bestehen.

¹¹⁶ ARTHUR BAUMGARTEN, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 1939, S. 29 sagt wohl zutreffend: "In neuerer Zeit überwiegt das Gesetzesrecht so stark das Gewohnheitsrecht, dass man – wenigstens in den Rechtskreisen des europäischen Kontinents – oft Mühe hat, einen Fall zu finden, an dem sich das Gewohnheitsrecht einwandfrei illustrieren liesse."

¹¹⁷ Vergleiche auch oben Fn. 50 und 52 und dort zitierte. WINDSCHEID (Fn. 112) Band I § 15 S. 81 betont ebenfalls die geringe praktische Bedeutung und weist bereits darauf hin, dass "bei dem Wachsen der trennenden Unterschiede" das Entstehen einer das gesamte Volk erfassenden Rechtsüberzeugung immer schwieriger werde, eine solche noch am ehesten auf geographisch kleinem Raum oder bei einzelnen Berufskreisen zu erwarten sei. Trotzdem widmet er dem Phänomen in §§ 15-17 eine einlässliche und sehr reichhaltig dokumentierte Darstellung. Für die Schweiz vgl. MEIER-HAYOZ (Fn. 50) Art. 1 Rn. 233-250.

¹¹⁸ In der heutigen Methodenlehre ist es vorab BYDLINSKI (Fn. 89) 213-221, der die grundsätzliche Bedeutung des Phänomens des Gewohnheitsrechts erkennt, der gegenüber wohl auch für ihn die praktische Tragweite zurücktritt. Die Anerkennung des Gewohnheitsrechts ist ein gewichtiges Argument gegen die hier bekämpfte positivistische Identifikation.

Das Recht des Stärkeren herrscht noch heute im Tierreich, galt aber auch in den Anfängen der Menschheitsgeschichte. Die sich herausbildenden Mechanismen der kampflösen Streiterledigung (Beschlüsse von Volksversammlungen, Spruch eines einzelnen oder wie auch immer) dürfen von jenem Moment an als Anwendung von Recht gelten, in dem die mit der Streiterledigung betraute Person oder Personenmehrheit sich an gewisse vorgegebene Regeln zu halten hat, d. h. in der aktuellen Auseinandersetzung gleich entscheiden will oder muss wie bereits in früheren vergleichbaren Fällen. Gleichbehandlung des Gleichen ist das elementare Abgrenzungskriterium des Rechts gegenüber einem des Rechts noch entbehrenden Zustand, in dem jeder einzelne Fall allein aus den aus ihm selber zu schöpfenden Gesichtspunkten entschieden wird. Erst wenn sich das Streben nach Gleichbehandlung des Gleichen einmal durchgesetzt hat und zu dessen Verwirklichung geeignete materielle Entscheidungsregeln bestehen, darf man von Recht sprechen. Dieses heisst Gewohnheitsrecht so lange, als es nicht seinerseits geschriebenem Recht Platz macht.

In historischen Zeiten kann allenthalben das Bestehen einer wenigstens rudimentären gewohnheitsrechtlichen Ordnung vorausgesetzt werden. Im Lauf der Entwicklung tritt erfahrungsgemäss dem Gewohnheitsrecht Gesetzesrecht an die Seite. Dieses wird auf weiten Strecken informativen Charakter haben, d. h. nur bisheriges ungeschriebenes Recht festschreiben und publik machen, während Innovation auf Einzelaspekte beschränkt bleibt. Ebenso beansprucht es niemals, "flächendeckend" zu sein, d. h. alle Rechtsfragen zu beantworten, sondern verleugnet seinen Charakter als Stückwerk nicht und lässt bisheriges Gewohnheitsrecht neben sich bestehen, ja setzt dieses voraus. Dies sind wohl die Verhältnisse zur Zeit der Gesetzgebung HAMMURABIS wie der Zwölf Tafeln. In der Frühzeit des Rechts besteht auch nirgends die Vorstellung, dass Gesetze und Gewohnheitsrecht zusammen sämtliche möglicherweise aufkommenden Fragen beantworten würden; das Phantom der Lückenlosigkeit von Normsystemen ist eine Ausgeburt der Aufklärungszeit.

Im römischen Recht beschäftigt das Phänomen des Gewohnheitsrechts (*consuetudo*) die Juristen, die dieses präzise zu erfassen versuchten. Davon geben die Digesten Zeugnis, die den "Gesetzen, Senatsbeschlüssen und dem Gewohnheitsrecht" den dritten Titel des ersten Buches widmen (zu *consuetudo* Dig. 1, 3, 32-41). JULIAN gibt die Grundlegung: (32 pr.) "In den Fällen, in denen wir keine geschriebenen Gesetze haben, ist das zu befolgen, was durch Sitte und Gewohnheit (*moribus et consuetudinibus*) eingeführt ist, ... (§ 1) Althergebrachte Gewohnheit (*inveterata consuetudo*) wird mit gutem Grund wie ein Gesetz befolgt, und dieses ist das Recht, von dem man sagt, dass es durch Sitte begründet ist. Denn wenn selbst die Gesetze aus keinem anderen Grund für uns bindend sind, als deswegen, weil sie durch die Entscheidung des Volkes angenommen sind, dann bindet zu Recht auch das alle Bürger, was das Volk ohne jede Schriftform gebilligt hat. Denn welchen Unterschied macht

es, ob das Volk seinen Willen durch Abstimmung kundtut oder durch ein der sachlichen Regelung entsprechendes Verhalten? Daher nimmt man mit vollem Recht sogar an, dass Gesetze nicht nur durch Abstimmung des gesetzgebenden Volkes, sondern auch durch die auf stillschweigender Zustimmung aller beruhenden Nichtanwendung ausser Geltung gesetzt werden."¹¹⁹

Für uns ist sodann noch von Bedeutung das PAULUSZITAT (Dig. 1, 3, 37) zur Frage der Gesetzesauslegung: "Wenn über die Auslegung eines Gesetzes Zweifel entstehen, ist zuerst zu untersuchen, nach welchem Recht das Gemeinwesen in derartigen Fällen gelebt hatte. Denn die beste Interpretin der Gesetze ist die Gewohnheit" (*optima ... interpretes consuetudo*).

Diese und andere Quellenstellen haben in der Rezeptionszeit grosse Beachtung gefunden und damit das kontinentaleuropäische Rechtsbewusstsein beeinflusst. Insbesondere die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts wurde von vielen Autoren vermerkt¹²⁰, ebenso viel beachtet ist die Funktion der Überlieferung bei der Auslegung der Gesetze¹²¹. Auch ausserhalb der im engeren Sinn juristischen Literatur hat Gewohnheitsrecht die Gemüter bewegt. So widmet der spanisch-portugiesische Scholastiker FRANCESCO SVAREZ (1548-1617) in seinem weitausholenden "Tractatus de Legibus et de Deo Legislatore" den siebten der zehn Bände dem Thema "de Lege Non Scripta, quae Consuetudo appellatur" (1612).

c) Schlussfolgerungen

Die Bedeutungslosigkeit des Gewohnheitsrechts im aktuellen Verständnis hindert nicht, dass das aus der vorkodifikatorischen Ära überlieferte Gewohnheitsrecht, zusammen mit dem übrigen aus der Vergangenheit Überlieferten, Beachtung fordert. Wenn wir die Vergangenheit nach dem Modell der *consuetudo* verstehen, erscheint die Berücksichtigung der Rechtsübung als Subsidiärrechtsquellen als zwangsläufig. Der gesamte Rechtsstoff, soweit nicht in Gesetzeserlasse gekleidet, stellt in vorkodifikatorischem Verständnis *consuetudo* dar, und diese ist in manchen Bereichen grundlegender und beständiger als das Gesetzesrecht, ist es doch die *consuetudo*, die beim Ausserkrafttreten eines

¹¹⁹ Alle Zitate hier nach Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzungen, Band II, Digesten 1-10, Okko Behrens / Rolf Knütel / Berthold Kupisch / Hans Hermann Seiler (Hg.), 1995. Der Stelle Dig. 1, 3 tritt an die Seite Codex 8, 52 *Quae sit longa consuetudo*.

¹²⁰ AZO, Summa, zu Codex 8, 52 spricht von *consuetudo* als *conditrix* (Begründerin!) des Gesetzes, als dessen *abrogatrix* und *interpretatrix*. Zur derogatorischen Kraft der Übung hält er den Grundsatz des Vorranges der *lex posterior* fest (das Gesetz schliesst vorangehende Übung aus, nachfolgende Übung schaltet das Gesetz aus), welches Argument auch in der Folgezeit oft aufgenommen wird: Beachtlich ist immerhin, dass es AZO überhaupt für notwendig hält, festzuschreiben, dass ein neues Gesetz vorbestehendes Gewohnheitsrecht auszuschalten vermöge. Statt vieler sodann ALTHUSIUS (1557/63-1638), *Dicaeologiae Libri Tres*, Frankfurt/a. M. 1649, Neudruck 1967, im Index: *Consuetudo legem abrogat*, mit Hinweis auf S. 45, Rn. 20, wo sich abundanter Literaturnachweis zu dieser Stelle findet.

¹²¹ Vergleiche etwa JOHANNES BRUNNEMANN (1608-1672), In *Pandectas* (hier zit. aus Ausgabe Köln 1762), Buch 1, III 37: *Legis optima interpretes est Consuetudo, quia haec habet vim legis*.

Gesetzes wieder auflebt und sich für die Zukunft halten kann, sodass es hauptsächlich diese Rechtsübung ist, die sich in unsere Tage hinüberrettet.

Die Rückbesinnung auf die Bedeutung, welche dem Gewohnheitsrecht in sämtlichen vorkodifikatorischen Rechtsordnungen objektiv zukam und ihm auch von den Zeitgenossen zuerkannt wurde, soll Grundsätzliches in Erinnerung bringen: Die Anbindung der Gegenwart an früher zustandegekommene bzw. sich in der Vergangenheit manifestiert habende Rechtsgrundsätze, dies aufgrund der elementaren Rechtsforderung der Gleichbehandlung des Gleichen. Dies war das Rechtsverständnis aller zurückliegenden Zeiten und der Hintergrund des Entstehens des Gewohnheitsrechts als einer Rechtsquelle, welche zu vielen Zeiten die einzige war, aber auch in anderen, unerachtet aller Gesetze, immer entscheidende Bedeutung behielt. Diese früher selbstverständliche Sicht in die Gegenwart herüberzunehmen führt zu Schlussfolgerungen ähnlich wie sie hier vertreten werden.

4. Materialien zur Entstehung der Gesetzbücher?

a) Grundsatz

Keine der Kodifikationen verweist auf die sogenannten "Materialien" ihrer Entstehung (das wären vorab Entwürfe und Protokolle über die Verhandlungen und Entschlussfassungen der an der Gesetzgebung beteiligten Gremien) als eine mögliche subsidiäre Rechtsquelle. Dies ist nicht zufällig; zu vermuten ist das Vorliegen eines qualifizierten Schweigens. Die Gesetzgeber wollen nicht bei ihren Vorarbeiten behaftet werden und befürchten, dass das Zurückgreifen auf die Gesetzesmaterialien erledigte Streitfragen erneut zum Leben erwecken und damit gesetzgeberische Entscheidungen in Frage stellen könnte.

Die Entstehung einer Kodifikation ist Bestandteil der Rechtsgeschichte der betreffenden Nation. Der Platz der Gesetzgebung innerhalb der Geschichte des eigenen Rechts kann Informationen zu dessen Verständnis liefern. Wenn man, wie hier gefordert, den Anspruch auf Exklusivgeltung der Kodifikation beiseiteschiebt und der Berücksichtigung subsidiärer Rechtsquellen den Weg öffnet, bedeutet dies formelle Rechtfertigung der vielenorts seit langem üblichen Auswertung der Gesetzesmaterialien.

Die Gesetzesmaterialien spiegeln nicht bloss die Gesetzgebungsgeschichte im engeren Sinne, d. h. den äusseren Ablauf der Ereignisse, sondern den Hintergrund der Gesetz gewordenen rechtlichen Inhalte: die angestellten Sachüberlegungen, Alternativen zur Gesetz gewordenen Lösung, die zeitgenössischen Rechtsauffassungen im allgemeinen usw. Dass alle diese Elemente ihrerseits der Rechtsüberlieferung zugehören und daher als subsidiäre Rechtsquellen in Betracht fallen, kann nicht zweifelhaft sein.

b) Möglicher Nutzen

Kenntnis der Denkweise der an der Gesetzgebung Beteiligten soll eigene Überlegungen des Betrachters veranlassen. Die den Materialien zu entnehmenden Informationen können etwa in folgender Hinsicht weiterführen:

- Wissen um die mit einer Gesetzesnorm verfolgten Absichten und Ziele (die sogenannte *ratio legis*) erleichtert deren Verständnis und Handhabung. Sie ermöglicht dann fundierte Gesetzeskritik, wenn die von den Gesetzgebern verfolgten Ziele gegenstandslos geworden oder gegenwärtig nicht erreichbar sind (oder wenn gar, was nicht selten der Fall ist, die wörtliche Anwendung der Norm die gegenteilige Wirkung als die vom Gesetzgeber gewünschte bewirkt). Zu denken ist sodann an die Möglichkeit, dass die für den Gesetzgeber massgebenden Ansichten als nicht länger mit heutigen Wertvorstellungen vereinbar erscheinen.
- Der Erlass einer Norm ist regelmässig bestimmt durch imaginäre Sachverhalte, die angemessen zu regeln die Absicht des Gesetzgebers ist. Kenntnis dieses Hintergrundes wird dann bedeutungsvoll, wenn die fragliche normative Regelung tatsächlich auf andersartige als die vorausgesetzten Tatbestände Anwendung findet und dort sachlich unangemessen ist, ja gar den gesetzgeberischen Absichten zuwider läuft.
- Die Hauptbedeutung der Materialien liegt aber letztlich darin, dass sie die Gesetzbücher als Menschenwerk offenlegen und bewusstmachen, dass diese weder vom Himmel gefallen sind noch Ewigkeitscharakter haben, sondern ihrerseits durch die Geschichte bedingt sind.

c) Drohende Gefahren

Aus den Verhandlungsprotokollen sollen vorab die Beweggründe der Beteiligten rückschlossen werden. Hier ist allerdings kritische Distanz und Misstrauen geboten, am meisten dann, wenn Votanten vorgeben, die Gründe ihrer Entscheidung für die vorgeschlagene Regelung darzulegen. Vorab ist ungewiss, ob die an den gesetzgeberischen Beratungen teilnehmenden Akteure sich immer der eigentlichen Motivation ihrer Entscheidungen und Anträge tatsächlich bewusst sind. Soweit dies angenommen werden darf, muss man sich vergegenwärtigen, dass die Votanten keinen Anlass haben, in ihren öffentlichen Äusserungen ihre persönlichen (nicht notwendigerweise sachlichen) Motive offenzulegen¹²². Es geht für sie viel eher darum, die Mitbeteiligten

¹²² Aus welchem Grunde hinsichtlich in der Entstehungsgeschichte des französischen Code civil, die weit ausholenden Grundsatzreferate der Redaktoren vor dem Conseil d'Etat (1803 und 1804) wenig aufschlussreich sind. Absicht der Votanten war es, die vorgeschlagenen Lösungen zu erklären und zu rechtfertigen sowie die Zuhörer zu überzeugen, nicht jedoch, die Motive und rechtlichen Überlegungen, welche in der vorbereitenden Viererkommission wegleitend waren und damit das Gesetz inhaltlich bestimmten, offenzulegen. Vgl. die Publikation bei JEAN-GUILLAUME LOCRÉ, *Législation Civile* etc. (16 Bände, Brüssel 1836, Nachdruck Frankfurt/a. M. 1990) Bände 6 und 7. Ähnlich auch etwa die Verhandlungsprotokolle wiedergegeben bei P. A. FENET, *Recueil Complet des Travaux Préparatoires du Code civil* (16 Bände 2. Aufl. 1827, Nachdruck Basel 1968) Bände 12-14.

zu überzeugen, was eine Ausrichtung der Argumente auf deren Erwartungsprofil fordert. Je grösser der Schauplatz des Votierens (und am meisten in Parlamenten mit öffentlicher Verhandlung oder gar unter Medienpräsenz), um so mehr ist Misstrauen am Platz.

5. Geplante Gesetzesrevisionen und Gesetzgebungsprojekte?

Falls der geltendes Gesetz gewordene Text schweigt und auch der Überlieferung kein Hinweis auf die gegenwärtige Rechtslage zu entnehmen ist, steht wohl nichts entgegen, eine vom Gesetzgeber bloss erwogene, aber nicht zum Gesetz erhobene Neuerung bei der richterlichen Lückenfüllung wegleitend zu berücksichtigen¹²³. Vor diesem Hintergrund sind auch die Entwürfe zu ganzen Kodifikationen zu sehen, die als Ausdruck des dazumal massgeblichen Standes der Rechtsüberlieferung verstanden werden können. Das wichtigste Beispiel eines derartigen Gesetzesentwurfs stellt der "Dresdener Entwurf"(sc. eines allgemein deutschen Gesetzes über die Schuldverhältnisse) von 1866 dar, der zwar nie Gesetz geworden ist, aber die weitere Gesetzgebung im Schuldrecht (zuerst das aOR, dann das BGB) entscheidend beeinflusst hat¹²⁴ und auch heute noch hilfreich sein kann.

Ganz anders im Falle einer nach Gesetz und Überlieferung eindeutigen Rechtslage, die nicht Anlass des Rückgriffs auf die Rechtsüberlieferung ist: Die auch in diesem Fall gelegentlich angetroffene Neigung, auf aktuell in Vorbereitung stehende legislatorische Neuerungen abzustellen und diese zum Vorwand der Nichtbeachtung geltenden Rechts zu nehmen, lässt sich nicht rechtfertigen; solches kann allein dann gebilligt werden, wenn die legislatorische Prozedur weit fortgeschritten ist und die vorgesehene Neuerung von allgemeinem Konsens getragen wird.

6. Vorläuferkodifikationen?

Von den besprochenen Gesetzgebungsentwürfen unterscheiden sich Gesetze, die einmal gegolten, aber infolge des Erlasses von Nachfolgegesetzgebung ihre Geltung verloren haben. Auch hier stellt sich die Frage, in welchem Sinn man bei Schweigen des geltenden (neuen) Gesetzes auf dessen Vorgänger zurückgreifen kann und soll. Mehrere Sachverhalte sind zu unterscheiden.

Am häufigsten kommt vor, dass ein Gesetzbuch punktuell durch Einzelerlasse korrigiert und ergänzt wird. Anschauliches Beispiel ist der französische

¹²³ Ähnlich wie hier MEIER-HAYOZ (Fn. 50) Art. 1 Rn. 395 f. (mit Hinweisen).

¹²⁴ Der Dresdener Entwurf beruht auf soliden historischen wie rechtsvergleichenden Vorarbeiten, die ihrerseits grosses Interesse beanspruchen können. Vgl. *Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechtes*, 6 Bände, Dresden 1863-1866. Nachdruck herausgegeben von Werner Schubert, Frankfurt/a. M. 1984.

Code civil, der als ältestes der geltenden Gesetzbücher durch eine Unzahl von Einzelmassnahmen den Bedürfnissen und Anschauungen späterer Generationen angepasst wurde: Ersatzlose Beseitigung von nicht mehr zeitgemässen Regeln und die Einfügung von neuen ergänzenden wie korrigierenden Normen, daneben aber auch der Erlass von Spezialgesetzen, die Sonderprobleme normieren, ohne formell in den Code civil integriert zu sein¹²⁵. Nicht wesentlich anders ist die Lage in Deutschland, wenn auch im BGB punktuelle Gesetzesänderungen weniger zahlreich sind als in Frankreich. In derartigen Fällen liegt es auf der Hand, dass die vorgenommenen Änderungen Neuerung beabsichtigen, so dass im Falle von Ungewissheiten nur ganz ausnahmsweise auf den früheren Gesetzestext zurückgegriffen werden kann. Soweit die offene Frage zweifelsfrei von dem die Revision veranlassenden Neuerungswillen erfasst ist, muss die Überlegung zurücktreten, dass mangels eindeutiger neuer Norm der bisherige Rechtszustand weiterhin in Geltung steht.

Die genannte Bedeutung einer Vorgängerkodifikation liegt im Umstand begründet, dass das alte Gesetz im neuen weiterlebt, daher vielleicht dessen Eigentümlichkeiten im Vorläufer besser zu erkennen sind als im heutigen Text. Anders die Ausgangslage dann, wenn ein bisheriges Gesetzbuch insgesamt durch ein neues ersetzt wird, wie dies in Italien mit dem Erlass des Codice civile von 1942 oder in Portugal mit jenem des Código Civil des Jahres 1967 der Fall war und gegenwärtig in den Niederlanden vor sich geht. In derartigen Fällen muss zwar von einem "globalen Neuerungswillen" ausgegangen werden; es bestand die Absicht, insgesamt eine von Grund auf erneuerte Gesetzgebung zu schaffen. Indessen muss dieser Neuerungswille sich nicht auf alle Einzelheiten erstrecken. Selbst hier wird daher im Zweifel vielfach angenommen werden dürfen, dass im Falle von Regelungslücken bisheriges Recht weiter gelte, dass m. a. W. die anstehende Rechtsfrage, die nach neuer Gesetzgebung nicht zu beantworten ist, nach der früheren beantwortet werden darf.

Besondere Beachtung fordert jener (nicht häufig anzutreffende) Fall, dass eine bisherige Kodifikation grundsätzlich erhalten bleiben, in Einzelheiten aber erneuert werden soll. Beispiel hierfür ist das schweizerische Obligationenrecht, das auf dem Text der Jahre 1881/83 (aOR) beruht, der im Hinblick auf den Erlass des ZGB überholt wurde und in neuer Form mit diesem am 1.1.1912 in Kraft trat. Notwendig waren einige Anpassungen (vorab die Ausgliederung der nun im ZGB geregelten Handlungsfähigkeit oder der Fahrnisübereignung, aOR Art. 29-35 und Art. 199-109, oder die Einfügung des bisher kantonal geregelten Grundstückkaufs, OR Art. 216-221); im übrigen blieb Umfang und Zielsetzung der durchzuführenden Erneuerung offen.

¹²⁵ Ein nach dem letzten Krieg unternommener Anlauf zu einer Gesamtrevision des Code civil blieb in den Anfängen stecken und wird heute nicht weiter verfolgt.

Abgesehen von einzelnen sachlichen Fehlentscheidungen¹²⁶ illustriert dieser Text alle Nachteile einer Gesetzgebungsarbeit, die weder eine klare Zielvorgabe besitzt noch von eindeutigem normativen Gestaltungswillen geprägt ist, vielmehr nur gerade das zu bessern versucht, was sich im Vorbeigehen bessern lässt. Oft wird nicht klar, ob eine Textmodifikation inhaltliche Änderung beabsichtigt oder bloss stilistisches *streamlining* sein will¹²⁷. Nicht selten stellt erst der Beizug des Vorläufertextes den Sinn einer Bestimmung klar, und Absonderlichkeiten einer Bestimmung finden vielleicht Klärung bei der Konsultation des alten Textes. Als eine derartige Absonderlichkeit des OR betrachte ich die Einordnung des Mäklervertrages unter die Sonderauftragsverhältnisse, denn die Pflicht des Beauftragten zum Tätigwerden steht in Widerspruch zur Erfolgsbedingtheit des Mäklerlohnes wie der weitgehenden Unmöglichkeit, das Erbringen oder Fehlen der Mäklertätigkeit zu erkennen oder gar zu beweisen. Die Einordnung des Mäklervertrages als dritter Abschnitt des 13. Titels "Der Auftrag" OR Art. 412-418), lässt sich allein durch die Tatsache erklären, dass die Zählung der Gesetzestitel des bloss in der ersten Hälfte in Revision gezogenen "Besonderen Teils" beibehalten werden sollte und daher für diesen in der Revision (nach dem Vorbild des BGB) neu eingeführten Vertragstypus keine eigene Titelziffer zur Verfügung stand. Erst Kenntnis dieses Hintergrundes verschafft die Rechtfertigung, zu der nach Gesetzestext gegebenen auftragsrechtlichen Pflicht des Mäklers zum Tätigwerden auf Distanz zu gehen¹²⁸.

7. Rechtsvergleichung (Rückgriff auf ausländisches Recht)?

a) Verflochtensein historischer und vergleichender Betrachtung

Rechtsvergleichung und historische Betrachtung stützen und bedingen sich gegenseitig. Beide sind als komparatistische Disziplinen zur Selektion des zu berücksichtigenden Materials gezwungen, denn keine von ihnen kann alles, was heute ist bzw. früher einmal war, in ihre Betrachtung einbeziehen. Bei dieser Selektion kann der Blick in die Nachbardisziplin helfen: Dem Historiker erlaubt das Beobachten von an verschiedenen Orten angetroffenen übereinstimmenden rechtlichen Problemstellungen und Lösungsmodellen den Schluss, dass diese grundlegend und wichtig sind, was deren historische Erforschung rechtfertigt. Der Rechtsvergleicher darf aus dem Vorhandensein einer

¹²⁶ Vergleiche etwa die neu eingeführte einjährige Kondiktionsverjährung von OR Art. 67; dazu unten Fn. 153.

¹²⁷ Als allgemeine Regel müsste wohl gelten, dass der Wortlaut eines Gesetzes dann und nur dann angetastet wird, wenn die Absicht inhaltlicher Änderung besteht.

¹²⁸ Die Einordnung veranlasst dann noch die diese rechtfertigende explizite Regel von OR Art. 412 Abs. 2, wonach der Mäklervertrag "im allgemeinen" Auftragsrecht unterliegen soll. Aber sowohl die *actio mandati* wie die *actio mandati contraria* sind beim Mäklervertrag ganz fehl am Platz.

über die Zeitenläufe hinweg zu verfolgenden rechtlichen Institution schliessen, dass diese komparatistische Behandlung verdient, denn Interesse verdienen vorab jene der heute angetroffenen rechtlichen Einrichtungen, welche bereits in zurückliegenden Zeiten und über die Jahrhunderte hinweg sich manifestierten.

b) Einschränkungsvoraussetzung: Gemeinsamkeit der Rechtsüberlieferung (Grundsatz)

Es wird im Rahmen der vorliegenden Überlegungen für den Fall der Gesetzeslücke nicht kurzerhand der Rückgriff auf "Rechtsvergleichung" empfohlen (so wenig als jener auf "Doktrin", "frühere Gesetzgebung" oder die anderen der hier unter Ziffer VII behandelten Gesichtspunkte): Gefordert wird Besinnung auf "Rechtsüberlieferung", in welchem Rahmen die einzelnen Elemente besondere Statur erlangen. Wie in der Vergangenheit muss auch heute der Vorrang des Rechts des lokalen (engeren) Rechtskreises gelten¹²⁹. Dass ein ausländisches Vorbild als subsidiäre Rechtsquelle berücksichtigt werden darf, setzt voraus, dass die einheimische und die betreffende ausländische Rechtsüberlieferung im fraglichen Sachbereich übereinstimmen. Dies mag mit einigen Beispielen veranschaulicht werden (folgende lit. c; das erste Beispiel ist von rein theoretischem Interesse).

Jede Rechtsordnung hat ihre eigene rechtliche Tradition. Wenn wir hier für den Lückenbereich einer nationalen Rechtsordnung die Rechtsüberlieferung als subsidiäre Rechtsquelle einführen, geschieht dies im Sinne der Verweisung auf jene Rechtsüberlieferung, welche der betreffenden nationalen Rechtsordnung eigentümlich ist, unter Ausschluss aller anderen, soweit diese widersprechen. Es ist mit anderen Worten der Rückgriff auf heute geltende ausländische Regeln als subsidiäres Recht nur so lange zulässig, als in der zu beantwortenden Frage die ausländische Gesetzesregel als Ausfluss ein und derselben Rechtsüberlieferung betrachtet werden kann. Es besteht allerdings die Vermutung, dass im Raum des Rechtskreises der kontinentaleuropäischen Tradition infolge identischer Wurzeln die Rechtsüberlieferungen jedes der zugehörigen Nationalstaaten konvergieren, so dass bei Abwesenheit erwiesener Sonderentwicklungen die vorausgesetzte Übereinstimmung zu präsumieren ist. Die Entscheidung zwischen Übereinstimmung oder Abweichung der Rechtsüberlieferung zweier Länder soll nicht generell (für diese Überlieferungen insgesamt), sondern bezogen auf den zu beurteilenden Sachbereich erfolgen. Regionales Auseinandergehen rechtlicher Entwicklungen macht sich zur Hauptsache in Sonderbereichen bemerkbar; regionale Abweichungen sind sodann allein dann und nur soweit ein Grund der Nichtberücksichtigung,

¹²⁹ "Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht Reichsrecht": Das Recht des engeren Bereiches des territorial anwendbaren Rechts geht einem umfassenderen übergeordneten Recht vor.

als die Divergenz einen Sachbezug zur anstehenden rechtlichen Entscheidung besitzt.

c) Beispiele

aa) Beispiel 1: Rückgriff geboten (Bienenschwärme)

BGB (§§ 961-964), ZGB (Art. 700 I, 719 III, 725 II), bereits aber Allgemeines Landrecht (I, 9 § ff.) und beiläufig auch Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (§§ 383 und 384) nehmen auf Fragen Bezug, welche im Zusammenhang mit schwärmenden Bienenvölkern aufkommen können. Aber auch in anderen als den deutschsprachigen Kodifikationen schwärmen die Bienenvölker (Italienischer Codice civile Art. 924; Spanischer Código Civil Art. 612 I, II). Die z. T. verschiedenartige Fragen abdeckenden, im übrigen ähnlichen, aber nicht notwendig übereinstimmenden Regeln gehen zurück auf denselben Anlass: Nennung der Bienenvölker in den Institutionen (2, 1, 14) und den Digesten (41, 1, 5, 2). Falls ein sich im Zusammenhang der Eigentumsverhältnisse an Bienenstämmen stellendes Problem in der geltenden nationalen Kodifikation keine Lösung findet, wäre wohl zuerst auf die die gemeinsame Tradition begründenden (knappen) römischen Texte zurückzugreifen. Wenn diese keine Antwort geben, ist es nicht nur erlaubt, sondern geboten, auf die ausländischen Kodifikationen zurückzugreifen, welche das Bienenvolkproblem regeln (und damit offenkundig sich in die gleiche Tradition einfügen wie BGB, ZGB und die übrigen), um gegebenenfalls eine dort gefundene, passende ausländische Norm als ergänzendes eigenes Recht zu betrachten und entsprechend anzuwenden.

bb) Beispiel 2: Rückgriff geboten (Schadenersatzpflicht bei Vertragsschluss in Kenntnis der Unmöglichkeit der Erfüllung)

Die Regel *impossibilium nulla obligatio* (Dig. 50, 17, 185) hat bei Vertragsschluss ihren guten Sinn als Indiz fehlender Ernsthaftigkeit (das Beispiel des Verkaufs eines Zentauren, das *hypocentaurum dari* in Dig. 45, 1, 97), in der Moderne aber überschüssig-verallgemeinernde Normierungen veranlasst. Verträge mit unmöglichem Inhalt sind vielenorts kurzerhand ungültig (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch § 878; BGB § 306; OR Art. 20 I wie früher aOR Art. 17). Das mag angemessen sein, wenn beide Parteien um die Unmöglichkeit wissen oder nicht wissen, jedoch ist es verfehlt, denjenigen Partner, der trotz der allein ihm bekannten Unmöglichkeit kontrahiert, nicht mit Schadenersatzpflicht zu belasten. Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch § 878 und BGB § 307 I statuieren explizit eine Schadenersatzpflicht, während dem OR eine entsprechende Norm fehlt. Da das schweizerische Gesetz hier in derselben Tradition steht wie das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch, BGB und viele andere, kann man ohne weiteres die Regel der Ersatzpflicht als zur schweizerischen Rechtsüberlieferung gehörend rechnen, auch wenn

der Gesetzgeber eine explizite Norm nicht glaubte aufnehmen zu müssen, denn das Schweigen des Gesetzes in diesem Punkte als qualifiziert zu betrachten besteht keinerlei Anlass¹³⁰.

cc) Beispiel 3: Rückgriff geboten (Unzulässigkeit der Anrufung fehlender Handlungsfähigkeit der Gegenpartei)

Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (§ 865), ZGB (Art. 12, 17 und 18), BGB (§ 105 I: "Die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen ist nichtig.") und viele anderen Kodifikationen verstehen die Handlungsfähigkeit der Vertragsparteien als Gültigkeitsvoraussetzung des zu schliessenden Vertrages. Dies bedingt Vertragsnichtigkeit im Falle des Fehlens, die grundsätzlich nicht bloss vom Handlungsunfähigen, sondern auch von dessen Partner geltend gemacht werden kann. Dies kann keineswegs dem Normzweck entsprechen. Der französische Code civil schliesst dies explizit aus; Art. 1125: "Les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité de ceux avec qui elles ont contracté." (Fassung von 1968; ursprüngliche Fassung in vorliegendem Zusammenhang gleichbedeutend). Diese einschränkende Regel des Code civil kann unbedenklich in all den vielen Kodifikationen als mitgedacht unterstellt werden, welche von der guten Tradition der Handlungsunfähigkeit als eines Einredetatbestandes abweichen, weil bei diesem früher überall beachteten Konzept von der Anrufung der Vertragsungültigkeit der geschäftsfähige Partner zum vornherein ausgeschlossen war.

dd) Beispiel 4: Rückgriff verboten (Vertretung juristischer Personen)

Das Gegenbeispiel, wonach Unterschiedlichkeit der Rechtsüberlieferung die Berücksichtigung einer geltenden ausländischen Regelung ausschliesst, sei anhand eines besonders deutlichen, wenn auch im Raum Europas heute weniger bedeutsamen Beispiels illustriert. In der für das Recht der juristischen Personen grundlegenden Frage der Vertretungsmacht deren Funktionäre standen sich seit Mitte des neunzehnten Jahrhunderts bis in unsere Jahre hinein zwei diametral entgegengesetzte Modelle gegenüber. Nach dem ZGB (Art. 55¹³¹) besitzt, wer immer als Funktionär einer juristischen Person die qualifizierte Stellung eines Organs einnimmt, eine unbeschränkte rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht und kann darüber hinaus die juristische Person sogar deliktisch verpflichten (ähnlich die Rechtslage in Deutschland und Österreich). Ganz anders die (heute in England teilweise aufgegebene) Tradition des englischen Sprachbereichs: Nicht nur keine Deliktsvertretung, sondern auch die vertragliche Vertretung durch die Geschäftsleitung ist nur in

¹³⁰ Dazu auch unten Ziffer VIII 8.

¹³¹ ZGB Art. 55 I, II: "Die Organe der juristischen Person sind berufen, dem Willen der juristischen Person Ausdruck zu geben. – Sie verpflichten die juristische Person sowohl durch den Abschluss von Rechtsgeschäften als durch ihr sonstiges Verhalten."

dem durch das *Memorandum* der betroffenen Gesellschaft umrissenen Rahmen wirksam, andernfalls besteht die Einwendung des Handelns *ultra vires*, d. h. über die (Vertretungs-)Kräfte des Handelnden hinaus. Im Ergebnis ähnlich die Tradition in Frankreich, wo die *directeurs* als Mandatare der Aktionäre angesehen werden, die nur gerade im Rahmen des ihnen erteilten, in den Statuten umrissenen Auftrags vertretungsberechtigt sind und die Gesellschaft verpflichten. Es liegen unterschiedliche Rechtsüberlieferungen vor. Im deutschen Sprachbereich war es die von BESELER, GIERKE und anderen Germanisten theoretisch entwickelte Organschaftslehre, welche die heutige Regelung in Deutschland und der Schweiz bestimmt, während in England wie in Frankreich entsprechende Vorstellungen bis vor kurzem gänzlich unbekannt waren und dort andere, vertragsrechtlich ausgerichtete Konzepte das Feld beherrschten. Die beiden Traditionslinien sind sich wesensmässig in einem Umfange fremd, der jeden Rückgriff auf die entgegengesetzte Traditionslinie ausschliesst, so dass im Falle gesellschaftsrechtlicher Vertretung lückenfüllende Berücksichtigung des Gegenmodells ausgeschlossen ist, soweit die Unterschiedlichkeiten heute noch andauern¹³².

d) Grundsatz der Zulässigkeit der lückenfüllenden Anwendung fremden Rechts

Auf den ersten Blick möchte es scheinen, dass bei positivistischem Rechtsverständnis Rechtsvergleichung nicht in die Entscheidungsfindung einfließen dürfte, denn die nationalen Kodifikationen waren und sind immer von der Absicht mitbestimmt, das zu schaffende nationale Privatrecht gegen Einflüsse von aussen abzusichern und nationale Eigenständigkeit zu demonstrieren. Näheres Zusehen zeigt indessen, dass die Anerkennung der Rechtsvergleichung als mögliche Entscheidungshilfe und gegebenenfalls lückenfüllende Anwendung fremden Rechts diesen Eigenständigkeitsanspruch in keiner Weise in Frage stellt: Soweit eine nationale Kodifikation überhaupt Normen aufstellt und damit Anspruch auf Beachtung erhebt, wird nicht auf subsidiäre Rechtsquellen irgendwelcher Art zurückgegriffen; fehlen aber einheimische Normen, verbietet die Achtung vor dem nationalen Gesetz keineswegs, den Blick ins Ausland zu werfen und allenfalls sich anbietende ausländische Sachnormen zur Lückenfüllung hilfsweise anzuwenden und damit zum Bestandteil der eigenen Rechtsordnung zu machen, denn das ausländische Recht wird als Repräsentant der gemeinsamen (und damit auch der eigenen) Rechtsüberlieferung berücksichtigt.

¹³² In England heute massgebend Companies Act, 1985, sec. 35 (1), welche die bisherige Beschränkung der Vertretungsmacht auf den durch die Gesellschaftssatzungen umschriebenen Sachbereich aufhebt. Zur Rechtslage in den USA vgl. HANNO MERKT, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, Heidelberg 1991, S. 254 ff.

8. Judikatur?

Die Berücksichtigung von Präjudizien bei der Ermittlung und Anwendung des geltenden Rechts ist heute verbreitete, ja herrschende Übung, die überdies vielenorts gar auf *opinio necessitatis* beruht. Die Annahme einer Präjudizienbefolgungspflicht steht jedoch in Widerspruch zu so gut wie allen hier betrachteten Kodifikationen, von denen kaum eine zur Präjudizienbefolgung einlädt, etliche aber eine solche explizit ausschliessen durch Untersagen verpflichtender richterlicher Regelbildung¹³³. Der Grundsatz der Gewaltenteilung erteilt die Befugnis der Normensetzung dem Gesetzgeber, versagt sie aber dem Richter.

a) Präjudizien zu berücksichtigen wie Doktrin

aa) Wird die Rechtsüberlieferung als subsidiäre Rechtsquelle anerkannt und die gegenwärtige und frühere Doktrin als deren massgeblicher Ausdruck betrachtet, muss auch die Judikatur auf gleiche Stufe gestellt werden. Diese Position bedeutet keinesfalls Anerkennung einer eigentlichen Bindungswirkung von Präjudizien: Die in Urteilen vorgetragene Argumente und vertretenen Rechtsstandpunkte sind nicht deshalb zu beachten, weil sie auf richterlichem Entscheid beruhen, sondern, wie jene der Doktrin, weil sie eine zeitgenössische Rechtsauffassung wiedergeben, dies immer unter dem Vorbehalt, dass sie sachlich zu überzeugen vermögen. Da der Tatsache gerichtlicher Entscheidfällung als solcher keine Bedeutung zukommt, ist der hierarchische Rang des das Urteil fällenden Gerichts für die Bedeutung des Entscheids als Rechtsquelle ohne Bedeutung.

bb) Demgegenüber besteht eine teilweise abweichende Auffassung, die zwar nicht echte Präjudizienbindung behauptet, immerhin aber für die in Urteilen enthaltenen Argumenten einen Sonderstatus fordert. So wird etwa von einer "beschränkten Befolgungspflicht" gegenüber Präjudizien oder von deren "präsumptiven Verbindlichkeit" gesprochen¹³⁴, die zu einer "Umkehrung der Argumentationslast" führt, was wohl bedeutet, dass eine in einem oder mehreren Urteilen vertretene Rechtsauffassung so lange Gefolgschaft fordert, als nicht eine Gegenauffassung mit grösserem Gewicht vorgebracht wird. Bei dieser Sicht ist es folgerichtig, dieses erhöhte Gewicht von Urteilen gegenüber in anderem Rahmen vorgetragene Argumenten auf höchstrichterliche

¹³³ Vergleiche etwa Allgemeines Landrecht § 6: "Auf Meinungen älterer Aussprüche der Richter soll ... keine Rücksicht genommen werden"; Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch Art. 8: "Nur dem Gesetzgeber steht die Macht zu, ein Gesetz auf eine allgemein verbindliche Art zu erklären"; Código Civil von Chile, Art. 3: Gerichtsentscheide haben keine präjudizielle Wirkung. Nicht anders aber auch der Standpunkt des historischen Gesetzgebers des BGB, der keinesfalls eine Bindungswirkung gerichtlicher Präjudizien im Auge hatte.

¹³⁴ BYDLINSKI (Fn. 89) 510 mit Hinweis auf MEIER-HAYOZ (Fn. 50) Art. 1 Rn. 474 und 505 und MARTIN KRIELE, Recht und praktische Vernunft, 1979, S. 248, 254, 262 und 326. Dem weitgehend zustimmend LARENZ / CANARIS (Fn. 50) 257.

Entscheidungen zu beschränken¹³⁵. Derartige Auffassungen haben gewiss ernstzunehmende Gründe für sich: Das Postulat der Gleichbehandlung des Gleichen, die Forderung nach Erkennbarkeit der Rechtslage und der Voraussehbarkeit richterlicher Entscheidung als Voraussetzungen der Rechtssicherheit. Auf der Ebene praktischer Überlegungen wäre noch zu berücksichtigen, dass in der anwaltlichen Praxis dem Präjudiz einer im konkreten Streitfall zuständigen Oberinstanz aus leicht ersichtlichen Gründen erhöhtes Gewicht, wenn nicht Übergewicht zuerkannt wird, was die wissenschaftliche Doktrin mit dem Erwartungsdruck der Praktiker belastet, bei der Rechtsdarstellung der höchstrichterlichen Judikatur Vorrang einzuräumen.

cc) Die genannte, der Judikatur einen Sonderstatus einräumende Auffassung ist nur allzu gut verständlich. Die postulierte Präjudizienberücksichtigung zum wissenschaftlichen Gebot zu erheben, ist der Schreiber trotz allem nicht bereit. Nicht nur geht die Erwartung so gut wie aller staatlichen Gesetzgeber in die entgegengesetzte Richtung: Respekt vor Gerichtsentscheidungen heisst vor allem und zwangsläufig in gleichem Umfang Verzicht auf Eigenverantwortung des die Dinge betrachtenden Wissenschaftlers. Die Verantwortung der Wissenschaft für den Rechtsgang ist jedoch der Kern des auf uns gekommenen rechtlichen Kulturerbes, das vor Gefahren behütet werden muss. Das Anliegen der Präjudizienbeachtung wird sich auf weiten Strecken bereits aus praktischen Rücksichten verwirklichen, und dagegen ist nichts einzuwenden. Aus eben dem gleichen Grunde kann aber darauf verzichtet werden, der Judikatur einen Sonderstatus einzuräumen. Der Schreiber zieht es vor, alle der Rechtsüberlieferung zuzuordnenden, hier ins Gespräch gebrachten supplementären Rechtsquellen dem Grundsatz nach auf die gleiche Stufe zu stellen¹³⁶. Insbesondere wird vermieden, der Judikatur eine Vorrangstellung gegenüber der Lehre und Wissenschaft zuzuerkennen (was guter kontinentaler Rechtstradition zuwiderliefe). Die Entscheidung zwischen widersprechenden Lösungsvorschlägen im Einzelfall soll würdigend und wertend, nicht anhand formaler Vorabentscheidungen und Rangzuordnungen erfolgen.

¹³⁵ LARENZ / CANARIS (Fn. 50) 257.

¹³⁶ Zweifelhaft ist im übrigen, ob die oben genannten Autoren der Methodenlehre im Widerspruch zu der hier eingenommenen Position stehen. Die dort dargelegten Gründe für die Ausstattung der in Präjudizien zum Ausdruck gelangenden Regeln mit einer "quasi-gesetzlichen" Bedeutung beruht auf der isolierten Betrachtung dieser Präjudizien, ohne diese in Relation zu anderen Rechtsquellen (insbesondere zur Doktrin) zu bringen. Hier wird der Versuch unternommen, Präjudizien im Rahmen aller subsidiären Rechtsquellen zu sehen und diese insgesamt nicht in eine Rangordnung zu stellen.

b) Gefahren der gegenwärtigen Präjudizienbefolgung

aa) Gefahr kritikloser Nachahmung

Früher bestand Einverständnis, dass gegenüber Präjudizien keine strikte Befolgungspflicht bestehe und die Rechtshandhabung auf allen Stufen zu kritischem Überdenken des vorgefundenen Präjudizienmaterials aufgerufen sei. Ob diese Meinung in der heutigen Methodenlehre ganz unangefochten sei, mag offenbleiben. Fest steht jedoch, dass die kontinentale Wissenschaftsübung im Begriffe steht, sich der Forderung der argumentativen Auseinandersetzung mehr und mehr zu entziehen. Unverkennbar nimmt die Neigung zu, (vorab höchstrichterliche) Urteile als verbindliche Festschreibung des geltenden Rechts zu betrachten und sich deshalb eigener Überlegungen entbunden zu halten. Zwar bestehen von Land zu Land grosse Unterschiede. Die mangelnde Lust zu eigenem Nachdenken und das bei Wissenschaftlern zunehmende Fehlen des Bewusstseins der eigenen Verantwortung für den Gang der Rechtsentwicklung muss als Gefahr vermerkt werden, denn eine derartige Haltung, wenn von allzu vielen Wissenschaftlern geübt, kann auf die Dauer einer Rechtskultur nicht gut bekommen.

bb) Beachtung von *obiter dicta* statt Beschränkung auf die *ratio decidendi*

In kontinentaler Rechtstradition ist die Berücksichtigung der Judikatur eine verhältnismässig junge Erscheinung, die sich zur Hauptsache erst nach der Durchkodifizierung des Rechts entwickelt hat und erst im 20. Jahrhundert heutige Bedeutung erlangte. Es fehlt daher auch eine gefestigte Kultur der Handhabung der Präjudizien, wie sie sich im Laufe fast eines Jahrtausends im Bereich des Common Law entwickeln konnte, wo das Recht allein in Präjudizien wurzelt. Von den dort entwickelten formalen Regeln der Präjudizienauswertung seien hier die zwei wichtigsten vermerkt, die im englischen Sprachbereich eine undiskutierte Selbstverständlichkeit darstellen und von zwingender Sachlogik sind.

Nur die zur Begründung des getroffenen Urteils erforderlichen und dieses tragende Argumente sind zu beachten und haben als *ratio decidendi* Teil an dessen präjudizieller Wirkung, nicht dagegen die *obiter dicta* (nebenbei Gesagtes). Vom englischen Richter wird keineswegs erwartet, dass er im Rahmen seines mündlichen Referats auf Nebenbemerkungen verzichte. Aber Bemerkungen, welche unterbleiben könnten, ohne nach strikter Logik die Rechtfertigung der zu treffenden Entscheidung in Frage zu stellen, haben keine Wirkung, d. h. können in künftigen Fällen nicht als Wegleitung angerufen werden.

Auf dem Kontinent (und vielleicht am meisten in der Schweiz) herrscht entgegengesetzter Brauch: Es werden *obiter dicta* von der Doktrin wie von Gerichten nicht anders als die *rationes decidendi* ernst genommen und als der (wie auch immer verstandenen) präjudiziellen Bindungswirkung teilhaftig betrachtet. Da dies so ist, hat sich eine Übung der Verkündung von *obiter dicta*

in Urteilsbegründungen entwickelt, und dies mit der keineswegs verhehlten Absicht, damit die künftige Rechtsentwicklung festzuschreiben. Diese dem englischen Vorbild ganz entgegengesetzte Übung kann auf dem Kontinent durch unser anderes Rechtsverständnis erklärt werden¹³⁷ und mag überdies auch nützlich sein. Trotzdem ist festzuhalten, dass dieses richterliche Tun mit der Gesetzgebung nicht zu vereinbaren ist und in Widerspruch zu dem Willen des historischen Gesetzgebers steht.

Soweit in Urteilsbegründungen offene Rechtsfragen aufgezeigt und, für das urteilende Gericht noch nicht bindend, eine künftige Praxis (oder Praxisänderung) als möglich (oder gar wahrscheinlich) bezeichnet wird, ist dagegen nicht viel einzuwenden; die Rechtfertigung kann, wenn nicht im Gesetz, so doch im Bedürfnis der Sicherheit und Vorsehbarkeit des Rechts erblickt werden¹³⁸.

cc) Missbräuchliche "antinomische" obiter dicta

Mit dieser Feststellung wird aber nicht der Missbrauch von Nebenbemerkungen gerechtfertigt. Jedenfalls in der Schweiz beginnt sich der Brauch einer eigentümlichen Technik der Entscheidungsbegründung zu etablieren: Die weitläufige *obiter* erfolgende Darlegung von Gründen, welche für die Gegenauffassung sprechen. Das Gericht beliebt, die im konkreten Streitfall von ihm schliesslich abgelehnten rechtlichen Auffassungen weitläufig zu rechtfertigen, um dann im Ergebnis und am Ende kurzerhand in die Feststellung auszumünden: "All dies berücksichtigend kann man trotzdem nur umgekehrt entscheiden". Das Fehlen entscheidtragender Gründe wird verdeckt durch das Dokumentieren des Verständnisses für die verworfene Gegenposition¹³⁹. Diese Praxis ist in jedem Fall fragwürdig, sie wird aber dann zu einem Ärgernis, wenn Doktrin und sogar Gerichtspraxis derartige, die verworfene Gegenauffassung rechtfertigende *obiter dicta* in späteren Verfahren als einen massgeblichen Bestandteil der Entscheidungsgründe behandeln und entsprechend mit präjudizieller Autorität ausstatten: Abstellen auf Argumente, die nicht nur nicht

¹³⁷ In unserem Rechtsverständnis hat der Richter aufgrund "normativer Vorgaben", d. h. gestützt auf materiellrechtliche, vorprozessual existierende Regeln (die Gesetze und die diese ergänzenden, hier aufgezeigten sonstigen Rechtsquellen) zu entscheiden. Vor diesem Hintergrund ist das Bedürfnis nach antizipierender Klärung der Rechtslage verständlich. Anders im englischen Sprachbereich. Dort herrscht die grundverschiedene Gegenauffassung, derzufolge der Richter von Fall zu Fall selber das Recht "findet"(schafft). Die Vorstellung vorprozessual bestehenden "materiellen Rechts" ist dem englischsprachigen Juristen fremd (dazu auch oben Ziffer I 5).

¹³⁸ Vergleiche zur Bedeutung und Behandlung von *obiter dicta* HANS-MARTIN PAWLOWSKI, Methodenlehre für Juristen, 3. Auflage, 1999, Rn. 1056-1077.

¹³⁹ Derartiges Vorgehen wird etwa in *Bundesgericht* 18.6.1985, BGE 111 II 245 ff. demonstriert; in *Bundesgericht* 2.2.1954, BGE 80 II 29 ff. wird zwar ebenso vorgegangen, indessen ohne Begründungsnotstand, da die getroffene Entscheidung leicht mit guten Gründen zu motivieren war. – Dazu auch BUCHER, Drittwirkung der Grundrechte? Überlegungen zu "Streikrecht" und "Drittwirkung" i. S. von BGE 111 II 245-257, Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 1987, 37 ff., und BUCHER, Gibt es ein verfassungsmässiges "Streikrecht" und lässt sich diese Vorstellung ins Privatrecht übertragen?, recht 1987, 9 ff.

entscheidend waren, sondern durch die seinerzeit getroffene Entscheidung als unbeachtlich erwiesen wurden. Intellektuelle Unredlichkeit, die hinzunehmen das wissenschaftliche Publikum sich nicht gestatten sollte.

dd) Erstreckung präjudizieller Wirkung auf andersartige Sachverhalte

Die sich auf Präjudizien stützenden Dritte (welche am häufigsten wiederum Richter sind) lassen auf dem Kontinent die Forderung weitgehend ausser Acht, nur wirklich in allen wesentlichen Sachverhaltselementen identische Fälle als autoritative Präjudizien zu betrachten. In England ist es viel geübte und mit Virtuosität gehandhabte Technik, durch *distinguishing* (Aufzeigen von Unterschiedlichkeiten des heute vorliegenden gegenüber dem früher beurteilten Sachverhalt) die Berücksichtigung der als Präjudiz angerufenen Entscheidung auszuschalten. Präjudiziell sind nur in allen wesentlichen Punkten mit dem zu entscheidenden Fall übereinstimmenden Präjudizien. Dies ist eine Forderung, die auch auf dem Kontinent etwas ernsthafter beachtet werden sollte, obwohl hier der Richter, anders als im englischen Sprachbereich, seine Entscheidung nicht nur auf den ihm konkret vorliegenden Sachverhalt bezieht, sondern eine normative Zwischenstufe einschaltet: Er bildet, veranlasst durch den ihm vorliegenden Sachverhalt und um über diesen zu entscheiden, eine verallgemeinernde Regel¹⁴⁰.

VIII. Beispiele hilfreicher Berücksichtigung der Überlieferung als Rechtsquelle

Alle Theorie ist bekanntlich grau, und die hier weitläufig begründete Forderung der formellen Anerkennung der Rechtsüberlieferung als subsidiäre Rechtsquelle möchte als *nimia subtilitas*, als eine Theorie ohne praktische Bedeutung verstanden werden. Darum zur Veranschaulichung der Relevanz des erhobenen Postulats eine Reihe von Beispielen. Diese stellt nur eine kleine und willkürlich-zufällige Auswahl dar und liesse sich beliebig verlängern. Der Schreibende will auch betonen, dass die folgenden Problemlösungsmuster nicht etwa im Nachhinein zusammengesucht wurden, sondern zeitlich vorangingen: Vorgelegt wird eine Auswahl von Einzelproblemen, bei deren (teilweise lange zurückliegenden) Bearbeitung der Schreibende als Modernrechtler an Schranken stiess und den Weg zu einer ihn überzeugenden Beantwortung der gestellten Rechtsfrage nicht finden konnte, ohne den Blick zurück in die Vergangenheit zu wenden. Der Rückgriffs auf die Geschichte

¹⁴⁰ Dieses Vorgehen ist die Folge des kontinentalen Rechtsverständnisses, das den Richter nur gestützt auf eine "normative Vorgabe" (im Regelfall eine gesetzliche Norm) entscheiden lässt. Fehlt es im Falle einer Gesetzeslücke an einer derartigen normativen Vorgabe, ist in kontinentaler Sicht der Richter aufgerufen, sich diese selber zu schaffen. Dazu auch ZGB Art. 1 Abs. 2 und oben Ziffer III 5.

war in den anzuführenden Fällen nicht die Folge historischen Interesses, sondern argumentativer Unausweichlichkeit.

Die Fallbeispiele werden nach dem Gesichtspunkt jeweils erhoffter Hilfe oder erlangten Vorteils angeordnet. Ähnliche Hilfe und Vorteile sind auch in anderen Zusammenhängen zu erwarten.

1. Erleichterung des Gesetzesverständnisses

Es ist der Fall geläufig, dass zwar das Gesetz eine Antwort gibt, der Gesetzgeber sich jedoch nicht deutlich genug ausdrückt, gewissermassen zu leise spricht. Der historische Rückblick kann die gesetzliche Ordnung veranschaulichen und zu deren Verständnis beitragen.

Beispiel (Universalsukzession im Erbrecht): Zu Beginn ausnahmsweise ein Rückgriff auf die Prähistorie und die germanische Überlieferung, die auch von demjenigen, der bloss anekdotische Kenntnisse von dieser besitzt, ohne weiteres nachvollzogen werden kann. In der germanischen Prähistorie wurde, wie in vielen "primitiven" Gesellschaftsordnungen, den Toten deren persönliche Habe in das Grab mitgegeben: dem Mann seine Waffen, der Frau Spindel und Schmuck, d. h. alles, was dem Verstorbenen als Individualeigentum zustand. Alles übrige stand in gemeinsamer *gewere* aller Familien- und Hausgenossen und verblieb diesen nach dem Todesfall. Dieser veränderte deren Rechte in keiner Weise, sondern liess allein einen Nutzungsberechtigten wegfallen¹⁴¹. Diese Ursprünge haben auch die Entwicklung des Erbrechts bis in die Gegenwart bestimmt¹⁴²; das in der Prähistorie wurzelnde Modell führt heute in der Mehrzahl der Erbrechtsordnungen zum automatischen Erbschaftsübergang¹⁴³. Auf dem Kontinent hat das Modell des automatischen Erbschaftsübergangs, das in der Folge Universalsukzession genannt werden wird, in allen Spielarten unverändert die Szene beherrscht¹⁴⁴; es ist die ganz

¹⁴¹ MITTEIS (Fn. 32) Kapitel 54 II 1 beschreibt dieses "negative Erbrecht" wie folgt: "Die persönliche Habe, ursprünglich das einzige Eigentum, folgte dem Toten als 'Totenteil' ins Grab nach (Grabbeigaben, Gräberfunde); der Rest des Vermögens, an dem er nur ein Mitrecht im Rahmen der Hausgemeinschaft gehabt hatte, wuchs den Hausgenossen zu; war das Haus ausgestorben, so fiel es der Sippe heim. "Sodann auch: "... nach aussen änderte sich gar nichts, eine Vermögensnachfolge fand nicht statt." Vgl. dazu weiterhin ANDREAS HEUSLER, Institutionen des Deutschen Privatrechts, Leipzig 1885/6, Band II, S. 532 ff.; HUBER (Fn. 30) 541 f.

¹⁴² MITTEIS (Fn. 32) Kapitel 54 II 2: "Aber das nun entstehende Erbrecht trägt die Spuren seiner Herkunft aus der Hausgemeinschaft an sich."

¹⁴³ Dem automatischen Erwerb des Nachlasses erwächst zwar im Mittelalter Opposition seitens des kanonischen Rechts, das die Lösung des Erbschaftserwerbs allein durch Erwerbshandlung fordert (wodurch eine Zwischenphase "hängender Erbschaft" – *hereditas iacens* – ausgelöst wird). Diese Lösung gilt heute noch dort, wo zu gegebener Zeit (wohl im 12. und 13. Jahrhundert) das kanonische Recht besonders grossen Einfluss hatte. Es ist dies England und ihm folgend weitgehend der Bereich des Common Law; auf dem Kontinent sind es eher europa-periphere Gebiete: Böhmen, Mähren, das heutige Österreich, wo allerdings das traditionelle Prinzip immer mehr abgeschwächt wird, sodann Portugal und Lokalrechte Spaniens.

¹⁴⁴ Es fand seinen Ausdruck in der Formel *le mort saisit le vif* (der Tote setzt den Lebenden in seine Rechtsstellung ein) und galt weitestgehend auch im Feudalrecht, daher *le roi est mort – vive le roi* (der König ist tot, es lebe der – sc. infolge des Todes automatisch in dessen Stellung nachrückende neue – König).

selbstverständliche Grundlage des BGB und des ZGB, wie bereits auch des französischen Code civil und unzähliger anderer Kodifikationen. Hinsichtlich des Schicksals der durch Erbgang übertragenen Vermögenswerte wird die einfachste aller denkbaren Lösungen verwirklicht: Die Erben treten in die Schuhe des Erblassers und übernehmen in allen Punkten dessen Rechtsstellung, die durch Tod und Erbfolge in keiner Weise verändert wird. Auch für die Aussenstehenden ist dies die beste aller Welten, denn durch den Tod werden deren Ansprüche nicht verändert; allein die Bezugspersonen wechseln.

Nichts ist zu einfach, um nicht missverstanden zu werden; vielleicht hält oft gar die Simplizität einer Lösung davon ab, sie zu erkennen und an deren Richtigkeit zu glauben. Der Entscheid des schweizerischen Bundesgerichts vom 30.1.1979 (BGE 105 II 105) ist ein Beispiel: Jemand will, weil er sein Ende nahe fühlt, eine Zuwendung machen und schreibt mit Wissen des Begünstigten einen entsprechenden Vergütungsauftrag an seine Bank, die diesen auch ausführt. Die Erben des Verstorbenen wollen das nicht gelten lassen und klagen auf Rückleistung. Das Bundesgericht stellt auf die Tatsache ab, dass die Gutschrift auf dem Konto des Empfängers erst nach dem Tode erfolgte, folgert, dass eine Handschenkung nicht vorliegen könne, um dann festzustellen, dass kein gültiges Schenkungsversprechen (das Schriftlichkeit voraussetzen würde) vorliege. Die Klageguteheissung (und damit die Vereitelung des Willens des Verstorbenen, der sich nicht mehr zur Wehr setzen kann) wird auf Bereicherungsrecht gestützt; aus der Tatsache des Fehlens eines Rechtsgrundes der Vermögensverschiebung (Ungültigkeit des Schenkungsvertrages) wird ein Rückforderungsrecht abgeleitet. Wäre simpel gefragt worden: Könnte der Verstorbene, wenn heute noch lebend, zurückfordern? hätte die Antwort wohl nicht falsch ausfallen können, denn dass im genannten Beispiel der Zuwendende nicht zurückverlangen kann, ist selbst für Laien einsichtig¹⁴⁵.

Verirrungen ähnlicher Art im Zusammenhang des Erbschaftsübergangs finden sich permanent und sind in der Schweiz und wohl auch andernorts häufig. Allerdings wird im vorliegenden Beispiel der hier empfohlene Rückgriff auf die Rechtsüberlieferung wenig praktisch sein, weil bei Fehlen entsprechender Kenntnis kaum jemand, der mit Problemen wie dem in dem Entscheid (BGE 105 II 105) genannten konfrontiert ist, die Eingebung haben

¹⁴⁵ Der Schenkende hätte den Zahlungsauftrag widerrufen können, solange dies bankrechtlich noch möglich war, ebenso die Erben; einmal dem Empfänger gutgebracht, können das Geld weder der Schenker noch dessen Erben zurückfordern. Die Annahme, selbst wenn zutreffend, dass keine gültige Schenkung vorliege (sc. das Fehlen eines Rechtsgrundes der Leistung) begründet so lange keinen Rückforderungsanspruch, als nicht ein diesbezüglicher Irrtum des Leistenden nachgewiesen ist. Bereits Schenkungsabsicht, nicht bloss ein gültiger Schenkungsvertrag, schliesst Rückforderung aus, denn der Leistende will die Zuwendung als solche und kümmert sich nicht um deren vertragliche Grundlage, weshalb Ungültigkeit des Vertrages keinen Irrtum des Leistenden ausmacht.

wird, Rat in germanischer Überlieferung zu suchen. Die Forderung des Rückgriffs auf Geschichte richtet sich hier denn auch nicht an die Praxis, sondern an den akademischen Unterricht: Es ist m. E. ein Kunstfehler, in Rechtsbereichen der Universalsukzession bei der Darstellung des heutigen Erbrechts es zu unterlassen, die Mechanismen des Übergangs des Nachlasses mit der Schilderung deren Ursprünge in der Prähistorie zu veranschaulichen.

2. *Ergänzung des Gesetzes bei dessen zu knappem Text*

Beispiel (Kondiktionsrecht): Das Kondiktionsrecht ist eine Materie von überdurchschnittlicher Komplexität. Die Regelungen sämtlicher heutigen Kodifikationen¹⁴⁶ stehen in keinem Verhältnis zu den dort lauernden Schwierigkeiten. Die Texte sind so sehr verkürzt, dass man mit ihnen bloss wenig anfangen kann. Vor allem geben sie, für sich allein betrachtet, zu allen möglichen Missverständnissen Anlass. Zwar ist einzuräumen, dass die römischen Quellen den Ablauf der historischen Entwicklung des Instituts in der Antike spiegeln und daher ein überkompliziertes Bild vermitteln, das zu vereinfachen ein berechtigtes Anliegen der modernen Gesetzbücher ist. Dies hindert nicht die Feststellung der Unentbehrlichkeit des Rückgriffs auf die Quellen. Das für das Bereicherungsrecht Gesagte ist in anderen Bereichen unseres Schuldrechts nicht ebenso drastisch sichtbar, gilt jedoch im Ansatzpunkt in den meisten Bereichen des Obligationenrechts.

Für seriöse Untersuchungen ist der Blick in die Vergangenheit nicht zu vermeiden. Da die Kondiktion insgesamt aus dem römischen Recht stammt und in diesem eine unglaublich differenzierte und detaillierte Regelung gefunden hat, finden die meisten heutigen Fragen dort ihre Antwort. Diese kann derjenige, der des Gebrauchs des *Corpus Iuris* entwöhnt ist, meist bereits in heutiger Übersichtsliteratur zum römischen Recht finden. Insgesamt wird man sagen dürfen, dass die heutigen Gesetzestexte als Basis von Grundsatzüberlegungen zum Kondiktionsrecht nichts taugen. Die Gesetzgeber besaßen nur geringen, höchstens punktuellen Innovationswillen; in der Schweiz war wohl die Absicht der Vereinfachung wegleitend, in Deutschland mochte eine Rechtsänderung (etwa hinsichtlich der Rechtsstellung eines nichtberechtigten Drittempfängers; vergleiche BGB § 816) angestrebt gewesen sein. Insgesamt wollte man aber an bewährter romanistischer Überlieferung festhalten, die denn auch allein die Grundlage damaliger zeitgenössischer Doktrin war. Akademische Unterrichtung des Bereicherungsrechts kann auf Einbezug der in den römischen Quellen sichtbar werdenden Grundsätze so wenig verzichten

¹⁴⁶ Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch §§ 1431-1137, ergänzt durch §§ 877, 921 und 1074; OR Art. 62-66; BGB §§ 812-822. Gleiches gilt auch im nicht-deutschen Sprachbereich: vgl. etwa C. civ. Art. 1376-1381 (zusammen mit der Geschäftsführung ohne Auftrag eingeordnet unter "Quasi-contrats"), italienischer Codice civile Art. 2033-2042, spanischer Código Civil Art. 1895-1901, niederländisches Burgerlijk Wetboek Art. 6212.

wie ernsthafte wissenschaftliche Behandlung neu aufkommender Probleme. Denn vieles dessen, was in die minimalisierende Darstellung der Gesetze aus Raumgründen nicht aufgenommen werden konnte, darf als weiterhin geltendes, da nie aufgehobenes Recht verstanden werden. Wer sich auf höherem Niveau monographisch der Kondiktion zuwendet, wird auch auf die Literatur der Rezeptionszeit nicht verzichten können.

Der Nutzen der Rechtsüberlieferung wird hier wie andernorts insbesondere auch negativ dokumentiert, d. h. durch Missverstehen der Rechtslage, das bei bestehenden Geschichtskennntnissen nicht unterlaufen wäre. Die Voraussetzungen der Leistungskondiktion werden im deutschen Sprachbereich nicht selten missverstanden, weil zwar einzelne der zugrundeliegenden lateinischen Formeln bruchstückhaft bekannt sind, aber nicht richtig verstanden werden. So figuriert in den römischen Quellen allerdings eine *condictio sine causa*, die indessen nur Sammelposten einiger sonst nicht zuzuordnender Sonderfälle ist¹⁴⁷. Der schweizerische Gesetzgeber nimmt in OR 62 II ("ohne jeden Grund") die Formel der *condictio sine causa* wörtlich auf, was den historisch nicht informierten Leser glauben machen kann, alles Geleistete könne im Falle fehlenden gültigen Leistungsgrundes zurückgefordert werden¹⁴⁸. Diese Fehlüberlegung ist immer wieder anzutreffen und tritt auch (neben dem oben Ziffer 1 genannten Verkennen der erbrechtlichen Universalsukzession) in dem Entscheid des schweizerischen Bundesgerichts (BGE 105 II 105) auf. Im romanischen Sprachbereich veranlasst die Formel der *condictio indebiti* gelegentlich das Missverständnis, dass bereits zurückfordern könne, wer zahlte ohne zu schulden; das massgebliche Element der irrtümlichen Annahme einer Pflicht zu zahlen droht übersehen zu werden.

3. Hilfe beim Umgang mit Gesetzeslücken

Nicht immer können die benötigten, im Gesetz aber nicht enthaltenen Regeln den Quellen unmittelbar entnommen werden. Aber selbst wenn dort die Antwort fehlt, kann der Blick zurück Entscheidungshilfe bringen.

Beispiel (Aufrechnung im Prozess und im Schiedsverfahren): Ein praktisch höchst aktuelles Problem des Verrechnungsrechts stellt sich im Rahmen des Prozesses: Wie sind Verrechnungsforderungen (allenfalls auch widerklageweise geltend gemachte, jedoch nicht zur Verrechnung gestellte Forderungen) zu

¹⁴⁷ HEINRICH HONSELL / THEO MAYER-MALY / WALTER SELB, Römisches Recht, 4. Auflage, 1987, § 127 III S. 352: "Eine allgemeine *condictio sine causa* ... war dem römischen Recht fremd. Die im Digestentitel 12, 7 genannte *condictio sine causa* betrifft nur einige Spezialfälle ...".

¹⁴⁸ Diese Fälle wurden allerdings gelegentlich auch in der Lehre zu einem Sammelposten "*condiciones sine causa*" zusammengefasst, was zu dem hier besprochenen Missverstehen beitragen kann; so etwa das Lehrbuch von KARL RITTER VON CZYHLARZ, Lehrbuch der Institutionen des Römischen Rechts, 17. Auflage, 1920 (wie bereits Vorauflagen) § 91 S. 185 lit. D. Die verschiedenen Sondertatbestände haben vor allem den Zweck, die Gründe des Fehlens der *causa* und damit das Erfordernis des Irrtums differenzierend zu erfassen.

behandeln, wenn das Gericht der Hauptklage für die Beurteilung der Verrechnungsforderung (bzw. der Widerklage) nicht zuständig ist? Diese Frage wird vorab in Fällen der Konkurrenz zwischen staatlicher Gerichtsbarkeit und Schiedsverfahren praktisch und lautet dann etwa: Dürfen Schiedsgerichte über Verrechnungsforderungen entscheiden, auch wenn diese durch die Schiedsklausel nicht gedeckt sind? Dies ist umstritten, wobei aber hinsichtlich der Fragestellung die Formel weit verbreitete Anerkennung findet, dass es das massgebliche materielle Recht sei, welches hier zu entscheiden habe. Wenn nach diesem die Verrechnungswirkungen mit dem Fälligwerden beider Forderungen *ipso iure* eintreten wie nach französischem Code civil (Code civil Art. 1289/90), muss man schliessen "le juge de l'action est le juge de l'exception", denn infolge dieses *ipso iure*-Automatismus lebt bei Anhängigwerden des Verfahrens nur noch die Restforderung der grösseren der beiden sich gegenüberstehenden Forderungen, und Entscheidung über die Klageforderung ist nicht möglich ohne Entscheidung über die ihr entgegengehaltene Verrechnungsforderung. Anders nach deutschem oder schweizerischem Recht. Nach diesen treten Verrechnungswirkungen nur *per exceptionem* ein, d. h. durch Erhebung der Verrechnungseinrede einer der Parteien (so explizit BGB § 388, implizit ebenso OR Art. 120 ff.). Da bis dahin beide Forderungen weiterleben, können die Parteien erwarten, dass jede der Forderungen prozessual nach den ihr zukommenden eigenen Regeln behandelt wird, das Gericht je nur über die in seine angestammte Zuständigkeit fallende Forderung entscheidet. Nun ist es indessen leicht möglich, dass im selben Verfahren sich eine deutschem und eine französischem Recht unterliegende Forderung gegenüberstehen, in welchem Falle die sich widersprechenden Schlussfolgerungen gleichermassen Berücksichtigung fordern können, die Entscheidung daher zwangsläufig offenbleibt.

Man kommt in der Frage nur weiter, wenn man sich entschliesst, vom auf die Forderungen anwendbaren materiellen Recht abzusehen und eine prozessual-autonome Entscheidung zu suchen¹⁴⁹. Dies besonders auch deshalb, weil, wie der Komparatist weiss, weder das *ipso iure* noch das *per exceptionem* wirkende Verrechnungsmodell sich konsequent durchhalten lässt, sondern in beiden Systemen sich Elemente des anderen finden. In diesem Durcheinander der Gesichtspunkte und dem bisherigen Fehlen überzeugender "dogmatischer Konstruktion" des Problems hat dem Schreibenden ein Blick in alte Literatur weitergeholfen. Der Griff ging damals zu dem zufällig in Reichweite liegenden Reprint von ALTHUSIUS "Dicaeologicae libri tres". Im Index findet sich unter dem Stichwort "compensatio quid?" der Hinweis auf folgende Stelle:
Compensatio

¹⁴⁹ Die hier beleuchtete Fehlorientierung geht auf das für die kontinentale Rechtsentwicklung grundlegend wichtige Ereignis der scharfen Abtrennung des materiellen Rechts vom Prozess zurück und hat ihren Ursprung in der Tatsache, dass das Recht der Aufrechnung als materiellrechtliche (und nicht wie früher als vorab verfahrensrechtliche) Institution eingestuft wurde.

est duplex: quae fit ipso iure, alia quae fit per exceptionem (II Cap. 16, 16), also etwa: Verrechnung kann auf zwei Arten laufen, ipso iure (automatisch) oder durch Einrederhebung. Das, was in heutiger nationalistischer Sicht sich spaltet in französische und deutsche Rechtstradition, findet sich hier kühl vereint im selben Topf, und es wird offenkundig, dass sowohl die französische wie die deutsche bzw. schweizerische Gesetzgebung zwar auf derselben Grundlage beruhen, sich jedoch je auf eines der beiden dort angebotenen Modelle beschränkt haben, um eine simple Lösung anbieten zu können. Aber gerade diese Simplifizierung ist es, welche uns heute ratlos macht.

Der kaum mehr als fünf Minuten beanspruchende Blick in ALTHUSIUS genügt, um Orientierung und Distanz von den nationalen Modellen zu gewinnen. Keine lange Nachforschung braucht es, um dann auch herauszufinden, dass die Verrechnung aus dem römischen Prozess stammt und dort im Zusammenhang steht mit dem Überklagungsverbot (*plus petitio*: Sanktionierung des Zuvielklagens mit Prozessverlust), ebenso, dass bereits in den Digesten die Autoren teils für das eine, teils für das andere Modell sich aussprachen und letztlich die fallweise Betrachtung, eben die Frage danach, was prozessual billig oder unbillig sei, viel Gewicht hatte. Genau aber dies ist es, was heute bei uns gelten muss und was sich auch wohl zunehmend Geltung verschafft: Nur ganz ausnahmsweise die Zulassung der ausdehnenden Zuständigkeit, und dies nur aufgrund wertender Beurteilung im Falle des Vorliegens besonderer rechtfertigender Gründe (besonders drohende Insolvenz der einen Partei), im Regelfall jedoch Beschränkung des Verfahrens auf die in die primäre Zuständigkeit des Gerichts fallende Forderung.

Der Blick in die Quellen ist deshalb erlaubt und geboten, weil in Fällen wie dem vorliegenden das materielle Recht, wie gesehen, eine Antwort nicht nur nicht gibt, sondern nicht geben kann und man keinen Anlass zur Annahme hat, die Gesetzgeber hätten bei Problemen wie dem vorliegenden es untersagen wollen, zum Verständnis auf die vorkodifikatorische Rechtslage bzw. Doktrin zurückzugreifen. Dieser Rückgriff ist jedenfalls lohnender (und weniger Zeit beanspruchend) als das Erwägen der umfangreichen, aber sich oft im Kreise drehenden oder sich in Behauptungen erschöpfenden Argumentationen der letzten Dezennien¹⁵⁰.

4. Kritik bestehender Gesetzgebung

Historische Texte können zu einem Neuüberdenken der durch sie veranlassten Tradition einladen. Die Gesetzgebung ist ein Ergebnis der vorangehenden und diese vorbereitenden Wissenschaft, die mit dem Akt der Kodifizierung nicht aus der Verantwortung für diese entlassen wird. Von ihr ist kritische

¹⁵⁰ Dazu mehr bei EUGEN BUCHER, Rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Bemerkungen zur Verrechnung ("Kompensation"), in: Walter A. Stoffel/Paul Volken (Hg.), *Conflicts et Harmonisation, Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, 1990, S. 701 ff.

Beobachtung zu erwarten, und dies gleichermassen im Hinblick auf die künftige Fortentwicklung des Gesetzes wie bereits auch auf dessen aktuelle Handhabung in der Praxis.

Der Blick in die römischen Quellen kann hinsichtlich einer ganzen Reihe gesetzgeberischer Entscheidungen der Väter der modernen Kodifikationen Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, OR und BGB beim kritischen Betrachter den Seufzer auslösen: Ach wären wir geblieben beim *Corpus Iuris*! Zur Veranschaulichung im folgenden zwei Beispiele¹⁵¹. Ein Beispiel (Nr. 3) soll aber umgekehrt auch illustrieren, dass eine Veränderung der Verhältnisse es verbieten kann, beim römischen Vorbild zu bleiben.

Beispiel 1 (Unentgeltlichkeit des Auftrags nach BGB § 662): Die Unentgeltlichkeit des Auftrags, die sich im BGB (§ 662) bis heute hält, jedoch im französischen Code civil und im schweizerischen OR nie übernommen worden ist, geht zurück auf Dig. 17, 1, 1, 4: *Mandatum nisi gratuitum nullum est*. Es lohnt sich jedoch, auch die Fortsetzung des Textes zu lesen: *namque originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces ...* (denn es – sc. das Mandat – leitet seinen Ursprung aus der Freundespflicht ab, daher widerspricht einer derartigen Pflicht ein Entgelt). Die Offenlegung der Gründe der Unentgeltlichkeitsvoraussetzung in den Quellen lädt geradewegs dazu ein, unter den heutigen Umständen dieses Requisit fallenzulassen, wo die Auftragsverhältnisse ihre Bedeutung nicht im Privatbereich, sondern im Geschäftsleben haben. Seit dem "Law of Obligations" von ZIMMERMANN wissen wir zudem, dass selbst in Rom die "Unentgeltlichkeit" des Mandats weniger Realität als vielmehr ein "Tun als ob" war¹⁵².

Beispiel 2 (einjährige Kondiktionsverjährung nach OR Art. 67): Art. 67 I lautet: "Der Bereicherungsanspruch verjährt mit Ablauf eines Jahres, nachdem der Verletzte von seinem Anspruch Kenntnis erhalten hat, in jedem Fall aber mit Ablauf von zehn Jahren seit der Entstehung des Anspruchs." Die Ungeheuerlichkeit dieser kurzen Verjährung wird sichtbar, wenn man an Leistungen denkt, die im Hinblick auf einen Vertrag geleistet wurden, der sich als inexistent erweist, sei es, dass er wegen versteckten Dissenses, Unmöglichkeit der einen Vertragsleistung oder dergleichen gar nie gültig zustande kam, sei es, dass er wegen nachträglich eintretender Unmöglichkeit, erfolgreicher Willensmängelanfechtung oder dergleichen im Nachhinein unwirksam wurde: Mit dem Wissen, dass er die vertraglich zu erwartende Leistung nicht erhalten

¹⁵¹ Dazu im übrigen auch Hinweise auf andere Schwachpunkte des BGB oben Ziffer V 4, lit. b und Fn. 79.

¹⁵² Vergleiche REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1990, S. 415 ff., besonders S. 418 "a matter of form rather than of substance". Die gegenwärtige Regelung des BGB lässt die praktisch an Bedeutung auch heute noch zunehmenden Auftragsverhältnisse (insbesondere jene der liberalen Berufe) ohne angemessene rechtliche Grundlage. Schwer verständlich ist die im BGB demonstrierte Anhänglichkeit an eine romanistische Formel, die bereits im Altertum die Rechtslage überzeichnete und sich sachlich heute durch nichts rechtfertigen lässt.

wird, hat der vorleistende Vertragspartner "von seinem Anspruch Kenntnis erhalten", und es läuft die einjährige Frist der Verjährung seines Rückforderungsanspruchs. Das, was im Verständnis des Leistenden vertraglich erbracht wurde, muss nun wie ein Deliktsanspruch schleunigst geltend gemacht werden, was nicht einmal jedem Juristen, und um so weniger einem Laien ohne weiteres ins Bewusstsein tritt. Dazu kommt, dass die Gründe des Entfallens der Vertragsabwicklung (z. B. Unmöglichkeit der Gegenleistung oder Dissens) vorerst nur in Gestalt einer gegnerischen Behauptung vorliegen, die vom Betroffenen nicht überprüft werden kann; während der Auseinandersetzung über die Vertragsgültigkeit ist das Nachdenken über die Folgewirkungen des Obsiegens des gegnerischen Standpunktes ohnehin nicht naheliegend. Vielleicht kann man dem keine Gegenleistung erhaltenden Vertragspartner bei der Rückforderung seiner Vorleistung helfen, indem man "Kenntnis" vom Anspruch erst mit Gewissheit über die Rechtslage (also einem Vergleichsschluss oder einem gerichtlichen Urteil über den geltend gemachten Grund des Entfallens der Vertragsabwicklung) eintreten lässt (was indessen keineswegs gesicherte Praxis darstellt; ähnlich wie hier ein Entscheid des schweizerischen Bundesgerichts vom 6.10.1906, BGE 32 II 638). Trotzdem ist die einjährige Kondiktionsverjährung eine schwer zu rechtfertigende helvetische Besonderheit¹⁵³, zu der im Ausland kaum eine Entsprechung zu finden sein wird.

Die Retrospektive, die Frage nach dem Ursprung von OR Art. 67 legt das Fehlen einer Rechtfertigung dieser Gesetzesregel und die Willkürlichkeit deren Einführung mit wünschbarer Deutlichkeit offen, kann daher vielleicht Besinnung, am Ende gar Besserung veranlassen. Das Obligationenrecht von 1881/83 kannte noch keine Sonderverjährung der Kondiktion; diese unterlag daher, wie nach BGB und andernorts, der regulären Verjährungsfrist, d. h. derselben wie Vertragsansprüche (die in der Schweiz seit dem aOR kurze zehn Jahre beträgt, im Ausland dagegen regelmässig länger ist und am häufigsten auf dreissig Jahre lautet). Art. 67 wurde eingeführt anlässlich der Revision des Jahres 1911, deren Ziel vorab Anpassung des OR an das ZGB zu sein hatte. Die heutige Regel erscheint zum ersten mal in dem von EUGEN HUBER verfassten Entwurf zum Obligationenrecht des Jahres 1904, und zwar bereits wörtlich der heutigen Fassung von OR Art. 67 I entsprechend¹⁵⁴. Die Gesetzesmaterialien geben keinerlei Aufschluss über den Anlass und das Ziel dieser Neuerung; weder bestehen Unterlagen zur Entstehung des Entwurfs 1904

¹⁵³ Dies um so eher, als das Bundesgericht gelegentlich vertragliche Ansprüche als bereicherungsrechtliche qualifiziert; so etwa in *Bundesgericht* 14.7.1981, BGE 107 II 220 f. – Vgl. im übrigen BUCHER (Fn. 104) § 34 VIII 1, 697 f.; DERSELBE: Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht?, ZSR Band 102 (1983), 280 ff., lit. b, 330 f.

¹⁵⁴ Im Entwurf 1904 erschien OR Art. 67 I als Art. 1075 lit. a; damals bestand noch nicht der heutige Absatz II: "Besteht die Bereicherung in einer Forderung an den Verletzten, so kann dieser die Erfüllung auch dann verweigern, wenn der Bereicherungsanspruch verjährt ist."

noch haben die späteren Beratungen (die Beratungen der vom Bundesrat eingesetzten sogenannten "Langenthaler Kommission" noch die parlamentarischen Beratungen) die Frage berührt. Die Neuerung hat keinen äusseren Anlass und beruht allein auf einem Einfall EUGEN HUBERS. Dessen Motive lassen sich vermuten. Auszugehen ist von der bis ins Altertum zurückreichenden Einteilung der Obligationen nach ihrem Entstehungsgrund entweder aus Vertrag oder aus Delikt: *ex contractu* oder *ex delicto* (bzw. *ex maleficio*), welchem Gegensatz ergänzend beigelegt werden die Obligationen *quasi ex contractu* bzw. *quasi ex delicto*: So Institutionen 3, 13, 2 und allenorts. Diese Tradition aufnehmend gliedert der allgemeine Teil des OR die Entstehungsgründe der Obligationen in jene nach Vertrag (Art. 1-40), jene aus Delikt (Art. 41-61) und jene aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62-67). In diesem Rahmen ist der neu für das Bereicherungsrecht eingefügte Art. 67 nichts anderes als der Reim auf die Regel der Deliktsverjährung (die bereits im OR von 1883 bestand und heute Art. 60 ist). Irgendwelche sachbezogenen Überlegungen können nicht erkannt werden, sondern allein das Bedürfnis, auch für Bereicherungsansprüche eine Sonderverjährung einzuführen. Dass dabei die Bereicherung damit als Quasidelikt verstanden wird, ist nur gerade durch die systematische Stellung im Gesetz (Bereicherung im Anschluss an Deliktsrecht und wie dieses eingeordnet) zu erklären¹⁵⁵. Derartige begrifflich-systematische Überlegungen sind immer fragwürdig, im vorliegenden Fall aber peinlich, da die römische Tradition, der wir das Bereicherungsrecht verdanken, die Fälle der Kondiktion als Quasikontrakte verstand (was auch sinnvoll ist, da in der Grosszahl der Fälle ein vermeintlich bestehender Vertrag Ursache der Bereicherung ist)¹⁵⁶. Der Ursprung von OR Art. 67 liegt allein in Begriffsjurisprudenz, und zwar solcher mit falsch verstandenen Begriffen.

Beispiel 3 (Gefahrtragung des Käufers nach OR, Eigentumsübergang kraft Kaufvertrags nach französischem Code civil): Die Käufergefahrtragung hat unter zünftigen Romanisten viel Aufhebens zur Tragweite dieser Regel wie deren Ursachen veranlasst. Unbeachtet blieben die ökonomischen Aspekte, was dazu führte, die Regel als einen "Fleck auf dem Ehrenschild der römischen Juristen" zu bezeichnen¹⁵⁷. Dabei war sie bei damaligen Verhältnissen mehr als gerechtfertigt: Das römische Verständnis des Kaufs ist ganz auf den Markt ausgerichtet, wo der Verkäufer immer erfüllungsbereit ist, daher der Aufschub der Sachübergabe, der überhaupt erst die Risikolage schafft, in aller Regel vom Käufer veranlasst wird (und dies, weil er nicht genügend Geld in

¹⁵⁵ Der Bezug zum Deliktsrecht wird durch die Parallelität des Satzbaus der beiden Bestimmungen, vor allem aber durch die Wortwahl belegt: Art. 67 I macht den Entreicherten / Anspruchsberechtigten in haftpflichtrechtlicher Diktion zum "Verletzten".

¹⁵⁶ Allein für die (bloss Ausnahmecharakter aufweisenden) Fälle der "Eingriffskondiktion" macht es Sinn, diese als "Quasi-Delikte" zu deuten.

¹⁵⁷ So HAYMANN, Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht II, Zeitschrift für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung, 41 (1920), 44 ff. (mit Hinweisen auf Vorläufer S. 45 Fn. 2).

der Tasche trägt, um den Kauf sofort abzuwickeln). Stimmt der Verkäufer dem Aufschub der Abwicklung des Geschäfts zu, nimmt er unerhörte Nachteile auf sich: Er darf am Markttag selber an andere (mehr bezahlende und abwicklungsbereite) Interessenten nicht verkaufen, muss den Kaufgegenstand nach Hause und womöglich zum nächsten Markttermin erneut auf den Marktplatz schaffen (und dies ohne Gewissheit, den Käufer mit dem Geld in der Tasche dort wiederzusehen): Eine Summe von vom Käufer veranlassten Widerwärtigkeiten und Gefahren, die dessen Belastung mit den Risiken mehr als rechtfertigen¹⁵⁸. Aber diese Rechtfertigung entfällt mit dem Abschied des Kaufrechts vom Marktkaufmodell: Vernunft wird Unsinn, Wohltat Plage. So haben denn die modernen Kodifikationen diese Regel fallen gelassen. Allerdings nicht alle: Der französische Code civil lässt Eigentum bereits mit dem schuldrechtlichen Vertrag (Kauf und Schenkung) übergehen (Code civil Art. 711, 938, 1138 und 1583), welche Regel den Käufer zwar nicht in seiner Eigenschaft als Käufer, wohl aber als Eigentümer die Gefahr der noch beim Verkäufer befindlichen Sache tragen lässt. Dieses sogenannte Konsensprinzip ist gesetzgebungsgeschichtlich primär durch die Absicht bestimmt, einerseits die römische *periculum emptoris*-Regel beizubehalten, andererseits aber das als überholt erscheinende Auseinanderfallen von Sacheigentum und Sachgefahr zu eliminieren¹⁵⁹. Das Schweizer Obligationenrecht ist die einzige Kodifikation, die noch am klassischen Modell der Käufergefahrtragung festhält. Kodifikationsgeschichtlich ist allerdings Ursache nicht eine Anhänglichkeit an romanistische Tradition, vielmehr die Kompromissbereitschaft des helvetischen Gesetzgebers: Es galt, die französischsprachigen Kantone, die sich nur schwer von dem ihnen vertrauten "Konsensprinzip" trennen konnten, zu versöhnen, wozu das Zugeständnis der Käufergefahrtragung diente, welche dessen wichtigste Auswirkung durch die Hintertür wieder einführte. Ein hübsches legislatorisches Hin und Her: In Frankreich wird 1804 aus der Käufergefahr das Konsensprinzip, in der Schweiz 1883 das Konsensprinzip wiederum zur Käufergefahr.

Auch hier kann Verständnis heutigen Rechts allein aus der Vergangenheitsbetrachtung gewonnen werden. In der Schweiz wird vielleicht Kenntnis von diesen Zusammenhängen eines Tages zur Einsicht führen, dass Art. 185 OR ersatzlos zu beseitigen sei. Von Frankreich und den ihm in diesem Punkt Gefolgschaft leistenden Ländern¹⁶⁰ ist ein Abgehen von nationaler Tradition freilich

¹⁵⁸ Dazu der Schreibende bereits vor dreissig Jahren: BUCHER, Notizen zur Gefahrtragung durch den Käufer, ZSR 89 (1970), 281 ff.

¹⁵⁹ So BUCHER, Die Eigentums-Translativwirkung von Schuldverträgen: Das "Woher" und "Wohin" dieses Modells des Code civil, ZEuP 1998, 615 ff. – Das Schuldrecht des C. civ. ist stark in romanistischer Tradition verhaftet; bei der Vorbereitung des C. civ. stand eine Preisgabe der *periculum emptoris*-Regel zu keiner Zeit in Diskussion.

¹⁶⁰ Dem französischen C. civ. sind gefolgt Belgien, Luxemburg, Italien, Portugal, Polen, Bulgarien, Mexico, Louisiana (USA), Québec (Kanada).

nicht zu erwarten. Bei künftigen Rechtsvereinheitlichungsbestrebungen wird jedoch Kenntnis des historischen Hintergrundes dieser fundamentalen Gegensätzlichkeit innerhalb der kontinentaleuropäischen Tradition Voraussetzung sachgerechter Problembehandlung sein.

5. Kritik herrschender Doktrin und Praxis

Dass Gesetzesregeln falsch oder wenigstens nicht im bestmöglichen Sinne verstanden und angewendet werden, ist oft nur durch Berücksichtigung der Quellen zu erkennen.

Beispiel 1 (Korrektur der Anerkennung unrichtigen Saldos): Eine elementare Frage heutigen Bankrechts geht dahin, wie die Korrektur eines von der Bank gezogenen und vom Kunden (regelmässig durch Stillschweigen) anerkannten Saldos rechtlich zu handhaben sei, wenn er sich zur Überraschung beider Parteien nachträglich als unrichtig erweist. Die überwiegende Auffassung in der deutschen Literatur, der ich mich seinerzeit angeschlossen habe, geht dahin, der verkürzten Partei einen Bereicherungsanspruch auf den Differenzbetrag zuzugestehen¹⁶¹. In einem Entscheid des schweizerischen Bundesgerichts¹⁶² war folgender Sachverhalt zu entscheiden: Die beklagte kontoführende Bank hatte es versehentlich unterlassen, für ihren Kunden einem Dritten geleistete Zahlung zu belasten. Die Bank klagt auf den ihr zustehenden Differenzbetrag gegenüber dem von ihr gezogenen und kraft Stillschweigens anerkannten Saldo aus ungerechtfertigter Bereicherung. Zwei kantonale Instanzen wiesen die Klage ab. Die Klage wurde als solche des Bereicherungsrechts nach OR 62 II behandelt, das, wie soeben festgestellt, vielerlei Tücken enthält. Es erfolgt Klageabweisung aufgrund der Gutheissung der vom Beklagten erhobenen Entreichereinrede (was nicht zu rechtfertigen war, denn die behauptete Entreichereinrede bestand nur gerade darin, dass der Bankkunde, wohl gutgläubig und ohne Hintergedanken, sein Guthaben auf ein Konto bei einer anderen Bank hatte übertragen lassen). Wie nicht anders möglich hat das Bundesgericht die Annahme einer Entreichereinrede falsifiziert durch den Hinweis, dass die fragliche Banküberweisung eine nützliche Aufwendung sei. Anlass zu weiteren Überlegungen gibt allein der anschliessende Hinweis des Gerichts, dass dies anders wäre bei Verwendung des Geldes für Ferienreisen, Liberalitäten zugunsten Dritter und dergleichen, was Zweifel an der Richtigkeit der die Entreichereinrede erlaubenden Kondiktionslösung weckt. Fragt man, woher die entsprechende Auffassung kommt, stellt sich heraus, dass wohl bereits der Text von BGB § 812 Abs. 2, jedenfalls aber

¹⁶¹ BUCHER (Fn. 104) 413, und so bereits ANDREAS V. TUHR, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 1925, § 76 IV. Literaturnachweise und weitere Ausführungen zu diesem Thema bei BUCHER, Grundprobleme des Kontokorrentrechts, Überlegungen aus Anlass zweier neuer Entscheidungen des Bundesgerichts, recht 1994, S. 168 ff., zu BGE vom 23.12.1993, S. 171 ff.

¹⁶² Bundesgericht 23.12.1993, Semaine Judiciaire (SJ) 1994, 269 ff. im Sinne Crédit Lyonnais.

die Doktrin hierzu zurückgeht auf einen Aufsatz von GRÜNHUT in der von ihm gegründeten Zeitschrift¹⁶³. Im hier entscheidenden Punkt beruft sich GRÜNHUT auf ULPIAN, der Dig. 12, 7, 1 pr. schreibt: "Est et haec species conditionis, si quis sine causa promiserit" ("Auch dies ist eine Erscheinungsform der ungerechtfertigten Bereicherung, wenn jemand ohne causa versprochen hätte ..."). Aus Gründen, die mir heute nicht mehr gegenwärtig sind, habe ich zu den Digesten gegriffen, um ULPIAN selber zu lesen und dabei festzustellen, dass ULPIAN weiterfährt: "Qui autem promisit sine causa, condicere quantitatem non potest quam non dedit, sed ipsam conditionem" ("Wer ohne Grund versprochen hat, kann aber nicht etwa das Versprochene zurückfordern, das er ja gar nicht gegeben hat, vielmehr sein Versprechen selber"); ULPIAN gewährt die sogenannte Liberationskondiktion, mit welcher man sich aus der ungerechtfertigten Verpflichtung befreit. Ob man an dieser Lösung heute festhalten soll, mag offenbleiben; mit Irrtumsanfechtung der Saldoanerkennung oder dergleichen erreicht man wohl dasselbe Resultat auch auf anderem Wege. Jedenfalls macht die Beseitigung der Willenserklärung viel mehr Sinn als die Bereicherungsforderung auf den Fehlbetrag (die unter der erst in der Neuzeit aufgebauten Entreicherungseinrede ohnehin zu einer in kommerziellen Bereichen unpassenden Institution zu werden droht). Das Beispiel als solches ist hier allein aus methodischen Gründen interessant. Was man auch für ein Ergebnis für richtig halten mag, das vorliegende Beispiel zeigt, dass es keine leere Floskel ist, zu sagen, dass die Literatur bis zurück auf ULPIAN zur zu erwägenden Rechtsüberlieferung gehört. Der Text des OR gibt keine Lösung, der Text von BGB § 812 Abs. 2 lässt sich sowohl mit GRÜNHUT wie mit ULPIAN vereinbaren. Vor diesem Hintergrund macht es guten Sinn, zur Kenntnis zu nehmen, dass Doktrin und der BGB-Gesetzgeber ohne hinreichende eigene Überlegungen einfach die Auffassung von GRÜNHUT und einiger anderer Autoritäten übernommen haben. Dass diese ihre Thesen nicht auf Sachüberlegungen gestützt haben, sondern auf eine Falschzitation ULPIANS, sollte jedenfalls Anlass sein, von vorn zu beginnen und eigene Überlegungen anzustellen.

Beispiel 2 (Verhinderung überhöhter Darlehenszinse): Die Verhinderung überhöhter Schuldzinse ist ein alle Zeiten beschäftigendes Problem. In Deutschland wie in Österreich¹⁶⁴ oder auch Italien (dort explizit Codice civile Art. 1815 Abs. 2) wird dieses Ziel nicht mit der Statuierung von Zinsmaxima, sondern über die Generalklausel der Sittenwidrigkeit bzw. des Wucherverbots angegangen: Sanktionsbetreffen sind Darlehensgeschäfte, bei welchen ein Missverhältnis besteht zwischen den Leistungen der Parteien, d. h. wenn der Darlehensnehmer für die Geldüberlassung einen unverhältnismässig hohen

¹⁶³ GRÜNHUT, Das Recht des Contocorrentverkehrs, Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart, Band 3, Wien 1876, S. 534 ff.

¹⁶⁴ Vergleiche zur Rechtslage in diesen Ländern HELMUT KOZIOL, Sonderprivatrecht für Konsumentenkredite?, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) Band 188 (1988), 183 ff.

Zins zu bezahlen hat. Dieses Konzept trägt einen Wertungskonflikt in sich selbst und kann nie zu folgerichtigen Ergebnissen führen, wenn man die Dinge, so wie es in diesem Zusammenhang nicht anders sein darf, nach ökonomischen Kriterien angeht. Die Angemessenheit der Zinshöhe (die dem Darlehensgeber bei Vertragsschluss die Erwartung auf ein Entgelt für die Geldüberlassung verschafft) muss nicht nur die für die Darlehensperiode zu erwartende Geldentwertung berücksichtigen, sondern das Risiko der Uneinbringlichkeit. Dieses Risiko ist ohnehin nicht leicht festzustellen, lässt sich aber jedenfalls nicht in eine vernünftige Regelung einbauen: Der Zins wird *pro rata temporis* berechnet, während das Risiko in der Geldüberlassung als solcher liegt und meist keinen Zusammenhang mit der Darlehensdauer besitzt¹⁶⁵. Sodann ist die Bereitschaft des Darlehensnehmers, hohe Zinse zu bezahlen, ein klares Indiz fehlender Solvenz. Dieser Mangel rechtfertigt, ökonomisch gesehen, eine Erhöhung des geforderten Zinses möglicherweise in schwindelerregende Höhen, was jedoch im Sinne der im vorliegenden Zusammenhang gängigen Diktion als Ausnützung einer "Notlage" bzw. einer schwachen Verhandlungsposition betrachtet wird. Die einzig saubere Methode, dem Problem gerecht zu werden, liegt in der formellen Festlegung von Maximalzinsen, was überhöhte Zinse, aber auch die sozialpolitisch unerwünschte Darlehenshingabe an allzu schlechte Schuldner verhindert. Das war die Methode des römischen Rechts von den Zwölftafeln (Tab. 8 Art. 18) bis hinein in die Kaiserzeit (Codex 4, 32, 26, 2), das Maximalzinsvorschriften kannte, aber auch nicht entfernt die heute in Deutschland, Österreich oder Italien herrschende Methode erwog. Die Rückbesinnung auf die romanistische Tradition, die bis zum ausgehenden Jahrhundert auch in Deutschland galt und in der Schweiz nie preisgegeben wurde, könnte Anlass sein, sich auf die Statuierung von Zinsmaxima zurückzubedenken, womit dem heutigen Recht des Konsumentenschutzes zusätzliche Glaubwürdigkeit verschafft würde. Sogar in Bereichen des Schutzes der Schwachen kann man vom römischen Recht lernen, dem man seit ausgehendem 19. Jahrhundert fehlende soziale Rücksichtnahme vorwirft.

6. Erkenntnis von Schwachstellen als Folge fehlender wissenschaftlicher Tradition

Ausgehend von der Tatsache, dass heutiges Recht nicht nur entscheidend von römischrechtlicher Überlieferung bestimmt ist, sondern dass wir durch Weiterführung der wissenschaftlichen Tradition von der Gedankenarbeit von zwei Kilo-Jahren Nutzen ziehen, kann man auch den Schluss ziehen, dass in jenen Bereichen, in denen unsere Kodifikationen ausnahmsweise dieser Tradition nicht gefolgt sind, ein Mangel intellektueller Vorbereitung, ein

¹⁶⁵ Wenn von einem hablosen Mann bloss für wenige Tage oder Stunden zur Finanzierung einer Spekulation Geld geborgt wird und das Verlustrisiko mit 50 % zu veranschlagen ist, wäre zur gewinn-neutralen Abdeckung dieses Risikos eine Prämie in der Höhe der Darlehenssumme selber notwendig, und dies zeitunabhängig allein aufgrund der Tatsache der Geldhingabe.

Defizit an Differenzierung zu befürchten ist. Dies stellt eine Aufforderung an uns heutige dar, die fraglichen Bereiche mit besonderer Sorgfalt zu betrachten und die dort deutlicher als anderswo zu befürchtenden Schwachstellen wissenschaftlich aufzuarbeiten.

Beispielshalber seien Stellvertretung und Forderungsabtretung erwähnt, die beide im Verständnis des 19. Jahrhunderts im antiken Rom nicht zugelassen waren¹⁶⁶, obwohl in heutiger Sicht man sich vergegenwärtigt, dass infolge von Substitutionsmechanismen die Rechtslage vom uns Gewohnten nicht allzu weit entfernt war¹⁶⁷. Es macht den Anschein, dass bei der Schaffung der Gesetze die Hauptsorge der Verantwortlichen sich darin erschöpfte, sich vom romanistischen Negativvorbild zu lösen, d. h. die hier genannten rechtlichen Mechanismen überhaupt zuzulassen. Dagegen scheint der Gedanke nicht aufgekommen zu sein, dass angesichts des Fehlens wissenschaftlicher Aufbereitung der einzuführenden Institutionen es zur Aufgabe des Gesetzgebers wird, sich um Differenzierungen und Mechanismen zum Schutz der einbezogenen Dritten (des Gegenkontrahenten bzw. des abgetretenen Schuldners) zu bemühen.

Beispiel 1 (Schwachstellen heutigen Rechts der bürgerlichen Stellvertretung): Bereits die Einordnung der Stellvertretung innerhalb der sonstigen Vertretungsmechanismen (der kaufmännischen Vertretung, vorab jene des Prokuristen, sodann die Vertretung durch Organe juristischer Personen) scheint nicht durchwegs zu gelingen und kann zu schmerzlichen Fehlschlüssen führen. Ein diese Situation illustrierender Ausrutscher ist dem schweizerischen Bundesgericht unterlaufen, das im Falle einer rechtsgeschäftlichen Vertretung einer juristischen Person durch dessen Organ ins Recht der bürgerlichen Stellvertretung ableitet und "Überschreiten der Vertretungsmacht" annimmt, die es hier nicht geben kann¹⁶⁸. In der Schweiz (aber wohl auch anderswo) besteht die Tendenz unkritischer Zulassung der nicht durch Vollmachtserteilung, sondern kraft Rechtsscheins begründeten Vertretungsmacht.

¹⁶⁶ Forderungsabtretung (wie auch Verträge zu Gunsten Dritter) wurden ausgeschlossen durch den Grundsatz *alteri stipulari nemo potest* (ULPIAN, in: Dig. 45, 1, 38, 17). Der modernen Stellvertretung bereiteten den Weg unter anderen GROTIUS (Fn. 58) II Kapitel XI § XII, und PUFENDORF (Fn. 58) III Kapitel IX.

¹⁶⁷ Vertretungswirkungen wurden unter anderem durch sogenannte "indirekte Stellvertretung" (Handeln in eigenem Namen, aber auf fremde Rechnung, was noch heute in der deutschsprachigen Doktrin zu einer meist unmotivierten Verwendung des Topos "indirekte Stellvertretung" führt), ebenso durch Handeln von Gewaltunterworfenen (Kinder oder Sklaven), deren Vermögensunfähigkeit einen automatischen Rechtsübergang auf den Familienvater bewirkte und mit der *actio de in rem verso* dem Dritten auch einen Forderungsschutz gewährte. Abtretungswirkungen konnten annäherungsweise erreicht werden durch Bestellung des zu Begünstigten als *procurator (in rem suam)* usw.

¹⁶⁸ *Bundesgericht* 16.12.1969, BGE 95 II 442 ff., betreffend die Prospera GmbH, deren Geschäftsführer zu Lasten der Gesellschaft eine Bürgschaft eingegangen war, um einen ihn persönlich, nicht aber die GmbH interessierenden Kredit zu sichern. Dazu BUCHER, Organshaft, Prokura, Stellvertretung, in: Max Boehme und andere (Hg.), *Lebendiges Aktienrecht*, Festgabe für Wolfhart Friedrich Bürgi, Zürich 1971, S. 39 ff.

Das ist ein Mechanismus, der grundsätzlich auf die handelsrechtlichen Verhältnisse (Organschaft, Prokura) ausgerichtet ist, jedoch im Rahmen der bürgerlichen Stellvertretung auf jene Fälle zu beschränken wäre, in denen der Vertretene das Entstehen eines Anscheins, sich vertreten lassen zu wollen, gewollt oder bewusst in Kauf genommen hat. So wird das aber nicht immer gesehen; es besteht etwa die verbreitete Tendenz, den von einem Privaten für Bauplanung oder zur Kontrolle der Bauausführung beigezogenen Architekten ohne weiteres als stellvertretungsbefugt zu betrachten, unerachtet der Frage, ob der Bauherr diesen zum Kontrahieren mit Unternehmern ermächtigt hat oder nicht. Einer derartigen verfehlten Praxis wird vorgebeugt durch das Erkennen des gänzlich verschiedenen Hintergrundes der "bürgerlichen" Stellvertretung einerseits, der handelsrechtlichen Vertretung (*procura* wie auch bei juristischen Personen die organschaftliche Vertretung) andererseits.

Neben dem Risiko des Bürgers, auch bei fehlender Vollmachterteilung durch Dritte verpflichtet zu werden, erscheint umgekehrt bei erteilter Vollmacht die Stellung des Drittkontrahenten nicht als hinreichend gesichert. Bei sämtlichen Formen der Vertretung besteht die Gefahr, dass im Streitfall Unklarheit darüber besteht, ob der rechtsgeschäftlich Handelnde selber oder aber sein Hintermann Vertragspartei ist. Diese Gefahr müsste eigentlich, so würde man meinen, auf der Seite der den Mechanismus der Vertretung handhabenden Personen liegen. In Wahrheit besteht die Neigung, dieses Risiko auf den Dritten abzuwälzen. Dies ist im Ergebnis die Wirkung der Regel von OR Art. 32 II, welche trotz Handelns in eigenem Namen Vertretungswirkungen eintreten lässt, wenn der Partner auf ein solches schliessen musste oder die Person des Kontrahierenden ihm gleichgültig war¹⁶⁹. Dem Vernehmen nach besteht auch in Deutschland die Tendenz, die Dinge ähnlich zu sehen. Das kann dazu führen, dass die Klage des Gegenkontrahenten, der gegen den einzigen ihm bekannten Partner klagt, im Prozess sich entgegenhalten lassen muss, die verpflichtete Vertragspartei sei ein Dritter, da ihm, dem Kläger, bei Vertragsschluss die Person des Vertragspartners gleichgültig gewesen sei¹⁷⁰.

¹⁶⁹ OR Art. 32 II: "Hat der Vertreter bei dem Vertragsabschlusse sich nicht als solchen zu erkennen gegeben, so wird der Vertretene nur dann unmittelbar berechtigt oder verpflichtet, wenn der andere aus den Umständen auf das Vertretungsverhältnis schliessen musste, oder wenn es ihm gleichgültig war, mit wem er den Vertrag schliesse."

¹⁷⁰ Anschauung gibt der Entscheid des *Zürcher Obergerichts* 25.9.1980, *Blätter für Zürcher Rechtsprechung (ZR)*, Band 80, 1981 Nr. 2, der eine Honorarklage eines Beauftragten gegen den im Interesse eines Dritten den Auftrag erteilenden Anwalt gutheisst. Diese im Ergebnis richtige Entscheidung wird mit der (*in casu* realitätswidrigen) Annahme begründet, dem Dritten sei die Person des Vertragspartners (der vertragschliessende Anwalt oder das im Hintergrund stehende Unternehmen, beide unstreitig solvent) nicht gleichgültig gewesen. Nach Auffassung des Gerichts hätte bei "Gleichgültigkeit" der Person des Gegenkontrahenten die Klage abgewiesen werden müssen. Auf die "Gleichgültigkeit" im Zeitpunkt des Vertragsschlusses dürfte es nicht ankommen, da spätestens im Prozessfall diese Gleichgültigkeit nicht besteht, der Dritte aber keine Möglichkeit hat, seinen ehemaligen Verhandlungspartner zu einer Erklärung zu zwingen, ob er in eigenem Namen oder für einen Dritten gehandelt hat. Dazu auch BUCHER, Für mehr Aktionendenken, AcP 186 (1986), 1 ff., insbesondere 58.

Beispiel 2 (Schwachstellen heutigen Zessionsrechts): Die Institution der Forderungsabtretung ist mit vielen sachimmanenten Problemen belastet, von denen man nicht anzunehmen wagt, dass sie von der heutigen Doktrin, und schon gar nicht von den gesetzlichen Regelungen, angemessen erfasst würden: Das Fehlen einer romanistischen Überlieferung als einer soliden Grundlage wird schmerzlich bewusst, wenn man etwa folgende Schwachpunkte bedenkt:

- der Schutz des *debitor cessus* ist ungenügend: Bei erfolgter Notifikation, jedoch nachträglich sich herausstellender Ungültigkeit der Forderungsabtretung trägt der Schuldner das Risiko, ohne Befreiungswirkung zu bezahlen: Geht die Notifikation vom Zessionar aus, ist er mit Abklärungen über die Gültigkeit der Zession (oder aber die Bonität des notifizierenden Zessionars) belastet. Ging die Notifikation (unüblicherweise) vom Zedenten aus, müsste der Schuldner als befreit gelten, da die Behauptung einer Zession der Benennung eines *solutionis causa adiectus* oder einer Zahlstelle zukommt. Dies ist indessen nirgends festgeschrieben, und ob dies jedermann weiss und der hier vertretenen Auffassung zustimmen wird, ist nicht gewiss.
- die heute meistens, wenn auch in verschiedenem Umfang zugelassene Vorausabtretung noch nicht entstandener Forderungen (oft in Form von Globalzessionen sämtlicher künftig entstehender Forderungen sicherungshalber an eine kreditgebende Bank) ist insgesamt gesellschaftspolitisch höchst fragwürdig, wird doch dadurch die Kreditgewährung an Schuldner, die sich dem Zusammenbruch nähern, ausgeweitet und den nicht gesicherten Gläubigern jede Aussicht auf Befriedigung genommen¹⁷¹; bei eingetretenem Konkurs des Zedenten ist das Schicksal der erst nach Konkursöffnung fällig werdenden Forderungen ungewiss. Zur Minimierung derartiger Missstände sollte wenigstens die im Voraus abgegebene Erklärung des Abtretungswillens erst bei Entstehen bzw. Fälligwerden der Forderungen wirksam werden, d. h. (nach der Theorie einer "logischen Sekunde") vorerst beim Zedenten entstehen bzw. in dessen Konkursmasse fallen, eine Auffassung, die allerdings von vielen verworfen wird.

¹⁷¹ Die jedenfalls im deutschen Sprachbereich bestehende grosse Verbreitung der besprochenen Institution der Sicherungszessionen war bei Erlass von OR und BGB noch in weiter Ferne; auch die Literatur war bis hinein in die zwanziger Jahre allein ausgerichtet auf singuläre Zessionen, d. h. auf die (damals eher seltenen) Fälle der Abtretung einzelner vertraglicher Ansprüche aus anderen Gründen denn solcher der Kreditsicherung (der Finanzierungsbedarf des Handels war durch die damals allgemein verbreitete Übung der Wechselhingabe gesichert, die angesichts der Diskontierungsmöglichkeit der Barzahlung gleichkam). Es war denn auch vorab die nach dem ersten Weltkrieg überhandnehmende Sicherungszession, die den Wechsel als Zahlungsmittel entbehrlich machte. Dazu auch BUCHER, Zur Gültigkeit von Globalzessionen – Urteilsanmerkung zu BGE 113 II 163, recht 1989, 12 ff.

- die Forderungsabtretung ist, anders als eine Vertragsübernahme, auf ein isoliertes Forderungsverhältnis (meist die Preisforderung aus irgendeinem Vertrag) bezogen. Immer häufiger bereitet das Herauslösen der abgetretenen Forderung aus dem Kontext des zugrundeliegenden Vertrages Probleme: Soll der Zessionar in Verzug setzen können und weitere dem Gläubiger zustehende Befugnisse (auch solche des Rücktritts vom Vertrag oder dergleichen) wahrnehmen dürfen?

Derartige Hinweise auf Schwachstellen, die jeder Kenner der Verhältnisse vermehren kann, mögen zeigen, dass hier noch manche Grundsatzfragen offen sind und dem Zessionsrecht jene solide Abstützung fehlt, wie wir sie in anderen Bereichen des Vertragsrechts mit Selbstverständlichkeit voraussetzen dürfen, weil diese auf die römischen Quellen und die durch sie angeregte Gedankenarbeit unzähliger Generationen abgestützt sind.

7. Befreiung von überholtem Rechtsverständnis (*sc. von romanistischer Überlieferung*)

Jedenfalls unter Juristen ist Beschäftigung mit der Geschichte nicht die Folge von Anhänglichkeit an die Vergangenheit. Und noch weniger folgt aus Beschäftigung mit dieser und Kenntnis der Geschichte rückwärtsgewandter Konservatismus. Im Gegenteil besteht eine der Hauptaufgaben der Erforschung der Vergangenheit darin, dort, wo geboten, sich von ihr befreien zu können.

Da die kontinentale Rechtsüberlieferung im Bereich des Schuldrechts auf weitesten Strecken nichts anderes fortsetzt als Mechanismen, die im alten Rom entwickelt worden sind, liegt es auf der Hand, dass heute sich als antiquiert darstellende Regelungen vermutlich ihren Ursprung in Rom haben. Die Unangemessenheit von gegenwärtigen Lösungen liegt allerdings nicht in der Schwäche der übernommenen Vorbilder (die unter damals gegebenen Verhältnissen wahrscheinlich die bestmöglichen Lösungen waren), sondern deren Übertragung auf veränderte Verhältnisse. Bessere Einsicht ist nur vom Blick zurück in die römische Geschichte zu erwarten. Und heute schleppen am schwersten jene an den Ketten der römischen Überlieferung, die am wenigsten von ihr verstehen. Dafür zwei Beispiele.

Beispiel 1 (Überliefertes Kontraktsystem – Typenfreiheit):

Erstens: traditionelles Festhalten an Vertragstypenzuordnung; der "Vertrag *sui generis*"

Das römische Kontraktsystem ist schon in der Aufklärungszeit in den Hintergrund getreten und in allen modernen Kodifikationen ausnahmslos zugunsten der Vertragstypenfreiheit fallen gelassen worden. Trotz dieser ein Vierteljahrtausend zurückreichenden Geschichte der Abschaffung des römischen Typenzwangs wirken die alten Vorstellungen weiter. Der Hauptgrund ist, dass die römischen Vertragstypen im "Besonderen Teil" des Vertragsrechts der modernen Kodifikationen weiterleben. Probleme kommen dann auf, wenn der Einordnung sich widersetzende Vertragsunikate auftauchen. Noch

heute geht eine weitverbreitete Haltung dahin, derartige Unikate so weit als möglich in eine der traditionellen Schubladen des "Besonderen Teils" hineinzupressen¹⁷².

Die Anhänglichkeit an das römische Kontraktsystem hat sodann in der Schweiz und vorab bei dessen Bundesgericht dazu geführt, mehr als andernorts sich auf das dogmatische Konstrukt des Vertrages *sui generis* zu stützen, um Vertragsunikate zu erfassen, die sich jeder Einordnung entziehen: Diese Figur setzt die Vorstellung voraus, jeder Vertrag bedürfe einer Typen- bzw. einer Gattungszuordnung; wenn bei einem Unikat eine Gattung nicht zu finden ist, muss eine solche fingiert bzw. für das Unikat neu geschaffen werden. Etwas historische Einsicht würde derartige groteske Gedankengänge entbehrlich machen und selbst geschaffene Schwierigkeiten ausräumen.

Zweitens: Empfehlung der Methode des "Blümchenpflückens"

Der Schreibende schlägt seit langem vor, bei den hier besprochenen Verträgen auf Zuordnung überhaupt zu verzichten, immerhin aber, wenn eine für einen bestimmten Vertragstypus aufgestellte Norm auf eine *in casu* vorliegende Problemlage zugeschnitten scheint, diese analog anzuwenden¹⁷³. Dem Vernehmen nach wurde dieses Rezept im Unterricht von Kollegen schon als "Blümchenpflückmethode" vorgestellt: milder Spott in einem sympathischen Bild, das den Verfasser, der diese seine Auffassung nicht ebenso treffend und hübsch hätte umschreiben können, mit Freude erfüllt. Die Handhabung dieser Methode sei an folgendem Beispiel illustriert: Es sei betrachtet das Beispiel eines Gutachterauftrages, bei dem (in der Schweiz) die Zuordnung entweder zu Auftrag oder zu Werkvertrag zur Debatte steht. Nehmen wir den Fall, dass ein Gutachterauftrag erteilt ist, aber das Gutachten nicht abgeliefert wird. Zwei Gründe fallen in Betracht: Der Besteller teilt dem Gutachter kurz nach Aktenübermittlung, aber bevor der Gutachter tätig wurde, mit, dass sein Interesse am Gutachten dahingefallen sei, oder aber der Gutachter hat schon grosse Arbeit unternommen, wird aber durch höhere Gewalt gehindert, binnen nützlicher Frist einen verwertbaren Text abzuliefern. Qualifizieren wir als Auftrag, hat der Gutachter im Falle des Widerrufs nichts, im Falle seiner Erkrankung aber Honorar für seinen bisherigen Zeitaufwand zu fordern. Wenn wir umgekehrt Werkvertrag annehmen, hat er bei Widerruf eine hübsche Summe, im Fall der Erkrankung dagegen nichts zu fordern. Das hier vorgeschlagene "Blumenpflücken" ruft in jedem der beiden Sachverhalte nach der Überlegung, ob die werkvertragliche oder mandatsrechtliche

¹⁷² In der französischen Schweiz nimmt das Verlangen des "qualifier le contrat", d. h. den singulären Vertrag einem der gesetzlichen Vertragstypen zuzuordnen, manchmal fast zwanghafte Formen an. Worin wohl ein Einfluss der französischen (besonders stark an die romanistische Überlieferung gebundenen) Vertragslehre erkannt werden kann.

¹⁷³ BUCHER (Fn. 104) § 9 II 5, 91 ff.; DERSELBE, ZSR 102 (1983) 280 ff.; DERSELBE Der Trödelvertrag, mit den Augen Ulpianus betrachtet, in: Peter Forstmoser und andere (Hg.), Festgabe für Walter R. Schlupe, 1988, S. 95 ff., insbesondere 111 ff.

Lösung sachlich angemessen sei. Die Antworten fallen unterschiedlich aus und gehen in der Sicht des Schreibenden dahin, dass der Gutachter in beiden Fällen nichts fordert, also, immer zu seinem Nachteil, das eine mal nach Mandat, das andere mal nach Werkvertrag überlegt. Grund dieser wohl in unseren Kreisen vorherrschenden Auffassung liegt nicht nur darin, dass wir Juristen in Geldsachen alter Tradition folgend besonders vornehm sind¹⁷⁴. Diese Tatsache beeinflusst vielmehr auch den im vorgelegten Fall zu vermutenden Parteiwillen bzw. die berechnete Erwartung der Vertragsparteien.

Drittens: auch hier das Vorbild der Digesten

Die heute noch die kontinentale Rechtshandhabung verunklarenden Nachwirkungen des römischen Kontraktsystems und dessen Typenzwangs erwecken den Schein, dass in der reichen aus der Antike überkommenen Erbschaft der römischen Rechtsüberlieferung sich ein Passivposten befunden habe. Demgegenüber ist gefordert die Einsicht, dass unser Typenkatalog des "Besonderen Teils" des heutigen Vertragsrechts in Rom nie die ihm jetzt zugeschriebene Bedeutung hatte. An kaum einem anderen Ort kommt die Fähigkeit zu Differenzieren, um jedem Sonderfall gerecht zu werden, und die Distanz gegenüber Generalisierungen deutlicher zum Ausdruck als im römischen Vertragsrecht. Die in den heutigen Kodifikationen weiterlebende Liste der Kontrakte (die heute von manchen als abschliessend verstanden wird) war nicht so primitiv wie unser heutiges Verständnis der Verträge: Neben den vollgültig-klagbaren Kontrakten gab es die *pacta*, die zwar keine Klagemöglichkeit, wohl aber gegenüber der Rückforderung einer bereits erbrachten Vertragsleistung eine Einrede gewährten. Sodann wurden die Kontrakte ergänzt durch Innominatkontrakte oder *Recepta*, und die fallweise bei Bedarf vom Prätor gewährten *actiones in factum*, womit eine lange Reihe von Quasikontrakten ihre rechtliche Regelung erfuhren. So etwa die bis heute anerkannte Geschäftsführung ohne Auftrag und der ganze Sachbereich, der heute teilweise mit der Etikette "faktische Vertragsverhältnisse" versehen wird¹⁷⁵.

Beispiel 2 (Befreiung des heute herrschenden Gattungskaufs von der auf den Stückkauf ausgerichteten römischen Überlieferung): Der Kauf als sozio-ökonomische Erscheinung hat sich im Lauf der Zeit (und so am meisten infolge der Industrialisierung der letzten zwei Jahrhunderte) grundlegend verändert, welche Entwicklung, da kontinuierlich fortschreitend, von den Juristen nie in ihrer grundsätzlichen Bedeutung erkannt wurde. In seinen Ursprüngen ist Kauf ein Akt der Eigentumsübertragung und damit immer auf eine bestimmte Sache bezogen, was in der Rechtsüberlieferung bis in

¹⁷⁴ Dies ist alte Rechtstradition: In Rom hatte der Jurist bloss ein *salarium* (Beitrag an die Lebenskosten, umschrieben *pars pro toto* mit dem besonders hohen Posten des Salzgeldes) zu fordern, und noch heute sind die Ansprüche des Barristers in England unklagbar.

¹⁷⁵ Dazu oben Ziffer VI 4 e und die in Fn. 102 Genannten.

die Neuzeit weiterwirkt. Typischerweise können sodann die Eigenschaften der übertragenen Sache nicht beeinflusst werden. Die heute als Gattungskäufe bezeichneten Geschäfte kamen kaum vor, denn einmal war vertretbare Massenware noch wenig vorhanden (in Frage kamen nur Naturprodukte, aber Kartoffeln, Kohle oder Erdöl wurden noch nicht gehandelt; die heute den Markt beherrschenden industriell gefertigten Massenprodukte waren noch in weiter Ferne). Aber auch Naturprodukte wurden, angesichts der Aufwendigkeit des Wägens und Messens, weitgehend nach dem Stückkaufmodell gehandelt, dies zumal in der Sicht des römischen Rechts, das sich am Modell des Kaufs auf dem Markt orientiert, wo stückweise (d. h. bezogen auf ein den Parteien vorliegendes Sachquantum, eine bestimmte Amphore voll Öl, einen Sack Oliven) kontrahiert wurde¹⁷⁶. Heute sehen wir eine von Grund auf veränderte Welt: Das Bild wird beherrscht von industriell gefertigten Massengütern, bei denen die Individualisierung des zu übertragenden Gutes zufällig ist und die nach dem Muster des Gattungskaufs gehandelt werden.

Der Verkauf von individualisierten Unikaten kommt, wenn auch fast bloss ausnahmsweise, immer noch vor, aber meist sind die Kaufobjekte in ihrer Qualität beeinflussbar (das Schulbuchkaufobjekt des Gebrauchtwagens, dem man mit Aufwand jede gewünschte Eigenschaft geben kann)¹⁷⁷.

Die Kaufrechte aller modernen nationalen Kodifikationen folgen fast sklavisch dem römischen Kaufrechtsmodell. Dieses ist in der Tat eine grossartige und nicht zu übertreffende Schöpfung: Im Falle von Mängeln der Kaufsache erhält der Käufer, dem Ansprüche aus Vertragsverletzung nicht zustehen können¹⁷⁸, ersatzweise andere Rechtsbehelfe (Anspruch auf Wandelung oder Minderung, d. h. auf Rückgängigmachung des Geschäfts oder Preisreduktion). Aber das römische Modell war immer bloss auf den Stückkauf ausgerichtet, und ist heute immer noch die ideale Lösung im Falle des Handelns mit "unverbesserlichen Unikaten", passt aber nicht für die heute statistisch vorherrschenden Erscheinungsformen des Kaufs.

Der hier angeregte Rückgriff auf die Rechtsüberlieferung soll ins Bewusstsein bringen, dass das Kaufrecht der nationalen Kodifikationen infolge seiner Verhaftung im römischen Recht immer noch am technologischen Status der Antike orientiert ist, obwohl der damals gerechtfertigte technologische Fatalismus

¹⁷⁶ Dies zeigt schön ZIMMERMANN (Fn. 152) 236 ff., "2. Generic sales".

¹⁷⁷ Zur Entwicklung des Kaufrechts von der Antike bis hinein in unsere Tage gibt es jetzt die tiefeschürfende, alle denkbaren historischen wie komparatistischen Aspekte beleuchtende Darstellung von WOLFGANG ERNST, Kurze Rechtsgeschichte des Gattungskaufs, ZEuP 1999, 583 ff. Ergänzend BUCHER, Überblick über die Neuerungen des Wiener Kaufrechts; dessen Verhältnis zur Kaufrechtstradition und zum nationalen Recht, in: Eugen Bucher (Hg.), Wiener Kaufrecht, Berner Tage für die juristische Praxis 1990, 1991, S. 13 ff.

¹⁷⁸ Wenn Verbesserung des Kaufgegenstandes nicht möglich ist, kann die Qualität der Kaufsache nicht als Verkäuferpflicht betrachtet werden und der Verkäufer bei Sachmängeln nicht wegen Vertragsverletzung haften.

heute nur noch in Ausnahmefällen eine Grundlage hat¹⁷⁹ und der Stückkauf, wie in Rom vorausgesetzt, zur Ausnahme geworden ist. Sobald die Sachqualität vom Verkäufer beeinflusst und damit zur Verkäuferpflicht erhoben werden kann, passt das Vorbild des römischen Rechts nicht mehr: Das Geschäft kann den üblichen Sanktionen der Vertragsverletzung unterstellt werden (wozu vorab Schadenersatzpflicht des Verkäufers gehört), und die diese ersetzenden Behelfe der Wandelung und Minderung könnten vielleicht sogar entbehrt werden. Das Wiener Kaufrecht, das praktisch fast ausschliesslich auf Gattungskäufe angewendet wird, hat den sachlogisch geforderten Schritt mühelos vollzogen und ein zeitgemässes Kaufrechtsmodell entwickelt¹⁸⁰. Der historische Rückblick sollte dazu einladen, auch im Rahmen der nationalen Kaufrechte für die neu aufgekommenen Erscheinungsformen des Kaufs (und nur für diese¹⁸¹) neue Regeln zu finden, insbesondere nicht länger zu zögern, in allen Fällen technologisch beeinflussbarer Sachqualität diese als mögliche Verkäuferpflicht und Sachmängel als Vertragsverletzung zu betrachten¹⁸².

8. Rückbesinnung auf prae-normative Rechtsbetrachtung ("Aktionendenken")

Das Rechtsverständnis, hier gesehen als die Art und Weise des sich Vorstellens gegebener Rechtsinhalte, hat sich im vergangenen Jahrtausend entscheidend verändert. Darauf ist hier einzugehen, weil das Formale der bei der Rechtserfassung verwendeten Begriffe und Institute gelegentlich auf den Inhalt zurückschlägt. Die Römer, pragmatisch und der Anschaulichkeit zugetan, betrachteten das Recht aus dem Blickwinkel der Rechtsdurchsetzung vor den Gerichten und verstanden es als ein System von prozessualen Klage- und Verteidigungsmöglichkeiten. Dieses "Aktionendenken" ist dem heutigen Juristen

¹⁷⁹ Der Einbezug der seit einem oder zwei Jahrhunderten zu Bedeutung gelangenden Gattungskäufe in das traditionelle Kaufrecht (und damit die Schaffung eines Kauf-Sondertypus "Gattungskauf") erfolgte gewissermassen durch die Hintertür und infolge fehlender Aufmerksamkeit der Juristenschaft. Die Kodifikationen der ersten Generation (Allgemeines Landrecht, französischer Code civil und Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch) sind noch ganz auf den Stückkauf ausgerichtet, und selbst die Bezugnahmen auf den Gattungskauf des aOR (Art. 252) und des BGB (§ 480), die beide nach dem Vorbild des Privatrechtlichen Gesetzbuchs für den Kanton Zürich § 1420 einen Anspruch auf Ersatzlieferung mangelhafter Sachen statuieren, hat bloss beiläufigen Charakter. Das die heutige Verwirrung stiftende Versehen besteht darin, dass auch in den übrigen Punkten des Sachgewährleistungsrechts der Gattungskauf nicht den allgemeinen Kaufregeln unterstellt werden darf.

¹⁸⁰ "Wiener Kaufrecht", UNCITRAL-Übereinkommen vom 11.4.1980, auch CISG – UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Dieses stellt ins Zentrum die Verkäuferpflicht, dem Käufer eine bestimmte Ware mit vertragskonformen Eigenschaften zur Verfügung zu stellen, welches Konzept dem erfolgsgerichteten Werkvertrag näher steht als dem traditionellen Kauf.

¹⁸¹ Für den Kauf nicht beeinflussbarer Unikate ist das römische Modell immer noch das beste aller Welten. Das Schweizer Bundesgericht zieht im Kaufrecht seit langem *contra legem*, aber begründetermassen, auch bei Qualitätsmängeln eine Schadenersatzpflicht in Betracht, sollte aber (anders als bisher) diese Ausnahme in Bezug zu den eingetretenen Veränderungen setzen und deren Voraussetzungen klar umschreiben.

¹⁸² Dazu BUCHER (Fn. 177) *passim*.

kontinentaler Tradition¹⁸³ fremd geworden. Dessen Rechtsverständnis ist normativ geprägt: Er fragt nach den für den Bürger massgeblichen Normen, d. h. den vom materiellen Recht bestimmten, vorprozessual gegebenen Verhaltenspflichten, und diese Normen sind mit dem Anspruch auf Selbstverwirklichung ausgestattet. Die normative Deutung erfasst alle geläufigen rechtlichen Vorstellungen. Verträge werden nach der bereits vom französischen Code civil geprägten schönen Formel verstanden: *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* (Art. 1134 I), das Sacheigentum wird als normative Sachzuordnung und an den Nichtberechtigten gerichtetes Verbot des Eingriffs verstanden und dergleichen. Anstelle der prozessbezogenen Vorstellung der *actio* tritt die vom Prozess absehende, materiellrechtliche Vorstellung des subjektiven Rechts in dessen verschiedenen Erscheinungsformen der Forderungsrechte, dinglichen Rechte usw. Diese Neuorientierung fällt zusammen mit einer wissenschaftlichen Trennung der Disziplinen des materiellen Rechts und des Prozessrechts¹⁸⁴. Der historische Ablauf dieser tiefgreifenden Veränderung innerhalb der kontinentalen Rechtsentwicklung bedarf weiterer Klärung. Derzeit steht für den Schreibenden bloss fest, dass dieselben Gründe, welche die Entstehung des Konzepts der Kodifikation im heutigen Sinne ausgelöst haben (oben Ziffer IV), auch hier mitspielten¹⁸⁵.

Vor fünfzehn Jahren hat der Verfasser an der Tagung der Zivilrechtslehrer die sachlichen Ungereimtheiten, die sich in Einzelfragen aus der genannten normativen Ausrichtung im Privatrecht ergeben können, zu illustrieren versucht¹⁸⁶. Das hat allerdings nicht die Wirkung haben können, das Problem

¹⁸³ Anders indessen sein Englisch sprechender Kollege, der in diesem Punkt ähnlich wie die alten Römer überlegt.

¹⁸⁴ Anhangsweise sei daran erinnert, dass im Verlauf der Abtrennung des materiellen Rechts vom Prozess auch einige Problembereiche, die ihren Ursprung im Verfahren haben, zu Fragen des materiellen Rechts umgedeutet wurden, was dem richtigen Verständnis nicht zuträglich war. Vgl. dazu die Hinweise zur Aufrechnung (oben Ziffer VIII 3). Als Ergänzung kann sodann hier die (weder im OR noch im BGB geregelte, sondern als bekannt vorausgesetzte) Stundung genannt werden, die statt als prozessuale als materiellrechtliche Institution verstanden wird. So gesehen repräsentiert die gestundete Forderung mangels Fälligkeit auch keine aktuelle Pflicht, so dass Verzugsfolgen (Zinsen; so denn auch BGB §§ 352 und 354), die Verrechnungsmöglichkeit usw. ausgeschlossen sind, was oft dem tatsächlichen Parteiwillen nicht entsprechen dürfte. Das Modell zum Verständnis des wohl statistischen Hauptfalls der sogenannten Stundung liefert die romanistische Überlieferung mit ihrem im Prozess angesiedelten *pactum de non petendo (in tempus)*; meist dürfte Stundung nichts anderes bedeuten wollen als in diesem Sinne die Zusicherung des Verzichts auf Gläubiger-Massnahmen (Klageerhebung, Konkursbegehren, Exmissio aus der Mietsache etc.), ohne aber deshalb einen Verzicht auf Verzugsfolgen wie Zinspflicht, Gefahrtragung usw. darzustellen.

¹⁸⁵ Der Schreibende darf hier einen präzisierenden Hinweis zu der in seiner Habilitationsschrift entwickelten Theorie des subjektiven Rechts anbringen (EUGEN BUCHER, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Tübingen 1965). Es ging ihm damals um eine normlogische Untersuchung der traditionellen Figur des subjektiven Rechts, nicht beabsichtigt war jedoch ein Plädoyer für eine normative Rechtsbetrachtung oder gar gegen Aktionendenken. Die These, dass nicht das Bestehen subjektiver Rechte, sondern erst deren Ausübung (sc. die Anspruchserhebung) für Dritte normativ wirksam wird und aktuelle Pflichten begründet, war vielmehr bereits damals ein Schritt hin zu subjektbezogener Betrachtung des Privatrechts, wie sie das Aktionendenken kennzeichnet.

¹⁸⁶ BUCHER, AcP 186 (1986), 1 ff. (zur Geschichte einige Hinweise 7 ff.)

im gegenwärtigen Methodenverständnis hinreichend präsent zu machen, und das Thema bleibt auf der Traktandenliste jeder Rechtsbetrachtung, die aus der Überlieferung Belehrung zu ziehen sucht. Hier soll nicht an anderer Stelle Ausgeführtes wiederholt werden, vielmehr ein kurzer Hinweis genügen.

Im Vertragsrecht haben die Gesetzgeber des schweizerischen OR und des ihm in diesem Punkte folgenden BGB den Irrtum aus dem objektiven Tatbestand der Vertragsnichtigkeit zu einem subjektbezogenen Anfechtungstatbestand gemacht, was einen Fortschritt darstellt. Eine vergleichbare Subjektbezogenheit wäre indessen auch geboten bei allen Vertragsnichtigkeitsgründen, deren Mangel allein in der Person der einen Vertragspartei liegt und Allgemeininteressen nicht berührt. Dies ist der Fall der (oben Ziffer VII 7 lit. c cc) bereits genannten Handlungsunfähigkeit, die nur vom Betroffenen selber, nicht aber von dessen Partner soll geltend gemacht werden dürfen, aber vor allem bei den infolge übermässiger Belastung der einen Partei als "sittenwidrig" deklarierten Verträge (BGB § 138 I, ZGB Art. 27 II): Es macht wenig Sinn, wenn bei Verträgen mit übermässig bindenden Konkurrenzverboten oder persönlichen Risiken zu Lasten der einen Partei sich deren Vertragsgegner auf die Vertragsnichtigkeit berufen kann (vielleicht, um sich von der Pflicht einer Verbotsentschädigungszahlung zu befreien), wie dies bei Annahme von Vertragsnichtigkeit an sich der Fall wäre. Ähnliche Mechanismen lassen sich indessen in ganz verschiedenen Zusammenhängen des Vertragsrechts antreffen, welche weitere Untersuchung verdienen würden.

Nicht anders beim Eigentumsbegriff, der heute schematisch als objektiv festzustellende Sachzuordnung verstanden wird, jedoch in verschiedenen Zusammenhängen eine mehr funktionale Betrachtung verdienen würde: Bei internationalen Warentransporten ist in der Zeitspanne, in welcher die Ware zwar bereits weg vom schuldnerischen Erfüllungsort (dem Tor des Lieferanten) bewegt wurde, aber noch nicht beim Empfänger angelangt ist, die Zuordnung des Eigentums an der Sache inhaltslos und bleibt besser ausser Betracht, da alle möglicherweise aufkommenden Fragen (Verfügungsbefugnis über die Ware und deren Haftung für die verschiedenen möglicherweise bestehenden Forderungen, Tragung der Kosten und Risiken usw.) autonom durch die bestehenden Liefer-, Finanzierungs- und Transportvereinbarungen bzw. das Halten der daraus resultierenden Warenpapiere bestimmt werden und mit der Eigentumszuordnung keinen Zusammenhang haben¹⁸⁷. Das hier beschriebene,

¹⁸⁷ Der Versuch der Eigentumszuordnung am unpassenden Ort kann Missverständnisse veranlassen. Nach deutschem BGB, das in § 433 I sich von der (von allen sonstigen Kodifikationen übernommenen) Eviktionshaftung guter römischer Tradition entfernt und ein sogenanntes Garantieprinzip zu verwirklichen versucht, ist allerdings der Einbezug der Eigentumsfrage wohl nicht immer zu umgehen (zu der Fragwürdigkeit dieses Garantieprinzips BUCHER [Fn. 79] 171 ff.). Bei FRANZ WIEACKER, *Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht*, in: Rolf Dietz, Heinz Hübner (Hg.), *Festschrift für Hans Carl Nipperdey*, 1965, S. 783 ff. wird dieser Widerspruch zwischen Schuld- und Sachenrecht besonders deutlich; dieser Autor lässt für Vertragserfüllung (sc. Befreiung von Vertragspflichten) das Ausführung des vertraglich geschuldeten *facere* und *dare* seitens des Schuldners nicht genügen, sondern verlangt auf breiter Front (und nicht bloss bei eindeutiger vertraglicher Statuierung einer Pflicht des *praestare*) auch den Eintritt eines Leistungserfolgs. Für ihn ist Erfüllung mittels Leistung nichts anderes "als Verwirklichung des Gläubigerinteresses schlechthin", während "im Systemzusammenhang der Erfüllungslehre das Element des Schuldnerverhaltens für den Leistungsbegriff prinzipiell ausser Betracht bleibt" (S. 791). Derartiges mag vielleicht bei Pflichten des *dare* im Rahmen von BGB § 433 I angehen, ist aber als allgemeine Regel nicht zu halten.

fast zwangshafte an den Eigentumsbegriff herangetragene Bedürfnis objektiver Sachzuordnung hat in der Schweiz bei der "Konstruktion" des Eigentumsvorbehalts, der nach ZGB Art. 715 I zur Wirksamkeit der Eintragung in einem Register bedarf, seltsame Folgen gezeitigt. Bei traditioneller Sicht kann der Eigentumsvorbehalt nichts anderes sein als das Nichtereignis des Eigentumsübergangs, welches an Gültigkeitsvoraussetzungen zu knüpfen groteske Vorstellungen veranlasst¹⁸⁸. Nur eine "Funktionalisierung" oder "Relativierung" des Eigentumsbegriffs lässt eine zwangslose und sachgerechte Erfassung der Sachlage zu: Inter partes gilt dann der Eigentumsvorbehalt sofort, während gegenüber Dritten er allein bei Registereintrag wirkt¹⁸⁹. Nur der kasuelle Verzicht auf die gegenwärtig immer noch alleinherrschende objektive, d. h. für jedermann in gleichem Sinn wirksame Eigentumszuordnung hilft weiter. Zu diesem Schritt könnte der Blick in die Vergangenheit den nötigen Mut schaffen; wohin er auch falle, die früheren Verhältnisse waren sachlich besser, rationaler, funktionaler und moderner: Die germanische *gewere* hat zum vornherein nie eine objektive Sachzuordnung versucht, sondern personenbezogen allein die Zugriffs- und Nutzungsbefugnisse geordnet. Aber auch der römische Eigentumsbegriff war keineswegs, wie die primitivisierende Sicht der Pandektistik lange glauben machte, auf eine "objektive" (d. h. parteirollenunabhängige) Eigentumszuordnung ausgerichtet; die neuere romanistische Forschung spricht denn auch von einer "relativen" Eigentumszuordnung¹⁹⁰.

9. Für die Wissenschaft: Verbreiterung der Problemerkennntnis und des Vorrats an Lösungen

Rechtswissenschaft kann zum vornherein umschriebene Rechtsprobleme bearbeiten oder aber, wie z. B. in Lehrbüchern, möglichst viele Probleme im Rahmen eines vorgegebenen Sachbereichs behandeln. In beiden Fällen wird

¹⁸⁸ Bei Sachübergabe muss, angesichts der Ungültigkeit des Vorbehalts, das Eigentum als übergegangen betrachtet werden, es springt aber wieder auf den Vorbehaltsverkäufer zurück, wenn der Registereintrag erfolgt, welche Ausgangslage in der Literatur verschiedenste dogmatisch-konstruktive Verrenkungen veranlasst hat und etwa die strafrechtliche Verfolgung des unzulässigen Verkaufs durch den Vorbehaltskäufer von der sachlich absurden Voraussetzung abhängig macht, dass die Tat erst nach Registereintrag erfolgt.

¹⁸⁹ Der Veräußerer (oder dessen Gläubiger) kann den Eigentumsvorbehalt gegenüber den Gläubigern des Erwerbers nur im Falle des Registereintrags geltend machen.

¹⁹⁰ Vor allem MAX KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, 2. Auflage, 1956; DERSELBE, *Der römische Eigentumsbegriff*, in: *Deutsche Landesreferate zum VI. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung*, Sonderveröffentlichung von Rabels Zeitschrift 1962, 19 ff., hat hier für Aufklärung gesorgt.

die historische Perspektive dabei eine Hilfe sein und eine Vertiefung der Betrachtung ermöglichen. Während sich im übrigen zu monographischen Untersuchungen an dieser Stelle kaum allgemeine Empfehlungen formulieren lassen, sind doch einige Bemerkungen zur Literaturgattung der Gesamtdarstellungen und anderer "flächendeckender" Veröffentlichungen möglich. In derartigen Fällen besteht meist die erste Aufgabe darin, die im fraglichen Bereich überhaupt denkbaren, d. h. möglicherweise aufkommenden Fragen zu erkennen, daran anschliessend sind die für die gefundenen Probleme geeigneten Lösungen zu finden. Auf beiden Ebenen kann der Blick in die Vergangenheit die schönsten Fundgruben eröffnen, die von Nichthistorikern heute nur selten ausgebeutet werden. Aus den Normierungen früherer Gesetzgebungen (oder natürlich auch heute noch geltenden ausländischen Kodifikationen) lassen sich nicht bloss Lösungsvorschläge entnehmen, sondern auch die normveranlassenden Sachfragen rückerschliessen. Die Konsultation früherer Literatur gibt beides: Vermehrung unserer Vorausschau von nach Lösung verlangenden Problemen, sodann oft auch einen Katalog von Vorschlägen verwertbarer Lösungen. Und erst recht eröffnet der Rückgriff auf das Corpus Iuris neue Horizonte: Der Modernrechtler möge sich vor Augen halten, dass (wenn wir nur vom Quantitativen sprechen) dort eine Masse normativer Aussagen vereinigt ist, die ein Vielfaches von dem darstellt, was er davon in sämtlichen modernen Kodifikationen zusammen genommen finden kann.

Wissenschaftler und Universitätslehrer unserer Disziplin, vorab die jungen unter ihnen und wohl am meisten in Deutschland, leben mit einem Defizit eigener Erfahrungen in Anwalts- und Gerichtspraxis. Im juristischen Alltagsbetrieb gewonnene persönliche Erfahrung und die daraus sich ergebenden Anregungen bedeuten eine unschätzbare Hilfe sowohl im Unterricht wie der fachlichen Schriftstellerei. Deren Erlangung setzt aber mehr als alles andere Kraft und Zeit voraus, also Güter, die zunehmend knapper werden. Das Dilemma der Lebensgestaltung: Fliegen in der Theorie oder Schwimmen in der Praxis? ist uns allen geläufig. Hier sei der Hinweis auf die Rechtsüberlieferung erlaubt, denn deren Weisheit, gewachsen über zwei Jahrtausende, verkörpert einen unerschöpflichen Vorrat fremder juristischer Erfahrung, der dem Juristen die selbst gewonnene gewiss nicht ganz, aber doch wenigstens teilweise zu ersetzen vermag. Aber, wie abschliessend festgehalten sei, hilft historisches Wissen allein wenig, wenn es nicht Bestandteil einer lebendigen Verbindung mit dem Vergangenen ist¹⁹¹.

¹⁹¹ Dies ist vielleicht der Ort, die schöne Formel von EUGEN HUBER (Fn. 30) 1, zu zitieren, mit der er den dem historischen Rückblick gewidmeten Band seines *magnum opus* eröffnet: "Die Kenntnis der Geschichte gleicht der persönlichen Erfahrung. Sie beide besitzen für uns nur den Wert, den ihnen unser Bewusstsein zu geben imstande ist. Tote Kenntnisse sind subjektiv und objektiv bedeutungslose Kenntnisse. Lebendig ist nur das Wissen, das die Vergangenheit mit unserer Gegenwart zu verknüpfen und unserem Bewusstsein Gestalt und Inhalt zu verleihen vermag."

IX. Folgerungen für heutige Handhabung des Rechts

Die Durchkodifizierung des Rechts der Neuzeit hat eine Scheidung von Vergangenheit und Gegenwart bewirkt und die Wissenschaft des geltenden Rechts von jener der Vergangenheit abgekoppelt. Hier sind die Folgerungen der Anerkennung der Rechtsüberlieferung als subsidiäre Rechtsquelle zu untersuchen, d. h. zu fragen, was sich ändert, wenn wir rechtliche Vergangenheit und Gegenwart als untrennbare Einheit verstehen und in diesem Sinne eine "unitarische" Rechtsbetrachtung verwirklichen.

1. Wissenschaft vom geltenden Recht

a) Das Selbstverständnis der Disziplin

Der oben unter Ziffer III demonstrierte Anspruch aller hier betrachteten Gesetzbücher, als einzige Rechtsquelle anerkannt zu werden, reduziert, wenn wörtlich befolgt, den Vorgang der Rechtsermittlung auf bloße Auslegung der Gesetzestexte und lässt für echte Rechtswissenschaft keinen Raum¹⁹². Dieser Forderung nachzukommen ist, wie gesehen, niemand bereit. Aber erst die explizite Verwerfung des Anspruchs auf Exklusivgeltung und die hier für den Fall des Schweigens der Gesetze vorgeschlagene Zulassung der Berücksichtigung extralegalen Erkenntnisquellen verschafft unserer Disziplin die Rechtfertigung ihres bisherigen Tuns und künftigen Daseins.

Die argumentative Sanierung der Stellung der Privatrechtswissenschaft betrifft nicht nur unsere wissenschaftlichen Bemühungen, sondern auch deren Ergebnis, die veröffentlichte Doktrin, die wieder in ihren angestammten, früher selbstverständlichen Stand als Rechtsquelle eingesetzt wird. Ohne weiteres ist allerdings auch künftig hinzunehmen, dass sie seit dem Bestehen der Kodifikationen nicht mehr wie einst den Rang der prioritären oder gar einzigen Rechtsquelle einnimmt, sondern hinter dem Gesetz zurücktritt und erst bei dessen Schweigen das Sagen hat.

b) Aufgabe der Wissenschaft: Rechtsermittlung dort, wo das Gesetz schweigt

Die Preisgabe der positivistischen Identifikation gibt der Privatrechtswissenschaft nicht nur den ihr gebührenden Status zurück, sondern stellt auch deren Wesenskern und Aufgabe heraus: Rechtsermittlung dort, wo gesetztes Recht fehlt. Das Aktionsfeld unserer Wissenschaft sind die Gesetzeslücken,

¹⁹² Dazu oben lit. V 3 und 4. Rechtswissenschaft wird hier im engeren Sinn, d. h. als normative Disziplin verstanden, deren Gegenstand allein vorgegebene Rechtsregeln sind. Nicht dazu gehören Untersuchungen, die *de lege ferenda* oder im Rahmen der Füllung von Gesetzeslücken angestellt werden, so weit sie sich auf nicht-normatives Material stützen und sich auf der Ebene sozialempirischer Forschung, ökonomischer Analyse des Rechts oder dergleichen bewegen.

auf der Landkarte des Rechts die unbekannt, erst noch zu erforschenden weissen Flecke¹⁹³.

Wissenschaft ist, wie man sogar dem Wort selber entnehmen könnte, das, was Wissen schafft. Es geht um das Vermehren unseres Wissens, um das Schaffen neuer, bisher nicht verfügbarer Einsichten und Erkenntnisse. Ist dies so, kann auf Auswertung des blossen Textes der Gesetzbücher beschränkte Rechtsermittlung, d. h. Auslegung im engeren Wortsinn, nicht Sache der Wissenschaft sein (dazu auch oben Ziffer I 6 b und c; Ziffer V 4 d). Es folgt aus dem Begriff der Gesetzgebung, dass die Ermittlung des normativen Gehalts eines Gesetzeswerkes keine Wissensvermehrung darstellen kann: Gesetze setzen voraus Veröffentlichung und Kundbarmachung deren Inhalts für die Betroffenen. Gesetzesrecht kann daher nicht mehr sein als das, was dem Gesetzestext von dessen Adressaten entnommen werden kann und keiner extralegalen Orientierungshilfen bedarf. Das (*per definitionem* für jedermann erkennbare) Gesetzesrecht und dessen Ausbreitung vor dem Publikum ist nicht Sache der Wissenschaft. Wird jedoch eine Aussage gemacht, die neues Wissen schafft und daher wissenschaftlich ist, kann dieses Wissen, weil neu, sich nicht auf das Recht, wie im Gesetz enthalten, beziehen, sondern nur auf die Rechtsordnung schlechthin. Die Rechtswissenschaft findet ihren Gegenstand gerade dort, aber auch nur dort, wo das Recht im eigentlichen Sinn, die Rechtsordnung insgesamt, über das im Gesetz enthaltene Recht hinausgeht.

c) Forderung der Offenlegung der verwendeten Erkenntnisquellen

Die Doktrin des geltenden Rechts hat sich auch bisher nicht gescheut, bei ihrer Suche nach Antworten auf sich stellende Rechtsfragen alle möglichen extralegalen Gesichtspunkte auszuwerten, darunter vorab auch solche, die hier unter den Oberbegriff der Rechtsüberlieferung gezogen werden. Derartiges Vorgehen ist indessen meist nicht verbunden mit offener Anerkennung bestimmter aussergesetzlicher Quellen der Rechtsermittlung. In der Begründung der gefundenen Ergebnisse herrscht auch dann noch Anrufung des Gesetzes vor, wo dieses schweigt. Die hier postulierte offene Anerkennung subsidiärer Rechtsquellen beseitigt den Anlass der Verschleierung der verwendeten Informationen und angestellten Überlegungen.

Mit der Zulassung aussergesetzlicher subsidiärer Rechtsquellen geht allerdings einher die Forderung, die tatsächlich ausschlaggebenden persönlichen Überlegungen mitzuteilen und die berücksichtigten Rechtsquellen und sonstigen Informationen offen zu legen. Es wird hier jener beliebten Argumentationsweise entgegengetreten, deren Kerngehalt in der Behauptung liegt, der

¹⁹³ Auf den weissen Flecken früherer Karten las man: *ubi sunt leones* (hier herrschen die Löwen). Auf den die Gesetzeslücken markierenden weissen Flecken der Landkarte des Rechts befinden wir uns in der Rolle der Löwen, und es müsste warnend vermerkt sein: *ubi sunt iuris periti* – hier haben die Rechtswissenschaftler das Sagen.

vertretene Rechtsstandpunkt "entspreche dem Willen des Gesetzes". Derartige Diktion ist für alle Beteiligten angenehm, unterdrückt jedoch im Falle der Antwortverweigerung des Gesetzes (d. h. dann, wenn überhaupt bloss Stellungnahme der Wissenschaft gefordert ist) die Wahrheit. Sie verkörpert "political correctness", weil sie die Schwächen (Lücken) der nationalen Gesetzeswerke wie auch das Bestehen von bei der Lückenfüllung verfügbarer konkurrierender Supplementärrechtsquellen verschweigt¹⁹⁴. Vor allem aber erübrigt sie Sachargumente und hat den grossen Vorteil, nicht falsifiziert werden zu können. Derartige Haltung sollte keine Zukunft haben.

d) Wissenschaft als Wegweiserin: Kritik an Gesetz, Judikatur und Doktrin

Unsere Wissenschaft stand in der vorkodifikatorischen Ära in selbstverständlicher Verantwortung für das Recht, hatten die Gerichte doch für ihre Entscheidungen auf weiten Strecken keine anderen normativen Vorgaben als die damaligen Lehren der Rechtswissenschaft. Diese wiederum räumte der zeitgenössischen Judikatur regelmässig keine wegleitend-autoritative Bedeutung zu; eher wurde seitens der Wissenschaft ein Überwachen der Rechtsanwendung hinsichtlich deren Konformgehens mit der massgeblichen Doktrin erwartet. Durch die Schaffung der Kodifikationen ist, formell gesehen, unsere Wissenschaft aus der Verantwortung für den Rechtsgang entlassen worden, dies allerdings nur im Rahmen des Exklusivgeltungsanspruchs der Gesetze. Machen wir damit Schluss und anerkennen unsere Disziplin als Rechtsquelle, wird die frühere Verantwortung in veränderter Form wieder neu hergestellt. Das bringt weniger Prärogative als Pflichten, unter diesen vor allen anderen die Pflicht zu kritischer Haltung gegenüber dem heutigen Recht und dessen Handhabung.

Urteilkritik: Vorab seit dem Erlass der Kodifikationen hat sich eine Übung der Urteilkritik gebildet¹⁹⁵. Aber diese Kritik wird bloss kasuell gehandhabt; eine generelle Verantwortung und systematische Judikaturkontrolle wird von keiner Seite gefordert und kaum je als zentrales Anliegen der Wissenschaft deklariert. Es gehört indessen zu den Hauptaufgaben der Wissenschaft, die Rechtsanwendung zu verfolgen, Schwächen aufzuzeigen und durch ihren Beitrag deren Weiterentwicklung zum Guten zu beeinflussen. Das oft angetroffene kritiklose Berichten über Gerichtsentscheidungen ist zwar informativ und vermittelt Wissen, dient aber nicht dessen Vermehrung und ist weder wissenschaftlich noch Wahrnehmung der der Wissenschaft auferlegten Verantwortung.

¹⁹⁴ Was seit kurzem um sich greift und *political correctness* genannt wird, ist ein Grundübel unserer Jahre: Eine Lügenkultur, welche offene und ehrliche Auseinandersetzung verbietet, Dialog verunmöglicht und damit Gesellschaft und Politik belastet, aber auch die Wissenschaften nicht ganz verschont.

¹⁹⁵ Dies wiederum illustriert, dass unsere Wissenschaft mit der positivistischen Identifikation auch bisher nicht ganz ernst gemacht hat, da sie andernfalls keine Zuständigkeit zur Urteilkritik beanspruchen könnte, die über blosses Abmahnen von offenen Gesetzesverstössen hinausgeht.

Gesetzeskritik: Im herkömmlichen Verständnis gehört Gesetzeskritik nicht zum Aufgabenbereich der Doktrin vom geltenden Recht. Viele betrachten derartiges als unnütz, da wenig aussichtsreich, andere gar als ungehörig, da der Autorität von Gesetz und Gesetzgeber abträglich. Aber unsere Disziplin hat die Gesetzbücher geschaffen, sie steht daher auch in Verantwortung für deren Weiterentwicklung. Eine Rechtsordnung stellt einen grundlegenden gesellschaftlichen Regelungsmechanismus dar, und solche dürfen niemals unbesehen-kritiklos hingenommen werden. Die Tatsache allein, dass die Gesetze einmal geschaffen worden sind, dispensiert nicht von deren andauerndem kritischem Überdenken. Wenn die Schaffung neuer Gesetzgebung wie auch die Revision von Kodifikationen heute erstaunlichen Schwierigkeiten begegnen und selten zügig vorankommen, lässt sich dies zwanglos durch das Fehlen einer Kultur rechtspolitischer Auseinandersetzung und Gesetzeskritik erklären¹⁹⁶.

Darüber hinaus ist kritischer Diskurs aber auch Voraussetzung der Akzeptanz der vom Gesetzgeber erlassenen Normen, die leichter ertragen werden, wenn Kritik und Veränderungsvorschläge seitens der normunterworfenen Bürger als erwünscht gelten. In kürzerem Zeithorizont ist Gesetzeskritik auch dann noch gerechtfertigt, wenn sie nichts anderes sein kann als die Forderung an die Praxis, bis auf weiteres in der Handhabung des derzeit geltenden Gesetzes dessen ungute Folgen so gut als möglich abzuschwächen und nach Korrekturmechanismen zu suchen¹⁹⁷.

Wissenschaftskritik: Die Verantwortung der Wissenschaft bezieht sich auf alles, was den Rechtsgang beeinflusst: Gesetzgebung, Judikatur wie auch doktrinale Positionen der Kollegen: Neben Gesetzeskritik und Judikaturkritik ist auch wissenschaftlicher Widerspruch nicht zu entbehren, der, wenn nicht in Rechthaberei, sondern in höchstpersönlicher Überzeugung und Betroffenheit durch die Sache wurzelnd, die Gefühle des angesprochenen Wissenschaftlers nicht verletzen wird.

e) Bedeutung der Aufforderung, sich mit der Rechtsüberlieferung auseinanderzusetzen

aa) für den praktizierenden Juristen

Stellt die Rechtsüberlieferung die massgebliche Rechtsquelle zur Ergänzung bruchstückhaften Gesetzesrechtes dar, muss jeder Jurist, wenn immer die ihm gestellte Aufgabe dies notwendig macht, fallbezogen Rechtsüberlieferungsuntersuchungen

¹⁹⁶ Vergleiche dazu die Hinweise in Fn. 79.

¹⁹⁷ Judizielle Hilfe beim Minimieren der Auswirkungen verfehlter Gesetzgebung kann in der Schweiz etwa bedeuten, bei der unverantwortlich kurzen Kondiktionsverjährung nach OR Art. 67 (dazu oben Ziffer VIII 4 Beispiel 2) die den Fristenlauf der Verjährung auslösende Kenntnis des Anspruchs so weit als möglich hinauszuschieben sowie alle im Grenzbereich zwischen Kondiktions- und Vertragsansprüchen angesiedelten Forderungen in letzterem Sinne zu qualifizieren.

anstellen. So gesehen sind Bereitschaft und Fähigkeit, an derartiger Rechtsquellenuntersuchung teilzunehmen, Voraussetzung der Professionalität seines Juristseins¹⁹⁸. Denn zu den Aufgaben des Juristen, sei er Anwalt oder Richter, gehört die Fähigkeit, in einem gesetzesnormfreien Raum (d. h. bei aufgrund der Gesetzgebung unklarer Rechtslage) sich eine begründete Meinung zu bilden. Juristische Professionalität verlangt die Fähigkeit, fallweise eine Aufgabe zu erfüllen, die wissenschaftlichen Charakter hat. Hat das Privatrecht der kontinental-europäischen Tradition sich aus der Wissenschaft heraus entwickelt, setzt die Beherrschung des Privatrechts auch die Beherrschung jener Disziplin voraus, welche unser Recht geschaffen und dieses im Falle von Ungewissheit zu ergänzen hat. Das Gesagte umschreibt auch die Ansprüche, welche an die universitäre Ausbildung zu stellen sind, die das Tor zur Professionalität öffnen soll. Einerseits besteht Bedarf nach Vorlesungen, welche in den Umgang mit historischem Material einführen. Noch wichtiger scheint, dass die Präsentation des geltenden Rechts dessen Verhaftetsein in der Geschichte erkennbar macht, so dass der Student zusammen mit dem Stoff des geltenden Rechts sich gleichzeitig auch das Wissen um dessen historische Bedingtheit aneignet. Anhand von Beispielen soll er erfahren, welche Hilfe bei der Rechtsfindung der Rückgriff auf die Rechtstradition leisten kann.

Jurist sein heisst, entgegen verbreiteter Meinung, nicht, vieles zu wissen, sondern die Fähigkeit zu besitzen, fallweise notwendig werdendes Wissen sich zu beschaffen. Vom Juristen im allgemeinen kann keine Sonderausbildung als Historiker und Komparatist gefordert werden, wohl aber die Fähigkeit, jene Fragestellungen zu erkennen, in denen der Einbezug der historischen oder komparatistischen Perspektive weiterführend ist. Gefordert ist am allermeisten die Bereitschaft, die im gegebenen Fall geforderten Sonderkenntnisse sich zu beschaffen, was in der Mehrzahl der Fälle keine übermässigen Anforderungen stellt.

bb) Für den Wissenschaftler des geltenden Privatrechts

Der Wissenschaftler, der in Bereichen ungewisser Rechtslage zur Stellungnahme aufgefordert ist, muss dementsprechend bei allen seinen Überlegungen den geschichtlichen Hintergrund in Reichweite halten, auch wenn im Einzelfall erst die zu behandelnde Rechtsfrage darüber entscheidet, ob der Einbezug der Rechtsüberlieferung sinnvoll ist oder nicht. Das hier vertretene Anliegen geht dahin, dass die Berücksichtigung der historischen Perspektive nicht die Angelegenheit von Spezialisten bleibe, sondern als Aufgabe des Modernrechtlers

¹⁹⁸ Davon dürfen allein jene sich ausgenommen fühlen, welche infolge anderweitiger beruflicher Orientierung nicht den Anspruch erheben, das Vertragsrecht und die übrigen Bereiche des Obligationenrechts sowie angrenzende Gebiete wie Sachen- und Erbrecht mit voller professioneller Kompetenz zu beherrschen.

schlechthin verstanden werde: Wo auch immer über geltendes Privatrecht wissenschaftlich gearbeitet wird, sollte ständig die Frage gegenwärtig sein, ob nicht der Blick in die Vergangenheit die Aufgabe leichter, die Ergebnisse stimmiger machen könnte.

Bereits heute gibt es höchst beachtliche Literatur, welche annäherungsweise der hier vorgeschlagenen Linie zugeneigt ist und die unentbehrlichen Grundlagen zum Erfüllen der hier umschriebenen Aufgaben schafft. Fachgebietsumschreibungen wie "Privatrechtsgeschichte der Neuzeit" bzw. "Neuere Privatrechtsgeschichte" öffnen den Zugang zu den hier postulierten Überlegungen. Es bleibt aber der Wunsch an die Wissenschaft, nicht nur auf Veranlassung von einzelnen vorgegebenen Sachproblemen auf die Rechtsüberlieferung zurückzugreifen, sondern diese um ihrer selbst willen und ohne von aussen kommenden Anlass zum Gegenstand wissenschaftlichen Tuns zu machen. Systematische und grundsätzliche Forschung, welche historisches und gegenwärtiges Recht in ihrer gegenseitigen Beziehung betrachtet, steht noch in ihren Anfängen. Eine eigenständige Disziplin hat sich bisher nicht formiert, ist aber in vielversprechenden Ansätzen sichtbar. Dazu noch Überlegungen unten (Ziffer 3).

2. Geschichtswissenschaft; deren Selbstverständnis als antiquarisch-historische Disziplin

Auseinandersetzung mit der Vergangenheit kann auf vielerlei Art betrieben werden. An dieser Stelle wird der Status der sich der Vergangenheitserforschung widmenden Sonderdisziplin, d. h. der Rechtsgeschichte betrachtet.

a) Die Geschichte der Disziplin Rechtsgeschichte

So lange es keine Kodifikationen im heutigen Sinne gab, konnte das geltende Recht nur aus der Überlieferung vergangenen Rechts abgeleitet werden; die Wissenschaft vom gegenwärtigen Recht war gleichzeitig Wissenschaft von vergangenem Recht und umgekehrt¹⁹⁹. Die Durchkodifizierung des Rechts bedeutete rechtlichen Neubeginn, denn von nun an behauptet man oder glaubt gar, das gesamte geltende Recht abschliessend in die neu geschaffenen Kodifikationen eingebracht zu haben. Mit dem Entstehen derartiger Kodifikationen gibt es erstmals zweierlei Recht: heute geltendes und früher gegolten habendes, und dementsprechend bestehen erstmals zweierlei Wissenschaften Seite an Seite: neben jener vom geltenden Recht taucht erstmals in der Geschichte unserer Disziplin eine Wissenschaft auf, welche vergangenes Recht um seiner selbst willen und ohne Bezugnahme auf die Gegenwart

¹⁹⁹ Eine sich allein der Vergangenheit widmende, "historische" Rechtsdisziplin wäre an sich auch früher möglich gewesen. Der Blick in die Wissenschaftsgeschichte zeigt indessen, dass in der vorkodifikatorischen Ära in unserem Fach eine eigenständige antiquarisch-historische Richtung von einiger Bedeutung nur ausnahmsweise bestand, vielmehr in die Betrachtung der Vergangenheit mehr oder weniger die Bedürfnisse der Gegenwart einfließen.

untersucht. Die Abkoppelung der Geschichtsbetrachtung von der Gegenwart stellt im Privatrecht eine entscheidende Wende dar.

Ist Gegenstand der Forschungsrichtung "Rechtsgeschichte" jenes Recht, das früher einmal galt, heute jedoch nicht mehr in Geltung steht, versteht sie ihren Gegenstand als Restposten, der vom gesamten Rechtsstoff nach Ausklammern des heute geltenden Rechts verbleibt²⁰⁰. Während für den Modernrechtler die Abkoppelung des geltenden Rechts von der Vergangenheit den Ausschluss der Geschichte aus dem von ihm zu bearbeitenden Stoff bedeutet, heisst dasselbe Ereignis für den Rechtshistoriker seinen Ausschluss von der Mitsprache bei der Ermittlung geltenden Rechts, oder ins Positive gewendet: Entbindung von der Verantwortung für das geltende Recht und dessen Unterrichtung²⁰¹.

Die den Gegenwartsbezug ausschliessende antiquarisch-historische Geschichtsschreibung verzichtet auf ganzheitliche Rechtsbetrachtung. Vorerst sind es die Romanisten, in der Folge aber vielfach nicht weniger konsequent die Germanisten²⁰², welche sich nach Inkrafttreten des BGB gleich haufenweise von der bisherigen Sicht des Rechts verabschieden, sich zu Parteigängern der "echten" Geschichtswissenschaft machen und den Gegenwartsbezug aus ihrer Betrachtung ausschliessen. Dies bedeutet an der Mehrzahl der Fakultäten für den akademischen Unterricht im Fach der Rechtsgeschichte Abschied von jeder Bezugnahme auf das geltende Privatrecht. Ein Nebeneinanderbestehen akademischer Vorlesungen in antiquarischer und gegenwartsbezogener Rechtsgeschichte gab es nur ausnahmsweise²⁰³. Die volle Tragweite

²⁰⁰ Der Historiker muss bei dieser Sicht der Dinge hinnehmen, dass es der Modernrechtler ist, der darüber entscheidet, welcher Rechtsstoff als ausser Geltung gesetzt zu betrachten ist und daher antiquarisch-historischer Betrachtung anheimfällt.

²⁰¹ Im Vorliegenden wird allein der Gesichtspunkt des Erlasses der modernen Kodifikationen als Ursache der Abkoppelung der Rechtsgeschichte vom geltenden Recht betrachtet. In Wirklichkeit sind derartige Ereignisse allerdings niemals monokausal; vgl. zu anderen Faktoren *Reinhard Zimmermann*, *Heutiges Recht, Römisches Recht und heutiges römisches Recht*, in: derselbe (Hg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg, 2000, S. 1-39, bes. S. 29 f. und 32 ff., der auf wissenschaftlich-intrasystematische Elemente (Erschöpfung bisheriger Fragestellungen, Entdeckung neuer antiker Quellen usw.) hinweist.

²⁰² HEINRICH MITTEIS (1889-1952), *Deutsches Privatrecht*, 1. Auflage, München 1950, hat allerdings diese Trennung nie mitgemacht, was sein Kurzlehrbuch zeigt und der Schreibende als Hörer von Mitteis bestätigen kann (Sommersemester 1952, das einzige, in dem der neu nach Zürich berufene und am Semesterende unerwartet verstorbene grosse Mann dort las). Guter Germanistentradition entsprechend hatte zum Lehrbereich von Mitteis auch das Handelsrecht gehört. Ganz anders dann dessen Nachfolger: KARL SIEGFRIED BADER (1905-1998), der sein wissenschaftliches Desinteresse an heutigem Recht demonstrativ herausstellte, erst recht kein Handelsrecht las und jede Inbezugsetzung von Vergangenheit und Gegenwart grundsätzlich ablehnte.

²⁰³ So aber in Zürich, wo JULIUS LAUTNER (1896-1972) für das römische Recht ein derartiges Modell verwirklichte: Im ersten Semester (Winter) wurden "Institutionen des römischen Rechts" (sieben Stunden) gelesen, im folgenden Sommer "Pandekten" (fünf Stunden) als Inbezugsetzung der römischen Überlieferung zur Gegenwart. Dies waren die Verhältnisse, wie sie der Schreibende im Jahr 1948/49 erlebte. LAUTNER versah diesen Lehrstuhl (nach ANDREAS B. SCHWARZ, seinerseits Nachfolger von ANDREAS V. TUHR) von 1929 bis 1967, während welcher Periode das genannte System wohl wenig Veränderung erfuhr. Hier ist der Ort, auf die zu wenig bekannte Schrift meines verehrten Lehrers hinzuweisen: JULIUS G. LAUTNER, *Zur Bedeutung des römischen Rechts für die europäische Rechtskultur und zu seiner Stellung im Rechtsunterricht*, mit einem Nachwort von MAX KASER, herausgegeben von C. Soliva und B. Huwiler, Zürich 1976.

dieser Situation folgt erst daraus, dass die Unterrichtung des geltenden Rechts, getreu dem von den Kodifikationen vorgegebenen Denkmuster, auf den Einbezug der geschichtlichen Dimension ihrerseits meistenorts verzichtet, damit von beiden Disziplinen die Trennung von Vergangenheit und Gegenwart verwirklicht wird.

b) Das Postulat der Methodenreinheit

Ist die heutige Wissenschaft der Rechtsgeschichte das Kind der Kodifikationen, kann sie Folgerichtigkeit beanspruchen, wenn sie die von der Gesetzgebung angeordnete Abkoppelung der Gegenwart von der Vergangenheit ernst nimmt und sich bei der Handhabung des geltenden Rechts der Kooperation entschlägt. Die methodenreinen Rechtshistoriker sind stolz darauf, im 20. Jahrhundert erstmals in der Domäne des Rechts eine echte historisch-wissenschaftliche Disziplin etabliert zu haben, die in anderen Wissensbereichen bereits im 19. Jahrhundert so grosse Leistungen vollbracht hatte. Diese neue Disziplin fügt sich ein in das zeitgenössische positivistische Verständnis der Wissenschaften, das sich an den Naturwissenschaften orientiert und der Forschung die Aufgabe des Erkennens von Fakten zuweist. Die erst mit Erlass der Kodifikationen möglich gewordene antiquarisch-historische Richtung der Rechtsgeschichte hat während vieler Jahrzehnte vorab im deutschen Sprachbereich mit erstaunlichem Erfolg andere Konzepte der Beschäftigung mit der Vergangenheit in den Hintergrund zu drängen gewusst.

Die in dieser neuen positivistischen antiquarisch-historischen Disziplin herrschenden Regeln fordern vom Forscher vor allem eines: Reinheit des Herzens, d. h. die Abwesenheit jeglicher Erwartungshaltung mit Bezug auf die zu erhebenden Befunde. Wunschvorstellungen hinsichtlich der wissenschaftlich zu ermittelnden Fakten werden zum Sakrileg. Nur ein kleiner Schritt ist es dann zu der heute immer noch anzutreffenden Auffassung, dass es dem Rechtshistoriker auch nicht anstehe, *ex post* seine die Vergangenheit betreffenden Erkenntnisse in Verbindung mit der Gegenwart zu setzen: Derartiges Tun würde, so wird wohl überlegt, die gewonnenen historischen Einsichten nachträglich in Misskredit bringen, d. h. mit dem Verdacht belasten, sie seien nicht absichtslos gewonnen worden. Damit wird auch die Tatsache erklärt, dass viele jener Kollegen, welche an den Universitäten in Personalunion geltendes Recht wie auch dessen Geschichte vertreten, auch heute noch in ihrer Arbeit beide Sphären säuberlich getrennt halten und den Einbezug geschichtlicher Erfahrung in das geltende Recht ablehnen. Der aussenstehende Betrachter ist überrascht zu sehen, von wieviel Erfolg ihr Bemühen gekrönt

ist, die rechte Hand (welche das moderne Recht *behandelt*) nicht wissen zu lassen, was die Linke tut²⁰⁴.

c) Die antiquarisch-historische Richtung nicht in Frage gestellt durch die Anerkennung der Rechtsüberlieferung als Rechtsquelle

Die hier vorgeschlagene Installierung der Rechtsüberlieferung als subsidiäre Rechtsquelle integriert diese in das geltende Recht und verändert damit den Grenzverlauf zwischen heute geltendem und dem der Geschichte überantworteten früheren Recht. Es könnte der Anschein entstehen, der hier postulierte Einbezug der Vergangenheit in das geltende Recht würde der Rechtsgeschichte ihren angestammten Untersuchungsgegenstand entziehen. Das ist nicht schlüssig. Die als Bestandteil der Rechtsüberlieferung betrachteten Rechtsquellen haben, anders als in der vorkodifikatorischen Ära, nicht konstitutiven, sondern nur supplementären Charakter, d. h. sie beanspruchen nicht Geltung schlechthin, sondern kommen nur zum Zuge, wenn das Gesetz schweigt. "Rechtsüberlieferung" bedeutet sodann keineswegs die Totalität aller der in der Vergangenheit einmal vorhanden gewesenen rechtlichen Regeln und Institutionen, sondern nur einen Ausschnitt desselben, eben jenen Rechtsstoff, der als bis heute weiterlebend, wenn auch nicht unmittelbar geltend betrachtet werden kann²⁰⁵. Das römische Recht der Antike wird als Gegenstand rein historischer Untersuchung und Darstellung nicht in Frage gestellt durch die Tatsache, dass viele seiner Elemente als heute noch lebendiges und potentiell geltendes Recht qualifiziert werden. Dem Historiker, der das frühere Recht in dessen damaligem gesamten Bestand zu seinem Untersuchungsgegenstand machen will, steht es nach wie vor zu, dieses zu erforschen und dabei die Frage beiseite zu lassen, wie weit das von ihm ermittelte frühere Recht Bestandteil der auf heute überkommenen Überlieferung sei. Dass in Zukunft derartige antiquarisch-historische Wissenschaft in möglichst weitem Umfang betrieben werde, kann niemand mehr hoffen als der Modernrechtler, der darauf angewiesen ist, auf die Ergebnisse dieser für ihn Grundlagenforschung darstellenden Disziplin zurückzugreifen.

²⁰⁴ Etliche Rechtshistoriker sehen es aber auch nicht gern, wenn Modernrechtler in die Kiste des Erfahrungsschatzes der Vergangenheit greifen. Berechtigt mag ihre Befürchtung sein, dass bei Handhabung durch Uneingeweihte Missverstehen des historischen Stoffes unterlaufe. Aber dazu kommt wohl auch die Angst vor Rückfall in vorkodifikatorische Verhältnisse, d. h. Einbezug der Rechtsgeschichte in die Gegenwartsbetrachtung und damit Verunmöglichung echter (antiquarisch-) historischer Forschung.

²⁰⁵ So ist Bestandteil unserer Rechtstradition gewiss nicht das gesamte Sklavenrecht des alten Roms, wohl aber viele Einzelaspekte desselben, wie etwa die vertretungs- und vermögensrechtlichen Mechanismen, oder die *actio de in rem verso*, die bis auf den heutigen Tag Gegenstand der bereicherungsrechtlichen Diskussion ist.

d) Vorbehalte der Rechtshistoriker gegenüber der hier postulierten Öffnung der Rechtsbetrachtung

Auf Gegenwartsbedürfnisse ausgerichtete Vergangenheitsbetrachtung, wie sie oben (Ziffer 1) auf breitester Basis für die Handhabung des geltenden Rechts gefordert wird, passt nicht in das Weltbild der zünftigen Rechtshistoriker, von denen nicht wenige fordern, dass Rechtsgeschichte Sache der professionellen Fachvertreter dieser Disziplin bleibe. Derartiger Monopolanspruch ist im Bereich der Geisteswissenschaften andernorts kaum anzutreffen. Er widerspricht der Einsicht, dass mit wissenschaftlichen Argumenten sich weder die Unzulässigkeit von Forschungsrichtungen oder auch bloss die Forderung bestimmter methodischer Vorgaben für deren Vorgehen begründen lässt²⁰⁶. Die Befugnis zu forschen ist nicht an höhere Weihen irgendwelcher Art geknüpft; fehlende wissenschaftliche Kompetenz eines Forschers steht allein unter den Sanktionen der Kritik und des Desinteresses des wissenschaftlichen Publikums.

Der sich der Geschichte zuwendende Modernrechtler muss nicht selten den Methodeneinwand hören, dass er aus der Vergangenheit nur gerade das herauspicke, wozu er eben gerade Lust habe. Die Diagnose ist zutreffend, der Vorwurf unbegründet. Nur ein kleiner Teil aller zu erhebenden historischen Fakten kann mit der Gegenwart in einen direkten Sinnzusammenhang gestellt und zum Erkennen heutigen Rechts verwertet werden, und die Beschränkung der wissenschaftlichen Untersuchungen auf diese ist sinnvoll und methodisch ebenso zulässig wie unvermeidlich. Die für die Moderne relevanten Fakten aus dem gesamten verfügbaren historischen Material herauszufinden, ist Aufgabe nicht der antiquarischen Historiker, sondern jener, welche für das geltende Recht in Verantwortung stehen und wissenschaftlichen Einsatz leisten. Aus der Betrachtung der Geschichte lernen und die für die Gegenwart nutzbringenden Schlussfolgerungen ziehen zu wollen, kann nicht unzulässig sein. Die Forderung, die Erforschung der Vergangenheit nur als Selbstzweck zu betreiben und zweckbezogene Vergangenheitsbetrachtung zu unterlassen, ist methodentheoretischer Fundamentalismus, der wie alle Fundamentalismen abzulehnen ist.

e) Rechtsgeschichte und Bildungspolitik

Die in der Zwischen- und Nachkriegszeit das Feld der universitären Juristenausbildung beherrschende antiquarisch-historische Richtung der Rechtsgeschichte besitzt auf der Ebene der Wissenschaft jede wünschbare Rechtfertigung.

²⁰⁶ Im Bereich der Geisteswissenschaften muss als Regel gelten, dass jedermann den Gegenstand seiner Untersuchungen frei wählt: Jeder mag über alles und jedes nachdenken und auch schreiben. Ebenso ist er autonom in der Wahl der von ihm zu befolgenden Methode. Der Platz, der dem Geschriebenen zukommt, wird durch die Zeitgenossen bestimmt, und es ist die Geschichte, welche Wertvolles am Leben erhält und Wertloses dem Vergessen anheimgibt.

Auf der Ebene der Bildungspolitik lässt sich eine entsprechende Rechtfertigung nicht finden. Die Ausgestaltung des universitären Unterrichts muss nach den anzustrebenden Unterrichtszielen ausgerichtet werden. Die juristischen Fakultäten haben die Aufgabe, Fachleute des Rechts auszubilden²⁰⁷. Das den angehenden Juristen zu vermittelnde historische Verständnis muss jenes sein, das der im Berufsleben stehende Jurist benötigt. Für diesen steht an erster Stelle die historische Einordnung und Abstützung des vom ihm anzuwendenden heutigen Rechts, das er im Zusammenhang seines historischen Hintergrundes sehen und als ein historisches Phänomen verstehen soll. Zu derartigem Verständnis kann eine auf Aktualitätsbezug verzichtende historische Unterrichtung nur indirekt beitragen; unmittelbaren Erfolg verspricht nur ein Geschichte und Gegenwart verbindender Rechtsunterricht.

Im Rückblick wird offenkundig, dass die Abkoppelung des universitären Unterrichts der Rechtsgeschichte vom geltenden Privatrecht eine erstrangige Katastrophe war: Eine Katastrophe für das Privatrecht und dessen Wissenschaft, eine Katastrophe aber auch für die Disziplin der Rechtsgeschichte. Deren Verzicht auf aktuellen Bezug bedeutete gewollte Inkaufnahme praktischer Bedeutungslosigkeit in der Sicht des Aussenstehenden²⁰⁸. Die Folgen sind, mit nationalen Unterschieden²⁰⁹, heute nur allzu deutlich: Marginalisierung des Faches im universitären Unterrichts- und Prüfungssystem, darüber hinaus die Schwierigkeit, für dieses Fach wissenschaftlichen Nachwuchs zu gewinnen. Die antiquarisch-historische Disziplin der Rechtsgeschichte hat mit der Abkoppelung vom aktuellen Recht ihren eigenen Niedergang in Szene gesetzt; deren Protagonisten sind mit *culpa lata* belastet. Sie büßen jetzt dafür, dass sie in dreifachem Sinn sich einer sie treffenden Verantwortung entzogen haben: Der Verantwortung für einen angemessenen akademischen Unterricht im geltenden Privatrecht, der Verantwortung für die Wissenschaft des Privatrechts und sodann der Verantwortung für die Erhaltung des Interesses der gesamten Juristenschaft an der historischen Dimension des Rechts,

²⁰⁷ Zu welcher Forderung heute dringender als je das Verlangen tritt, diese Fachleute möchten möglichst rasch und ohne viel training on the job in der Praxis brauchbar sein. Auch wenn dieses Verlangen in unserem Fach angesichts dessen Vielfältigkeit sich nicht verwirklichen lässt (es sei denn durch Beschränkung der Ausbildung auf Teilbereiche des Faches), ist es als von aussen kommende, die juristischen Fakultäten unter Druck setzende politische Realität in Rechnung zu setzen.

²⁰⁸ Wir sprechen hier von der Rechtsgeschichte als einem Hauptfach im Rahmen des Ausbildungsprogramms aller angehenden Juristen. Die Rechtfertigung rein antiquarisch-historischer Vorlesungen als Sonderprogramme wird natürlich nicht in Frage gestellt.

²⁰⁹ Die hier beschriebene Entwicklung ist am ausgeprägtesten im deutschen Sprachbereich, wo sie auch ihren Ursprung hat, während im romanischen (italienischen, spanischen und portugiesischen) Sprachbereich die Einbindung des heutigen Rechts in die Vergangenheit wesentlich besser überlebt hat (Frankreich ist ein Sonderfall in dem Sinne, als seit dem Erlass des *Code civil* das historische Interesse kontinuierlich abnahm. Im 20. Jahrhundert wird das herrschende Rechtsverständnis in einem Masse ahistorisch, wie es ausserhalb Frankreichs nirgends denkbar ist). Im deutschen Sprachbereich geht in der "Dehistorisierung" Deutschland voran, dem mit üblicher Verspätung die Schweiz zu folgen im Begriffe steht, während Österreich beanspruchen kann, auf etwas besseren Wegen geblieben zu sein.

welche Verantwortung zusammenfällt mit jener an der Erhaltung eines angemessenen Status des Faches Rechtsgeschichte im Universitätsbetrieb. Den Schaden tragen alle, die Gemeinschaft der Privatrechtswissenschaftler, jene der Rechtshistoriker und schliesslich sämtliche an echter Rechtskultur Interessierte.

f) Die Doppeldeutigkeit des Untersuchungsgegenstandes der Rechtsgeschichte:
Normen oder Fakten?

aa) Rechtsgeschichte kann als die Geschichte des tatsächlich gelebten und verwirklichten Rechts verstanden werden, ebenso aber auch als die Geschichte des gesollten Rechts. Die Rechtswirklichkeit stimmt niemals und auch heute nicht ganz mit den normativen Vorgaben überein²¹⁰. Eine Grundsatzentscheidung jeglicher historischen Betrachtung ist die Wahl zwischen der Erforschung des im betrachteten Zeitpunkt der Vergangenheit gesollten und zu verwirklichenden Rechts, oder aber des damals verwirklichten, tatsächlich gelebten Rechts. Diese Wahl bedeutet die Entscheidung, entweder rechtliche Normen oder aber sozialhistorische Fakten zu untersuchen und darzustellen²¹¹.

bb) Bieten sich als Gegenstand der Vergangenheitsbetrachtung früher gegolten habende Rechtsregeln oder aber Fakten vergangener Rechtspraxis an²¹², so kann in einem positivistischen Verständnis der Geschichtsforschung (dazu oben lit. a und b) nur letzteres, nämlich Faktenermittlung, Untersuchungsgegenstand sein: Das tatsächlich gelebte Recht, so wie es sich in den Niederungen des täglichen Lebens früher tatsächlich durchsetzte. Positivistische Geschichtsbetrachtung, wenn konsequent gehandhabt, müsste darstellen, was zu gegebenem Zeitpunkt tatsächlich geschehen ist, nicht das, was eigentlich hätte geschehen sollen. So wird ein Militärhistoriograph bei der Erforschung einer bestimmten Schlacht gegenüber der ausser Zweifel gesetzten Tatsache der vernichtenden Niederlage der einen Partei es unterlassen, den Nachweis zu versuchen, dass bei gegebenen Kräfteverhältnissen und der beidseits getroffenen strategischen und taktischen Entscheidungen nach den Regeln

²¹⁰ Ein Auseinanderklaffen von gesolltem und gelebtem Recht lässt sich präzise bloss bei Vorhandensein geschriebener Rechtserkenntnisquellen (Gesetzgebung oder sonstige Normerkenntnisquellen wie vor allem jene des Corpus Iuris) feststellen. Im Bereich ungeschriebenen Rechts muss wohl die nicht zu widerlegende Vermutung gelten, dass die von Gerichten, in Volksversammlungen oder wie auch immer gefällten rechtlichen Entscheidungen den zu gegebener Zeit herrschenden Normvorstellungen entsprochen haben, wenn nicht gar (wie dies die Lage im englischen Sprachbereich ist) normative Entscheidvorgaben überhaupt fehlen.

²¹¹ Eine allein faktenbezogene Geschichtsschreibung ist dem Recht des englischsprachigen Raumes angemessen, weil dort die Richter ohne materiellrechtliche Vorgaben und allein gebunden an bisherige Präjudizien entscheiden, das Recht daher mit dem identifiziert werden muss, was sich aus der Praxis der Gerichte als massgeblich rückerschliessen lässt.

²¹² Der kontradiktorische Gegensatz zwischen Normativem und Faktischem hat grundlegende Bedeutung in der Rechtstheorie (nicht bloss Kelsen hat die Tatsache herausgestellt, dass sich aus Fakten keine Normen ableiten lassen); dessen Gewicht im Prozessrecht bedarf hier keiner Darlegung.

der Kriegskunst eigentlich die unterlegene Partei hätte den Sieg davontragen müssen. In gleichem Sinne wird der positivistische (d. h. sich auf Fakten ausrichtende) Rechtshistoriker das tatsächlich Geschehene, die Akte der Durchsetzung rechtlicher Vorstellungen erforschen, dagegen Feststellungen unterlassen, wie im untersuchten Bereich bei der gegebenen Normlage die Rechtshandhabung hätte aussehen müssen. Allein, eine derartige Sicht ist zu eng.

cc) Eine positivistische, d. h. konsequent faktenbezogene Geschichtsschreibung des Rechts begegnet auf praktischer Ebene einer grundlegenden Schwierigkeit: Angesichts der Quellenlage ist in vielen Bereichen die Forderung nach Faktenermittlung nur in beschränktem Umfang zu verwirklichen, denn die verfügbaren historischen Quellen beziehen sich weit überwiegend auf das gesollte, nicht auf das tatsächlich verwirklichte Recht (Quellen der Normengebung erhalten sich besser als jene der Normenanwendung). Wir kennen zwar den auf einem Dioritblock weitgehend erhaltenen Kodex HAMMURABI, während zur Frage, ob überhaupt, und wenn ja, in welchem Umfang die Rechtshandhabung zu Zeiten HAMMURABIS sich tatsächlich nach diesen Regeln gerichtet habe, sich meines Wissens keine Quellen erhalten haben, daher nur vage Vermutungen möglich sind. Nicht viel anders dürfte die Quellenlage beim Zwölftafelgesetz sein, und selbst beim Corpus Iuris JUSTINIANS bleibt wohl weitgehend ungeklärt, in welchem Umfang das uns auf dem Papier entgegentretende hochdifferenzierte Recht dieser Texte in den Jahrhunderten vor und nach deren Entstehen in der Alltagspraxis sich in Rom und gar ausserhalb Roms auch tatsächlich durchzusetzen vermochte.

dd) Die antiquarisch-historische Rechtsgeschichte lässt häufig die geforderte Klarstellung vermissen, ob sie Fakten einer sich durchsetzenden Rechtsordnung oder aber die normativen Vorgaben ungewisser faktischer Durchsetzung einer bestimmten Ordnung präsentiert. Wenn der Quellenstand über diese Frage keine Klarheit schafft und der die Norminhalte schildernde Historiker selber auf Vermutungen angewiesen ist, wäre dies zu vernehmen für den Leser ebenfalls von Interesse²¹³.

g) Gegensatz zwischen geltendem und postuliertem Recht

Nicht nur die Ermittlung der faktischen Durchsetzung eines als bekannt vorausgesetzten Rechtsstoffes begegnet Schwierigkeiten, auch die Feststellung dieses normativen Stoffes selber ist mit methodischen Problemen belastet und erfordert Reflexion.

²¹³ Die klassische Romanistik richtet sich, so ist zu vermuten, vorab auf die Erfassung des römischen Rechts als gesolltes Recht aus, während die Frage der Rechtsdurchsetzung am Rande bleibt, was angesichts der hervorragenden Überlieferung einer Masse normativer Texte und der vergleichsweise Dürftigkeit der die Rechtsverwirklichung dokumentierenden Materialien nicht überraschen kann. Dem gegenüber sind in der Rezeptionsgeschichte die sich auf Rechtsanwendung beziehenden Quellen wohl reichhaltiger, während in der Germanistik streckenweise die Quellen, welche Vorgänge der Rechtsanwendung dokumentieren, sogar Übergewicht haben mögen.

aa) Im Hochmittelalter dürfte mehr als zu anderen Zeiten nicht bloss die soeben beschriebene Ungewissheit der Durchsetzung gegebener Rechtsnormen bestanden haben, sondern ebenso Ungewissheit bereits über die positivrechtliche Geltung der damals gelehrten und literarisch vorgetragenen Rechtsregeln. Das wird etwa beim Sachsenspiegel sichtbar: Dieser hat primär deskriptiven Charakter und leistet einen Nachweis damaliger Rechtspraxis und Rechtsdurchsetzung, er enthält aber wohl bis zu einem gewissen (hier nicht zu quantifizierenden) Grade auch rechtliche Aussagen, die nicht empirisch abgestützt sind, vielmehr persönliche Auffassungen des Verfassers darstellen. In der einen wie der anderen Hinsicht ist dem Text das Element der Normgeltung fremd: Einerseits handelt es sich um Faktenbeschreibung, andererseits um persönliche, der Geltung entbehrende (normative) Rechtsanschauungen. Ähnliche Abwesenheit der Geltung dürfte aber auch für den damals an den Universitäten gelehrten und in den Juristenschriften beschriebenen romanistischen Rechtsstoff zutreffen: Nicht nur war, in der frühen Rezeptionszeit, die Durchsetzung des unterrichteten Rechts in der Praxis bloss ausnahmsweise zu erwarten; bereits die normative Geltung des Rechtsstoffes blieb ausgeblendet und war vorerst höchstens in einem eng umschriebenen Rahmen gegeben. Wenn wir in diesem Zusammenhang von Recht sprechen, meinen wir etwas, das sich weder in der Rechtsanwendung durchzusetzen vermag noch auch bloss einen Anspruch auf Normgeltung in heutigem Sinn besitzt: Aussagen über Normen, deren positivrechtliche Geltung und faktische Befolgung zwar postuliert und für eine fernere Zukunft erhofft wird, die aber in der Gegenwart nichts weiteres in Anspruch nehmen können als das theoretische Interesse des Publikums. Der in der frühen Rezeptionszeit *ex cathedra* gelehrte "Rechtsstoff" darf nur in Anführungszeichen so genannt werden, denn es geht vorab um ein Modell vorgeschlagenen und gewünschten, nicht aber in Realität irgendwo bereits geltenden oder gar faktisch verwirklichten Rechts. Das Abstrahieren von der normativen Geltung und erst recht von der faktischen Verwirklichung des Gesollten hebt das als Recht Bezeichnete über die Realität hinaus: Es lebt in den höheren Sphären des Anzustrebenden, nicht des bereits Verwirklichten, es bekommt idealen, fast eschatologischen Charakter; die Verwirklichung des vollkommenen Rechts muss zwar immer angestrebt werden, wird aber in den Niederungen irdischer Realität niemals ganz möglich sein. Diese Sicht ist herrschend wenigstens in der Frühphase der Rezeption. Mit dem Fortschreiten der Übernahme römischen Rechts verschieben sich die Akzente. Aber die Anschauung, dass Recht und Gerechtigkeit in höheren Sphären verwurzelt seien, überdauert alle nachfolgenden Veränderungen und ist im Kern auch noch im heutigen kontinentalen Rechtsverständnis lebendig.

bb) Damit ist festgestellt, dass nicht bloss eine allein auf die faktische Rechtsverwirklichung ausgerichtete Rechtsgeschichte den wahren Kern unserer abendländischen Rechtsüberlieferung verfehlt; selbst die Forderung, dass

die Rechtsgeschichte sich auf früher gegolten habendes Recht beschränken solle, kann nicht aufrecht erhalten bleiben. Das Recht, verstanden als normativer Wegweiser der irdischen Rechtsgestaltung, nicht aber als bereits durch positiven Gesetzgebungserlass in Geltung gesetzte Ordnung, muss wichtiger, ja oft hauptsächlichlicher Gegenstand rechtshistorischer Betrachtung sein. Dies lässt sich sogar in das Bild der Rechtsgeschichte als einer faktenbezogenen empirischen Disziplin einfügen: Nicht nur Gerichts- und sonstige Rechtspraxis, rechtliche Übung und Brauchtum der Bevölkerung stellen Fakten dar, auch die keine Normgeltung besitzenden rechtlichen Anschauungen und Normpostulate, die Doktrin von nicht in Geltung stehenden Normsystemen stehen auf faktischer, sozialempirischer Ebene und sind Gegenstand der Ideengeschichte, der Sozialgeschichte, der rechtlichen Volkskunde und natürlich auch der traditionellen Rechtsgeschichte.

3. Profil einer unitarischen, Überlieferung und gegenwärtiges Recht verbindenden Disziplin

Die hier zu beschreibende, für die Zukunft erhoffte unitarische Rechtsbetrachtung wird gleichermassen geltendes wie vergangenes Recht in seine Betrachtung einbeziehen; geltendes Recht und Rechtsüberlieferung fliessen in eins zusammen. Auch das gegenwärtige, auf Gesetzen beruhende Recht wird als geschichtliche Erscheinung erkannt und in diesem Sinne als Bestandteil der Rechtsüberlieferung verstanden.

Derzeit beginnt sich neues Bewusstsein und neues Wissenschaftsverständnis zu bilden. Es gibt bereits höchst eindruckliche Versuche, vergangenes Recht in Bezug zu heutigem Recht zu setzen, und ebenso, heutiges Recht in seinem Vergangenheitsbezug zu sehen; hier seien beispielshalber drei im Bisherigen zitierte Autoren genannt, die in diesem Sinne Wegweisendes vorgelegt haben: CARLO AUGUSTO CANNATA, WOLFGANG ERNST und REINHARD ZIMMERMANN²¹⁴, denen viele weitere zur Seite gestellt werden müssten²¹⁵. Geschlossene Formationen von Forschern mit einheitlichem Methodenverständnis und übereinstimmenden Zielsetzungen bestehen derzeit allerdings nicht. Hier darf daher gefragt werden, welches die Merkmale einer die Vergangenheit mit der Gegenwart als Einheit verstehenden (daher "unitarisch" zu nennenden) juristischen Wissenschaft wären.

²¹⁴ CANNATA (Fn. 102); ERNST (Fn. 177); ZIMMERMANN (Fn. 152). Der Schreibende darf einige seiner hier zitierten Aufsätze ebenfalls in diesen Zusammenhang stellen: BUCHER (Fn. 7, 23, 40, 79, 150, 158, 159, 161, 168, 170). Im übrigen erfolgt hier der Hinweis, dass die in vorliegender Arbeit zitierten Aufsätze des Verfassers zu finden sind im Internet unter <http://www.eugenbucher.ch>.

²¹⁵ Hier erfolge bloss noch der Hinweis auf die neu erscheinende Übersetzung der Institutionen und der Digesten (vgl. oben Fn. 119), die Hoffnungen weckt auf eine Erneuerung des Einflusses dieser Texte. Der der zweiten Auflage der Institutionen beigefügte Anhang (Dokumentation der in den modernen Kodifikationen weiterlebenden Normen der Institutionen) stellt eine für den Rechtsvergleich und die Kodifikationsgeschichte unschätzbare Hilfe dar.

a) Allgemeines

Anders als die Wissenschaft vom geltenden Recht (oben Ziffer 1) stellt die hier vorgeschlagene Disziplin nicht Überlegungen aus konkretem Anlass klärungsbedürftiger Rechtslagen an, sondern betrachtet grössere Zusammenhänge und rechtliche Entwicklungen gesamthaft. Stellungnahmen zu spezifischen Rechtsfragen sind demnach hier nicht Ausgangspunkt der Untersuchung, wenn auch vielleicht Bestandteil von Schlussfolgerungen. Solche mag der Autor selber ziehen, darf dies aber auch anderen überlassen, kann doch diese Disziplin beanspruchen, Grundlagenforschung zu sein. Zwar muss mit Nachdruck festgehalten werden, dass im Privatrecht der Rückgriff auf die Vergangenheit bei jeglicher Problemlösung erwogen werden muss und daher eine Ausgrenzung der "Privatrechtsbetrachtung mit historischem Bezug" aus der Privatrechtswissenschaft sich verbietet. Dies schliesst indessen nicht eine eigenständige wissenschaftliche Richtung aus, welche im Hinblick auf heutige Bedürfnisse sich die Untersuchung der Rechtsüberlieferung zur Primäraufgabe macht, d. h. nicht bloss dann auf Rechtsüberlieferung zurückgreift, wenn eine bestimmte aktuelle Frage dazu einlädt. Eine solche Wissenschaftsrichtung wird im Sinne einer Grundlagenwissenschaft auf Vorrat und ohne äusseren Anlass nach Entwicklungslinien forschen und Zusammenhänge aufzeigen, dies allerdings weniger, um die Vergangenheit zu erforschen, als das Entstehen der Gegenwart zu erfassen.

b) Präzisierungen zum Untersuchungsgegenstand

aa) Rechtsüberlieferung als Ausschnitt
des historischen Stoffes

Wie in jeder wissenschaftlichen Disziplin kann auch hier jeder Forscher nur einen minimalen Ausschnitt des gesamten Stoffes untersuchen. Dessen Auswahl bleibt seiner Entscheidung überlassen. Bei der Behandlung des wie auch immer ausgewählten Untersuchungsgegenstandes muss der gesamte historische Stoff verfügbar sein und als potentielle Orientierungshilfe erwogen werden. Maximale Zielvorgabe ist die Forderung, aus der Gesamtheit des historischen Stoffes alle jene Elemente auszuwerten, welche zur Klarstellung der heutigen Verhältnisse beitragen können.

Wird auf die Trennung zwischen geltendem Recht und Rechtsüberlieferung verzichtet, muss um so klarer der Gegensatz herausgestellt werden, welcher zwischen dem historischen Rechtsstoff als der Summe allen uns bekannten, in früheren Zeiten einmal gegolten habenden Rechts und der Rechtsüberlieferung besteht. Nicht alles frühere Recht kann beanspruchen, überliefert zu sein. Rechtsüberlieferung ist bloss ein Ausschnitt der Vergangenheit, eben jener Teil, der auch heute noch lebendig ist und die rechtliche Gegenwart mitbestimmt. Während die antiquarisch-historische Sicht ausgerichtet ist auf den erstgenannten Gegenstand, der vollständige und lückenlose Erfassung

fordert, hat die hier zu besprechende unitarische Disziplin selektiven Charakter und beschränkt sich auf einen Ausschnitt der Geschichte. Ist diese Beschränkung zwar zum vornherein erlaubt und geboten, kann doch ihre Konkretisierung sich erst im Lauf der Untersuchung einstellen, denn Entscheidung darüber, was aus dem gesamten historischen Stoff als noch heute verwertbar gelten soll, setzt wenigstens in Umrissen Kenntnis dieses historischen Stoffes voraus. Umgekehrt aber kann die Entscheidung darüber, was noch heute als lebendig und weiterhin in Kraft stehend gelten soll, nicht dem historischen Stoff selber entnommen werden; dieser trägt die Zeichen seines Überlebens nicht in sich: Es sind die Anschauungen der heutigen Zeit und des heutigen Rechts, die darüber entscheiden, was aus der Vergangenheit auf uns herübergekommen ist und bis heute weiterlebt.

bb) Vereinfachende Betrachtungsweise zulässig und notwendig

Die vom Modernrechtler geforderte inhaltlich umfassende Betrachtung des Rechts fordert und erlaubt Vereinfachung, d. h. vorab Verzicht auf Differenzierung und Nebenpunkte. Auch kann der Ablauf der Entwicklungen innerhalb der historischen Perioden oft vernachlässigt und die Sicht auf jenen Entwicklungsstand beschränkt werden, welcher bis heute nachwirkt. Aus der Vielzahl feststellbarer Fakten muss der Modernrechtler die wichtigsten auslesen. Bei vielfältigen Bildern sich teilweise widerstrebender Vektoren muss er vielleicht Resultanten ableiten. Diese sind nicht historische Realität, sondern stellen Schlussfolgerungen dar auf das, was aus der Vielfalt der Ereignisse sich ableiten lässt als für die weitere Entwicklung bedeutungsvollste Entwicklungslinie.

Die hier postulierte Vereinfachung, Simplifizierung und Übersimplifizierung der Vergangenheitsdarstellung durch die Rechtsüberlieferungsforschung ist der Missbilligung seitens der meisten heutigen Rechtshistoriker gewiss, kann aber nicht entbehrt werden. Häufig genug ermöglicht es erst die genannte Reduktion der Befunde, eine Verbindung zur Gegenwart herzustellen.

Nicht nur heiligt der Zweck die Mittel; der Anhänger der "reinen Historie" muss sich sagen lassen, dass das hier umschriebene Vorgehen sich zwar im Ausmass der Vereinfachung, jedoch nicht im Grundsätzlichen von seiner Methode herkömmlicher Geschichtsschreibung unterscheidet: Auch diese kann nie Vergangenes in seiner Gänze darstellen. Sind die verfügbaren Quellen knapp und lückenhaft, ist eine mit der historischen Realität in Widerspruch stehende Simplifizierung des gezeichneten Bildes nicht zu vermeiden, sind dagegen die Quellen abundant, verbieten es praktische Rücksichten, alles vorgefundene Material voll in die wissenschaftliche Darstellung der Vergangenheit einzubringen. Sind auch die Gründe der Vereinfachung der Vergangenheitsdarstellung bei den Vertretern der unitarischen Privatrechtsbetrachtung andere als bei den Rechtshistorikern, ist doch bei beiden Vereinfachung unvermeidlich. Die Unterschiede im Mass der Realitätserfassung der beiden

hier betrachteten Disziplinen sind nicht qualitativer, sondern bloss quantitativer Natur.

cc) Rechtsüberlieferung als normatives oder rechtstatsächliches Material?

Die Rechtsüberlieferungsforschung hat in der Vergangenheit aufgekommene Problemstellungen, Problemlösungen und die dazu gehörenden Argumente als solche und um ihrer selbst willen kennenzulernen. Wann, wo und in welchem Umfang dieselben Akzeptanz und Verwirklichung fanden, ist für sie von zweitrangiger Bedeutung. Sie darf sich daher weitgehend auf die normative Fragestellung beschränken. Denn das Recht als ein System von Rechtsregeln ist es, das Einfluss nach aussen hat und in die Zukunft wirkt; Besonderheiten der Rechtsverwirklichung können demgegenüber sich höchstens im Rahmen lokalen Brauchtums halten, werden damit jedoch noch nicht zum Bestandteil der Rechtsüberlieferung. Selbst innerhalb der Doktrin, die als Quelle der Rechtsüberlieferung an erster Stelle steht, darf man gelegentlich die Frage offen lassen, ob die von einem bestimmten Autor vertretene Lehrmeinung *communis opinio doctorum* oder bloss private wissenschaftliche Äusserung gewesen sei. Der Nutzen der Vergangenheitsbetrachtung liegt im Inspirativen, im Aufzeigen potentieller Problemlagen, Auflistung sachlich möglicher Lösungen, Demonstration möglicher Argumente. Die "historische Wahrhaftigkeit" des vorliegenden Materials ist in dieser Perspektive von zweitrangiger Bedeutung.

dd) Bewertende Betrachtung zulässig und geboten

Historische Forschung im herkömmlichen Sinn ist zweckfrei und erforscht die Vergangenheit um ihrer selbst willen, ohne einen Bezug zur Gegenwart herzustellen oder gar wertende Schlussfolgerungen zu ziehen. Ganz anders die vom Standpunkt des Modernrechtlers geforderte Betrachtung: Die Untersuchung der Rechtsüberlieferung soll dem Erkennen und der Handhabung heutigen wie auch der Entwicklung künftigen Rechts dienen, weshalb die Bewertungen des vorgefundenen Rechtsstoffes im Zentrum der Arbeit stehen. So beruht bereits in weitem Umfang auf bewertender Betrachtung die Entscheidung darüber, ob eine in der Geschichte angetroffene Rechtsregel als Bestandteil unserer Rechtsüberlieferung zu betrachten sei oder aber als überholt zu gelten habe und aus weiterer Betrachtung ausscheide.

c) Meist angezeigt retrograde Betrachtung: Von der Gegenwart zurück zu den Ursprüngen

aa) Neuzeit

Wenn die Betrachtung auf die Rechtsüberlieferung ausgerichtet ist, die definitionsgemäss nur jenen Rechtsstoff erfasst, der heute noch wenigstens in supplementärer Geltung steht, ist in der Mehrzahl der Fälle retrograde Betrachtung

angezeigt, die ausgehend vom heutigen Status nach dessen Vorgeschichte fragt. Das 19. Jahrhundert, das auf der Reise in die Vergangenheit am nächsten liegt, wird deshalb oft am Anfang der Betrachtung stehen. Der Schwerpunkt der selbstständigen Rechtsüberlieferungsforschung liegt allerdings in der Rezeptionszeit. Die Zeit von 1500 bis 1800, welche die Gegenwart unmittelbar beeinflusst hat, bisher aber vergleichsweise wenig Beachtung fand, verdient besonderes Augenmerk. Allerdings wird man, zum Verständnis der Leistungen der Rezeptionszeit, oft genug bis zu deren Anfängen zurückgehen müssen, denn bereits bei AZO (gestorben etwa 1230) findet sich ein grosser Teil der grundsätzlichen juristischen Stellungnahmen und Argumente, welche die nachfolgenden Jahrhunderte bis hin zur Gegenwart beschäftigen werden.

bb) Geschichtsaufarbeitung früherer Perioden für uns ohne Autorität
(zur Pandektistik des 19. Jahrhunderts)

Auf dem Weg von heute zurück in die Vergangenheit könnte weitere Forschung dann als entbehrlich betrachtet werden, wenn sich in der Vergangenheit ein Konsens darüber gebildet hatte, was von früher auf die damalige Gegenwart überkommen war. So könnte man meinen, dass die Pandektistik des 19. Jahrhunderts uns davon entbinden würde, in weiter zurückliegende Jahrhunderte zurückzugehen; die damalige, auf weiten Strecken konsentierende und die romanistische Vergangenheit zusammenfassende Wissenschaft würde damit die frühere Vergangenheit repräsentieren und deren heutige Erforschung erübrigen. Dem kann aus grundsätzlichen Überlegungen nicht zugestimmt werden. Jede Zeit hat ihre eigenen Ansichten und muss eigenständig die ihr entsprechende Haltung gegenüber der Vergangenheit finden.

Die Pandektistik des 19. Jahrhunderts bietet meist den einfachsten Zugang zu früheren Jahrhunderten, muss aber deshalb nicht weniger mit Vorsicht betrachtet werden. Einmal vermag sie auch nicht annähernd den Reichtum der Überlieferung vergangener Jahrhunderte wiederzugeben, sondern vermittelt ein gegenüber früher stark vereinfachtes Bild. Gerade weil die modernen deutschsprachigen Kodifikationen auf der Pandektenlehre des 19. Jahrhunderts beruhen, besteht besonderer Anlass, weiter zurückzugehen. Nicht wenige Schwachstellen, insbesondere des BGB, lassen sich nur erkennen, wenn man auf die diese veranlassenden Lehren zurückgreift²¹⁶. Die Wissenschaft ist nach wie vor aufgefordert, den gesamten Rechtsstoff der Vergangenheit bis zurück zu den Quellen der Antike verfügbar zu halten, und dies im Hinblick auf die Überprüfung des gegenwärtig gelebten Rechts und dem Ziel

²¹⁶ Als Beispiel sei die Einordnung des Gattungskaufs unter den allgemeinen Typus des Kaufs genannt, welche nicht wenige der heutigen Probleme des Kaufrechts schafft und dem Verständnis des Kaufs überhaupt im Wege steht; vgl. dazu oben bei Anmerkung VII 6, Beispiel 2. Die fragwürdige Verschuldensabhängigkeit des Verzugs (BGB § 285) muss ebenfalls vor dem Hintergrund der Pandektenlehren gesehen werden; dazu BUCHER (Fn. 79).

dessen Optimierung. Geltendes Recht ist das Ergebnis der dieses tragenden Wissenschaft. Sie verharrt im Dauerzustand der Vorläufigkeit, weil diese Wissenschaft in kontinuierlicher Konfrontation mit dem Vergangenen und dem Gegenwärtigen steht und ihrerseits ständigem Wechsel unterliegt.

e) Unitarische Betrachtung und Rechtsvergleichung

aa) Ausgangspunkt

Die Rückankoppelung geltenden Privatrechts an dessen Vorgeschichte stellt die Verbindung mit den ausländischen Privatrechten wieder her, die als Folge der Nationalisierung des Privatrechts durch nationalstaatliche Gesetzgebung verloren gegangen war. Der Einbezug der Geschichte erlaubt es, das mechanische Nebeneinanderstellen unterschiedlicher Rechtsordnungen nach dem Muster der vor gut hundert Jahren aufgetauchten *législation comparée*²¹⁷, wie es auch heute noch gängig ist, zu überwinden. Eine auf "unitarische Betrachtung" abgestützte Disziplin der Rechtsvergleichung greift auf die Vergangenheit zurück, um die Gegenwart zu verstehen. In ihrer komparativen Betrachtung wird sie weniger negativ denn positiv ausgerichtet sein, d. h. nicht in erster Linie nach den die nationalen Kodifikationen trennenden Unterschieden Ausschau halten, sondern an erster Stelle sich für die grenzübergreifenden Gemeinschaftlichkeiten interessieren²¹⁸. Welches aber die Ursachen der vom Komparatisten festgestellten Übereinstimmungen und Unterschiede sind und was diese zu bedeuten haben, vermag wiederum nur der historische Rückblick zu erklären.

bb) Bedeutung festgestellter Gemeinschaftlichkeiten

Werden in verschiedenen nationalen Rechtsordnungen Übereinstimmungen festgestellt, besteht die Vermutung, dass es sich bei diesen um grundlegend wichtige rechtliche Dinge handelt. Es ist wohl allgemeine Regel, dass bei der Schaffung nationaler Kodifikationen die bisherigen (d. h. überlieferten und auch andernorts geltenden) Strukturen beibehalten werden, während sich die originellen Beiträge des Gesetzgebers, veranlasst durch lokale Besonderheiten und persönliche Vorlieben der Beteiligten, eher auf Elemente von nachrangiger Bedeutung denn auf Grundsätzliches beziehen²¹⁹. Übereinstimmungen beruhen in unserem Fach angesichts der statistisch grossen Zahl verfügbarer

²¹⁷ *Législation comparée* knüpfte an die mit dem Entstehen des deutschen BGB in Europa sichtbar werdende flächendeckende Durchkodifizierung des Privatrechts an und hatte, da auf die neuen Kodifikationen ausgerichtet, gesetzespositivistischen und ahistorischen Charakter.

²¹⁸ Dies betont mit gutem Grund vor allem KLAUS LUIG, Das Forschungsfeld der europäischen Privatrechtsgeschichte, in: Walther Hadding (Hg.), Festgabe Zivilrechtslehrer 1934/1935, 1999, S. 401-418; hier S. 401.

²¹⁹ Hier wird die Bedeutung einer Regel nicht nach deren praktischen Auswirkungen, sondern nach deren begrifflicher und dogmatischer Tragweite beurteilt.

Variablen selten auf Zufälligkeit. Übereinstimmungen gehen in aller Regel auf altehrwürdige gemeinsame Überlieferung zurück und haben meist auch nicht bloss beiläufige, sondern grundsätzliche Bedeutung²²⁰. Damit wird das Merkmal relativ weiter Verbreitung einer Rechtsregel zum Kriterium deren dogmatischer Tragweite und Bedeutung, stellt damit ein Selektionskriterium dar bei der Suche nach dem wichtigen und in die wissenschaftliche Bearbeitung und Darstellung einzubeziehenden Materials²²¹. Darüber hinaus stellt die innerhalb zahlreicher Kodifikationen angetroffene Übereinstimmung einer Regelung ein Indiz für deren Verwurzelung in breit abgestützter Rechtsüberlieferung dar, was dazu einlädt, im Falle einer Regelungslücke in einer an der Überlieferung teilhabenden Kodifikation auf diese zurückzugreifen²²².

cc) Bedeutung festgestellter Gegensätzlichkeiten

Auf den ersten Blick weniger eindeutig ist der Befund, wenn der Komparatist in den verglichenen Rechtsordnungen unterschiedlichen Lösungen begegnet. Verschiedenartigkeiten in Fragen ohne grundsätzliche Bedeutung mögen Varianten darstellen, die als solche vielleicht aufschlussreich und anregend sind, aber vermutungsweise nicht an grundsätzliche Strukturfragen heranführen. Falls die Unterschiedlichkeit sich auf eine grundlegende Frage bezieht, wird die Vermutung begründet, dass wenigstens im fraglichen Sachbereich die in Betracht gezogenen Rechtsordnungen auf divergierenden Rechtsüberlieferungen beruhen, was jedenfalls im fraglichen Kontext den lückenfüllenden Rückgriff auf die in dieser Frage keine Gemeinschaftlichkeit aufweisende Rechtsordnung verbietet.

4. Methodenlehre

a) Ausgangspunkt

Die Methodenlehre bietet Hilfe an bei der Rechtsfindung im Einzelfall wie auch im Rahmen genereller wissenschaftlicher Rechtserforschung, wobei sie auf der Ebene des Formalen argumentiert, d. h. Aussagen zum Vorgehen beim Erkennen von Rechtsinhalten, nicht aber zu diesen selber macht. Das gilt grundsätzlich auch für das Vorliegende. Die hier wie dort aufgeworfene Frage nach dem Vorgehen bei Fehlen klarer gesetzlicher Antworten betrifft

²²⁰ Altehrwürdigkeit heisst meist, aber nicht immer auch grundsätzliche Bedeutung, denn auch Nebensächliches kann sich über Jahrtausende halten und globale Geltung erlangen. So das Beispiel der in vielen Kodifikationen angetroffenen Regeln über die Bienenschwärme, die auf den Regeln der Institutionen und Digesten beruhen: Dazu oben Ziffer VII 7 c aa.

²²¹ Gemeinschaftlichkeit einer Lösung lässt es als lohnend erscheinen, sie bis hinein in Einzelheiten zu erforschen und nach deren Herkunft zu fragen. Es sind gleichzeitig jene Elemente, die selbst bei isolierter Betrachtung und Darstellung einer nationalen Rechtsordnung besondere Gewichtung verdient.

²²² Dazu oben Ziffer VII 7 a.

indessen verschiedene Ebenen: Die traditionelle Methodenlehre untersucht, wie aus den verfügbaren Quellen konkrete rechtliche Schlussfolgerungen zu ziehen sind, während hier die Frage zur Debatte steht, welche Rechtsquellen überhaupt verfügbar seien.

In vorliegendem Zusammenhang ist es nicht unsere Aufgabe, nach einer Wegleitung zu suchen, wie bei der Auswertung des hier als Rechtsquelle vorgestellten historischen Stoffes vorzugehen sei. Ist dies so, ist auch eine Auseinandersetzung mit den heutigen Theorien der Methodenlehre nicht angezeigt: Wenn hier schon nicht über das Vorgehen bei der Rechtsinhaltsermittlung auf der Grundlage der Rechtsüberlieferung gehandelt werden kann, dann noch weniger über die Rechtsinhaltsermittlung im allgemeinen. Allerdings werden einige Bemerkungen angefügt zur Frage, in welchem Sinn Ausgangspunkt, Problemstellung und Aufgabe der Methodenlehre sich verändern, wenn man neben der Gesetzgebung auch die Rechtsüberlieferung im weitesten Sinn als Rechtsquelle anerkennt, die bisher von der Methodenlehre nicht insgesamt, sondern nur in Einzelaspekten berücksichtigt wurde.

b) Fallenlassen der Scheu, sich auf aussergesetzliche Rechtsquellen zu berufen.

Die formelle und explizite Anerkennung einer neben die Gesetzbücher tretenden zusätzlichen Rechtsquelle eröffnet die Möglichkeit, viele Dinge beim Namen zu nennen, die heute meist verschwiegen werden, denn es entfällt sowohl Notwendigkeit wie Rechtfertigung, alle gefundenen Schlussfolgerungen als aus dem Gesetz abgeleitete zu deklarieren. Diese neue Möglichkeit ist weniger Freiheit denn Pflicht: Sie begründet die Forderung an die Methode der Rechtsfindung bzw. die diese darlegende Methodenlehre, es mögen die für die gezogenen juristischen Schlussfolgerungen entscheidenden Sachüberlegungen offengelegt werden, dies unter Verzicht auf die meist nicht realitätskonforme Behauptung, die Resultate durch Gesetzesauslegung gefunden zu haben.

Bisher hat sich die Juristenschaft dem Exklusivgeltungsanspruch der Kodifikationen in der Sache zwar nur mit Vorbehalt unterzogen, diesem aber doch auf der Ebene der Argumente ihre Diktion weitgehend konformiert. Dem heute "political correctness" genannten Sprachgebrauch folgend wird weitgehend selbst im Falle offenkundiger Gesetzeslücken, d. h. dort, wo das Gesetz keine Regel anbietet und damit ein Gegenstand der Auslegung nicht besteht, die Behauptung aufrechterhalten, die zur Beantwortung der anstehenden Rechtsfrage getroffene Feststellung sei aus dem Gesetz abgeleitet und durch dessen Auslegung gewonnen (dazu oben Ziffer V 4 d). Dies ist *falsa demonstratio*, eine Fehldarstellung des Vorgangs der Rechtsermittlung, welche der Wissenschaft und damit der Sache des Rechts auf die Dauer nicht gut bekommt. Wenn man sich entschliesst, die Rechtsüberlieferung als gesetzergänzende

Rechtsquelle anzuerkennen, entfällt dieser Zwang, und es steht nichts im Wege, sich zur Begründung auf eine der Erscheinungsformen der Rechtsüberlieferung (dazu oben Ziffer VII) zu berufen.

c) Rechtfertigung des Rückgriffs auf nicht-normative Gesichtspunkte

Die Beantwortung einer gestellten Rechtsfrage mit Berufung auf die Rechtsüberlieferung und die überzeugende Begründung der getroffenen Entscheidung wird meist nicht geleistet werden können mit dem Hinweis auf eine einzelne Quellenstelle, welche die vertretene Position stützt. In der Regel werden in verschiedene Richtungen weisende oder offen sich widersprechende Indikatoren angetroffen. Bei der Auswertung der Rechtsüberlieferung sind formallogische Argumente nicht verfügbar, welche bei der Auswertung des Quellenmaterials die Entscheidung für die eine oder andere der angebotenen Lösungen vorgeben. Das Finden der Entscheidungen wird daher meist nicht ohne Berücksichtigung inhaltsbezogener Überlegungen möglich sein, d. h. sachlich-bewertende Überlegungen fordern. Während echte Auslegung einer bestimmten Kodifikation nach formalen Grundsätzen (d. h. ohne Einbezug von Wertentscheidungen) möglich ist, steht bei der Auswertung der Rechtsüberlieferung zum vornherein fest, dass bei der Vielzahl der sich anbietenden Gesichtspunkte eine bloss formallogische Betrachtung zu keinem Ergebnis führt. Verlangt ist die Berücksichtigung von Gesichtspunkten, die ausserhalb der Rechtsüberlieferung selber liegen. Diese können allerdings keine echt normative Struktur haben (solche kommt allein der Gesetzgebung, und im weiteren Sinn auch der sie ergänzenden Rechtsüberlieferung zu, nicht aber sonstigen Gesichtspunkten).

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die Anerkennung der Rechtsüberlieferung als Rechtsquelle zwangsläufig zur Notwendigkeit führt, auf nicht-normative, sachlich-informative Gesichtspunkte zurückzugreifen. Die Notwendigkeit derartigen Vorgehens ist deren Rechtfertigung, die erlaubt, in den Vorgang der Rechtsermittlung Wertungselemente einzubringen. Dies ist gleichzeitig der Weg, sachliche Angemessenheit und Praktikabilität der Ergebnisse wenn nicht zu garantieren, so doch zu fördern. Es darf in diesem Zusammenhang auf die Verdienste der historischen Rechtsschule des 19. Jahrhunderts hingewiesen werden, die vordergründig in der Vermehrung der Berücksichtigung der historischen Quellen liegen, tatsächlich aber schwergewichtig eher darin zu sehen sind, das im Zeitgeist der Aufklärung wurzelnde apriorisch-formale Denken in den Hintergrund gedrängt zu haben. Etwa bei BLUNTSCHLI (1808-1881), dem Schöpfer des PGB, der gleichermassen in der romanistischen wie germanistischen historischen Richtung seiner Zeit wurzelt und als vielseitiger Autor grössten Einfluss entfaltete, ist die historische Betrachtung zwar Anlass der Distanznahme von naturrechtlichem Denken, im übrigen aber das historische Argument selber oft nicht sachentscheidend, sondern

eher das Mittel, eine durch pragmatische Sachüberlegungen gewonnene Position zu stützen.

d) Bisherige Methodenrichtlinien unter Einschränkungen weiterhin aufrechtzuerhalten

Auch im Falle der hier vorgeschlagenen Erweiterung der Rechtsquellenbasis können die von der herkömmlichen Methodenlehre angebotenen Ratschläge weiterhin berücksichtigt werden. Bereits bisher hat die Methodenlehre Elemente in die Betrachtung einbezogen, welche von uns als Bestandteil der Rechtsüberlieferung betrachtet werden: Gewohnheitsrecht, Gesetzesmaterialien, geplante Gesetzeserlasse, Rechtsvergleichung (d. h. Berücksichtigung ausländischen Rechts) und Judikatur (dazu oben Ziffer VII 4-8). Hier wird allerdings zusätzlich geltend gemacht, dass die Qualifikation als Bestandteil der Rechtsüberlieferung diesen Gesichtspunkten eine präziser umschriebene Tragweite gibt, diese allenfalls auch einengt: So stellt z. B. ausländisches Recht nicht insgesamt eine Subsidiärquelle dar, sondern bloss dann, wenn das betrachtete ausländische und das zu ergänzende einheimische Recht im Bereich der gestellten Rechtsfrage auf derselben Rechtsüberlieferung beruhen (dazu oben Ziffer VII 7); Judikatur (insbesondere höchstrichterliche) soll wie Doktrin, d. h. aufgrund überzeugender Entscheidungsbegründung wegleitend sein, nicht aber allein aufgrund der Tatsache richterlicher Entscheidungsfällung (wurde näher ausgeführt oben Ziffer VII 8).

5. *Rechtsüberlieferung und Widerspruch gegen das Gesetz*

Es ist eine gerne verschwiegene, aber nicht zu verbergende Tatsache, dass das Gesetz in einzelnen seiner Auswirkungen nicht befriedigt, ja dem Rechtsgefühl der Rechtsunterworfenen und der Juristen zuwiderläuft. Im Falle eines derartigen Auseinanderklaffens von Rechtswunsch und Gesetzeswirklichkeit können zwei entgegengesetzte Reaktionen beobachtet werden: Entweder Verdrängen der Problematik und Weiterfahren in der Anwendung unbefriedigender Gesetzesregeln, oder aber umgekehrt ein Abgehen vom Gesetz, werde dies eingestanden oder verschleiert. Ob das eine, ob das andere: der Jurist ist herausgefordert und steht in Verantwortung. Die eine wie die andere Reaktion ist nur dann angemessen, wenn sie die Folge verantwortungsbewussten Erwägens ist. Dazu gehört in erster Linie die Befragung der Rechtsüberlieferung, die auch die offenkundigen Wertanschauungen und Wertentscheidungen des historischen Gesetzgebers einschliesst, die fast so sehr wie der explizite Gesetzestext den verantwortungsbewussten Juristen binden sollten. Die Rechtsüberlieferung als supplementäre Richtlinie ist es, die bei Gesetzeskritik und gar bei Gesetzeskorrektur das notwendige Instrument der Objektivierung der Stellungnahme darstellt und damit zum Damm gegen die Herrschaft höchstpersönlicher Anschauungen und momentaner Launen

wird. So muss denn nicht in allen Fällen ein Verstoß der Rechtsanwendung gegen das Gesetz abgelehnt werden, vielmehr ist unter genau umschriebenen Voraussetzungen ein solcher gefordert. Im folgenden wird dies illustriert werden, dagegen versagt es sich der Schreiber, den entgegengesetzten Sachverhalt zu entwickeln, d. h. Beispiele von heute geläufigen Verstößen gegen Gesetzeswortlaut und den Willen des Gesetzgebers darzulegen, die gegen die Rechtsüberlieferung sich versündigen und daher zu missbilligen sind. Die oben entwickelten Gesichtspunkte des Zurückgreifens auf die Rechtsüberlieferung im Falle von Gesetzeslücken gelten *mutatis mutandis* auch bei dieser hier betrachteten Form des behaupteten Versagens des Gesetzes, wobei die Frage vorerst allerdings nicht nach dem Gehalt des zu schaffenden neuen Rechts geht, als vielmehr die Grundsatzentscheidung betrifft, ob das Abgehen vom Gesetz überhaupt zulässig ist.

In jeder Kodifikation gibt es inhaltliche Unstimmigkeiten, die kritiklos über Jahrzehnte mitgeschleppt und vielleicht nicht einmal wissenschaftlicher Kritik unterzogen werden. Hier sei nur an bereits Angeführtes erinnert. Das Gesetz (BGB und ZGB wie unzählige andere) ordnet bei Verträgen als Folge der Geschäftsunfähigkeit des einen Kontrahenten oder des Übermasses der persönlichen Bindung des einen Partners Vertragsnichtigkeit an, statt bloss der schutzbedürftigen Partei eine Klage- oder Einredemöglichkeit zu gewähren. Die gesetzliche Regel erlaubt es dem Gegner des zu Schützenden, sich gegen dessen Willen aus dem Vertrag zu befreien, womit er sich etwa bei einem allzu weitreichenden Konkurrenzverbot von der Pflicht zur Zahlung einer Verbotsentschädigung befreien kann, auch wenn der Verbotsbelastete keine Konkurrenzfähigkeit beabsichtigt und am Vertrag festhalten will²²³. Praktisch bedeutsamer als diese Beispiele ist das gegenwärtige Kaufrecht der meisten nationalen Kodifikationen, die getreulich die romanistische Tradition festschreiben, die ihrerseits auf den Stückkauf ausgerichtet und von technologischem Fatalismus geprägt ist, während heute weitaus am meisten der Kaufgegenstand *by description* bestimmt wird, d. h. ein Gattungskauf vorliegt, bei dem (anders als beim Stückkauf in der Qualität nicht beeinflussbarer Objekte) die Sachqualität Gegenstand der Verkäuferpflicht darstellen kann und dann Sachmängel eine Vertragsverletzung konstituieren. Dass hier eine Neuausrichtung von Doktrin wie Gerichtspraxis gefordert ist, wurde bereits oben (Ziffer VIII 6 Beispiel 2) gezeigt. Hier ist nachzutragen, dass dabei offene Verstöße gegen den Gesetzestext oft nicht zu umgehen sind: Die in zahlreichen Fällen sachlich geforderte Sanktionierung von Sachmängeln mit einer Schadenersatzpflicht

²²³ Zum Grundsätzlichen oben Ziffer VIII 8. Bei den beiden genannten Beispielen wird man in der Praxis wohl oft einen Ausweg über das Rechtsmissbrauchsverbot (BGB § 242; ZGB Art. 2) suchen. Aber dies ist ein Notbehelf, der wenn immer möglich vermieden werden sollte. Die Anrufung der genannten Bestimmungen ist häufiger veranlasst durch Mängel des Gesetzes oder dessen Interpretation denn durch ungebührliche Absichten der Privatrechtssubjekte. Oder ganz simpel: Fast nur falsches (oder falsch gehandhabtes) Recht kann überhaupt missbraucht werden.

des Verkäufers lässt sich mit den nationalen Kodifikationen, die nur die altherwürdigen Behelfe von Wandelung und Minderung kennen, nicht vereinbaren; erst das Wiener Kaufrecht geht hier neue Wege.

In den genannten und unzähligen anderen ist es die Rechtsüberlieferung, welche ein Abgehen vom positiven Gesetz nicht nur rechtfertigt, sondern sogar fordert. Im Falle unangebrachter Sanktion der Vertragsnichtigkeit: Die sachlich indizierte Gewährung von Klage- und Einredemöglichkeiten war geltendes Recht bis zu den modernen Kodifikationen, welche in zeitgebundener normativer Betrachtungsweise es für richtig hielten, die Verträge als "Gesetz der Parteien" zu präsentieren, die nur geltend oder ungültig sein können. Da diese neue Rechtspräsentation eine materielle Rechtsänderung nicht beabsichtigte, steht nichts im Wege, sie infolge besserer Einsicht fallweise wiederum beiseitezuschieben. Die Rückkehr zur vorkodifikatorischen Betrachtungsweise verstösst nicht gegen den Willen des historischen Gesetzgebers, sondern bestätigt ihn. Bei der Zulassung von Schadenersatzsanktion bei Mängeln der Kaufsache liegt zwar eine Neuerung vor, die in der romanistischen Überlieferung keine Wurzel hat. Diese bezieht sich aber nicht auf den heute als Normalfall vorausgesetzten Kaufvertragstypus, sondern auf den Stückkauf unter Voraussetzung nicht möglicher Qualitätsbeeinflussung; Rückgriff auf die Rechtsüberlieferung schafft die Freiheit, bei den gegebenen neuen technologischen Verhältnissen zum allgemeinen Vertragsrecht zurückzukehren und angesichts fehlender Sondervoraussetzungen die aus Rom überlieferten kaufrechtlichen Sonderbestimmungen beiseitezulassen bzw. auf den Stückkauf zu beschränken, für den sie geschaffen wurden. Eine derartige neue Optik und ein partielles Abgehen vom Legaltext rüttelt nicht an den Wertvorstellungen, welche die historischen Gesetzgeber leiteten, sondern ist Ausdruck verantwortungsvoller Haltung, die ihre Rechtfertigung in der Rechtsüberlieferung findet.

X. Zum Schluss ...

Weder Rückblick noch Ausblick, sondern der Versuch, zusammen mit dem geduldigen Leser all die vorangegangenen Überlegungen in einen grösseren Zusammenhang zu stellen. Wir begannen bei den Gesetzen und gelangten zu der Forderung, bei unserem Bemühen um Rechtsfindung neben ihnen auch die rechtliche Vergangenheit mitzubedenken, hoffend, damit unser Suchen nach dem Rechten auf eine umfassendere Grundlage zu stellen und dem Recht besser zu dienen. Zum Schluss sei es erlaubt, an unsere eigene Stellung zu denken und zu fragen, was sich damit für den Juristen selber verändert. Die Besinnung auf die Überlieferung verschafft gleichermassen mehr Bindung und mehr Freiheit. Beides zusammen genommen bedeutet grössere persönliche Verantwortung all jener, die sich in der Wissenschaft, der Gerichtsbarkeit

oder der Praxis um Rechtserkenntnis bemühen, eine Verantwortung, die auch dazu beitragen sollte, in diesem Tun Genugtuung zu finden. Aber mehr als das: Die rechtliche Vergangenheit, die Bestandteil unseres juristischen Denkens werden soll, führt uns über das allein Juristisch-Technische hinaus in das weite Feld des Nachsinnens und Fühlens überhaupt, d. h. in die Rechtsweisheit (*iuris prudentia*), diese richtig verstanden in einem erweiterten und erhöhten Sinne der *divinarum atque humanarum rerum notitia*, d. h. des Wissens nicht nur um Menschliches und allzu Menschliches, sondern auch um höhere Dinge. Auf lange Sicht sollte der Jurist sich weder bloss als Vollstrecker gesetzlicher Anordnungen noch als Techniker des rechtlich Möglichen sehen. Vor derartiger Selbsteinschätzung kann uns das Verhaftetsein in der rechtlichen Vergangenheit behüten, denn diese hält uns Texte von aufrüttelnder Kraft vor Augen und bringt uns in fachliche Bruderschaft mit den Grossen unseres Faches, uns damit einladend, selber grosse und grundsätzliche Dinge zu bedenken.

Damit wird sichtbar, dass die Einbettung des Rechts in die Vergangenheit dieses zu einem allgemein menschlichen und gesellschaftlichen Phänomen macht, das an unserer Kultur, was immer diese sein möge, teilhat. Nur die Verankerung des Rechts in der Kultur schlechthin erlaubt es, dieses grosse Wort auch für unser Fach in Anspruch zu nehmen und von Rechtskultur zu sprechen, die, so gut als eben möglich, in Zukunft zu erhalten unsere Aufgabe ist. Und ein Grosser (der auch einmal Jurist war, wenn auch nicht als solcher zur Grösse gelangte) gibt uns die Bestätigung, dass Besinnung auf die Vergangenheit im Recht nicht anders als in allen Bereichen menschlichen Denkens gefordert ist:

"Wer nicht von dreitausend Jahren
sich weiss Rechenschaft zu geben,
bleibt im Dunkeln unerfahren,
mag von Tag zu Tage leben."

GOETHE