

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: 69 (1950)

Heft: 2

Artikel: Alte Rechtssprichwörter und modernes Privatrecht

Autor: Spiro, Karl

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896028>

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: 16.05.2025

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

Alte Rechtssprichwörter und modernes Privatrecht *

Von Dr. Karl Spiro, Privatdozent an der Universität Basel

Rechtssprichwörter, Rechtssparömien, also Rechtssätze, die in einer bestimmten, besonders prägnanten und einprägsamen Formulierung zu geflügelten Worten mindestens im Kreise der Juristen geworden sind, kennen Sie alle: «volenti non fit iniuria» (wer gerne will, dem geschieht kein Unrecht) — «cuius periculum eius et commodum» (wer den Schaden hat, soll auch den Vorteil haben) — «nemo plus iuris transferre potest quam habet ipse» (ein Schalk gibt mehr, als er hat) — «nemo auditur turpitudinem suam allegans» (niemand kann sich auf eigenes Unrecht berufen). Oder wenn Sie lieber deutsche Rechtssprichwörter hören: «Der Bauer hat nur ein Kind» (das nämlich den Hof erben kann), «Wer den bösen Tropfen genießt, genießt auch den guten», das heißt, wer vom Nachbargrundstück überhängende Zweige duldet, soll nicht nur den Schatten, sondern auch die daran hängenden Früchte haben. Ein Rechtssprichwort ist aber zum Beispiel auch: «Doppelt genäht hält besser»; es wies einst hin auf den größeren Erbteil der vollbürtigen gegenüber den Halbgeschwistern, gleich wie der Satz «Einem geschenkt Gaul sieht man nicht ins Maul» auf den Wegfall der Mängelhaftung bei unentgeltlicher Zuwendung oder der Satz «Wer A sagt, muß B sagen» auf den Gerichtsstand der Widerklage, das Forum reconvencionis. Solche Rechtssprichwörter sind in kaum übersehbarer Fülle auf uns gekommen. Sie sind sehr verschieden unter sich: in ihrem Inhalt — wir finden unter ihnen ganz spezielle Regeln ebensowohl als ganz allgemeine Grund-

* Unveränderter Text einer am 5. Dezember 1949 an der Universität Basel gehaltenen öffentlichen Habilitationsvorlesung.

sätze —, in dem formellen Moment, das sie zum Sprichwort hat werden lassen: Reim, Alliteration, Anschaulichkeit des Bildes, besondere Evidenz der Logik oder Billigkeit bei gleichzeitiger größter Kürze — und sehr verschieden schließlich auch in Herkunft und Verbreitung: neben solchen, die nur in einzelnen Gegenden bekannt sind, und solchen, deren Herkunft im Dunkeln liegt, stehen andere, die sich durch die verschiedensten Rechte und Zeiten hindurch, oft Jahrtausende zurück, verfolgen lassen, wie zum Beispiel der Grundsatz «*audiatur et altera pars*», der sich schon im alten Athen im Amtseid der Richter findet, in der griechischen Tragödie, bei Seneca und später bei Augustinus, als Wahlspruch eines alten deutschen Kaisers und als mittelalterlicher Rechtsgrundsatz wiederkehrt (eines Mannes Rede ist keines Mannes Rede, man soll sie billig hören beede). Gerade das germanische Recht des Mittelalters ist außerordentlich reich an Rechtssprichwörtern gewesen: das Fehlen einer scharfen Trennung von Sitte und Recht, das eindeutige Überwiegen des Gewohnheitsrechtes und die meist nur mündliche Überlieferung des Rechtsgutes begünstigte, ja forderte geradezu Entstehung und Wertschätzung knapper und plastischer, von Generation zu Generation weitergegebener Formulierungen. Auch dem römischen Recht sind die Rechtssprichwörter nicht fremd, wenngleich sie in Rom, wo schriftliche Überlieferung, wissenschaftliche Bearbeitung des Rechts, ein eigener Juristenstand und scharfe Trennung von Recht und Sitte viel früher schon eine ganz andere Rolle spielen, nie eine ähnliche Bedeutung erlangt haben; immerhin stellt Justinian an den Schluß seiner *Digesten* noch eine besondere Sammlung alter *Regulae iuris*, von denen viele sprichwörtlich geworden sind. Die meisten allerdings der für uns heute noch in Betracht kommenden lateinischen Rechtssparömien hat erst die Wissenschaft und Praxis in den Jahrhunderten während und nach der Rezeption des römischen Rechts aus berühmten Quellenstellen, vornehmlich der *Digesten*, aber auch etwa des *Corpus iuris canonici*, abgeleitet, offensicht-

lich in einer für sie höchst charakteristischen Verbindung der alten germanisch-mittelalterlichen Neigung, das Recht im Sprichwort zu fassen, lateinischer Logik, Klarheit und Prägnanz des Gedankens und der Form und zum Teil wohl auch naturrechtlicher Tendenz zur Verallgemeinerung und Verabsolutierung. Selbst heute beobachten wir gelegentlich noch, daß ein Grundsatz in einer bestimmten Formulierung allmählich sprichwörtlich wird, namentlich etwa besonders kurze und populäre gesetzliche Bestimmungen, wie «Der Schuldverhaft ist abgeschafft», «Rechtsfähig ist jedermann», «Rechtsmißbrauch findet keinen Rechtsschutz» und andere. Aber heute sind es seltene Ausnahmen, wie überhaupt die Bedeutung der Parömien in den letzten hundert Jahren auf dem Kontinent ganz außerordentlich zurückgegangen ist. Während nämlich im Bereich des Common Law noch heute die überlieferten Maxims of Law durchaus als geltendes Recht betrachtet und gerne der Beurteilung neuer Fragen zugrunde gelegt werden, und während zum Beispiel in Frankreich bis in die Mitte des letzten Jahrhunderts hinein nicht nur die lokalen Gerichte, sondern auch der Kassationshof die alten Adages und Brocards durchaus als vollwertige Rechtssätze behandelten, deren Mißachtung als «violation de la loi» galt, spielen sie heute bei uns, wie Sie alle wissen, nur noch eine ganz bescheidene Rolle, bei der die meisten rasch vergessen werden. Sie werden höchstens noch da und dort einmal im Unterricht oder in einem Plädoyer zitiert, in Urteilen oder in der Litteratur höchstens zur Ausschmückung, kaum mehr ernsthaft angerufen und erörtert, und auch in den Darstellungen zur Methodenlehre bestenfalls erwähnt, kaum mehr anerkannt und gewürdigt. Die Gründe dieser Zurückhaltung — und das führt zu unserer heutigen Fragestellung — die Gründe, wir dürfen sagen: des Verschwindens, sind auch nicht schwer zu erraten; einmal ist natürlich das Bedürfnis, die alten Parömien heranzuziehen, wesentlich geringer geworden, nicht nur weil Schrift und Druck die mündliche Überlieferung und Fixierung der Sätze allein im persönlichen Gedächtnis längst

verdrängt haben, sondern vor allem auch durch die Kodifikation der wichtigsten Rechtsgebiete: Straf-, Verfassungs-, Prozeß-, Steuer- und namentlich Zivilrecht. Sobald der Gesetzgeber sich das Ziel setzt, das gesamte, auch das bereits geltende Recht aufzuzeichnen, verlieren die alten Parömien naturgemäß ihre bisherige Bedeutung, ganz besonders, wenn er, wie der schweizerische bei der Vereinheitlichung des Zivilrechts, vor allem die gemeinsame Tradition, den anerkannten Grundstock herauszuarbeiten und festzuhalten sucht und darum die gerade dazu besonders geeigneten alten Parömien gern ins Gesetz aufnimmt — ganz abgesehen davon, daß sie auch ein vorzügliches Mittel waren, dem Gesetz die so sehr gesuchte Gemeinverständlichkeit und Volkstümlichkeit zu verleihen. Sehr viele Artikel des Zivilgesetzbuches wie des Obligationenrechts sind denn auch nichts anderes als Übersetzungen oder Paraphrasen alter Parömien, wodurch dann diese eben verdrängt worden sind. Dazu kommt aber noch ein anderes: je mehr das gesetzte Recht vordringt, desto mehr wird auch die Autorität der alten Parömien in Zweifel gezogen oder meist geradezu verneint. Nicht nur liegt die Herkunft der Regel oft im Dunkeln, ist ihre Entwicklung zum Sprichwort kaum je faßbar, ihre Verbreitung und Anerkennung nicht immer leicht nachzuweisen, wieweit sie neben der Kodifikation überhaupt noch fortgelten kann, wieweit sie geltendes oder schon vergangenes Recht ist, oft zweifelhaft; über die Verbindlichkeit der Regeln und namentlich deren Begründung herrscht oft Unsicherheit. Und endlich ist auch der Inhalt der Rechtssprichwörter sehr oft sei es ungenau, sei es unbestimmt. Beides liegt sogar bis zu einem gewissen Grade in der Natur der Sache: das Bedürfnis nach Kürze und Popularität der Form und die Beschränkung auf das Prinzip zwingen zur Abstraktion von Einzel- und Besonderheiten, zum Verzicht auf Vorbehalte und Ausnahmen, die doch jeder Regel innewohnen; «keine Regel ohne Ausnahme» ist durchaus auch ein — beherzigenswertes — Rechtssprichwort. Eben darum besteht dann allerdings die Gefahr, daß der Satz mißbraucht, das Sprichwort zum Schlagwort wird, oder ergibt sich etwa,

daß der Sinn der Parömie unsicher ist, sie verschieden verstanden wird: wenn wir zum Beispiel zitieren «dies dominicus non est iuridicus» (Feiertage sind keine Rechtstage), so meinen wir, daß an einem Sonntag ablaufende Fristen bis zum nächsten Werktag verlängert sind, weil niemand gezwungen ist, an Feiertagen Rechtshandlungen vorzunehmen, der Engländer dagegen, daß gewisse Rechtshandlungen, bestimmte förmliche Geschäfte, an einem Feiertag wirksam vorzunehmen gar nicht möglich ist. Und schließlich sind viele Sätze, wie zum Beispiel «summum ius summa iniuria», «salus publica suprema lex», so allgemein, daß sie sich überhaupt der unmittelbaren Anwendung im Einzelfall meist entziehen. Mit anderen Worten: die moderne Ablehnung der alten sprichwörtlichen Rechtsregeln scheint nicht nur erklärlich, sondern sogar begründet: in ihrem Inhalt sehr oft ungenau und unbestimmt, in Geltung und Verbindlichkeit meist unsicher, neben der Kodifikation außerdem überflüssig, scheinen sie zwar rechtsgeschichtlich interessant, für das moderne Recht aber ohne unmittelbaren Wert, ja höchstens verwirrend und gefährlich.

Dieser so naheliegende Schluß ist nun aber doch, so scheint mir, nicht ohne weiteres berechtigt, und ich möchte daher in aller notwendigen Kürze darzulegen suchen, daß, warum und wie die alten Parömien — bei aller Würdigung ihrer Mängel und ihrer Problematik, auch ihrer Gefahren — doch nicht nur nicht überflüssig sind, sondern brauchbar und sogar wertvoll sein können, sofern nur die Wissenschaft sich mehr als bisher ihrer anzunehmen gewillt ist.

Zunächst: Die Kodifikation hat die alten Parömien zwar verdrängt, aber keineswegs völlig ihres Wertes beraubt. Wohl haben sie nun bei uns nicht mehr die selbe Bedeutung wie früher und wie heute noch etwa für den englischen Richter, der zum Beispiel die Regeln über den Gläubigerverzug auf den Grundsatz stützt «nullus commodum capere potest ex iniuria sua propria» oder von der Maxime «boni iudicis est ampliare iurisdictionem» geleitet, für grundlos bezahltes Geld eine Bereicherungsklage gewährt. Aber wir sehen doch gerade heute besonders klar, daß die Kodifikation nicht nur da und dort

einen seltenen Spezialfall übersehen, eine «Lücke» gelassen hat, sondern auf weite Strecken des Privatrechts nur eine Rahmenordnung, sozusagen den festen Knochenbau im Körper des Rechtes, bildet und daß nicht nur selten praktische Einzelheiten, sondern auch viele und wichtige Fragen in verschiedenster Weise anderen Quellen und Entscheidungsgrundlagen: Doktrin und Praxis namentlich, aber auch Gewohnheitsrecht und Überlieferung, überlassen sind, wohl kaum in einer anderen Kodifikation so großzügig und vor allem so bewußt wie gerade in der schweizerischen. Den mancherlei Gründen, Vor- und Nachteilen dieser Selbstbeschränkung des Gesetzgebers haben wir hier nicht nachzugehen; hier interessiert nur die Tatsache selbst, die wohl unbestrittene Beobachtung, daß eben viele und wichtige Fragen aus dem Gesetz allein nicht zu lösen sind, wodurch es dann eben aber auch nicht selten nützlich ist, auch auf die alten Parömien zurückzugreifen. Gestatten Sie mir ein paar Beispiele: Wer in Not gerät, kann von seinen nächsten Verwandten Unterstützung fordern. Das Gesetz umschreibt den Kreis der Pflichtigen, die Voraussetzungen und den Umfang des Anspruchs; über seine Dauer sagt es nichts. Nun entsteht im allgemeinen ein Anspruch mit dem Vorliegen seiner sachlichen Voraussetzungen. Kann also nun jemand, der sich schon lange in Not befindet, die bisher aus irgendeinem Grunde nicht geforderten Beiträge wie andere Forderungen auch noch nachträglich geltend machen? Das Gesetz schweigt; ein alter Grundsatz sagt aber, daß «in praeteritum non vivitur», der Anspruch also erst mit der Geltendmachung zu laufen beginnt. Oder denken Sie an das bekannte Problem, ob, wer, durch Verleihung oder rein tatsächlich, ein Monopol innehat, einem Kontrahierungszwang unterliegt, mit jedermann abschließen muß, und zwar auch dann, wenn dies nicht im gesetzten Recht oder in einer Konzession besonders vorgesehen ist, sondern auch ohne dies, in allen Fällen, kraft eines allgemeinen Grundsatzes. Die Frage ist nicht so einfach und alles andere als neu; wenn es früher hieß: «Fährleute» — ein typischer Fall — «Fährleute sind aller Leute Knecht», so haben wir eine für uns

zwar nicht ohne weiteres verbindliche, aber doch sehr bemerkenswerte Antwort. Im übrigen wäre es durchaus unrichtig, zu glauben, die alten Parömien seien nur dort interessant, wo das Gesetz der Ergänzung bedarf; sehr oft, ja sogar in erster Linie, sind sie wertvoll auch dort, wo das Gesetz zwar eine Regel selbst aufstellt, sie aber deren Auslegung, erleichtern, weil sie ihren Sinn klarer zum Ausdruck bringen. So ist zum Beispiel der Artikel 101 des Obligationenrechts bekanntlich etwas unglücklich redigiert, weil bei wörtlicher Auslegung der Schuldner, der eine Hilfsperson verwendet, für deren Fehler strenger haftete, als wenn er selbst gehandelt hätte, während er doch nur den Grundsatz anerkennen will «qui per alium fecit, ipse fecisse videtur». Bei der so heiklen Auslegung des Artikels 66 OR sodann hat die Praxis auf die Regel «in pari turpitudine melior est causa possidentis» (bei gleicher Schimpflichkeit obsiegt der Besitzer) ausnahmsweise sogar ausdrücklich zurückgegriffen. Es ließen sich leicht weitere Beispiele aufzählen; vor allem deshalb, weil oft das Gesetz eine Regel nur für einen einzelnen Anwendungs- und Spezialfall vorsieht, die Parömie aber in ihrer allgemeinen Fassung das Prinzip zum Ausdruck bringt und dadurch unter Umständen auf die Zulässigkeit der Analogie und Unzulässigkeit des Argumentum e contrario hindeutet; typische Beispiele sind der Satz «utile per inutile non vitiatur» (Gültiges wird durch Ungültiges nicht mangelhaft), der nicht nur bei unzulässigem Inhalt des Vertrages, sondern zum Beispiel auch bei Formmängeln gilt, oder die Regel «res succedit in locum pretii, pretium in locum rei» (die Sache tritt an die Stelle des Preises und der Preis an die Stelle der Sache), die das Gesetz nur bei der Güterverbindung erwähnt, die aber auch auf andere Sondervermögen anwendbar ist. Gerade dieses zum Ausdruckbringen eines im Gesetz an ganz anderer Stelle und vielleicht nur angedeuteten oder angewandten, nicht aber allgemein ausgesprochenen Prinzips ist in Auslegungs- und Zweifelsfällen oft so wertvoll; man denke nur an den Satz «invito non datur» und die so lebhaft umstrittene Frage nach den Voraussetzungen der «pro herede gestio», also der Erbschaftsannahme

durch schlüssige Handlung. In einem weiteren Sinne gilt dies auch für jene Fälle, da der Grundsatz in einzelnen entwickelten Rechtsdisziplinen ausdrücklich im Gesetz anerkannt, die in der Parömie zum Ausdruck kommende Allgemeingültigkeit des Satzes aber, seine Charakterisierung als «allgemeiner Rechtsgrundsatz», für die Rechtsentwicklung in anderen Disziplinen wertvoll ist; ich erinnere etwa an «malitiis non est indulgendum» (das Schikaneverbot), im Privatrecht durch Artikel 2 ZGB vielleicht unnötig, im Prozeßrecht und überhaupt im öffentlichen Recht aber für die Anerkennung des Grundsatzes von Treu und Glauben wertvoll, an den Grundsatz «ne bis in idem», der zum Beispiel im Administrativ- und Disziplinarrecht keineswegs überflüssig ist, an die Bedeutung von Sätzen wie «audiatur et altera pars», «nemo iudex in causa sua» und vieler anderer im Völkerrecht. Dazu kommen dann endlich jene vielen Maximen, die sich weniger auf einzelne konkrete Rechtsfragen als allgemein auf Recht und Gerechtigkeit, Richteramt und Pflichten eines anständigen Mannes, namentlich aber jene, die sich auf die Methode der Rechtsfindung, Gesetzesauslegung und Urteilsbildung beziehen. Der geübte Jurist unterschätzt sie leicht; vergegenwärtigt man sich aber die ungeheure Aufgabe nicht nur, die gerade die modernen Verhältnisse dem Richter stellen, sondern auch die außerordentliche Freiheit, die der moderne Richter genießt, namentlich aber, daß wir auf Spezialregeln und strenge Bindung nur verzichten dürfen, wenn wir dafür positiv allgemeine Grundsätze, Gesichtspunkte, Entscheidungsgrundlagen und namentlich eine klare Methode geben — alles andere wäre Abdankung des Rechts —, so erscheinen die alten und zu einem guten Teil auch altbewährten Kunstregeln und Grundsätze doch in einem anderen Licht. Gerade wiederum der schweizerische Gesetzgeber ist ja in dieser Richtung, die statt konkreter, unmittelbar anwendbarer Regeln im Gesetz gern nur allgemeine Gesichtspunkte und Direktiven für die Regelbildung gibt, besonders weit gegangen; denken Sie nur an die Einleitungsartikel zum Zivilgesetzbuch. Was das Gesetz gibt, sind jedoch erst

Anfänge, erste Ansätze zur Lösung der Aufgabe, den Richter und das Recht nicht nur vom Gedanken einer allein seligmachenden Kodifikation zu befreien, sondern ihm auch positiv zu sagen, wie und worauf denn zu bauen ist; und hier liefern gerade die alten, bewährten Maximen mindestens wertvolles Material. Überflüssig und uninteressant sind also auch im Bereich der Kodifikation die alten Parömien nicht, geschweige denn im Bereich der oft weniger entwickelten Spezialgesetzgebung oder gar dort, wo die Rechtsentwicklung, wie zum Beispiel in weiten Teilen des internationalen Privatrechts, überhaupt noch ganz Doktrin und Praxis überlassen ist.

Wie aber steht es nun mit der zweiten der erwähnten Schwierigkeiten, der Unsicherheit über Geltung und Verbindlichkeit der einzelnen Maximen? Sind sie nicht früheres oder fremdes Recht, nur interessant als Rechtsgedanken, aber ohne selbständige Autorität? Worauf könnte sich eine solche gründen? Und wenn sie einigen von ihnen zukommt — allen kann sie ja offensichtlich nicht zukommen —, worin liegt das Kriterium zur Abgrenzung von den übrigen?

Bei der Beantwortung dieser Frage wird man wohl davon auszugehen haben, daß die alten Parömien mit gewissen Ausnahmen einst geltendes Recht mit voller Verbindlichkeit waren, und zwar typisches Gewohnheitsrecht. Einige, wie «*volenti non fit iniuria*», «*Not kennt kein Gebot*», «*iura novit curia*» und andere, sind es wohl heute noch. Sicher ist andererseits aber auch, daß ein Großteil der alten Rechtspruchwörter heute als geltendes Recht durchaus nicht mehr in Betracht kommt. Nicht nur sind viele Sätze durch die Gesetzgebung ausdrücklich oder indirekt abgeschafft worden, beziehen sich viele auf Rechtsinstitute und Rechtsverhältnisse, die wir gar nicht mehr kennen, zum Beispiel mittelalterliches Ständerecht, sondern viele Sätze sind auch, wie sie durch Gewohnheit und Anwendung entstanden, in entsprechendem *contrarius actus*, durch Gewohnheit, das heißt durch Nichtanwendung untergegangen, «*in desue-*

tudinem abierunt», von der Praxis mit Ausnahmen und Einschränkungen allmählich bedeutungslos gemacht und schließlich vergessen oder von der Doktrin bekämpft und am Ende bewußt aufgegeben worden. Nur Ein Beispiel aus neuester Zeit: Daß man sich nicht auf Unkenntnis des Rechts berufen kann, Rechtsirrtum schadet, «error iuris nocet», schien noch der älteren Praxis des Bundesgerichts, vor 50—60 Jahren, durchaus feststehendes Gewohnheitsrecht, ist es heute aber sicher nicht mehr, nachdem zuerst Vertreter der Wissenschaft den Satz heftig als unangemessen kritisierten und für gewisse Fälle, zum Beispiel die Rückforderung irrtümlich geleisteter Zahlungen, schließlich auch die Gerichte in bewußte Änderung ihrer Praxis auch den Rechtsirrtum für genügend, für beachtlich erkannt haben. Eben dieser Prozeß: der allmähliche Verlust von Geltung und Verbindlichkeit durch Kritik und Nichtanwendung, durch Desuetudo, erklärt nun nicht nur, warum allerdings für viele Parömien die Fortgeltung nicht leicht festzustellen ist, sondern zwingt auch zur Frage, welcher Art denn die Sätze während dieses Prozesses, während des allmählichen Unterganges ihre Geltung und Verbindlichkeit seien. Die Antwort ergibt sich wohl aus dem Hinweis auf jene Sätze, die Eugen Huber in Artikel 1 des Zivilgesetzbuches «bewährte Lehre und Überlieferung» genannt hat, die der Richter nicht einfach «anwendet» wie das Gesetz, denen er vielmehr lediglich «folgt», deren Verbindlichkeit nicht wie die des Gesetzes oder des vollen Gewohnheitsrechts unbedingt und unbeschränkt ist, sondern nur bedingt und beschränkt, bedingt eben dadurch, daß sie «bewährt» sind, also durch eine Feststellung ihrer Autorität, die kein formelles Kriterium kennt, sondern umfassende Prüfung und Würdigung zahlreicher Elemente verlangt, und beschränkt in dem Sinne, daß das Ergebnis zwar nicht zwingend ist, aber doch selbständige Autorität besitzt, von der nur unter besonderen Voraussetzungen abzugehen gestattet ist. Es gibt eben nicht nur Verbindlichkeit und Unverbindlichkeit, völlig freie Prüfung einer Frage und völ-

ligen Ausschluß neuer, eigener Beurteilung, sondern auch Zwischenstufen, ähnlich wie bei der Entscheidung über konkrete Rechtsverhältnisse einer Einzelperson — ich erinnere Sie etwa an die Willkürrekurse —, so auch bei der Feststellung objektiven Rechts. Durch das Gesetz, das heute noch ganz unverbindlicher Entwurf, morgen schlechthin verbindlicher Befehl ist, darf man sich nicht täuschen lassen; denn auch das Gesetz enthält neben den Regeln, die es unmittelbar und eindeutig ausspricht und die dementsprechend ohne weiteres und schlechthin verbindlich sind, in seinen Formulierungen, seinem System und seinen Begriffen, seinen Zwecken und Bewertungen Grundlagen zur Bildung weiterer Regeln auf dem Wege der Interpretation, wobei aber diese Anhaltspunkte und Grundlagen nicht ohne weiteres und schlechthin binden, sondern nur beschränktes Gewicht besitzen, stets durch andere, mehr oder minder freie und umfassende Überlegungen ergänzt und oft gegen diese abgewogen werden müssen, und wo wir ebenfalls beobachten, daß zum Beispiel vom speziellen Wortlaut abzuweichen nicht schlechthin verboten, aber auch nicht schlechthin, sondern nur unter ganz besonderen, qualifizierenden Voraussetzungen gestattet ist. «*Iudex non facile recedere debet*» heißt es etwa von der ständigen Gerichtspraxis und gilt allgemein von diesen nur beschränkt und bedingt verbindlichen Rechtssätzen und Entscheidungsgrundlagen, bei denen die Voraussetzungen der Autorität, beim Gewohnheitsrecht, um zu ihm zurückzukehren, also vor allem die *Opinio necessitatis*, unsicher oder beschränkt, erst im Werden oder erschüttert und im Vergehen begriffen ist, und die Wirkung, die Autorität, ebenfalls beschränkt und bedingt, wie die Voraussetzung, auf der sie ruht. In diese Kategorie von Rechtssätzen nun, die nicht nur das werdende Gewohnheitsrecht: Gerichtsgebrauch und etwa auch *communis opinio doctorum*, sondern auch das vergehende und zweifelhaft gewordene Gewohnheitsrecht zu erfassen erlaubt, gehören nun vor allem auch die meisten der alten Parömien, nämlich eben alle jene, die nicht deutlich abgeschafft oder

gegenstandslos geworden sind und die auch nicht, wie nur noch wenige, ohne jeden Zweifel weitergelten und anerkannt sind. Sie waren einst, wie wir sahen, Gewohnheitsrecht, besaßen einst unbedingte Geltung und Anerkennung; heute ist diese in Frage gestellt, nicht nur für die Parömien als solche, allgemein, sondern in erster Linie und richtigerweise für die einzelne *Maxime*, bei der stets besonders zu fragen ist, ob sie nicht (und gegebenenfalls wie weit) «*in desuetudinem abiit*»: weil die Kodifikation auf sie keinen Bezug nimmt, unsicher ist, wie sie sich mit derselben verträgt, weil die wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse sich geändert haben, weil die Sitten und allgemeinen Anschauungen über Recht und Gerechtigkeit andere geworden sind, weil die theoretische Konzeption der Institute eine andere ist — so ist zum Beispiel der Satz «*nulli res sua servit*» zu Fall gekommen —, weil die Regel selten zitiert wird und schon halb vergessen ist. Wichtig sind natürlich in erster Linie das innere Verhältnis der Regel zur Kodifikation, die Anwendung in der Praxis und die Anerkennung in der Doktrin, Momente, nach denen sich nicht nur die *Opinio necessitatis*, die Geltung der Regel, bestimmt, sondern durch die auch der Grad ihrer Autorität, ihrer Verbindlichkeit, bedingt und begrenzt wird, abgestuft in allen Graden vom unzweifelhaft fortgeltenden Gewohnheitsrecht bis zum völlig erloschenen, nur noch historisch interessanten Satze. Die Zeit erlaubt mir leider nicht, das im einzelnen und an Beispielen näher auszuführen, gestattet mir nur, Ihnen den allgemeinen Gedanken anzudeuten. Es ergibt sich aber aus ihm wohl dreierlei: einmal, daß die Parömien geltende und verbindliche Rechtssätze sein können und zum Teil sind, sodann, daß zwar eine gewisse Unsicherheit über die Verbindlichkeit der einzelnen Regel, wie sie der Gedanke abgestufter Verbindlichkeit und fließender Übergänge mit sich bringt, und die praktischen Schwierigkeiten, die sich daraus etwa ergeben mögen, tatsächlich nicht zu vermeiden sind, endlich aber auch, daß diese keine Eigentümlichkeit der alten Parömien bilden und nament-

lich auch vom Gesetzgeber mit dem Hinweis auf «bewährte Lehre und Überlieferung», denen der Richter folgen soll, bewußt in Kauf genommen wurden. Allerdings lassen sie es nötig erscheinen, daß nicht nur die Praxis sich jeweils ausdrücklich mit den alten Regeln auseinandersetzt, wodurch sie sich selbst — durch die gegenseitige Stärkung von Parömie und Präjudiz — den größten Dienst leistet, sondern daß auch die Doktrin sich viel mehr als bisher und namentlich nicht nur rechtshistorisch, sondern auch rechtsdogmatisch ihrer annimmt, sie auslegt und prüft und durch ausdrückliche Anerkennung oder aber im Einzelfall begründete Opposition sei es ihnen die volle Verbindlichkeit als Gewohnheitsrecht zurückgibt, sei es ihr Ende feststellt und damit zugleich auch herbeiführt. Mit anderen Worten: daß die Verbindlichkeit abgestuft und ihre Voraussetzungen nicht formalisiert sind, und die sich daraus ergebenden Schwierigkeiten sind gerade ein Grund, die Parömien heranzuziehen und jede einzelne von ihnen unter dem Gesichtspunkt des geltenden Rechts besonders zu bearbeiten.

Vergegenwärtigt man sich nun diese nur beschränkte und bedingte Verbindlichkeit, die wächst und schwindet je nach der Geltung in der Praxis und der Anerkennung oder Ablehnung in der Doktrin, so vermag man auch den dritten Einwand gegen die Heranziehung der alten Parömien besser zu würdigen, den Hinweis nämlich auf ihre häufige sachliche Unbestimmtheit und Ungenauigkeit. Zu leugnen ist sie ja sicher nicht; sie ergibt sich sogar, wie wir sahen, weitgehend aus der Natur des Sprichwortes, seiner Tendenz zur Kürze und Generalisierung; eine ganz andere Frage aber ist es, ob dieser Mangel nicht doch zuweilen überschätzt wird. Zunächst die Ungenauigkeit. Sie ist sicher keine Eigentümlichkeit der Parömien; Genauigkeit ist ein Ziel, das nur selten ganz zu erreichen ist, auch im besten Gesetze, dessen Verfolgung oft sogar wichtigeren Zielen weichen muß. Mehr als viele seiner Vorgänger hat wiederum gerade der schweizerische Gesetzgeber, jedenfalls bei der Vereinheitlichung

des Zivilrechts, Gemeinverständlichkeit, Herausstellen des Grundsätzlichen, Vermeidung unübersichtlicher Details und Verklausulierungen für wichtiger gehalten als ein Maximum an formeller Genauigkeit, eben darum ja auch mit Vorliebe und entsprechendem Erfolg die alten Rechtssprichwörter wieder ins Gesetz aufgenommen. Wenn er zum Beispiel einfach sagt: «Heirat macht mündig», so hat er genau gewußt, daß diese sprichwörtliche Fassung ungenau (und in diesem formellen Sinn unrichtig) ist, weil nämlich die Heirat nur den Mangel an Alter ersetzt, volljährig macht, aber zum Beispiel eine Entmündigung nicht einfach aufhebt. Wohl mit Recht, denn wenn auch zuweilen — gerade zum Beispiel bei diesem Satz — untere Instanzen gestolpert sind, so hat doch die Praxis der führenden Gerichte und die Doktrin meist ohne Zögern gleichwohl das Richtige gefunden und verwirklicht. Allerdings nur deswegen, weil zugleich eine freiere Auslegung der Rechtsätze, die entwickelt und ergänzt, dabei auch Wandel schafft und Versehen korrigiert, ihre Anerkennung durchgesetzt hat, selbst gegenüber dem Gesetzesrecht; wenn sie aber für dieses zulässig ist, dann erst recht für die einzelnen Maximen. Denn diese sind ja, wie wir sahen, ganz überwiegend nur bedingt und beschränkt verbindlich, im Maße als sie anerkannt und angewandt werden, darum auch nur in der Gestalt und Auslegung, mit den Ausnahmen, Einschränkungen, Zusätzen und Vorbehalten, mit denen sie angewandt und anerkannt sind. Darum kann jedoch ihre Ungenauigkeit nur schaden, wenn sie leichthin und unbeesehen, namentlich auch, wenn sie nur inoffiziell angewandt werden, nicht aber, wenn die Praxis und namentlich die Doktrin sich in aller Form ihrer annimmt, sie grundsätzlich anerkennt und dadurch im einzelnen ihrer Kontrolle unterwirft, dem flüchtigen Gebrauch im Alltag vorarbeitet und dadurch dessen Gefahren beseitigt, genau wie sie es sonst, zum Beispiel beim Gesetz, auch tut. Geschieht das aber, dann erweisen sich die alten Parömien nicht selten als nur scheinbar unrichtig, nur in der Form überholt, lassen sie

oft einen zeitlosen und wertvollen Kern erkennen. Wir sahen zum Beispiel vorhin: der Satz «error iuris nocet» ist kein geltendes Gewohnheitsrecht mehr, auch der Rechtsirrtum wird unter Umständen gleich wie ein Irrtum über Tatsachen berücksichtigt. Aber die richtigere Fassung der Regel, die Parömie «nemo censetur ignorare legem», gilt noch heute, nur daß die Vermutung, jedermann kenne das Recht, widerlegbar geworden ist und die im Satz «error iuris nocet» ausgedrückte Pflicht, das Recht zu kennen oder doch nach ihm zu fragen, nach den Umständen des Falles und der Person billig bemessen werden soll. So ergibt sich gar nicht selten das Richtige schon durch gleichzeitige Beachtung auch einer andern Maxime, für die Regel «volenti non fit iniuria» zum Beispiel, die — obwohl sogar volles Gewohnheitsrecht — doch nicht schlechthin gilt, weil die Einwilligung unter Umständen sittenwidrig ist, aus dem Gedanken, daß «nemo auditur perire volens» (niemand sich selbst aufgeben kann) und daß «dolus semper praestatur» (für Arglist man immer einsteht). Überhaupt sind oft Sätze, die in ihrer allgemeinen Fassung sicher nicht mehr anwendbar und richtig sind, es doch in einem beschränkten Sinn; der Satz zum Beispiel, daß «nemo ex consilio tenetur» (niemand für einen erteilten Rat haftet), beruht auf dem Gedanken, daß bloße Gefälligkeit den Hilfsbereiten nicht belasten soll; die moderne Praxis, daß entgeltliche Auskunft und Beratung volle Vertragshaftung begründet, unentgeltliche dagegen nur ex delicto und nur für grobes Verschulden haften läßt, widerspricht dem alten Grundsatz also nur scheinbar. Nicht zu vergessen aber auch jene Regeln, die ganz sicher nicht mehr geltendes Recht sind, weil sie anderen weichen mußten, die aber als Leitgedanken in anderen Fragen oder beim Gebrauch des Ermessens (oder natürlich für den Gesetzgeber) wertvoll sein können. Den Satz «paterna paternis materna maternis» (Vatergut der Vaterseite, Muttergut der Mutterseite) kennen wir als Regel der Erbfolge sicher nicht mehr, aber ob er nicht als subsidiäre Teilungsregel gelegentlich billig

wäre, ließe sich wohl erwägen. Wir kennen auch sicher keine formelle Vermutung mehr wie der Code civil, daß «*incendia plerumque fiunt culpa inhabitantium*» (wenn's brennt, sind meist die Bewohner schuld), aber die Erfahrung und das Bedürfnis, dem sie entsprungen ist und das sie so lange hat berechtigt erscheinen lassen, sollte doch im Rahmen der freien Beweiswürdigung auch sein Gewicht haben können. Oder wenn es heißt: «Der Nächste über den Graben, der nimmt mit Näherkauf», so ist das sicher kein geltendes Recht mehr, aber vielleicht gar nicht so unbeachtlich, wenn der Gesetzgeber, wie jetzt, daran geht, die alten Vorkaufsrechte für die Landwirtschaft neu zu beleben. Es kommt also, wie gesagt, nur darauf an, daß man ebenso sorgfältig als frei auslegt und die Frage nach Vorhandensein und Grad der Verbindlichkeit richtig stellt, also die alten Regeln bearbeitet, vor allem auch: in ihnen weniger unmittelbar anwendbare Sätze als Grundsätze und Gesichtspunkte für die Bildung der Regeln und die Prüfung des Ergebnisses sieht, dann sollte ihre häufige Ungenauigkeit nicht schaden — eine Bedingung, die aber mehr oder weniger wohl für alle Rechtssätze gilt, auch für das Gewohnheitsrecht, am Ende sogar das gesetzte Recht, das ebenfalls, nur weniger deutlich, der Entwicklung und Anpassung bedarf. Die ererbten Schätze einer reichen Tradition vor dem Vergessen zu bewahren und zu neuem Besitz zu erwerben, geben aber reizvollerweise gerade die modernen Tendenzen der Methodenlehre und des Privatrechts wieder vermehrte Möglichkeit. Eben darum sollte auch, daß die alten Maximen oft zu allgemein gefaßt sind, nicht allzusehr stören; wohl geben manche im Einzelfall keinen brauchbaren Wegweiser mehr ab, aber es gibt auch andere, die trotz oder gerade wegen ihrer ganz allgemeinen Fassung wertvoll sind, weil sie auf das Grundsätzliche, über alle äußere Form hinweg auf den Kern der Sache hinweisen, was wohl im modernen Recht mit seiner verwirrenden Fülle von Rechtssätzen und Einzelheiten und seinen widerstreitenden Grundkonzeptionen besonders not tut.

Gerade die Allgemeinheit der Sätze ist oft wertvoll. Man denke etwa an die Parömie «*error communis facit ius*» (gemeiner Irrtum schafft Recht): gerade, daß sie verschieden verstanden werden kann, auf dem Kontinent als Erklärung für den Schutz des Vertrauens in den Rechtsschein, von den Engländern als Satz der Rechtsquellenlehre, ist für die tiefere Verwandtschaft der Fragen und ihr Verständnis höchst aufschlußreich. Oft enthält die Parömie auch mehr, als es zunächst scheinen will: für die subtile Frage zum Beispiel, ob ein Dritter aus Verletzung eines ihn gar nicht berührenden Vertrages haftbar werden kann, zum Beispiel als Anstifter, ist der Satz, daß «*res inter alios acta aliis neque nocet neque prodest*» (was andere verabreden, soll Dritten weder nützen noch schaden), nur scheinbar ein gefährliches Schlagwort; denn es folgt aus ihm lediglich, daß nur deswegen, weil dadurch fremde Verpflichtungen verletzt werden, niemals die Handlungsfreiheit eines Dritten eingeschränkt werden, ein an sich zulässiges Verhalten unzulässig werden und haftbar machen kann (*non nocet*), keineswegs ohne weiteres auch, daß es schlechthin erlaubt ist, fremde Rechtsbeziehungen etwa nur deswegen zu stören, um dadurch, zum Beispiel durch Lahmlegen eines Konkurrenten, für sich aus der Verletzung des Vertrages als solcher und indirekt also durch den Vertrag selbst besondere Vorteile zu erlangen (*neque prodest*). Namentlich gilt dies auch für die vielen Sätze über die Methode und die Quellen der Urteilsfindung, denen man ja vor allem ihre Unbestimmtheit und Allgemeinheit und die Beobachtung vorhält, daß nicht selten einander widersprechende Maximen zu treffen seien; auch hier sind die Widersprüche oft nur scheinbare bzw. werden die Mängel und Ungenauigkeiten der Sätze eben durch ihre Kombination wechselseitig aufgehoben, wird durch dieselbe namentlich auch die Gefahr einseitiger, extremer Lösungen, die gerade auf diesem Gebiete besonders verhängnisvoll sind, vermieden. Die Grundsätze «*in re dubia melius est verbis edicti servire*» auf der einen, «*in ambigua voce legis ea potius est acci-*

pienda significatio quae vitio caret» auf der andern Seite zum Beispiel widersprechen einander nur scheinbar, denn letzterer schränkt nur die *Res dubiae* ein, und ersterer kommt unter Umständen zur Anwendung, um zu bestimmen, was *Vitio caret*, die Sätze betreffen verschiedene Fälle der Interpretationsproblematik. Auch der Satz «*non exemplis sed legibus iudicandum*» schließt die «*rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritas*» nicht aus; die erstgenannte *Maxime* sagt, daß das Gesetz auch für den späteren Richter unmittelbare Grundlage bildet, die zweite, daß er seine Auslegung nicht leicht über die des früheren Richters, der ja auch glaubte, das Gesetz erfaßt zu haben, stellen soll. Im übrigen ist ein gelegentliches Nebeneinanderbestehen einander widersprechender Grundsätze noch kein Unglück; auch das *Corpus iuris* hatte seine Antinomien, mit denen Praxis und Doktrin zu Rande kommen mußten. Selbstverständlich finden sich auch unter den Sätzen über die Methode veraltete; aber sie werden wohl mehr als aufgewogen durch die zeitlosen Einsichten und Regeln juristischer Kunst wie etwa: «*ubi eadem ratio ibi idem ius*» (gleicher Grund, gleiche Regel), «*cessante ratione cessat lex*» (entfällt der Grund, entfällt die Regel), «*quod contra rationem iuris receptum est non est producendum ad consequentias*» (was gegen den Sinn des Rechts überliefert ist, soll nicht weiterentwickelt werden) und so viele andere. Allgemeine Regeln, die übrigens gerade der schweizerische Gesetzgeber wenig gefürchtet hat, sind ja nur dann gefährlich, wenn sie bloße Ermächtigungen sind, keineswegs aber ohne weiteres auch dann, wenn sie einen positiven allgemeinen Gedanken zu adäquatem Ausdruck bringen. Und wer möchte nicht wünschen, daß zum Beispiel auch die ganz allgemeinen, aber bewährten Grundsätze für die Gesetzgebung beachtet werden: «*lex imperat non disputat*» (das Gesetz soll befehlen, nicht lehren), «*in legibus simplicitas magis quam difficultas placet*» (nicht Kompliziertheit ziemt dem Gesetz, sondern Einfachheit), «*quae semel aut bis accidunt praetermittunt leges*» (was

ein- oder zweimal geschieht, übergehen die Gesetzgeber) und andere? Und schließlich haben wohl sogar die ganz allgemeinen Sätze über Recht, Richter, Billigkeit, wie «in omnibus maxime tamen in iure aequitas spectanda» (überall, am meisten aber im Recht, ist auf Billigkeit zu achten), aber auch etwa «dura lex, sed lex» (ein hartes Gesetz, aber ein Gesetz), «pectus facit iurisconsultum» (das Herz macht den Juristen), gerade auch in ihrem Nebeneinander, zur Verknüpfung des juristischen mit dem allgemein-menschlichen Denken, als Beispiel und Ausdruck namentlich auch einer bestimmten Geisteshaltung, als Erwartung, Ansporn und Mahnung, ihren Wert für die Bildung der Persönlichkeit des Juristen, auf die es am Ende regelmäßig doch ankommt.

Und so dürfen wir wohl zusammenfassend sagen: die alten Parömien sind keineswegs überflüssig, vielmehr oft wertvoll. Ihre Schwäche, die Unsicherheit oder besser nun: Abstufung ihrer Geltung und Verbindlichkeit, gibt ihnen den Vorteil der Elastizität, und diese erlaubt, ihre häufige Ungenauigkeit zu ertragen und trotz wechselnder äußerer Formen des Rechts den wertvollen zeitlosen Kern zu nützen, der ihnen oft gerade deswegen innewohnt, weil sie allgemeine Fragen in grundsätzlicher Weise zu beantworten suchen. Eben deswegen darf man sie dann am Ende wohl auch betrachten im Hinblick auf die wohl schwierigste und sicher wichtigste Aufgabe der modernen Rechtswissenschaft: die Sorge um die Rechtseinheit. Und zwar in ihrer dreifachen Gestalt. Einmal die Rechtseinheit in zeitlicher Beziehung, also die Verbindung der neuen Gedanken mit der bewährten Überlieferung, die in unserer Zeit des gesetzten Rechts so sehr gefährdet und doch so wichtig ist, soll das Recht eine seiner grundlegenden Funktionen erfüllen, die Garantie nicht der Konstanz, aber der Kontinuität. Die Rechtseinheit aber auch in örtlicher Beziehung, die Überwindung oder doch Milderung der wachsenden Rechtszersplitterung unter den Völkern durch vergleichende Besinnung auf gemeinsame Prinzipien und Grundsätze. Und

nicht zuletzt die Rechtseinheit auch in sachlicher Beziehung, die Vermeidung übertriebener Spezialisierung der einzelnen Rechtsdisziplinen durch Erhaltung und Gewinnung nicht nur allgemeiner Begriffe, sondern auch allgemeiner, die ganze Rechtsordnung durchziehender Grundsätze. Zu diesem dreifachen Ziele mögen aber auch die alten, verbreiteten, allgemeinen Parömien wenigstens hin und wieder beitragen können. Dies namentlich auch deshalb, weil in den meisten von ihnen gewisse allgemeine Gegensätze und Spannungen, sei es noch, sei es in einer höheren Ordnung wieder vereinigt sind. In ihrer Entstehung vereinigen sich die Arbeit des hervorragenden Einzelnen, der die Regel erkannt hat, und die Erfahrung der sie anwendenden Wissenschaft und Praxis, die die bloße Sentenz, die berühmte Quellenstelle etwa, zum Sprichwort macht, in der Begründung ihres Inhalts und ihrer Verbindlichkeit die Evidenz der Erkenntnis und die formlose Zustimmung nicht nur einer Majorität, sondern der Allgemeinheit, «argumentum a ratione» und «argumentum ab auctoritate», und sie sind so zum Teil etwas wie eine Zwischenstufe zwischen positivem und Naturrecht, indem sie einerseits auf gleichbleibende unwandelbare Elemente im positiven Recht hinweisen, wenn die *Contradictio in adjecto* gestattet ist, so etwas wie ein induktives Naturrecht fördern helfen, andererseits mit Hilfe des positiven Momentes der allgemeinen Anerkennung und Beachtung ein Mittel sind, naturrechtliche Gedanken zu Grundsätzen des positiven Rechts zu machen, so an ihrem Orte beitragend, einen gefährlichen und wohl zuweilen allzusehr betonten Gegensatz zu mildern.

Wie gesagt, es bedarf hiezu noch langer, geduldiger und intensiver Arbeit der Wissenschaft, und vielleicht sind es am Ende sogar nur wenige der alten Maximen, die unter Bergen von stumpfem Gestein sich als edles Metall erweisen; aber zu einem hohen Ziele mag auch ein bescheidener Beitrag willkommen sein.

Die hier allein behandelte Frage nach der dogmatischen Bedeutung bildet selbstverständlich nur einen einzelnen Aspekt des sehr vielseitigen Phänomens der alten Rechtssprüche. Zur Ergänzung sei hier lediglich auf zwei weitere Punkte verwiesen:

Einmal die Frage, wann überhaupt eine Regel als Rechtsspruch zu gelten hat. Namentlich bei den aus dem germanisch-deutschen Recht des Mittelalters überlieferten Sätzen, aber auch sonst (Not kennt kein Gebot; *pater semper incertus*), ist durchaus nicht immer sicher zu sagen, ob es sich nur um die Feststellung tatsächlicher Regelmäßigkeit oder ein Postulat oder um einen eigentlichen Rechtssatz handelt; auch hier spiegelt sich in den Parömien nicht nur deutlich die Eigenart früherer Zustände, sondern zeigen sie sich bedeutsam für die allgemeine Frage nach der Entstehung des Rechts: eines wird allmählich aus dem andern, eines stärkt das andere. Fraglich ist aber sehr oft auch, wann eine berühmte Regel als eigentliche Parömie, als Sprichwort, zu gelten hat, wann bloß als eine vielzitierte Quellenstelle. In der Literatur wird der Unterschied nicht immer beachtet, und es läßt sich selbstverständlich schon deshalb keine feste Grenze ziehen, weil eben die berühmte Quellenstelle sehr oft zur Parömie wird. Für das entscheidende Kriterium wird man auch nicht ohne weiteres auf die philosophischen und philologischen Umschreibungen abstellen dürfen; wenn zum Beispiel (so Prantl, Die Philosophie in den Sprichwörtern, München 1858) das Wesen des Sprichwortes darin gesehen wird, daß in einer konkreten Aussage von einem Spezialfalle ein allgemeiner Gedanke ausgesprochen wird, so ist das für die Abgrenzung der juristischen Parömien offensichtlich unbrauchbar, weil diese als Rechtssätze bereits notwendig auf das Allgemeine gehen und die Abgrenzung von der bloßen allgemeinen Sentenz juristisch bedeutungslos ist. Juristisch wird man vielmehr das Kriterium wohl darin sehen dürfen, daß der Satz zwar in konstanter Form zitiert wird, aber ohne daß durch dieses genaue Zitieren die Quelle und deren Autorität angerufen werden soll, weil er sich nämlich von dieser gelöst und selbständige Geltung erlangt hat. Bezeichnend ist in dieser Hinsicht die englische und namentlich die französische Literatur: Die Sätze werden zitiert und angewandt, ihre Herkunft aber, auch wo sie bekannt ist, zum Beispiel die betreffende Digestenstelle, in der Regel nicht angegeben, eben weil sie nicht als zum Beispiel römisches Recht und nur als historische Reminiszenz, sondern als geltendes Recht zitiert werden, ihr historischer Entstehungsort und die Grundlagen ihrer Geltung und Autorität, ihrer Anwendung und Anerkennung, durchaus auseinanderfallen.

Gerade wegen dieser Loslösung von der Entstehungsquelle ist es dann allerdings sehr oft lehrreich und wertvoll, der Geschichte einzelner Parömien nachzugehen. Auf den vielfältigen Reiz historischer Betrachtung der Maximen kann hier allerdings nur hingewiesen werden.

Keiner weiteren Erörterung bedarf selbstverständlich das Interesse der Herkunft zunächst in den zahlreichen Fällen, da die Regel einer ganz bestimmten bekannten Quellenstelle entnommen ist, sei es *tale quale* (zum Beispiel *Dolo facit qui petit quod redditurus est*: D. 44, 4, 8, pr.; *malitiis non est indulgendum*: D. 6, 1, 38; *ratihabitio mandato comparatur*: D. 46, 3, 12, 4; D. 43, 16, 1, 14; *imperitia culpa adnumeratur*: D. 50, 17, 132; *nemo plus iuris transferre potest quam habet ipse*: D. 50, 17, 54; und viele andere), sei es, was noch häufiger ist, in unbedeutender Veränderung, meist Verkürzung, des Wortlautes (zum Beispiel *malitia supplet aetatem*: C. 2, 42, 3, pr.; *nemo iudex in causa sua*, offenbar aus dem *rubrum* zu C. 3, 5; oder: *accessorium sequitur principale* aus D. 33, 8, 2; D. 34, 2, 19, 13; D. 46, 3, 43; oder typisch: *tot gradus quot generationes*, verkürzt aus I. 3, 6, 7; oder: *solvit qui delegat* aus D. 46, 1, 18, auch D. 50, 16, 187; *volenti non fit iniuria*: D. 50, 17, 132), sei es endlich in Verschmelzung mehrerer Sätze wie zum Beispiel *cuius periculum eius et commodum* (aus D. 17, 2, 55; D. 50, 17, 10; C. 6, 2, 22, 3a) oder beim englischen *heres legitimus est quem nuptiae demonstrant*, offensichtlich einer Kombination aus *deus solus heredem facere potest non homo* mit D. 2, 4, 5: *pater est is quem nuptiae demonstrant*. In diesen Fällen ist das Interesse an der Herkunft ein doppeltes: einmal erhöht natürlich das Alter das Ansehen des Satzes, sowohl dann, wenn eine Regel ganz besonders weit zurückverfolgt werden kann, wie zum Beispiel *quae semel aut bis accidunt, praetermittunt legislatores*, die Paulus in D. 1, 3, 6 als Zitat aus Theophrastus wiedergibt, als auch dann, wenn sie in der uns geläufigen Form bereits den Römern ein *tritum sermone proverbium* war, wie zum Beispiel *noxa caput sequitur* (vgl. Gaius 4, 177; D. 9, 4, 43; I. 4, 8, 5; C. 3, 41, 1), *actor sequitur forum rei* (C. 3, 19, 3; C. 3, 22, 3) oder das von Augustinus (De civitate Dei IV 27) mit der Bemerkung *solet enim et a iurisperitis dici* eingeführte *superflua non nocent*, endlich das wohl berühmteste *summum ius summa iniuria* (übrigens, soviel ich sehe, das einzige Rechtssprichwort, das Erasmus der Aufnahme in seine berühmten *Adagiorum chiliades* für wert befunden hat). Sodann vermag die Erinnerung an den Zusammenhang unter Umständen auch Mißverständnisse zu verhindern, die der isolierte Wortlaut hervorrufen könnte. Man denke an den Satz: *nasciturus pro iam*

nato habetur. In den Erläuterungen zum Vorentwurf des ZGB (S. 70) wirft Eugen Huber die Frage auf, ob das noch ungeborene Kind nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten haben könne, zum Beispiel Unterstützungspflichten (auch an Schadenersatzpflichten zum Beispiel aus Art. 58 OR ist wohl zu denken). Dürfte man sie nun etwa verneinen, weil die Parömie vielfach mit dem Zusatz zitiert wird *quotiens de commodo eius agitur*? Keineswegs, denn D. 50, 16, 231 und D. 1, 5, 7, denen er entstammt, sagen mit aller Deutlichkeit, daß der Nachdruck nicht auf dem *commodum* sondern auf dem *eius* (im Gegensatz zu *alterius*) liegt (was sich übrigens, speziell in D. 50, 16, 231, ohnedies schon aus der Angabe der Quelle, einer Abhandlung zum S. C. Tertullianum, also über das *ius liberorum* der Mutter, ergibt) (vgl. auch ABGB § 22). Daß solche Mißverständnisse keineswegs ausgeschlossen werden können, zeigt zum Beispiel die sowohl bei Dernburg, Pandekten, § 30, für das gemeine als bei Aubry et Rau, Cours de droit civil français, Band 1, § 40, für das französische Recht erwähnte Beziehung des Satzes *cessante ratione cessat lex* auf die Geltungsdauer statt auf die Auslegung der Rechtssätze oder das bei Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, Band 2 (Rouast), Nr. 885, Note 3, erwähnte Mißverständnis der Regel *virgini praegnantī creditur*, die sich nur auf die vorläufige Sicherstellung der Frais de gésine und des Unterhalts (im Sinne von Art. 321 ZGB), nicht, wie zuweilen angenommen wurde, auf die endgültige Feststellung der Vaterschaft bezog.

Allerdings macht unter Umständen auch erst das Mißverständnis eine Regel zum Sprichwort: die im Text erwähnte Parömie «Wer A sagt, muß B sagen» lautet nach Graf und Dietherr (Deutsche Rechtssprichwörter, 2. Aufl., 1869, S. 440/1), eigentlich: Wer ansagt (= anspricht) muß besagen (= antworten mit Eid), ist also erst durch eine Volksetymologie zum Hinweis auf eine regelmäßige Abfolge geworden. Namentlich darf aber auch nicht übersehen werden, daß die Regel sich dadurch, daß sie zur Parömie wird, eben von der Quelle löst. Sie erhält dabei unter Umständen auch einen ganz anderen als den ursprünglichen Sinn. Der Satz zum Beispiel *portio portioni adcrecit* (aus D. 35, 1, 26, 1; D. 37, 11, 2, 8; D. 29, 2, 31; C. 6, 51, 1. un., 106), Ausfluß des anderen: *nemo pro parte testatus...*, hat heute seine ursprüngliche, erbrechtliche Bedeutung verloren (vgl. Art. 572, Abs. 2, ZGB), gilt auch gerade nicht mehr deswegen unter den Erben, weil sie wie in Rom Miteigentümer wären, sondern ist das charakteristische Prinzip gerade für das dem römischen Recht, auch bei der Erbengemeinschaft, fremde Gesamteigentum. An

den Satz *tres faciunt collegium* (D. 50, 16, 85) und seine Bedeutung im akademischen Leben sei nur erinnert, ebenso an die bekannte (vgl. zum Beispiel Dernburg, 1. c., Band 2, § 62) Mißdeutung des «*ipso iure compensatur*» (D. 16, 2; C. 4, 31) bei den Glossatoren, aus der dann Art. 1290 Cc hervorgegangen ist, der seinerseits Anlaß gab zur ausdrücklichen gegenteiligen Anordnung in Art. 124 OR. Ein eindruckliches Beispiel bietet auch der bekannte Satz *ex nudo pacto actio non nascitur* (Pauli Sententiae 2, 14, 1); das durch ihn ausgedrückte Prinzip des *numerus clausus* bzw. der Formbedürftigkeit der Verträge ist längst aufgegeben, dennoch dient er den Engländern als grundlegende *maxim of Law*, indem er ihnen das Erfordernis der *consideration*, des *quid pro quo*, der *Contrepartie*, formuliert (vgl. Broom, Legal maxims, S. 509); die Brücke bildeten wohl D. 2, 14, 7, 2 und 4. Entsprechendes ist übrigens für den gleichen Satz auch auf dem Kontinent zu beobachten: der Satz *pacta sunt servanda* bezog sich, wie sein ursprünglicher Nachsatz *quando-cumque nuda* zeigt, ursprünglich ebenfalls auf den Abschluß der Verträge, nicht wie heute auf den Gedanken der Vertragstreue auch unter veränderten Umständen. Was hier Mißverständnis, was bewußte Umdeutung, was Entwicklung ist, läßt sich oft nur vermuten, so zum Beispiel wenn Loysel, Institutes coutumières (nouv. éd. par Dupin, Paris 1846), liv. VI, tit. II, N° V, den altfranzösischen Satz *qui fait la faute, il la boit* (wer einbrockt, muß auslöffeln) erläutert: *Noxa caput sequitur. Boire sa faute ne signifie que souffrir la peine qu'elle mérite*. An die bekannte Kontroverse, ob *periculum est emptoris* nur als Formel oder auch, aus dem Zusammenhang gelöst, als Rechtssatz klassisch ist (vgl. zum Beispiel Jörs — Kunkel — Wenger, Römisches Privatrecht, 2. Aufl., § 14, und die dortigen Literaturangaben), sei nur erinnert.

Selbst wenn es im übrigen nicht zu einem eigentlichen Bedeutungswandel kommt, bringt häufig schon die bloße Isolierung aus dem ursprünglichen Zusammenhang eine Veränderung, regelmäßig natürlich eine oft erhebliche Verallgemeinerung, mit sich. So etwa, wenn aus der Aufzählung einzelner Fälle von höherer Gewalt in der (an Parömien besonders fruchtbaren) 1. 23 D. 50, 17 ganz allgemein der Satz hervorgeht *casus a nullo praestantur*; oder auch wenn aus D. 45, 1, 1, 5, wo Ulpian ausdrücklich in zwei *stipulationes, una utilis, alia inutilis* zerlegt und dann beifügt: *neque vitatur utilis per hanc inutilem*, später allgemein abgeleitet wird, daß *utile per inutile non vitatur* (scil. auch bei bloßen Teilen eines einzigen Vertrages). Ähnlich handelt D. 22, 5, 12, woraus später *pluralis locutio duorum numero est contenta*

hervorgeht, zunächst nur von Zeugen, I. 2, 20, 30, woher das berühmte *falsa demonstratio non nocet* stammt, nur von Legaten. Dieser Prozeß setzt sich oft noch nach der Bildung der Regel fort: so bringt *posteriores leges ad priores pertinent nisi contrariae* bereits eine vereinfachende Generalisierung gegenüber dem in D. 1, 3, 28 vorsichtig beigelegten *idque multis argumentis probatur* und erfährt sie nochmals, wenn allmählich auch der Nachsatz *nisi contrariae* abfällt. Ganz besonderes Interesse beanspruchen dabei natürlich jene Fälle, in denen bewußt eine ändernde Generalisierung unternommen wurde. Schon Justinian hat sich davor bekanntlich nicht gescheut, so etwa in der berühmten Stelle D. 1, 3, 31, in der er den willkommenen Ausspruch Ulpian, daß *princeps legibus solutus*, der sich zunächst wohl nur auf die *leges Julia et Papia*, also die Familienschutzerlasse des Augustus bezog, unter den Titel *De iustitia et iure* stellte. Auch Pothier in seiner umfangreichen Ergänzung des tit. Dig. 50, 17 hat vielfach und, wie aus seinen Erläuterungen hervorgeht, bewußt bloße Nebenbemerkungen oder Spezialsätze der Quellen zu allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu machen versucht, so etwa das scheinbar harmlose, von Paulus in D. 33, 10, 3, 5 i.f. auf die Frage, was zu einem etwa vermachten Hausrat zu rechnen sei, bezogene, auf den Sprachgebrauch gemünzte *error ius facit* (die Quelle des im Text erwähnten, in Frankreich sowohl als in England so überaus wichtigen *error communis facit ius*? Ob Pothier schon so weit geht, ist der Stelle nicht zu entnehmen; andererseits enthält die meist angerufene *lex Barbarius Philippus*, D. 1, 14, 3, keine so allgemeine Formel). Ähnlich behandelt er D. 50, 17, 188, 1 (*quae rerum natura prohibentur nulla lege confirmata sunt*): obwohl er anerkennt, daß die Regel *a Celso* nur *circa legata traditur*, behandelt er sie doch, nach dem Vorbild des Cuiatius und des Gothofredus, ausdrücklich als *regula generalis... quae nullae certae tractationi peculiaris*, aus der sich zum Beispiel das Verbot der Adoption für Zeugungsunfähige oder Personen, die jünger sind als der zu Adoptierende, ergebe. (Ähnlich verfährt er auch mit D. 42, 8, 24 i.f., und mit D. 10, 3, 28.) Dabei ist der Übergang von der bloßen Verallgemeinerung zur Fortbildung auch äußerlich natürlich durchaus flüssig: Wohl aus dem Titel von C. 7, 56 (vgl. allerdings bereits D. 42, 1. 63) wird zunächst *res iudicata aliis non nocet*, aus fr. 2 *ibidem* dann *res inter alios iudicata aliis neque nocet neque prodest* und vermutlich daraus schließlich dann das allgemeine *res inter alios acta...* Ähnlich bildet reg. 45 in VI^o 5, 12 i.f. aus *qui sentit onus sentire debet et commodum* das Gegenstück *qui sentit commodum sentire debet et onus* (vgl. auch Broom, l. c.,

S. 482/5), ist *pater semper incertus* wohl die spätere Ergänzung zum *mater semper certa* des D. 2, 4, 5. Zu erinnern ist auch an die gelegentliche Änderung von Grundsätzen durch Einfügen einer Negation, im gemeinen Recht zum Beispiel (*non*) *solvit qui delegat*, im französischen *dies (non) interpellat pro homine*, oder Änderung einer Konjunktion: aus *duc et dota* (scil. *virginem praegnantem*) wird später *duc aut dota* (vgl. Heilfron, Deutsche Rechtsgeschichte, 7. Aufl., S. 498). Allerdings dürfte die bewußte Prägung solcher Formeln nur ausnahmsweise erfolgreich sein. Aus der neueren Zeit ist mir, von den im Text angeführten Gesetzesstellen abgesehen, aus der Wissenschaft nur das berühmte «eigenes Interesse — eigene Gefahr, fremdes Interesse — fremde Gefahr» (Unger) bekannt, und auch wenn man aus für die Parömien günstigeren Zeiten etwa die erwähnte Sammlung von Pothier oder das Florilegium des Gothofredus durchgeht, findet man sehr viele Sätze, die, wie zum Beispiel *vetustas vicem leges tenet* (aus D. 39, 3, 1, 23), zum allgemeinen Rechtsgrundsatz bestimmt und für ihre Zeit wohl auch geeignet waren, es aber doch nicht geworden sind, sei es, weil — so bei Pothier — bald die Kodifikation feste Sätze gab, sei es, weil die Lehre gegenüber vielen, namentlich naturrechtlichen Sätzen, zum Beispiel dem von Pothier so stark betonten *iura sanguinis nullo iure civili perimi possunt* (D. 50, 17, 6), zurückhaltender wurde. In großem Maßstab wirklich erfolgreich war in diesem Sinne eigentlich nur die von der Autorität der Kurie getragene Sammlung am Schlusse des *Liber sextus*: aus ihr ist tatsächlich ein beachtlich großer Teil sprichwörtlich und dauerndes Rechtsgut geworden.

An das allgemein-geschichtliche Interesse mancher Parömien kann hier ebenfalls nur erinnert werden. Der Satz *error iuris nocet* erfährt im Rom der Kaiserzeit in ganz ähnlicher Weise wie im modernen Recht Einschränkung und Abschwächung (vgl. Jörs — Kunkel — Wenger, l. c., § 62, Nr. 14). Wie sich im Satze *summum ius summa iniuria* der Einfluß der hellenistischen Rhetorenschulen auf das römische Recht spiegelt, hat Johannes Stroux, (h.t.) in der Festgabe für Paul Speiser-Sarasin von seinen Kindern (1926) einläßlich dargelegt. Ein gut Stück Geschichte des mittelalterlichen Privatrechts ist verbunden mit dem Satz *consensus facit nuptias, non concubitus*, in dessen Wortlaut noch immer der jahrhundertelange Kampf der beiden Auffassungen nachklingt. Der Satz *cuius regio eius religio* bedarf keines Kommentars, und auf die ebenfalls weltgeschichtliche Bedeutung des Satzes *rex Franciae* (später allgemein: *princeps*) *est imperator in territorio suo* (vgl. zum Bei-

spiel Esmein — Génestal, Cours élémentaire d'histoire du droit français, 15. Aufl., S. 334 ff.) haben H. Mitteis (ZSavSt, Germ. Abt 63, 137 ff., spez. S. 166) und Koschaker (Europa und das römische Recht, S. 77 ff. und 90, und die bei diesen zitierten) erst neuerdings wieder hingewiesen. Es ist zugleich ein schönes Beispiel dafür, welche Kraft einst der Formel als solcher innewohnte: denn als die Kirche den Satz als willkommene Waffe gegen die Kaiser brauchte, hat sie wohl kaum vorausgesehen, daß es dann einst auch einmal heißen könnte: *Dux Cliviae est papa in territoriis suis* (vgl. Ruck, Kirchenrecht, 2. Aufl., S. 59, Nr. 3) oder wiederum allgemein: Ein jeder Herr ist Papst in seinem Land (Eisenhart/Otto, Grundsätze der deutschen Rechte in Sprichwörtern, 3. Auflage, 1823, S. 649). Auch von den Parömien darf man wohl sagen: *habent sua fata!*

Daß schließlich auch die Freude der Juristen an lateinischen Zitaten Gegenstand mindestens sprichwörtlicher Redensart geworden ist, beweist der niederdeutsche Volksmund, wenn er sagt: «Dat bind't — sä Runde — do sett he vör'n fieftehalw latien in de Supplik» (aus Willem Schröder, De plattdütsche Sprüchwörterschatz, Leipzig, o. J., Nr. 853). Da aber stets der Verteidigung das letzte Wort gehört, «Widersprechen stärker ist als Ansprechen» (Graf und Dietherr, l. c., S. 433), so sei zum Schluß das Wort Rittershusius', eines wohl sonst längst vergessenen Gelehrten, zitiert (nach Loysel, l. c., lif. IV., tit. III, reg. 41):

Semper ego magni feci proverbia quae in omnibus linguis et gentibus sunt longe plurima, nec pauca in jure civili, et sunt certe digna quae magnificant ab omnibus elegantibus hominibus; continent enim saepe, paucis, singularem sapientiam, ex communi hominum consensu, longaue experientia collectam et comprobata.
