

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 53 (1934)

Buchbesprechung: Besprechungen und Anzeigen

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

Download PDF: 17.05.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Besprechungen und Anzeigen.

Jaeger, Dr. C. (Bundesrichter): Kommentar zum schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag. 4. Band. Bern (K. J. Wyss Erben). Geb. Fr. 17.—.

Der letzte (4.) Band des früher hier besprochenen Kommentars von Jaeger-Roelli ist nunmehr erschienen. Damit ist das grosse Werk abgeschlossen, das über die Grenzen unseres Landes hinaus als eine Leistung von hohem wissenschaftlichem Rang eine umfassende Bedeutung erlangen wird. Der Schlussband bringt zunächst, was sehr willkommen ist, den Gesetzestext und sämtliche Nebengesetze und Verordnungen, die sich auf die Privatversicherung erstrecken, über den Betrieb des Versicherungsgeschäfts, die Aufsicht, die Kautionen, dann auch die Vorschriften der Zwangsvollstreckung in Versicherungsansprüchen. Das Hauptstück bildet aber die Einleitung zum Kommentar. Wir erhalten eine Darstellung der Geschichte der europäischen Versicherungsgesetze, sodann, was praktisch sehr wichtig ist, Ausführungen über den Gerichtsstand, dem sich der Versicherer zu unterziehen hat u. a. Dem Charakter eines Lehrbuchs, den der Kommentar inhaltlich angenommen hat, entsprach es, auch allgemeine Hauptbegriffe des Versicherungsrechts selbständig zu erörtern; die Fragen: Was ist eine Versicherung; Worin besteht die Leistung des Versicherers; Wie sind die Versicherungsunternehmungen und die Gegenseitigkeitsanstalten zu behandeln? Darüber werden wir in diesem Band mit der meisterhaften Überlegenheit und Klarheit, die uns überall entgegentritt, unterrichtet. Mit Recht wird z. B. betont, dass zuviel auf die Schadensversicherung abgestellt wird, wenn man den Versicherungsvertrag (nach Manes) definiert als gegenseitige Deckung zufälligen Geldbedarfs, was für die Lebensversicherung zweifellos nicht zutrifft, wo weder der Zufall noch der Geldbedarf als wesentlich erscheint. Als das Moment, welches den Versicherungsanspruch auslöst, wird man die Verwirklichung einer ungewissen Tatsache (oder eines Risikos) betrachten dürfen. Ein alter Streit besteht über die Natur der Leistung des Versicherers, soweit im einzelnen Fall nicht die Zahlung der Ver-

sicherungssumme oder eines Teils davon erfolgt und nur die Gefahr einer Schadensdeckung getragen worden ist. Dass der Versicherer dabei überhaupt nichts leistet, erscheint ausgeschlossen; denn er ist nicht um die Prämien bereichert. Als präsente Leistung wird vom Verfasser die Aufnahme des Versicherungsnehmers in die Gefahrengemeinschaft bezeichnet (neben der eventuellen Schadensdeckung); diese Leistung vollzieht sich mit dem Vertragsabschluss und bedarf keiner besonderen Erfüllungsklage. — Noch zwei besondere Kapitel behandelt der Band, die Abonnentenversicherung und die Lehre von den sog. Obliegenheiten, von denen im ersten Band (von Roelli) die Rede ist, die aber hier erweitert vorgetragen wird. — Ein gutes Register erhöht bekanntlich den Wert eines Nachschlagewerkes beträchtlich, ein schlechtes Register bringt Ärger und Zeitverlust. Das von Dr. P. Schultze in Zürich angelegte Register zu allen Bänden erfüllt alle Anforderungen und zeugt von grosser Kenntnis des Werkes.

Prof. F. Goetzinger, Basel.

Jaeger, Dr. C. (Bundesrichter): **Schuldbetreibungs- und Konkurspraxis der Jahre 1927—1933.** Als IV. Ergänzung seines Kommentars zum Sch.K.G., III. Aufl. Zürich 1934 (Orell Füssli Verlag). 166 S. Brosch. Fr. 10.—, geb. Fr. 12.—.

So erfreulich es ist, dass das langersehnte vorliegende Ergänzungsheft zum ausgezeichneten Jaegerschen Kommentar nun erschienen ist, so bedauerlich ist es, dass das Erscheinen in eine Zeit fiel, wo man für ein Broschürchen von 166 Seiten zehn gute Schweizerfranken zahlen muss. Und doch wäre zu wünschen, dass die Schweizer Juristen sich diese brauchbaren Ergänzungshefte anschaffen können, ohne selbst Konkursängste bekommen zu müssen. H.

Zingg, Ernst: **Die Kündigung und der Rücktritt im Dienstvertrag nach schweiz. Zivilrecht.** Aarau, o. D. (1934, H. R. Sauerländer & Cie.). 142 S.

Dieses Bändchen will vor allem den Praktikern ein Ratgeber sein. Es bringt eine brauchbare Zusammenstellung von auszugsweise wiedergegebenen Entscheidungen, vor allem auch der Gewerbegerichte von Bern und Zürich.

Herzfeld, Ignaz: **Kauf und Darlehen im internationalen Privatrecht.** Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 4. Basel 1933 (Helbing & Lichtenhahn).

In den letzten Jahren hat sich die Auffassung verbreitet, dass es nicht möglich sei, das Gesamtgebiet der internationalen Obligationenrechts auf Grund weniger allgemeiner Prinzipien (wie Abschlussort, Parteiwille, Erfüllungsort usw.) befriedigend zu ordnen. Diese Auffassung ist ja nicht völlig neu. Man darf gewiss daran erinnern, dass schon Meili schrieb: „Es ist kein einheitliches Prinzip aufzustellen, nach welchem die obligationenrechtlichen Fragen entschieden werden können. . . . Die Frage der Rechtsanwendung ist für die einzelnen Rechtsinstitute separat zu prüfen. Die verschiedenen in der Theorie aufgestellten Sätze können nur als Anhaltspunkte verwertet werden.“ (Das internationale Zivil- und Handelsrecht II S. 14.) Insbesondere ist zuzugeben, dass die vom Verfasser sogenannte „synthetische Methode“ in manchen Fällen zur Anwendung verschiedener Rechte auf die einzelnen Parteien führt (Vertragsspaltung) und dass auch sog. Qualifikationskonflikte (Verschiedenheiten der Begriffe „Abschlussort“, „Erfüllungsort“ in den einzelnen Rechtssystemen) auftreten. Der Verfasser unterzieht denn auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts unter diesen Gesichtspunkten einer scharfen Kritik, die sich allerdings selbst vorwiegend logisch-begrifflicher Kriterien bedient und in den wenigsten Fällen zum Schlusse führt, dass das praktische Ergebnis unzutreffend und den Verkehrsbedürfnissen zuwider sei. Uns ist vor etwa zehn Jahren diese Rechtsprechung anpassungsfähiger und im Ergebnis im wesentlichen befriedigend vorgekommen, während nach dem Verfasser daran nur wenig Gutes bleibt.

Die neue Methode will von Fall zu Fall die Anerkennung einer „Näherberechtigung“ herausfinden. „Die Frage, welche Rechtsordnung nächstberechtigt ist, welche das grösste Interesse an der Regelung eines Privatverhältnisses hat, in welchem Gebiet das Schwergewicht der vertraglichen Beziehungen sich befindet, kann nicht durch die Aufstellung aprioristischer Grundsätze, sondern nur durch die Untersuchung der praktischen Gegebenheiten gelöst werden.“ (S. 43.) Es handelt sich um die Aufdeckung einer „natürlichen“, d. h. durch die tatsächlichen Interessenverhältnisse geforderten Lokalisierung des Vertrags. . . . „Die Aufgabe besteht darin, innerhalb jedes Vertrags oder jeder Gruppe verwandter Verträge die Partei zu ermitteln, welche unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der ihr vom Gesetz zwingend auferlegten Haftungsverpflichtungen und der ihr zustehenden Möglichkeiten vertraglichen Schutzes, als die stärker belastete und gefährdete erscheint. Dieser Umstand ist für die Anknüpfung entscheidend. Denn die Partei, die die grösseren Belastungen und Gefahren zu tragen

verpflichtet ist, hat ein berechtigtes Interesse daran, das Risiko der höheren Gefährdung höchstens in dem Masse übernehmen zu müssen, in dem es ihre eigene Rechtsordnung vorschreibt. Es wäre ebenso unbillig, wie unnatürlich, die stärker belastete Partei hinsichtlich ihrer Verpflichtungen einem fremden Recht zu unterstellen; unbillig, weil die fremde Rechtsordnung etwa strenger sein könnte als die eigene, unnatürlich, weil der stärker gefährdete Kontrahent das grössere Risiko (psychologisch) nur unter der Voraussetzung übernehmen wird, dass ihm nach vertrauten Rechtsanschauungen Schutz zuteil wird. — Das solchermassen auf analytischem Weg für jede Vertragsart gesondert ermittelte anzuwendende Recht ist das natürliche Vertragsstatut. (S. 47.)

Diese Methode wird sodann in sehr interessanter Weise durchgeführt für Darlehen und Kauf. Insbesondere werden die verschiedenen Typen der bankmässigen Kreditgeschäfte daraufhin untersucht, wo die grössere Gefahr liegt. Diese Ableitungen basieren sichtlich auf bester Vertrautheit mit den behandelten Geschäftstypen und machen dem Scharfsinn des Verfassers alle Ehre. Aber sie bringen doch zum Bewusstsein, dass auch mit dieser Methode die Bäume nicht in den Himmel wachsen werden. Als Nachteil lässt sich jetzt schon (z. B. aus den verschiedenen Projekten internationaler Gesellschaften) erkennen, dass eine sehr grosse Zersplitterung droht, da der Unterscheidungen kein Ende ist. Diese Interessenabwägung wird auch nicht oft zu unbestrittenen Ergebnissen führen und immer auf Spezialfälle stossen, in denen die sonst dem betreffenden Typus zugeschriebenen Merkmale nicht zutreffen.

Solche Überlegungen ändern nichts an der Verdienstlichkeit der Arbeit, die vor allem auch vorbildlich knapp und sicher durchgeführt ist. Jedenfalls ist sie mit grossem Recht von der Vergessenheit bewahrt worden, in die sonst die ungedruckten Basler Dissertationen oft gewiss unverdient verfallen.

Fritzsche.

Wolff, Martin: Internationales Privatrecht. Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Band XV. Berlin 1933 (Springer).

Verglichen mit dem in Band 52 S. 110 angezeigten Lehrbuch von Nussbaum ist diese letzte zusammenfassende Darstellung des IPRs weit knapper (159 Seiten). Es fehlen bei Wolff namentlich der Zivilprozess (mit Ausnahme eines knappen Abschnittes über Rechtsschutz und Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile) sowie die handelsrechtlichen Spezialgebiete.

Sodann wird die Darstellung in der Hauptsache auf das deutsche Recht beschränkt und insbesondere das schweizerische Recht nur ganz nebenbei erwähnt. Daraus aber den Schluss abzuleiten, dass das Werk für den Schweizer Juristen keine Bedeutung hätte, wäre sehr verfehlt. Es handelt sich um eine vorbildlich klare, überlegene Darstellung der Materie, die einen ganz besonderen Reiz gewinnt durch die schlagenden Beispiele, in denen häufig Bezug genommen wird auf Kollisionsfälle mit dem Schweizer Recht. Mit besonderer Freude wird der Kenner die Lehren des allgemeinen Teils studieren. Man findet hier, etwa in den Abschnitten: Internationalprivatrecht und Völkerrecht, die Einordnung der Rechtsverhältnisse („Qualifikation“), Vorbehaltsklausel, Rück- und Weiterverweisung, überraschende neue Gedanken, die immer in bestechend einfacher Weise vorgetragen werden. Man darf hoffen, dass alle diese Vorzüge ihr Teil dazu beitragen werden, um das schwere Gebiet des IPR immer mehr aus dem kleinen Kreise von Spezialisten in das Allgemeininteresse der Juristen überzuführen.

Fritzsche.

Duden, Dr. Konrad: Der Rechtserwerb vom Nichtberechtigten an beweglichen Sachen und Inhaberpapieren im deutschen internationalen Privatrecht. Heft 8 der Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht. Berlin und Leipzig 1934.

Die europäischen Privatrechtsordnungen gehen in der Frage des Eigentumserwerbs von Fahrhabe vom Nichteigentümer erheblich auseinander. (Zulässigkeit der Vindikation in allen Fällen, Ausschluss der Vindikation bei gutgläubigem Erwerb, Vindikation nur gegen Bezahlung des Kaufpreises, sog. Lösungsrecht.) Insbesondere im Recht der Wertpapiere treten Besonderheiten auf, wie etwa bei wegen Abhandenkommens ausgeschriebenen Titeln. Bei der leichten Ortsveränderung solcher Titel treten auch Fragen des Internationalprivatrechts nicht ganz selten auf. (Gilt das Ortsrecht der gelegenen Sache oder das die Obligation beherrschende Recht?) Die vorliegende tüchtige Arbeit behandelt die Rechtssprechung und die verschiedenen Theorien auf Grundlage des deutschen Rechts etwa in dem Umfang, wie die 1930 erschienene Dissertation von W. Weisflog, die das schweizerische Recht in den Vordergrund stellt. Ein Eingehen auf die sehr subtilen Probleme ist an dieser Stelle ausgeschlossen. Aber es mag doch nicht ganz ohne Nutzen sein, wenigstens kurz auf die anregende Schrift hinzuweisen.

Fritzsche.

Perret, Dr. Charles: Die eidg. Krisenabgabe. Zürich 1934 (Polygr. Verlag A.-G.). 182 S. Geb. Fr. 6.—.

Der Herausgeber, Sektionschef bei der eidg. Steuerverwaltung, stellt in diesem Bändchen die einschlägigen Erlasse, vor allem den Bundesbeschluss über das Finanzprogramm (auszugsweise) und den massgebenden Bundesratsbeschluss über die eidg. Krisenabgabe (vom 19. Januar 1934) sowie Bestimmungen des Verwaltungsrechtspflege- und des Bundesrechtspflegegesetzes zusammen. Vorangestellt ist eine brauchbare Einführung (73 Seiten), wobei auch die Gegenüberstellung von Krisenabgabe und ausserordentlicher Kriegssteuer (von 1920) zur Klärung beiträgt. Ein Sachregister bildet den Abschluss. Dem Wunsche des Herausgebers kann man sich nur anschliessen, das System der allgemeinen Einkommensteuer möge durch die Krisenabgabe in kantonalen Steuerrechten weiteren Anhang gewinnen. Das Bändchen sei den Praktikern bestens empfohlen. H.

Baechi, Dr. Walter (Zürich): Verwaltungsakt auf Unterwerfung, zweiseitiger Verwaltungsakt oder Vertrag? In Zeitschr. f. öff. Recht, Band XIV. Heft 1. S. 62—115. Wien 1934 (Julius Springer).

In dieser kritischen Studie wird zu der bekannten Streitfrage Stellung genommen, ob die Anstellung des Staatsbeamten auf Vertrag beruhe oder auf einem einseitigen oder gar zweiseitigen Verwaltungsakt. In scharfsinnigen Formulierungen werden alle landläufigen Einwände gegen die Vertragsnatur untersucht, auch die von W. Burckhardt und F. Fleiner vertretenen Argumente; das Ergebnis ist die Bejahung des Vertragscharakters, wobei sich der Verf. mit der von ihm zitierten Auffassung des Unterzeichneten deckt (Z. f. Schweiz. Recht 42, 1923, S. 224). Die Hauptstärke seiner sorgfältigen Argumentation liegt indes in der vorwiegend negativen Kritik; gerne hätte man noch mehr Positives vernommen über die rechtlichen Folgen dieser Vertragstheorie, besonders etwa bei der Auflösung des Vertrags. His.

Schmitt, Carl (Staatsrat u. Prof., Berlin): Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität. 2. Ausg. München u. Leipzig 1934 (Duncker & Humblot). 84 S. Mk. 1.80.

Die erste Auflage dieser Broschüre ist im Jahre 1922 erschienen; der Verfasser lässt sie unverändert neu herausgeben, begleitet von einem Vorwort, in welchem er zu erkennen geben kann, dass sie auch vor den heutigen Lehren des „totalitären“ Staates sich unverändert halten lasse. Man findet darin einen

Versuch, den Staat des Liberalismus (der nach Mittellösungen mit Gott und König suche) dem neuen, absoluten, autoritären, radikalen Staat gedanklich gegenüberzustellen. Anlehnend an Bonald, Joseph de Maistre und den Spanier Donoso Cortes stellt er daher eine neue Lehre von der staatlichen Souveränität auf; da diese auf theologische Begriffe zurückgehe, nennt er seine Lehre „politische Theologie“. Erfreulich ist vor allem die Fülle von Gedanken und interessanten Blickpunkten, die dieses kurze Schriftchen, bei aller Gedrängtheit der Darstellung, auszeichnen.

His.

Llorens, E. L. (Dozent in Murcia): **La Igualdad ante la Ley.** Instituto de Estudios politicos de la Universidad de Murcia. Madrid 1934 (Editorial Revista de Derecho privado). 174 S. 10 pes.

Mit der vorliegenden Schrift wird die Serie der Schriften des Instituts de Estudios politicos der Universität Murcia eröffnet; sie ist rechtshistorischer und rechtsvergleichender Natur. Der Verfasser, der sich über eine umfassende Kenntnis der europäischen Rechtsliteratur ausweist, betrachtet vorerst eingehend die historischen Wurzeln, aus denen der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz stammt, wobei vor allem die neueste deutsche Literatur nebst einigen schweizerischen Autoren herangezogen werden. In einem II. Teil (S. 61 ff.) werden die Ausgestaltung und die Wirkungen der Rechtsgleichheit in den verschiedenen Staaten verfolgt (auch kurz die der Schweiz, S. 116—119) und zuletzt die Entstehung der einschlägigen Artikel der spanischen Verfassung von 1931 dargelegt (S. 141 ff.), deren Art. 2 lautet: „Todos los Españoles son iguales ante la ley.“ Eine Praxis hat sich auf Grund dieses Artikels noch nicht bilden können; der Zweck dieses Buches ist, ihr die wissenschaftlichen Richtlinien zu weisen, was in klarer und übersichtlicher Weise geschieht. So weitgehende Folgerungen, wie die bundesgerichtliche Judikatur in der Schweiz sie zog, werden allerdings aus der Rechtsgleichheit dort nicht gewonnen.

His.

Bückling, Gerhard: **Die systematischen und geschichtlichen Grundlagen des subjektiven Rechts.** Heft 146 von Gierkes Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte. Breslau 1933 (M. u. H. Marcus). 139 S. Mk. 7.80.

Diese Untersuchung des gelehrten Verfassers ist umso erfreulicher, als die deutsche Rechtswissenschaft über die subjektiven Rechte nur wenige grundlegende Werke aufzuweisen

hat und sie in neuester Zeit erst recht missachtet. Der Verfasser geht aus von einer Prüfung des Ausgleichs des „rationalen Rechtsgedankens“ mit dem geschichtlichen Positivismus. Mit kritischer Schärfe wird die Stellung der Hegelschen Rechtsphilosophie, aber auch Rousseaus, Kants, der historischen Rechtsschule, des historischen Materialismus u. a. zur vorliegenden Frage untersucht. Die Anfänge des modernen Rechtsgedankens werden festgestellt in der griechischen Philosophie (Aristoteles) und von hier an wird die Entwicklungslinie verfolgt auf die Naturrechtler (Locke, Blackstone, Rousseau usw.), wobei der Verf. eine tiefgehende Kenntnis auch der englischen, amerikanischen und französischen Rechtsliteratur beweist. Der Aufbau des ganzen Werkes leidet allerdings etwas an einer gewissen Undurchsichtigkeit der Systematik; auch fehlen leider im Text die vorne im Inhaltsverzeichnis genannten Zwischenüberschriften. Dafür treten interessante Einzelergebnisse stärker hervor, so z. B. über das Gesetzes- und Gewohnheitsrecht, über die Unverbrüchlichkeit des Rechts, die Nichtrückwirkung der Gesetze, die Rechtsgleichheit, die richterliche Überprüfung der Gesetze. Ein Miteinbezug der wichtigsten subjektiven Freiheitsrechte (Religionsfreiheit, Pressfreiheit u. a.) hätte die Untersuchung wohl noch in erwünschter Weise bereichert und drastischer gestaltet. Auf schweizerische Rechtseinwirkungen wird mehrfach hingewiesen; leider sind einige Zitate ungenau, so sollte es S. 122 heissen: Kommentar Egger-Escher (statt Holder-Escher) und der Basler Staatsrechtler Erwin Ruck wird durchwegs Rupp zitiert (S. 63, 83, 84, 96, 102, 103, 104, 124, 138). Trotz gewisser Lücken ist das Werk ein wichtiger Baustein in der aufbauenden Erkenntnis der Natur unserer modernen Rechtsordnungen.

His.

Statut et Règlement de la Cour permanente de Justice internationale. Elements d'interprétation. Herausgeg. v. Institut für ausl. öff. Recht und Völkerrecht. Berlin 1934 (Carl Heymanns Verlag). 498 S. Rm. 27.—; geb. Rm. 29.—.

Im Auftrag des eifrig tätigen Instituts hat Prof. B. Schenk von Stauffenberg hier einen ausführlichen Kommentar zum Statut des Ständigen internat. Gerichtshofs bearbeitet und darin die Bestimmungen des Reglements eingeflochten. Wohl liebt der Praktiker bei Kommentaren möglichste Kürze; hier erlaubte die Neuheit der Materie keine stereotypen Angaben. So finden wir zu jedem Artikel des Statuts mit grosser Genauigkeit die dazugehörigen Entscheide und Avis consultatifs des Gerichtshofs, oft mit wörtlicher Wiedergabe der ausschlaggebenden Stellen.

Trotz dieser Ausführlichkeit wird das vorliegende Werk aber gute Dienste leisten können. Eine selbständige Stellungnahme des Herausgebers wird fast ganz vermieden, doch sind historische Notizen über das Entstehen einzelner Artikel eingeschaltet. Register erleichtern das Nachschlagen. His.

Fontes juris gentium, ed. Viktor Bruns. Series 5, Sectio 1, Tomus 1, Pars 2, Fasciculus 2 (pag. 401 ad finem). Handbuch der diplomatischen Korrespondenz der europäischen Staaten 1856—1871. Berlin 1933 (Carl Heymanns Verlag). Rm. 26.—.

Dieser abschliessende Band enthält noch einige Akten über Neutralitätsrecht, dann vor allem über Prisenrecht. Es folgen über 200 Seiten Register.

Kisch, Guido: Das Fischereirecht im Deutschordensgebiete. (Deutschrechtliche Forschungen, herausgeg. von Guido Kisch, Heft 5.) Stuttgart 1932 (W. Kohlhammer Verlag).

Die gründliche Arbeit bietet dem schweizerischen Leser mehr, als man nach ihrem Titel erwarten sollte. In einem einleitenden Abschnitt gibt Kisch einen ausführlichen kritischen Überblick über die bisherigen Arbeiten zur Geschichte des Fischereirechts, wobei auch zahlreiche schweizerische Werke behandelt werden. Kisch hebt hervor, dass die meisten einschlägigen Monographien der letzten Jahrzehnte aus der Schweiz stammen, „wo sich dieser Zweig der Rechtsgeschichte schon lange besonders intensiver und erfolgreicher Pflege erfreut“, und spendet den fischereirechtlichen Abhandlungen der Schweizer Juristen Fleiner und Stutz besonderes Lob. Auch im weiteren Verlauf seiner Untersuchung zieht Kisch mehrfach die schweizerischen Verhältnisse heran.

Mit der Geschichte des Fischereirechtes im Ordensland Preussen hatte sich schon 1918 ein Aufsatz von W. v. Brunneck beschäftigt. Wie sein Vorgänger, so geht auch Kisch aus von der berühmten Kulmer Handfeste von 1233, aber er kommt teilweise zu anderen Ergebnissen, als jener. Er bekämpft die Ansicht v. Brunnecks, dass das Fischereirecht in den grossen preussischen Binnenseen ein Ausfluss des Grundeigentums gewesen sei. Der ursprüngliche Zustand war nicht das Fischereirecht des Grundeigentümers, sondern die Fischereifreiheit. Aber diese Freiheit ist dann durch die Ausbildung der Regalität weithin beseitigt worden. Der Deutsche Orden hat, wie dies der im Ordenslande besonders kräftig auftretenden Staatsgewalt entsprach, von vornherein die Fischerei, und zwar sowohl an der Küste wie auch in sämtlichen Binnengewässern, als Regal

betrachtet und die Regalität folgerichtig durchgeführt. Interessant ist der Streit der Stadt Elbing mit dem Orden, in dem die Stadt 1300 ein Gutachten zweier Pariser Juristen einforderte. Das Gutachten arbeitete mit den Begriffen des römischen Rechts, kann aber doch nicht umhin, die auf deutschrechtlicher Grundlage ruhende Regalität anzuerkennen. Kisch behandelt dann die Fischereiverleihungen, die teils selbständig, teils im Anschluss an Grundstücksverleihungen erfolgen, und kommt bei diesem Anlass auch auf den Zubehörbegriff im älteren deutschen Recht zu sprechen. Das verliehene Fischereirecht ist fast immer beschränkt — der Ausdruck „freie Fischerei“ bedeutet nur Freiheit von Fischereiabgaben —, teils auf den eigenen Bedarf (Tischfischerei), teils durch das Verbot gewisser Fanggeräte. Auch fischereipolizeiliche Beschränkungen, z. B. Anordnung einer Schonzeit, kommen schon im Mittelalter vor.

Münster i. W.

Rudolf His.

Eugène Gaudemet. 1872—1933. Dijon 1933 (Imprimerie Darantière). 87 S.

Die vorliegende, dem Andenken des bekannten hervorragenden Strassburger Juristen gewidmete Schrift wird eingeleitet durch eine feinsinnige, Lebensgang und Lebenswerk des Verstorbenen vor Augen führende Biographie aus der Feder seines ehemaligen Kollegen und Freundes Pierre Louis-Lucas (Dijon). Hieran schliessen sich zwei anlässlich der Beredigung abgehaltene Ansprachen des Dekans der juristischen Fakultät von Strassburg, Duquesne, ferner solche von Baumann, Präsident der „Amicale des étudiants en droit“ in Strassburg, vom Dekan der juristischen Fakultät Dijon, Guillois, und von seinem Strassburger Kollegen Delpech. Ihnen folgen eine zuerst in der Zeitschrift „l'Alsace française“ (13 année, no. 16, tome XXV) veröffentlichte kurze, jedoch um so nachdrucksvollere Würdigung von Champeaux (Strassburg) sowie eine solche von de la Berardie, Président der „Amicale des étudiants en droit“, Strassburg. Den Schluss bildet ein Verzeichnis der wichtigsten Publikationen Gaudemets.

Gaudemet, die längste Zeit seines Lebens in Dijon tätig, wurde im Jahre 1919, bei Eröffnung der Universität von Robert Beudant, der nur Gelehrte ersten Ranges in die neue juristische Fakultät zu berufen verstand, für Strassburg gewonnen. Nur ungern gab Gaudemet dem Rufe Folge, hoffend, seine Wirksamkeit in Strassburg werde nur interimistischen Charakter tragen. Doch ist er bis zu seinem Tode Strassburg treu geblieben.

Gaudemets wissenschaftliche Bedeutung für uns Fernerstehende beruht in der unerreichten Meisterschaft in der Lebensbeschreibung hervorragender Fachgenossen. Zeugnis hiervon legt vor allem die umfassende und warm empfundene Biographie seines Lehrers und Freundes Raymond Saleilles ab, erschienen in der *Revue Bourguignonne*, t. XXII, 1912 N. 4, pp. 159 à 263 (auch separat herausgekommen). Nur wenige, von deutschen Schriftstellern darf vor allem Degenkolb erwähnt werden, haben in demselben Masse verstanden, Werk und Leben miteinander zu verbinden, zu zeigen, wie das Werk im letzten Grunde in der Persönlichkeit ruht und wiederum auf die Persönlichkeit zurückstrahlt. Jeder Versuch einer auch nur skizzenhaften Wiedergabe vermöchte das schöne Bild nur zu trüben. Wir müssen uns bescheiden, nach den Voraussetzungen zu fragen, die ein so verständnisvolles Einleben erst ermöglichen. Auf diese Frage erteilt Gaudemet selbst die Antwort, indem er auf ein Wort von La Bruyère hinweist: „On s'attendait à trouver un juriste et l'on trouve un homme.“ Dem Dozenten und dem Schüler eignen in demselben Masse der für alles Menschliche, für Philosophie, Geschichte und Kunst erschlossene Sinn. Nur mit Widerstreben wandte sich der junge Gaudemet dem anscheinend so trockenen und dürftigen Rechtsstudium zu. Doch ist es Saleilles nicht schwer gefallen, dem Schüler den Weg leicht zu machen: „Le droit, vu de ces hauteurs, devient ce qu'il a au monde de plus vivant.“ In dem 1914 erschienenen Gesamtwerke über Saleilles (*l'oeuvre juridique de R. Saleilles*) ward Gaudemet die Besprechung der bahnbrechenden und zum Teil wieder ins Deutsche übertragenen Arbeiten Saleilles zum deutschen BGB übertragen, insbesondere die von ihm verfasste Übersetzung des allgemeinen Teils des Zivilrechts sowie des allgemeinen Teils des Obligationenrechts.

Biographischen Inhalts ist ferner die am 21. November anlässlich der Einweihung des Standbildes von Charles Aubry und Frédr. Charles Rau in Strassburg gehaltene Rede über die Verfasser der bekannten, gegenwärtig in V. Auflage erschienenen und auf zwölf Bände angewachsenen Darstellung des französischen Zivilrechts (*Cours de droit civil français*), veröffentlicht *Revue trimestrielle de droit civil* XXII 65. Die Darstellung von Aubry und Rau ist bekanntlich auf deutsche Anregung hin entstanden. Die erste Auflage enthält im wesentlichen nur eine Übersetzung von Zachariae von Lingenthals französischem Zivilrecht. Doch haben sich die folgenden Auflagen mehr und mehr von ihrem Vorbilde entfernt und erweitert. Naturgemäss ist Gaudemets Würdigung der beiden Autoren,

beides geborener Elsässer, im Vergleich zu „Saleilles“ mehr von sachlichen Gesichtspunkten bestimmt. Doch weiss Gaudemet auch hier der Darstellung eine persönliche Note zu verleihen und den trockenen Ton einer wissenschaftlichen Abhandlung durch eine warme Charakteristik der Persönlichkeit zu ersetzen. Es ist eine u. W. sonst nirgends anzutreffende Eigenart der französischen Literatur, dass mehrere Mitarbeiter gemeinsam und ohne Teilung nach Stoffgebieten denselben Gegenstand behandeln, eine Methode, die gerade hier ihre reichsten Früchte getragen hat. Aubry, der Mann der Wissenschaft, hat die systematische Grundlegung, Rau, der Mann der Praxis und Advokat, die Anwendung im Rechtsleben beigetragen, beides in inniger Harmonie verwoben. Der Schluss von Gaudemets Rede zieht einen meisterhaften Querschnitt der Gesamtentwicklung der französischen Rechtswissenschaft seit dem Code, zerfallend in drei Perioden, die erste, die der sog. école de l'exégèse, gekennzeichnet durch die wort- und bändereichen, nunmehr gänzlich veralteten Werke von Duranton, Merlin, Troplong, Demolombe u. a., sklavisch sich an Wortlaut und Anordnung des Code haltend, die zweite Periode durch das Werk von Aubry und Rau, der in der deutschen Pandektistik erarbeiteten systematischen Methode in Frankreich den Eingang eröffnend. Doch ist es auch hier noch das Gesetz und nur das Gesetz, das entscheidet. Die Rechtsprechung ist seine gehorsame Dienerin. Die Auslegung des Gesetzes ist die philologische, gerichtet auf die Feststellung des gesetzgeberischen Willens zur Zeit des Erlasses. Die dritte, abschliessende Periode, in der die französische Rechtswissenschaft sich dank Saleilles und seinem berühmten, ihn überlebenden Zeitgenossen Fr. Génys sich zur Zeit befindet, hat ihren klassischen Ausdruck in Saleilles Studie „Le code civil et la méthode historique“ (livre du centenaire du code civil français, 1904, I, 17) erhalten: Der Wille des Gesetzes ist nicht der Wille des konkreten Gesetzgebers, bzw. der sog. gesetzgebenden Faktoren, sondern der stets veränderliche Wille eines idealen Gesetzgebers. Die früher angewandte unechte historische Methode vermag die an das Rechtsleben zu stellenden Aufgaben nicht zu erfüllen. „Le peuple rêvait de progrès sociaux, et on lui proposait de faire de la philologie.“ Auch das Gesetz ist in fortlaufender Wandlung begriffen. Der Buchstabe des code ist geblieben, sein Inhalt durch den Umbildungsprozess von Wissenschaft und Rechtsprechung ein durchaus anderer geworden. Damit ist aller Wortinterpretation, allem Wort- und Materialienkultus ein für allemal der Boden entzogen.

Von den sonstigen Publikationen Gaudemets sei hier nur die im *Livre du centenaire* (II 967) enthaltene Studie „*Les codifications récentes et la révision du code civil*“ erwähnt. Damals, im Jubiläumsjahre 1904, wurde eingehend erwogen, ob und inwieweit eine Revision des code wünschbar und möglich sei. Gaudemet und Planiol (a. a. O. S. 955) erachteten eine Ergänzung durch Spezialgesetze für genügend, wogegen Larnaude eine Gesamtrevision für unerlässlich hielt (a. a. O. S. 901). Gaudemets Studie, die uns auch dank der warmen Anerkennung des inhaltlichen Wertes des schweiz. ZGB wohlthuend berührt, enthält eine wohl erwogene Abwägung der Gründe für und wider. Trotzdem vermögen seine Argumente Larnaudes wuchtigem Angriffe nicht standzuhalten. Wenn Gaudemet und Planiol den Umbildungsprozess der Gerichtspraxis für ausreichend erachten, so beurteilen sie das ganze Problem viel zu sehr vom Standpunkte des Theoretikers und des Richters aus, während der Rechtsanwalt, dem die schwere und verantwortungsvolle Pflicht obliegt, dem Rechtsuchenden nach bestem Wissen und Gewissen über den vermutlichen Ausgang eines Prozesses Rede zu stehen, sich niemals mit einem Verweis auf das Lotteriespiel einer stets schwankenden Gerichtspraxis begnügen wird. Doch könnte dem wiederum entgegengehalten werden, dass jeder neue Gesetzesentwurf in das uferlose Meer der Ungewissheit führt, gesteht doch auch Larnaude selbst zu, dass die gesetzgebenden Faktoren nur zu häufig sich ausschliesslich von politischen Erwägungen leiten lassen, und niemand weiss, was aus den anfänglichen Entwürfen noch werden kann. So führen Rede und Gegenrede auch hier zu keinem festen Ergebnis, weil es an absoluten, ein für allemal gültigen Masstäben der Beurteilung gebricht.

Kehren wir zum Schlusse nochmals zu unsrem Ausgangspunkte zurück. Das ergreifendste Kapitel in Gaudemets Lebensabriss von Saleilles bildet die Schilderung der letzten Lebensjahre seines so durch und durch kongenialen Kollegen und Freundes. Im Winter 1895 machten sich die ersten Anzeichen eines tückischen Herzleidens geltend, die ihn zu wiederholten, schmerzlich empfundenen Unterbrechungen seiner reichen Tätigkeit nötigten. Die Berufung nach Paris (1905) stellte erhöhte Anforderungen an den Gelehrten, für den es keine Grenzen gab, der in jedem Gebiete seiner Wissenschaft zu Hause war und daneben noch zahlreiche an einer grossen Universität unerlässliche Lasten auf sich nehmen musste, dem die ursprünglich durch und durch gesunde, durch Bergwanderungen in den Alpen gestärkte Konstitution mit der Zeit nicht mehr gewachsen sein

sollte. Doch gerade in den 15 letzten Lebensjahren, in denen das Leiden, nur von kurzen Zwischenräumen unterbrochen, in stetem Fortschreiten war, erreichte sein Lebenswerk und sein wissenschaftlicher Einfluss ihren Höhepunkt. Es sei nur an seine später in einem stattlichen Bande vereinigten Vorlesungen über Gesamthand und die juristische Persönlichkeit erinnert, in denen sich Saleilles Gierkes Genossenschaftstheorie zu eigen gemacht und dieses schwierigste Gebiet der germanistischen Rechtswissenschaft dem auf das Klare und Rationale gerichteten Sinn des Franzosen verständlich zu machen wusste. Seine ins Masslose gesteigerte Überspannung seiner fortgesetzt geschwächten Kräfte, ein ihn willenlos mit sich fortreissender, unbezähmbarer Schaffensdrang — nach mündlichen Mitteilungen Gaudemets dauerte die nächtliche Arbeit in jenen Tagen bis gegen vier Uhr morgens, unter Gebrauch der stärksten Stimulantien — führten am Morgen des 3. März 1912 das Ende herbei. — Als Gaudemet diese Zeilen abschloss, ahnte er wohl kaum, dass er denselben Leidensweg gehen und die Gefolgschaftstreue bis zum Tode bewähren sollte. Lassen wir über seine eigenen letzten Lebensjahre seinen Freund und Kollegen Champeaux reden: Gaudemet, gleichfalls von einem schweren Herzleiden befallen, hat seit Mitte Dezember 1922 seine Vorlesungen je und je unterbrechen müssen. Noch mit einer letzten Willensanstrengung, zu stark für seinen tödlich geschwächten Körper, hat er dem Übel, das sein Herz verzehrte, nicht mehr länger widerstehen können. Nach der letzten Unterrichtsstunde, die ihn seine schwindenden Kräfte nicht mehr vollenden liess, musste er nach Hause gebracht werden. Bis zu seinem letzten Augenblicke mit klarem Bewusstsein und in der traurigen Erkenntnis seines hoffnungslosen Zustandes ist er am 7. April 1933 verstorben. Wir, die wir zehn Jahre zuvor seinen in Basel abgehaltenen Zyklus von Vorträgen über die Geschichte der französischen Rechtswissenschaft seit Erlass des Code beizuwohnen den unvergleichlichen Genuss hatten, werden sein Andenken gleich seinen französischen Freunden und Kollegen in Ehren halten.

C. Wieland.

Simonius, August (Prof., Basel): **Lex facit regem.** (Bracton.) Ein Beitrag zur Lehre von den Rechtsquellen. Basler Rektoratsprogramm, auch Heft 5 der Basler Studien zur Rechtswissenschaft. Basel 1933 (Helbing & Lichtenhahn). 90 S. Fr. 3.—.

A. Simonius hat in seiner Abhandlung „Lex facit regem“ die Lehre von den Rechtsquellen und die mit ihr im engsten

Zusammenhang stehende Frage nach dem Rechtskriterium einer Revision unterzogen. Die Methode, deren er sich dabei bedient, ist realistisch, empiristisch, psychologisch. Es gibt heutzutage zahlreiche Verfechter dieser Methode unter den Juristen, namentlich in Frankreich und in den anglo-saxonischen Ländern, aber wenige bleiben ihr im Verlauf der Untersuchung so getreu wie unser Autor. Er geht eingehender und konsequenter den verschiedenen einzelnen Faktoren der Rechtsbildung nach, als etwa die französischen „Realisten“. Dabei verliert er doch über der Vielheit der Quellen nie den einen Punkt aus dem Auge, dem sie alle zustreben müssen, sein Rechtskriterium ist in seltenem Mass einfach und einheitlich.

Zunächst wendet sich Simonius in scharfer Kritik gegen die staatliche Quellentheorie, und ich glaube, der heute noch weitverbreitete Rechtsetatismus wird Mühe haben, sich seiner Angriffe zu erwehren. Mag auch die Quelle des Gewohnheitsrechts in zahlreichen Ländern nur noch spärlich fliessen, es lässt sich nicht leugnen, dass es neben dem Gesetzesrecht ein Gewohnheitsrecht gibt, und wer die Gültigkeit des Gewohnheitsrechts auf eine stillschweigende staatliche Willenserklärung zurückzuführen sucht, arbeitet mit Fiktionen. Aber auch abgesehen vom Gewohnheitsrecht hat das Recht nicht im Staat seinen alleinigen Urheber. Niemand wird leugnen, dass es Rechtsätze gibt, die gewissen Personen die Kompetenz verleihen, staatlichen Willen zu bilden, womit der Staat überhaupt erst konstituiert wird. Diese Rechtssätze bilden den wichtigsten Teil des sog. Verfassungsrechts. Offensichtlich kann solches Verfassungsrecht nicht als eine Schöpfung des Staats angesehen werden. Bis hierher wird man Simonius Polemik gegen die staatliche Quellentheorie rückhaltlos zustimmen müssen. Schon eher könnten sich Zweifel ergeben, wenn dem Staat der Anspruch, Schöpfer von Recht zu sein, in den Fällen abgesprochen wird, in denen die Staatsorgane verfassungsmässig Gesetze erlassen. Dass auch in solchen Fällen das Recht nicht aus dem staatlichen Willensakt hervorgeht, beweise die nicht seltene Erscheinung von Gesetzen, die *lettre morte* bleiben. Damit Recht zustandekomme, genüge nicht der ordnungsmässige Erlass eines Gesetzes, es müsse noch eine weitere Voraussetzung erfüllt sein, die im Vorgang der Rechtsentstehung das eigentlich lebensschöpfende Prinzip darstelle.

Diese Voraussetzung ist das Vorhandensein einer *opinio necessitatis* bei den Personen, die an dem zu begründenden Rechtsverhältnis auf der Passivseite beteiligt sind. Nachdem der Verfasser den Begriff der *opinio necessitatis* in Behandlung

der Lehre vom Gewohnheitsrecht, in der er von alters her das Hauptstück darstellt, gewonnen hat, macht er in höchst interessanter Weise den Versuch, die *opinio necessitatis* als das für alle Rechtsentstehung massgebliche Moment zu erweisen. Bevor wir uns klarmachen, wie Simonius dazu kommt, der *opinio necessitatis* solch universelle Bedeutung zuzusprechen, müssen wir etwas näher zusehen, wie er ihren Begriff bestimmt, denn auch hierbei verlässt er die ausgetretenen Geleise der herrschenden Lehre. Die *necessitas*, von der die Rede ist, wird von Simonius nicht verstanden als innerliche, ethische Obliegenheit, sondern als ein, wenn schon nicht notwendig physischer, so doch äusserer Zwang, ausgeübt von der Gesellschaft und gerichtet gegen den, der einem ihm gegenüber erhobenen Anspruch nicht freiwillig Folge leistet. Dessen ungeachtet wird die *opinio necessitatis* bezeichnet als Pflichtüberzeugung. „Diese Pflichtüberzeugung ist gleichbedeutend mit der Erwartung, ein Abgehen von der Übung werde die Sanktion einer Rechtsverletzung, das Erdulden eines Zwanges zur Folge haben; sie ist also das Bewusstsein des Belasteten, vor der Wahl zu stehen, entweder die Übung einzuhalten oder Zwang zu erleiden“. (L. c. S. 46.)

„Ist nicht vielleicht die beschriebene *opinio necessitatis* Voraussetzung und Kriterium der Geltung nicht nur des Gewohnheitsrechts, sondern des Rechts überhaupt?“ Simonius glaubt die Frage bejahen zu können. Nicht durch die magische Kraft des Staatswillens kommt Gesetzesrecht zustande, sondern auch beim Gesetzesrecht ist es die sich gewöhnlich mit ihm verbindende *opinio necessitatis*, in der man die eigentliche Ursache der Rechtsentstehung zu sehen hat. Fehlt es einmal ausnahmsweise aus irgendeinem Grunde an der *opinio necessitatis*, dann erweist sich auch der verfassungsgemässe Gesetzesakt als unfähig zur Rechtsbildung. Andererseits genügt es, dass eine *opinio necessitatis* sich einstellt, um den in einem Gesetz enthaltenen Rechtssätzen den Charakter von geltendem Recht zu verleihen. Der *opinio necessitatis* ist es ferner zu verdanken, wenn es neben dem Gewohnheitsrecht noch anderes ungeschriebenes Recht gibt. Besonders leicht lassen sich, wie Simonius zeigt, auf dem Gebiet des Völkerrechts Beispiele solch „ungeschriebenen“ Rechtes auffinden. Ein einziger Schiedsspruch kann dazu führen, dass ein in ihm zum Ausdruck gelangendes Prinzip zum Gegenstand einer *opinio necessitatis* wird und dadurch den Charakter geltenden Rechtes erlangt. Auf dem Weg über die *opinio necessitatis* kann sich, auch ohne dass es zu einer schiedsgerichtlichen Beurteilung zu kommen brauchte, eine allgemein verbreit-

tete wissenschaftliche Lehre in Völkerrecht umwandeln. Endlich mag sich an eine Vereinbarung mehrerer Staaten, einen *traité-loi*, eine *opinio necessitatis* anschliessen: erscheint es als wahrscheinlich, dass die paktierenden Staaten sich bereit und fähig zeigen werden, die festgesetzte Regelung dritten Staaten aufzuzwingen, dann hat diese Regelung damit den Stempel objektiven Völkerrechts erhalten.

Zweifellos wird gegen die Simoniussche Rechtsquellen-theorie der Einwand erhoben werden, sie arbeite mit dem Rechtsbegriff des Soziologen, nicht mit dem des Juristen, denn das Recht sei ihr zufolge ein Sein und nicht ein Sollen. Eine solche Kritik kann ich mir nicht zu eigen machen. Auch wenn man die *opinio necessitatis* so fasst und ihr eine solche Bedeutung beilegt, wie das bei Simonius der Fall ist, bleibt man immer noch im Bereich des Sollens. Der gesellschaftliche Zwang bedeutet für den, dem er in Aussicht gestellt wird, ein Sollen. Aber freilich, die besondere Art von Sollen, als welche sich für die Rechtswissenschaft oder, vorsichtiger ausgedrückt, für die kontinentale Rechtswissenschaft das Recht darzustellen pflegt, wird durch den gesellschaftlichen Zwang nicht begründet. Hält man sich bei Bestimmung der Rechtsquellen und des Rechtes selbst an das, was im Betrieb unserer Rechtswissenschaft tatsächlich als Recht angesehen wird, dann kommt man auf andere Formulierungen als die, die uns von Simonius geboten werden. Ich will das etwas näher ausführen, bevor ich die Frage aufwerfe, ob ein Wandel der Begriffsbildung, durch den sich ein voller Einklang mit der Lehre von Simonius herstellen liesse, als wünschbar bezeichnet werden darf.

Unsere Rechtswissenschaft sucht aus den sogenannten Rechtsquellen, als deren unvergleich wichtigste sie das Gesetz ansieht, ein ideelles Normensystem zu gewinnen, und dieses System ist ihr eben das Recht. Sie hat eine Reihe von Interpretationsregeln ausgebildet, deren vielleicht bedeutungsvollste die ist, dass man bei der Auslegung dem Gesetzgeber zutrauen darf, er denke in den Kategorien und spreche in den Termini, die von der Rechtswissenschaft in jahrhundertelanger Tätigkeit ausgearbeitet worden sind. Mit dieser Regel bekennt man sich zur Begriffsjurisprudenz und Begriffsjurisprudenz ist trotz allem, was in den verschiedenen Ländern in teils berechtigter, teils unberechtigter Kritik über sie gesagt worden ist, auch heutigen Tages noch tatsächlich das Hauptstück der deutschen, schweizerischen, französischen und italienischen Jurisprudenz. Die Begriffsjurisprudenz hat, worüber ihre Auswüchse nicht hinwegtäuschen dürfen, eine praktische Funktion: sie dient der Erfüllung des

formalen Ordnungsprinzips. Die andern Methoden (teleologische Jurisprudenz, Zweck- und Interessenjurisprudenz etc.) zielen ab auf möglichst angemessene Auslegung der Gesetze oder, allgemeiner gesprochen, auf die Auffindung sachlich richtiger rechtlicher Entscheidungen. Die Frage, wie die Behörden voraussichtlich das Recht anwenden werden und in welcher Richtung gesetzlicher Zwang sich geltend machen wird, gilt als *quaestio facti*, nicht als *quaestio juris*. Dient in amerikanischen Rechtsschulen, wie Llewellyn es in seinem Buch: „The bramble-bush“ so anziehend schildert, die Vorbereitung der Studierenden wesentlich der für Beratung künftiger Klienten, die über die Chance eines Prozesses unterrichtet werden möchten, so ist das eine Einstellung, die unserer Rechtswissenschaft fremd ist. Auch bei uns steht die Rechtswissenschaft in enger Fühlungnahme mit der Praxis. Einmal berücksichtigt die Rechtswissenschaft die Praxis, um ihrer Aufgabe der Gesetzesauslegung möglichst gerecht zu werden, sodann hält sie es für ihren Beruf, die Anwendung des geltenden Rechts durch die Praxis kritisch zu überwachen. Selbst eine konstante Praxis scheint der Rechtswissenschaft nicht ohne weiteres als der Ausdruck geltenden Rechts, sondern unter Umständen als der Ausdruck geltenden Unrechts. Gerade in unsern tumultarischen Zeiten kommt es nicht selten vor, dass mit einem gesellschaftlichen Zwang gerechnet werden muss, der sich nicht nur für das Rechtsbewusstsein des Normalmenschen, sondern auch für die Rechtswissenschaft, und zwar die positive, nicht nur die philosophische, als pure Gewalt darstellt.

Offenbar schwebt unserer Rechtswissenschaft das positive Recht vor nicht einfach als ein durch die Aussicht gesellschaftlichen Zwangs begründetes Sollen, sondern als ein Sollen höherer, ethischer Qualität. Aber wie lässt sich dieses Sollen des Nähern bestimmen? Der elementarste Rechtswert ist der der festen Ordnung und Organisation des gesellschaftlichen Zusammenlebens. Wir brauchen eine umfassende von irgendwelchen äussern Autoritäten festgesetzte Lebensordnung, um unsere Kulturaufgaben erfüllen zu können. Neben dieses formale Moment tritt ein inhaltliches. Es genügt nicht, dass Ordnung geschaffen werde, die Ordnung muss sachlich so beschaffen sein, dass sie die Menschheit auf dem Wege zu ihrem sittlichen Ziel möglichst fördert. Dem formellen und dem materiellen Postulat glaubt unsere Rechtswissenschaft in der Weise am besten Genüge zu leisten, dass sie die Anordnungen der in einem Volk anerkannten Gesetzgebungsorgane zur Grundlage nimmt für ein mit Hilfe verschiedener Auslegungs- und Rechtsfindungsmethoden zu

entwickelndes Normensystem. Dieses Normensystem ist das positive Recht. Es trägt ethischen Charakter, insofern es sich als ein durch die Kulturziele der menschlichen Gesellschaft begründetes Sollen darstellt. Andererseits unterscheidet es sich durchgreifend von einem Moralsystem oder einem idealen „richtigen“ Recht, insofern sein positiver Ursprung sich allenthalben in ihm wirksam erweisen muss.

Wurde im Vorstehenden die Rechtsauffassung der herkömmlichen Jurisprudenz im wesentlichen zutreffend gekennzeichnet, dann scheint sie *toto coelo* verschieden zu sein von der von Simonius vertretenen. Aber der Schein trügt. Es besteht in der Tat ein Unterschied, ein sachlicher und insbesondere ein terminologischer, aber er ist nicht so gross, dass eine Verständigung unmöglich wäre. Um dies verständlich zu machen, werden wir freilich das Bild der beiden Rechtsauffassungen nicht unerheblich ergänzen müssen. Der Hauptunterschied der beiden Anschauungsweisen besteht offensichtlich darin, dass Simonius zunächst allen Nachdruck auf die Geltung legt, die er im Sinne der von ihm genauer bestimmten *opinio necessitatis* versteht, während sich für die traditionelle Jurisprudenz das Recht in erster Linie darstellt als ein vorwiegend aus der Positivität abzuleitendes Sollen höherer Art. Indessen hat man auch bislang in der Rechtswissenschaft, zum mindesten *implicite*, die Geltung, die man freilich ein wenig anders zu fassen pflegt, als es bei Simonius der Fall ist, zum Begründungstatbestand des positivrechtlichen Sollens gerechnet, und auch Simonius will die Rechtswissenschaft durchaus nicht von der Untersuchung der ethischen Grundlagen des Rechts entbinden, nur kommt bei ihm solche Untersuchung nicht schon bei Beantwortung der Frage nach den Entstehungsgründen und dem Kriterium des Rechts zum Zuge, sondern erst, wenn die weitere Frage auftaucht: wie muss Recht beschaffen sein, wenn es sachlich angemessen sein soll?

Was zunächst die Geltung anbetrifft, so ist für unsere Rechtswissenschaft das positive Recht geltendes Recht, das Gesetz geltendes Gesetz. Ein Gesetz, das keine Geltung hat, interessiert sie nicht oder interessiert nur insofern, als es wenigstens früher einmal Geltung besessen hat. Der Grund hiefür ist leicht einzusehen, man kann für eine positive Satzung nur dann kraft des Ordnungsprinzips Verbindlichkeit in Anspruch nehmen, wenn begründete Aussicht besteht, dass sie in der Gesellschaft, deren Leben sie regeln soll, Beachtung finden wird. Simonius hat durchaus recht, wenn er es rügt, dass die herkömmliche Quellentheorie nicht selten die Dinge so darstellt,

als hätte der Wille des Staats oder des Gesetzgebers eine Art magische Fähigkeit, Rechtssätze zu begründen. In der Tat ist unser Schrifttum über allgemeine Rechtstheorie voll von solchen Unklarheiten. Immerhin werden unsere Juristen es kaum wagen, den Satz aufzustellen, dass ein Gesetz ganz ohne Rücksicht auf seine Befolgungschancen ein rechtliches Sollen zu begründen vermöge. Ein Gesetz ist gültig verbindlich nur, weil die Verfassung, auf der es beruht, eine geltende ist in dem Sinne, dass die Menschengruppe, für deren Zusammenleben sie bestimmt ist, sich bereit zeigt, sie als massgeblich zu behandeln. Die Verbindlichkeit des Gesetzes stützt sich darauf, dass es teilnimmt an der Geltung der Verfassung. Wie nun aber, wenn das einzelne Gesetz trotz Fortbestands der Verfassung seine Geltung einbüsst? Dann muss wer nicht mit Fiktionen arbeiten will, dem Gesetz die Verbindlichkeit absprechen. Die übliche Quellenlehre zieht diese Folgerung, insofern sie, wenn auch ein wenig widerstrebend, neben dem Gesetz als weitere Rechtsquelle die Gewohnheit anerkennt. Dabei pflegt man nun freilich das Gewohnheitsrecht etwas anders zu fassen, als Simonius es tut, und hierin besteht, wenn ich recht sehe, der einzige nicht wegzudeutende Unterschied zwischen der üblichen und der Simonius'schen Anschauung von der Geltung und ihrer Beziehungen zum Rechtsbegriff. Fehlt es der in einem verfassungsgemäss gültigen Gesetz enthaltenen Regel an einer *opinio necessitatis* im Sinn von Simonius, dann fehlt es ihm noch nicht notwendig an jeglicher Aussicht, in Zukunft zur Durchführung gebracht zu werden, und man kann nicht ohne weiteres sagen, dass das Gesetz ausser Geltung stehe. Es mag ja ganz wohl sein, dass die mit der Verwirklichung der verfassungsmässig zustande gekommenen Rechtssätze betrauten Instanzen dem Gesetz schliesslich doch Beachtung verschaffen werden. Soll man besagten Instanzen aus dieser Möglichkeit eine Pflicht machen, gleichgültig ob ein Gesetz im Rechtsbewusstsein der Bevölkerung noch einen Widerhall findet oder nicht? Die Antwort der herrschenden Lehre, wenn man auf ihre Intentionen schaut und nicht auf ihre Formulierungen, geht dahin: im Interesse der Aufrechterhaltung einer positiven Ordnung soll an dem Gesetz festgehalten werden, solange es nicht dem Rechtsbewusstsein der Bevölkerung derart entrückt ist, dass seine Durchführung ebenso anstössig wirken würde wie die plötzliche, der gesetzlichen Grundlage entbehrende zwangsweise Realisierung irgendeiner gesellschaftlichen Regel. Mit andern Worten, es soll an dem Gesetz festgehalten werden, solange es nicht durch derogierendes Gewohnheitsrecht aufgehoben ist. Dem Zusammenhang, der nach der üblichen Rechts-

auffassung zwischen Recht und Geltung besteht, ist es zu danken, dass im Wege des Gewohnheitsrechts auch Rechtssätze begründet werden können. Wiederum erscheint dabei die *opinio necessitatis* in dem Sinn, in dem Simonius diesen Begriff fasst, nicht als massgeblich. Es wird nicht als genügend angesehen, dass die Bevölkerung mit der zwangsweisen Durchführung einer Verhaltensregel rechnet, damit Gewohnheitsrecht zur Entstehung gelange. Man verlangt dafür, dass die Verletzung der Regel von der Bevölkerung als ein ebensolcher Bruch der positiven Ordnung, unter der man lebt, empfunden werde, wie die Verletzung eines beliebigen Gesetzes¹⁾.

Der Gegensatz, der in der Geltungslehre zwischen Simonius und der herkömmlichen rechtswissenschaftlichen Auffassung besteht, lässt sich darauf zurückführen, dass er anders als letztere bei Bildung des Geltungsbegriffs nicht auf den sittlichen Charakter des rechtlichen Sollens abzielt. Die Rechtsregel ist ihm zunächst nichts anderes als eine soziale Zwangsregel, womit zusammenhängt, dass sie bei ihm sich nicht scharf von den Regeln der Sitte unterscheiden lässt. Diese sittliche Indifferenz des Rechtsbegriffs bedeutet nicht, dass Simonius der Rechtswissenschaft das Eingehen auf sittliche Probleme ersparen will. Bei Beantwortung der Frage, was Rechtens ist, braucht auf die Sittlichkeit nicht rekuriert zu werden, aber die Frage, wie das Recht beschaffen sein sollte, bezeichnet Simonius durchaus zutreffend als eine sittliche und er verlangt, dass die Rechtswissenschaft sich auch mit ihre befasse. Es gibt für Simonius neben der Wissenschaft *de lege lata* eine Wissenschaft *de lege ferenda* (deutlicher *de jure condendo*), nur dass gemäss seiner Bestimmung des geltenden Rechts in die letztere vieles von dem gehört, was man gemeinhin in der letztern unterzubringen pflegt. Fast könnte es den Anschein haben, als sei der Unterschied zwischen den uns interessierenden Rechtstheorien im Grunde genommen ein Unterschied der Etikettierung. Aber näheres Zusehen zeigt, dass hier doch keineswegs um blosse Worte gestritten wird. Wenn die beiden Gegner die Begriffe der Rechtsquellen und des Rechts verschieden bestimmen, so liegt das daran, dass sie über gewisse, mit dem Rechtsproblem zusammenhängende Wertfragen verschieden denken. Irren wir nicht, so trennen sich die Wege grundsätzlich an dem Punkt, an dem es Stellung zu nehmen gilt zum Wert der Positivität.

¹⁾ Wenn ich im folgenden von *opinio necessitatis* rede, werde ich den Ausdruck in dem Sinne gebrauchen, den Simonius ihm beilegt.

Was Positivität ist, erkennt man am besten, wenn man dem positiven Recht das Naturrecht entgegenhält. Gegenstand der Naturrechtswissenschaft ist die Norm, wie sie sich unmittelbar aus der Natur der Dinge gewinnen lässt. Gegenstand der Wissenschaft vom positiven Recht ist die Norm, die hindurchgegangen ist durch das Prisma des menschlichen Geistes und von diesem Geist geformt und festgesetzt wurde. Die Menschen brauchen ein solches positives Normensystem: denn, wo es fehlt, herrscht das Chaos und können Kulturaufgaben nicht erfüllt werden. Soll das menschliche Zusammenleben durch die positiven Normen durchgreifend geordnet und organisiert werden, so müssen diejenigen, die die Normen setzen, sich ihrer Rolle als normsetzender Organe der Gemeinschaft bewusst werden. Dies ist einer der Gründe dafür, dass unter den Rechtsquellen der neuern Rechtswissenschaft das Gesetz den bei weitem hervorragendsten Platz beansprucht. Auch beim Gewohnheitsrecht, bei dessen Entstehung Weistümer und Urteilssprüche eine unentbehrliche Rolle spielen, wird erst durch die bewusste Formulierung der Verhaltensregel das Recht aus der Sitte herausgehoben. Aber der bei der Rechtsschöpfung beteiligte Bewusstseinsakt ist hier mit der Überzeugung verbunden, dass in ihm nur eine Regel verkündet werde, die schon vorher Gültigkeit hatte. Eine entwickeltere Gesellschaft kommt mit diesem Modus der Rechtsbildung nicht aus. Sie verlangt nach Organen, die sich ihrer rechtsetzenden Kompetenz bewusst sind. Kein Wunder, dass heute schon in manchen Rechtskreisen das Gewohnheitsrecht nur noch als ein spärliches Überbleibsel früherer Zeiten angesehen wird.

Wir haben soeben den Wert der Positivität in Zusammenhang gebracht mit dem Bedürfnis der Gesellschaft nach Ordnung und Organisation. Aber die Positivität hat noch andere ethische Titel. Das positive Recht, vor allem seine vorzüglichste Ausdrucksform, das Gesetz, verhilft den Menschen dazu, sich über die Ziele ihres Zusammenlebens immer klarer zu werden und sich mit immer deutlicherem Bewusstsein zu einer ihrer Bestimmung förderlichen Gemeinschaft zusammenzuschliessen. Das Gesetz ist vielleicht der wichtigste Kristallisationspunkt für die Bildung einer gemeinschaftlichen Weltanschauung und eine Kollektivaktion, die bestimmt ist, einer solchen Weltanschauung praktischen Ausdruck zu geben. Das Gesetz, als der Gegenstand, dem die staatlichen Einrichtungen das lebensvollste Interesse aller Bürger zu sichern suchen, und auf den die Jurisprudenz das rechtswissenschaftliche Denken in erster Linie konzentriert, ist das eigentliche Vehikel, um den Menschen

hinaus gelangen zu lassen sowohl über den Zustand individualistischer Vereinsamung als über den Zustand naturhafter, kaum bewusster, bienenstockartiger Gemeinschaft, und ihn dazu zu bewegen, aus der Gesellschaft ein in zunehmendem Mass von dem Bewusstsein der Solidarität erfülltes Ganzes zu machen. Simonius zitiert den Satz des Aristoteles, dass die Menschen für die Gemeinschaft geboren seien. Gewiss, sie sind von Natur zur Gemeinschaft bestimmt, aber sie sind zu ihr bestimmt nicht wie die Bienen oder die Ameisen, vielmehr entspricht es ihrer Veranlagung, in bewusstem Gebrauch der Vernunft aus ihrer Vielheit eine Einheit zu bilden. In Anbetracht der ausserordentlich bedeutungsvollen Rolle, die das Gesetz in diesem Prozess zu spielen berufen ist, erscheint uns der Rechtspositivismus und der aufs engste mit ihm verbundene Legismus als ein grosser weltgeschichtlicher Fortschritt.

Es ist einer der sympathischsten Züge des Simonius'schen Buchs, dass der Verfasser die Bedeutung klaren, zielbewussten Denkens über die sittlichen Ziele der Gesellschaft und die Mittel ihrer Förderung aufs nachdrücklichste hervorhebt. Aber bezüglich der anregenden Kraft, die die Positivität des Rechts und ihre Äusserungsform *par excellence*, das Gesetz, auf das Rechtsdenken auszuüben vermögen, scheint er mit der Grundansicht des Rechtspositivismus, die allerdings in der Literatur kaum je deutlich herausgearbeitet worden ist, nicht einverstanden zu sein. Andernfalls würde er bei der Bestimmung des Rechtskriteriums die Positivität in den Vordergrund gerückt und dem staatlichen Gesetz den Rang unter den Rechtsquellen belassen haben, den ihm der moderne Rechtspositivismus zuweist. Simonius ist weit davon entfernt, ein Gegner des Gesetzes zu sein. Er beklagt es mit Brierly, dass das Völkerrecht vorläufig eines Gesetzgebers entbehren muss, und er weist darauf hin, dass die durch die Gesetzesprojekte hervorgerufenen öffentlichen Diskussionen für die Auffindung angemessener Lösungen förderlich sein können. Aber er warnt davor, das Gesetz zu überschätzen. Oft führe die Fortbildung des Rechts durch die behördliche Praxis oder durch die sich im freien Rechtsverkehr bildenden Gewohnheiten zu bessern Ergebnissen als die gesetzliche Regelung. Wir geben Simonius gerne zu, dass vielfach, namentlich auf dem Gebiet des Privatrechts, Gewohnheitsrecht und Richterrecht den Vorzug vor dem Gesetzesrecht verdienen. Aber der Primat des Gesetzesrechts scheint uns dadurch nicht erschüttert zu werden. Wir leben in einer Epoche, deren Verwirrungen bewusste massgebliche Gemeinschaftsentscheidungen über die Gestaltung des gesellschaftlichen Lebens fordern, die

kaum anders als durch Staatsgesetz erfolgen können. Wir befinden uns in einem geschichtlichen Entwicklungsstadium, in dem es nicht mehr angängig ist, die grossen Direktiven für unser menschliches Zusammenleben dem Gewohnheitsrecht oder dem Richterrecht zu überlassen; der Gesetzgeber muss sein Wort sprechen. Das Gesetz ist nichts anders als der vollendete Ausdruck der Positivität des Rechtes. Wenn wir das Recht als positive soziale Lebensordnung bestimmen und das Gesetz als die dem Rang nach erste Rechtsquelle bezeichnen, so dient solche Begriffsbildung der bestmöglichen Orientierung im Reich der gesellschaftlichen Werte, der deutlichsten Erfassung der Funktionen, die das Recht in unserm geschichtlichen Dasein vernünftigerweise zu erfüllen hat.

Vielleicht wird man sagen, wir hätten da soeben auf eine Weltanschauung und Geschichtsphilosophie Bezug genommen, die durchaus subjektiv seien und keinen Einfluss ausüben dürften auf die elementaren Begriffsbildungen einer positiven Wissenschaft. Um solchen Überschwänglichkeiten vorzubeugen, tue man am besten, das Recht mit Simonius zunächst ganz einfach als eine durch gesellschaftlichen Zwang begründete Verhaltensregel zu definieren. Indessen bleibt gegen diese neue Begriffsbildung das sehr nüchterne Bedenken bestehen, dass sie notgedrungen zu einer von dem bisherigen wissenschaftlichen Sprachgebrauch abweichenden Terminologie führt und daher Verwirrungen befürchten lässt. Simonius nennt die psychologische Lage des durch den gesellschaftlichen Zwang hypothetisch Bedrohten Rechtspflicht. Nun bedeutet „Pflicht“ nach allgemeinem wissenschaftlichem Sprachgebrauch ein höheres, ethisches Sollen, betrachtet von der Seite dessen, an den das Gebot sich richtet, und kann nie durch äusseren Zwang begründet werden. Muss ein solcher Begriffswandel nicht zu Missverständnissen Anlass geben? Ich will die Gefahren, die die in Vorschlag gebrachte Umprägung der Begriffe mit sich bringt, noch durch ein weiteres Beispiel illustrieren. Eine auf Unkenntnis oder irriger Auslegung der Gesetze beruhende Praxis der Behörden, die beim Publikum eine *opinio necessitatis* als Annahme eines bevorstehenden Zwangs hervorruft, ist leider eine ziemlich häufige Erscheinung. Die Wissenschaft pflegt eine derartige Praxis mit der Formel zu bekämpfen, dass sie rechtswidrig sei, gegen das geltende Recht verstosse. Es hiesse Simonius völlig missverstehen, wenn man meinen wollte, er sei durch seine Theorie genötigt, den Kampf gegen die üble Praxis grundsätzlich zu missbilligen. Er könnte an der Polemik teilnehmen, nur müsste er sie in andere Worte kleiden, müsste etwa

sagen, dass die Praxis zwar geltendes, aber darum nicht weniger sachlich unrichtiges Recht sei, das der Richter in Abänderung der bisherigen Praxis durch besseres Recht zu ersetzen hätte. Damit würde er in Widerspruch mit dem Satz geraten, dass der Richter gebunden sei, das geltende Recht zur Anwendung zu bringen. Dieser Widerspruch würde, wenn schon vielleicht nicht ausschliesslich, so doch zum Teil darauf beruhen, dass Simonius unter geltendem Recht etwas anderes versteht, als was gebräuchlicherweise darunter verstanden wird.

Der Sprachgebrauch, höre ich sagen, der da als der herrschende bezeichnet wird, ist in Wahrheit gar nicht der herrschende, es ist der Sprachgebrauch der staatlichen Quellentheorie und der positivistischen, legistischen Rechtstheorie, die allerdings auf dem Kontinent ziemlich weit verbreitet sind, aber darum noch nicht die Herrschaft in der Rechtswissenschaft haben und deren Sprachgebrauch ausschliesslich bestimmen. Es gibt eine realistische Quellenlehre und Rechtsbetrachtung, die die Grundbegriffe den elementaren sozialen Gegebenheiten und nicht den Prinzipien eines „höhern“, ethischen Sollens anpasst. Wir befinden uns auf einem Gebiet, auf dem man leicht mit grosser Überzeugungstreue Behauptungen aufstellen, aber nur sehr schwer für seine Behauptungen Beweise erbringen kann. Wenn ich von dem gebräuchlichen herkömmlichen Sprachgebrauch der Rechtswissenschaft rede, so verstehe ich dabei unter Rechtswissenschaft die Jurisprudenz als positive Wissenschaft, in deren Betrieb jeder Jurist aufwächst und deren Begriffsinventar ihm ein durch täglichen Gebrauch vertrautes Handwerkszeug ist; ich lasse beiseite die allgemeine Rechtstheorie, Methodologie, Rechtsphilosophie, in denen es von aprioristischen Konstruktionen und von Termini wimmelt, die mit der erdennahen, das Leben beeinflussenden Jurisprudenz, also sozusagen mit der Sache selbst, fast gar nichts zu tun haben. Nun kann sich fast ein jeder von uns Juristen einer intimen Bekanntschaft mit dem wissenschaftlichen Sprachgebrauch nur mit Bezug auf die eine nationale Jurisprudenz rühmen, in der er seine Ausbildung empfangen hat. Seine Bekanntschaft mit dem Sprachgebrauch der übrigen nationalen Rechtswissenschaften pflegt eine mehr oder weniger oberflächliche, äusserliche zu sein. Ich muss mich daher schon auf die deutsche Rechtswissenschaft beschränken, wenn ich in apodiktischer Form und in der Überzeugung auf wenig Widerstand zu stossen, die Behauptung aufstelle — wie ich Beweis für sie erbringen könnte, wüsste ich nicht, denn was würde selbst eine lange Liste von Literaturzitaten hier beweisen? —, dass der Sprachgebrauch, den ich als den

herkömmlichen, herrschenden bezeichnet habe, wirklich diese Namen verdient. Im Hinblick auf die übrigen kontinentalen Rechtswissenschaften sage ich mit der erforderlichen Reserve, dass mir das gleiche zu gelten scheint. Jedenfalls ist die von Simonius angeführte realistische Rechtstheorie Duguits und seiner Anhänger keine Gegeninstanz. Duguit verdankt die sehr erhebliche Beachtung, die seine Lehre weit über die Grenzen Frankreichs hinaus gefunden hat, dem grossen Zug des sozialen Gefühls, der durch all seine Schriften hindurchgeht, er verdankt sie nicht seinen Begriffsbildungen und Konstruktionen, an denen Simonius eine sehr zutreffende Kritik übt und die wohl nur von wenigen akzeptiert worden sind. Die amerikanische Rechtsschule, die es sich zum Ziel macht, den Studierenden dafür vorzubereiten, dass er später einmal dem Klienten vorauszusagen vermag, welchen Ausgang ein ins Auge gefasster Prozess voraussichtlich nehmen würde, hätte folgerichtigerweise die Rechtsnorm als eine des behördlichen Schutzes teilhaftige Verhaltensregel zu definieren. Aber diese Rechtsschule ist sicher nicht identisch mit der amerikanischen Rechtswissenschaft. Im grossen und ganzen dürfte für die amerikanische und englische Rechtswissenschaft gerade wie für die kontinentale das Recht ein ideelles Normensystem sein, das aus den positiven Rechtsquellen zu gewinnen ist. Dies wird dadurch nicht in Frage gestellt, dass in dem anglosächsischen Rechtskreis die Praxis auf wichtigen Gebieten eine grössere rechtsschöpferische Tätigkeit entfaltet als die Gesetzgebung.

Ich würde vielleicht nicht so hartnäckig an den herkömmlichen elementaren Begriffsbildungen festhalten, wenn ich nicht überzeugt wäre, dass der treffliche neue Wein, den Simonius uns bietet, sehr wohl in die alten Schläuche gefüllt werden kann. Um hierüber ins Klare zu kommen, müssen wir uns erinnern, dass wir auch vom Standpunkt der bisherigen Rechtsbetrachtung aus Simonius im Hauptpunkt seiner Polemik gegen die staatliche Quellentheorie uneingeschränkt beitreten konnten. Diese Quellentheorie wird oft in solcher Weise vorgetragen, dass mit ihr gesagt zu werden scheint, der staatliche Wille sei die *prima causa* des Rechts, er vermöge kraft seiner Wesenseigentümlichkeit die rechtliche Verbindlichkeit *ex nihilo* hervorzubringen. Demgegenüber ist mit Simonius die Bedeutung der „Geltung“ für die Entstehung des Rechts hervorzuheben: der staatliche Wille lässt Recht entstehen, weil und insofern die staatlichen Organe sich als „authorities that be“ darstellen, weil und insofern die Gesellschaft sich als gewillt erweist, den staatlichen Gesetzen nachzuleben. Der tiefere Grund für den

Zusammenhang von Recht und Geltung ist dieser: die rechtliche Verbindlichkeit verdankt ihre Entstehung — ich wiederhole schon oben Gesagtes — gewissen Bedürfnissen der menschlichen Natur; unter den in Betracht kommenden Bedürfnissen steht das Ordnungsbedürfnis an erster Stelle; dem Ordnungsbedürfnis dient der einzelne durch seinen Gehorsam gegenüber dem staatlichen Gesetz nur dann, wenn das staatliche Gesetz sich tatsächlich innerhalb der Gesellschaft allgemeiner Geltung erfreut. Recht ist Ordnung, aber nicht jede Ordnung ist Recht. Eine geltende Ordnung muss, um geltendes Recht zu sein, sich als einen ernsthaften Versuch zu sachlich richtiger Ordnung des Gemeinschaftslebens darstellen, da sie andernfalls keine rechtliche Verpflichtung begründen kann. Daher ist beim Vorliegen einer *opinio necessitatis* nicht ohne weiteres Recht vorhanden. Brutaler Terror oder offensichtlicher Missbrauch des Gesetzes durch die Behördenpraxis kann eine *opinio necessitatis* herbeiführen. Sollte da stets zugleich auch Recht zustande gekommen sein? In der Mehrzahl der Fälle freilich, dies geht aus Simonius Ausführungen deutlich hervor, kommt es nicht zu einer *opinio necessitatis*, ohne dass die betreffenden Verhaltensregeln sich wenigstens einigermaßen dem Ideal einer richtigen gesellschaftlichen Ordnung annähern. Daher ist genaue empiristische Untersuchung der Fälle, in denen eine *opinio necessitatis* zur Entstehung gelangt, wenn schon sie nicht unmittelbar auf Feststellung geltenden Rechtes, so doch eine wichtige soziologische Vorarbeit für die Feststellung geltenden Rechtes. Sie führt zu erheblichen Ergänzungen der herrschenden Rechtsquellentheorie, ohne uns zu nötigen, den gebräuchlichen Begriff des positiven Rechtes aufzugeben.

Ist unter dem Einfluss der Wissenschaft, der Verkehrsübung, der Gerichtspraxis bei der Bevölkerung die Annahme entstanden, dass eine bestimmte Verhaltensregel durch gesellschaftlichen Zwang gesichert sei (*opinio necessitatis*), dann wird man dieser Regel, solange sie noch nicht zu eigentlichem Gewohnheitsrecht geworden ist, wenigstens präsumtive rechtliche Verbindlichkeit zuzusprechen haben. Lehre und Überlieferung, so könnte man den gleichen Gedanken mit einer Wendung Eugen Hubers ausdrücken, sind bedingte Rechtsquellen, sind Rechtsquellen, wofern sie sich bewährt haben, und das wichtigste Symptom der Bewährung ist die Entstehung einer *opinio necessitatis*. Liegt eine *opinio necessitatis* vor, dann sollte der Richter ihr nur dann zuwiderhandeln, wenn der sachliche Gehalt der in Betracht kommenden Verhaltensregel zu schwerwiegendsten Bedenken Anlass gibt. Denn die Enttäuschung einer solchen

opinio necessitatis bedeutet stets eine Erschütterung der Ordnung, wie sie sich nur durch besondere inhaltliche Verwerflichkeit der in Geltung gelangten Regel rechtfertigen lässt. Nun hat aber eine Regel, zu deren Gunsten sich eine *opinio necessitatis* hat bilden können, die Vermutung für sich, dass sie auch in materieller Hinsicht nicht gänzlich unangemessen ist.

Gelten die eben angestellten Erwägungen nur für zur Anerkennung gelangte Regeln, die bei weitherziger Auslegung mit dem Gesetz in Einklang gebracht werden können, oder auch für solche, die dem Gesetzeswillen offensichtlich zuwiderlaufen? Die Lehre, dass jedermann, vor allem aber der Richter, zu starrer Gesetzestreue verpflichtet sei, dürfte heute kaum mehr herrschend sein. Dem Sinn des Rechts entspricht es jedenfalls schwerlich, dass der Richter eine schlechte gesetzliche Anordnung gegenüber einer bessern Übung, die eine *opinio necessitatis* für sich hat, um jeden Preis durchzusetzen sucht. Was Rechtens ist, bestimmt sich nach dem Prinzip einer Ordnung, die der Rechtssicherheit Genüge leistet und inhaltlich möglichst vernünftig ist. Nun wird freilich immer noch von nicht wenigen die Meinung vertreten, dass wenn der Richter sich nicht streng an das Gesetz halte, chaotische Zustände eintreten müssten. Aber warum sollten wir es unsern Gerichten und sonstigen Behörden nicht zutrauen, dass sie zu unterscheiden wissen, in welchen Fällen die Abänderung verfehlter Bestimmungen verständigerweise dem Gesetzgeber zu überlassen ist und in welchen Fällen — es wird sich hier namentlich um technische Missgriffe, blosse Gedankenlosigkeiten, wie sie auch dem Gesetzgeber unterlaufen, und dgl. handeln — die zur Gesetzesanwendung berufene Stelle ausnahmsweise verbessernd eingreifen darf? Hat vollends eine der gesetzlichen Bestimmung sachlich überlegene Regelung sich einzubürgern begonnen (*opinio necessitatis*), dann wird man den Richter geradezu als verpflichtet ansehen, diese Regelung als massgeblich zu behandeln und nicht mehr auf das Gesetz zurückzugreifen. Simonius hat eine Reihe von Beispielen dafür angeführt, dass sich der freie Rechtsverkehr und die Gerichtspraxis unter Umständen souverän über das Gesetz hinwegsetzen und gut daran tun wird. Den Fall des Art. 101 OR würde ich allerdings nicht hierher rechnen, denn in diesem Artikel hat sich der Gesetzgeber doch wohl nur im Ausdruck vergriffen, so dass der Fehler nach den üblichen Interpretationsregeln korrigiert werden kann. Aber es bleibt genügend beweiskräftiges Material. Zu den interessantesten Teilen des Simonius'schen Buchs gehören die Ausführungen über die Quellen des Völkerrechts. Wenn für die Quellen des Völkerrechts

Besonderes gilt, so hängt das vorwiegend damit zusammen, dass es auf dem Gebiet des Völkerrechts keinen allgemein anerkannten Gesetzgeber gibt. Da die internationalen Beziehungen der Völker gerade so gut einer positiven Ordnung bedürfen wie die Beziehungen der Mitglieder einer nationalen Volksgemeinschaft, müssen die übrigen Rechtsquellen vikariierend für die fehlende Gesetzgebung eintreten. Daraus erklärt es sich, dass, wie Simonius treffend hervorhebt, auf dem Gebiete des Völkerrechts eine *communis opinio doctorum* und ein einziger Rechtsspruch eines Schiedsgerichts besonders leicht eine *opinio necessitatis* hervorbringen kann. Die *opinio necessitatis* bildet, dürfen wir hinzufügen, gerade im Völkerrecht einen hinreichenden Anhaltspunkt, um die rechtliche Verpflichtung der Staaten zur Befolgung der Regel, auf die sich die *opinio necessitatis* bezieht, zu konstatieren. Die Völkerrechtswissenschaft hat die Aufgabe, dadurch zur Entstehung von Völkerrecht beizutragen, dass sie auf die Pflicht hinweist, die Ansätze zur Bildung einer positiven Völkerrechtsordnung weiterzuentwickeln. Eine *opinio necessitatis* ist eben einer von solchen Ansätzen und seine Weiterentwicklung besteht darin, dass die Staaten die *opinio* bewahrheiten und dadurch die völkerrechtliche Ordnung immer mehr befestigen. In der gleichen Gedankenlinie liegt es, wenn wir die Forderung aufstellen, dass sich der Ständige internationale Gerichtshof in fortschreitendem Mass seiner rechtsschöpferischen Aufgaben bewusst werde, und wenn wir der Meinung entgegentreten, dass der sog. *traité-loi* über den Kreis der Parteien hinaus kein Völkerrecht zu begründen vermöge. Simonius meint, dass ein völkerrechtlicher Vertrag, der bestimmt sei, die Verhältnisse Dritter zu regeln, sehr wohl eine *opinio necessitatis* entstehen lassen könne. Nicht nur eine *opinio necessitatis* kann er entstehen lassen, sondern im Anschluss an sie auch eine echte rechtliche Verpflichtung, und die Mächte, die ihn abschliessen, tun gut daran, dass sie nicht auf ein Mandat warten, um den internationalen Gesetzgeber zu spielen.

Simonius behandelt ziemlich eingehend das Verhältnis von Recht und Staat. Ich will aus dem ziemlich komplizierten Fragenkomplex nur einen Punkt herausheben: die Autorschaft des Staats am Recht. Darin, dass der Staat nicht alles Recht setzt, hat Simonius sicher recht, aber er scheint uns zu weit zu gehen, wenn er sagt, dass der Staat überhaupt kein Recht setze. Warum sollte man den Staat nicht als Urheber des Gesetzesrechts ansehen? Gewiss kann das staatliche Gesetz durch Übung und andere Faktoren seiner Wirksamkeit beraubt

werden, aber daraus folgt nicht, dass wenn es kraft der allgemeinen, ihm gegenüber bestehenden Gehorsamsbereitschaft Recht begründet, dieses Recht als vom Staat gesetztes Recht anzusehen ist.

Wer aber setzt das nichtstaatliche Recht? Simonius lehnt die von mir vertretene Ansicht ab, dass dieses Recht von dem Rechtssubjekt Rechtsgemeinschaft gesetzt werde. Er will es überhaupt nicht wahr haben, dass das Recht von irgendeinem Rechtssubjekt, das natürlich eine Gesamtperson sein müsste, gesetzt werde. Die Rechtssubjektivität der Gesamtperson scheint ihm als eine Fiktion, die einen gewissen begriffstechnischen Wert habe, aber in einer empiristischen Quellentheorie nicht am Platze sei. Ich gebe ohne weiteres zu, dass wenn man den Staat und andere Kollektivitäten in der systematischen Rechtswissenschaft als juristische Personen behandelt, hierbei Fiktionen eine Rolle spielen und dass es nicht richtig wäre, die Rechtsgemeinschaft unter diese halbfigierten juristischen Personen einzureihen. Aber Staaten und andern Kollektivitäten kommt eine reale Einheit zu, die es auch für eine empiristisch-psychologische Betrachtungsweise berechtigt erscheinen lässt, sie als Personen oder Rechtssubjekte zu bezeichnen. Eben diese Einheit nehme ich auch für die Rechtsgemeinschaft in Anspruch. Am Schluss seiner Ausführungen bemerkt Simonius, dass er nur die einzelne Rechtsregel behandelt und das Problem der Einheit der Rechtsordnung offen gelassen habe. Vielleicht wird eine nähere Untersuchung dieses Problems das Daseinsrecht des Rechtssubjekts Rechtsgemeinschaft erweisen. Wie dem auch sei, jedenfalls wird die Methode einer solchen Untersuchung die empiristisch-psychologische sein müssen. Hierin gehe ich mit Simonius einig und bin überzeugt, dass wenn seine Schrift zu den erfreulichsten und wertvollsten Erscheinungen des neuern rechtstheoretischen Schrifttums gehört, sie dies nicht zum wenigsten ihrer konsequenten empiristisch-psychologischen Haltung zu verdanken hat.

Prof. Arthur Baumgarten, Basel.

Anzeigen.

Thilo, Dr. Emile (Lausanne): *Les Irrégularités commises lors de la Fondation des Sociétés anonymes de l'exercice du droit de vote des actionnaires par des Hommes de paille. Notes de doctrine et de jurisprudence précédées d'un rappel de quelques principes généraux.* Lausanne (Libr. Payot & Co. S. A.). 21 p.

Thilo, Dr. Emile (Lausanne): *Jurisprudence du Tribunal fédéral suisse en 1932 et 1933. Extrait de la Revue trimestrielle de Droit civil*, fond. p. A. Esmein (Paris). Lausanne (Payot & Coi S. A.). P. 1271—1320.

Schulthess, Dr. Herbert: *Entstehung und Untergang der elterlichen Gewalt im ehelichen Kindesverhältnis nach dem schweiz. ZGB. Heft 93 von Gmürs Abh. z. schweiz. Recht*, hg. v. Th. Guhl. Berner Diss. Bern 1934 (Stämpfli & Cie.). 160 S. Fr. 5.50.

Isenschmid, Dr. Josef: *Die Vormundschaft über Ausländer in der Schweiz und über Schweizer im Ausland. Heft 95 von Gmürs Abh. z. schweiz. Recht*, hg. v. Th. Guhl. (Vom Schweiz. Juristenverein 1933 mit dem 1. Preis gekrönt.) Bern 1934 (Stämpfli & Cie.). 103 S. Fr. 4.—.

Ploetner, Hermann (Gotha): *Der Begriff der höhern Gewalt im deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht. Jenenser Diss.* Erfurt 1934 (G. A. Koenig). 74 S.

Oberli, Dr. Erich: *Das bernische Geschworenengericht.* Bern 1934 (Paul Haupt). 107 S.

Weiss, Dr. Georg Anton (Wien): *Das neue Wechselrecht.* 2 Bände. Bd. 5 u. 6 der Juristischen Bücherei. Wien 1933 (Frisch Verlag). Ö.S. 5.50.

Weinmann, Dr. Heinz: *Die Verfassung der privaten Schiedsgerichte, insbes. der Schiedsrichtervertrag. Anhand von Schrifttum und Rechtsprechung dargestellt.* Wien und Leipzig 1933 (Moritz Perles). 98 S. Mk. 3.80.

Strele, Dr. Kurt: *Das Notverordnungsrecht im österreichischen, reichsdeutschen und italienischen Staatsrecht.* (Zeitschr. f. vergleich. Rechtswiss. Bd. 48, Heft 3. 1934.)

J. v. Staudingers *Kommentar zum BGB*, 10. Neubearb. Aufl. Bd. III, Lief. 1. *Sachenrecht*, von Dr. K. Kober. München, Berlin, Leipzig 1934 (J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier)). Rm. 3.—.

Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts im Jahre 1932. Bearb. von Fritz Deike (W. de Gruyter, Berlin).

Zumbühl, Rob.: *Die Appellation im bernischen ZPR.* (Berner Diss.) 1927.

Kurzkommentar des Bürgerlichen Gesetzbuches, nebst Einführungsgesetz. Erläutert von O. Loening, J. Basch und E. Strassmann; Nachtrag: Rechtsprechung und gesetzliche Änderungen vom Juli 1931 bis Dezember 1933, bearbeitet von E. Strassmann. München und Berlin 1934 (C. H. Beck). 99 S. Rm. 1.50 (der ganze Kurzkomm. Rm. 19.50).

Mürez, Dr. Leo Fehler: des Gesetzgebungsverfahrens. Ein Beitrag zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt. Berlin 1934 (Philo). 180 S. Rm. 4.50.

Lang, Dr. Robert: Die Zulassung von Wertpapieren zum offiziellen Börsenhandel. Rechtsvergleichende Studie über die Zulassung von W. an den schweizer. Börsen und den Börsen von Berlin, Paris, London und New York. Zürcher Diss. Heft 37 n. F. der Zürcher Beiträge zur Rechtswiss. Aarau 1933 (H. R. Sauerländer & Cie.). 165 S.

Affaire de la Banque de Genève. Mémoires présentés à la Cour de Cassation par M. Gust. Hentsch et M. P. Carteret. Arrêt de la Cour de Cassation sur ces recours du 29 mars 1934.

Berichtigung

zu den Ihering-Briefen (Seite 50 hievor).

Am Schluss des zweiten Briefes (vom 14. Okt. 1846 spricht Ihering vom „dicken . . . F. Vischer“. In Anmerkung 34 wurde dieser irrig als der Basler Fritz Vischer-Bischoff bezeichnet. Der gütigen Mitteilung von Herrn Prof. P. Speiser verdanken wir die Feststellung, dass Ihering hier Vischer statt Fischer schrieb und dass als der „dicke Fischer“ damals der Philosophieprofessor Friedrich Fischer, ein Württemberger (geb. 1801, gest. 1853), Dozent in Basel seit 1832, bezeichnet wurde (im Gegensatz zum „dünnen Vischer“, dem Gräzisten Wilh. Vischer).
