

<b>Zeitschrift:</b>	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
<b>Herausgeber:</b>	Schweizerischer Juristenverein
<b>Band:</b>	93 (1974)
<b>Artikel:</b>	Begriff und System in der Rechtssetzung
<b>Autor:</b>	Liver, Peter
<b>DOI:</b>	<a href="https://doi.org/10.5169/seals-896372">https://doi.org/10.5169/seals-896372</a>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. 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. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### **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. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### **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. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 07.02.2026

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

PETER LIVER

## Begriff und System in der Rechtssetzung

### Vorwort

Die Methodenlehre sei bei uns gleichsam noch juristisches Entwicklungsgebiet, sagt DIETER MEDICUS<sup>1</sup>. Die Klage JOSEF ESSERS<sup>2</sup>, daß sie dem Richter weder Hilfe biete noch zur Kontrolle diene, sei der Tendenz nach berechtigt. MEDICUS fragt dann weiter, worin der Wert der Rechtsgeschichte liege. Er wäre am überzeugendsten, wenn er in der Hilfe bei der Problementscheidung bestünde. Aber MEDICUS äußert sich dazu äußerst skeptisch: nur noch selten gelinge solcher Beistand, denn die zivilistische Dogmatik habe sich seit 1900 weitgehend von der Rechtsgeschichte emanzipiert.

Ich glaube, ihm mit guten Gründen widersprechen zu dürfen. Dazu fühle ich mich namentlich als Sachenrechtler legitimiert. Unser Sachenrecht ist inhaltlich zum guten Teil altüberkommenes deutsches und in seiner begrifflichen Durchformung und in seinem systematischen Aufbau gemeines römisches Recht. Seine Abweichungen von diesem sind meistenteils Neuerungen singulärer Natur, die gerechtfertigt, aber zum Teil systemfremd sind, was zu erkennen sicher nicht ohne praktische Bedeutung ist<sup>3</sup>.

(Die im Literaturverzeichnis am Schluß dieses Beitrags aufgeführten Schriften sind in den Anmerkungen nur mit dem Namen des Verfassers und gegebenenfalls einem Stichwort zitiert.)

<sup>1</sup> Der historische Normzweck bei den römischen Klassikern, in: Studien zum römischen Recht, Max Kaser zum 65. Geburtstag, Hamburger Rechtsstudien 65, Berlin 1973, S. 57ff.

<sup>2</sup> Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 7.

<sup>3</sup> A. HEUSLER, Institutionen II, Leipzig 1886, S.219; LIVER, Berner Kommentar, Allg. Einleitung, N. 76ff.; meine Schlußvorlesung «Deutsches Privatrecht» (s. Lit. Verz.).

Damit hängt auch die Bedeutung der Methodenlehre zusammen. Es ist ja doch eine ihrer Hauptaufgaben, die Funktion des Begriffs und des Systems im gesetzten Recht und seiner Fortbildung aufzuklären. Vielleicht wird sie damit selten unmittelbar auf die richterliche Urteilsfindung einwirken. Aber sie wird in dieser durch den Einfluß der wissenschaftlichen Dogmatik und Dogmengeschichte doch zur Geltung kommen. In der Rechtswissenschaft aber, namentlich auch in deren Anregung und Hilfe zur Fortbildung des Rechts in der Rechtsfindung und Rechtssetzung, erleichtert methodische Bewußtheit, wie in jeder Wissenschaft, die Orientierung. Die neuen methodologischen Theorien dürfen allerdings nicht überschätzt werden. Auch ein schwieriger praktischer Streitfall würde auf Grund unserer Kodifikation von den Vertretern gegensätzlicher methodologischer Ansichten kaum verschiedenen beurteilt werden und von einem bedeutenden Juristen aus der Epoche der sog. Begriffssjurisprudenz erst recht nicht.

## I. Systemdenken und Problemdenken

Dieser Titel muß Verwunderung erregen! Bezeichnet er Gegensätze? Ist denn nicht alles rechtliche Denken Problemdenken<sup>4</sup>? Und schließt Problemdenken das Systemdenken aus? Sicher nicht! Es ist eine bestimmte Richtung in der Methodologie, die für sich das Problemdenken in Anspruch nimmt. Dies ist die *topologische* Rechtslehre. Sie stellt sich in Gegensatz zur axiologisch-deduktiven Ableitung der anwendbaren Norm aus Begriffen, welche die konstitutiven Elemente des Rechtssystems sind. Dieses Verfahren der Rechtsanwendung und Rechtsfindung ist die Methode der Begriffssjurisprudenz. Der Kampf gegen diese wird, obwohl es sie, wenigstens dem Grundsatz nach, längst nicht mehr gibt, mit größter Heftigkeit geführt. Diesem Kampf fällt dann leicht der rechtliche *Begriff* überhaupt zum Opfer. Dann erhebt sich die Frage, ob nicht alle Jurisprudenz Begriffssjurisprudenz sei. Das ist die Frage, ob das juristische Denken in der Rechtsanwendung und Rechtsfindung nicht *begriffliches* Denken sei. Solches Denken ist es wohl. Wenn man daran denkt, kann die Bezeichnung «Begriffssjurispru-

<sup>4</sup> FLUME, Allg. Teil, S. 296.

denz» so leicht wie der Ausdruck «Problemdenken» zu Mißverständnissen Anlaß geben<sup>5</sup>.

Im Bereich des Rechts ist der Sachverhalt ein bestimmtes Verhalten des Menschen gegenüber Mitmenschen und ist die Folge ein Gebot, eine Erlaubnis oder Berechtigung, ein Verbot, eine Entschädigungspflicht oder Strafe<sup>6</sup>.

Jedes menschliche Verhalten ist in seiner konkreten Wirklichkeit ein ganz individuelles Sein oder Geschehen, jeder Fall vom anderen verschieden. Zum Grund einer durch Rechtssatz bestimmten Folge kann es nur gemacht werden, indem aus allen zahllosen individuellen Einzelzügen einige wenige, die im Hinblick auf die zu treffende Ordnung als relevant erscheinen, herausgehoben werden, während von allen anderen zu *abstrahieren* ist. Nur dadurch kann ein rechtlicher Tatbestand gebildet werden. Nur als *Begriff* oder Begriffsgebilde kann er gedacht werden. An den Tatbestandsbegriff knüpft die Rechtsnorm den Rechtsfolgebegriff, der nicht ein Seinsbegriff, sondern ein normativer Begriff ist. Bestimmt wird er wie der Seinsbegriff, indem er definiert wird, durch Angabe des *genus proximum* und der *differentia specifica*<sup>7</sup>. Rechtsfolgebegriffe sind die Selbsthilfe, der Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch, der Schadenersatz, die Genugtuung, die Herausgabe der Sache. In dieser Betrachtung ist der Rechtssatz eine Norm des Verhaltungsrechts<sup>8</sup>. Von diesem ist das Verfassungs- oder Organisationsrecht zu unterscheiden. Für WALTHER BURCKHARDT ist dies die grundlegende Unterscheidung: «die *normae agendi* sagen, wie jeder sich verhalten soll; die *normae constituendi* sagen, wie diese Regeln aufgestellt, angewendet und erzwungen werden»<sup>9</sup>. Daß das Recht

<sup>5</sup> GYGI, S. 47: «Die Bezeichnung Begriffsjurisprudenz ist deswegen vielleicht nicht besonders glücklich, weil ohne feste Begriffe die Jurisprudenz natürlich nicht auskommt.» Ebenso MAYER-MALY, Rechtswissenschaft, S. 86.

<sup>6</sup> Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire (l. 7 D. 1.3).

<sup>7</sup> Dies ist eine Grundregel der Logik, die so selbstverständlich ist, daß von ihr in der juristischen Methodologie kaum die Rede ist. Wiedergegeben wird sie z. B. von E. WOLF, Lehrbuch des Sachenrechts, Köln 1971, Vorwort, S. V.

<sup>8</sup> Zur Bildung des Tatbestandsbegriffes müssen oft Hilfsbegriffe beschreibender Art herangezogen werden, wie Bestandteil, Zugehör, Werk, Bergwerk, Stockwerk usw.

<sup>9</sup> Methode und System, S. 58, 132ff.

der einen wie der anderen Kategorie in sich widerspruchlos sein soll, ist selbstverständlich. Einander widersprechende Normen können nicht angewendet werden.

Alle Rechtsanwendung ist *Subsumtion* eines Sachverhaltes unter eine Norm. Ihre Schwierigkeit besteht nicht in dem logischen Schluß, mit dem die Subsumtion vollzogen wird, sondern in der Bestimmung der auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbaren Norm. Diese ist das Ergebnis der Auslegung der Gesetzesregel. Kann sie im gegebenen Fall dem Gesetze nicht entnommen werden und fehlt sie auch im Gewohnheitsrecht, weist der Art. 1 ZGB den Richter an, nach der Regel zu entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Die Anwendung der Gesetzesnorm in ihrem durch die Auslegung bestimmten Sinn ist die Regel; die Rechtsfindung ist die Ausnahme<sup>10</sup>. Die Auslegung einschließlich der Analogie und die Rechtsfindung vollziehen sich *letztlich* im gleichen Verfahren. Die Auslegungsregeln (Canones) stehen in einer Stufenfolge. Die oberste Stufe ist die Interpretation aus dem Sinn und Zweckzusammenhang des Gesetzes, die teleologische Auslegung. In den meisten Fällen kann die anwendbare Norm auf einer unteren Stufe gefunden werden. Oberste Rechtswerte, auf die der Sinn- und Zweckzusammenhang des Gesetzes hingeordnet ist, sind die Gerechtigkeit und die Rechtssicherheit. Gerechtigkeit ohne Rechtssicherheit gibt es nicht. Aber die Rechtssicherheit kann auf Kosten der Gerechtigkeit verwirklicht sein. Das Gleichgewicht zwischen diesen beiden Werten herzustellen, ist die allgemeinste Aufgabe, welche sich der rechtlichen Ordnung in allen Teilen stellt. Der teleologischen Auslegung entspricht die Rechtsfindung insfern, als sie von den Prinzipien ausgeht, denen die gleichen Rechtswerte zugrundeliegen, und durch ihre Konkretisierung die anwendbare Norm bildet<sup>11</sup>. Der Jurist, der sich vor einen schwierig zu ordnenden Sachverhalt gestellt sieht, sei es in der Rechtsanwendung, Rechtsfindung oder Rechtssetzung, kann nur erkennen, was an ihm wesentlich ist, wenn er mit den Fragen an ihn herantritt, die sich vorläufig für ihn aus der Einsicht in den Sinn-

<sup>10</sup> FLUME, Allg. Teil, S. 298.

<sup>11</sup> LIVER, Der Wille des Gesetzes, S. 28 f.; Der Begriff der Rechtsquelle, ZBJV 91<sup>bis</sup>, S. 26 ff., in den Privatrechtl. Abhandlungen S. 55 ff.

und Zweckzusammenhang des Gesetzes oder der Rechtsordnung überhaupt ergeben. Unter dieser Fragestellung betrachtet, heben sich die sachlichen Momente heraus, welche die «Natur der Sache» bilden. Aus irgendwelchen Tatsachen, die als rein ontische Daten festgestellt werden, ergibt sich die Beziehung auf die rechtliche Ordnung, in welcher die Natur der Sache steht, nicht<sup>12</sup>.

Damit ist schon das erreicht, was in der modernen Methodologie als «Vorverständnis» bezeichnet wird, und ist der Weg zur Aufdeckung der «sachlogischen Strukturen» beschritten, von denen so viel die Rede ist. Die Erkenntnis aus dem Sinn- und Zweckzusammenhang einerseits und aus dem Sachverhalt andererseits bedingen sich gegenseitig und erhellen sich gegenseitig<sup>13</sup>.

Dieses Vorgehen setzt begriffliches und systematisches Denken voraus und führt in stufenweisem Fortschreiten der Verfestigung wieder zu ihm hin. Dies kann als die heute durchaus herrschende Auffassung bezeichnet werden.

Dem Begriffs- und Systemdenken stellt sich die *topologische* Methode als sog. Problemdenken entgegen. Aber ihre Vertreter und vor allem ihr moderner Begründer setzt sich, wie ich schon am Anfang bemerkt habe, gar nicht mit der hier skizzierten Methode auseinander, sondern mit der Methode der logischen Deduktion der anwendbaren Norm aus einem oder mehreren allgemeinen Begriffen und begrifflichen Konstruktionen<sup>14</sup>. «Hie System, hie Topik» sei die Lösung in der heutigen Methodologie,

<sup>12</sup> STRATENWERTH, S. 27; vgl. im übrigen meine Ausführungen und Hinweise auf die Literatur in der Abhandlung «Der Begriff der Rechtsquelle», S. 27f., Privatrechtl. Abhandlungen, S. 56ff.

<sup>13</sup> Dazu LARENZ, Methodenlehre, S. 471 unter Berufung auf H. G. GADAMER, Wahrheit und Methode, Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, 3. Aufl. Tübingen 1972, S. 250ff. und 275ff.

<sup>14</sup> Das ist in seiner extremen Form der *mos geometricus* der älteren Schule rationalen Naturrechtes und in modifizierter Form sind es die begrifflich-logischen und konstruktiven Denkweisen, die aus dem Naturrecht in die Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts übernommen wurden, in diesem aber seit SAVIGNY keineswegs mehr die Alleinherrschaft behauptet haben. FLUME, S. 296 Anm. 9 rügt denn auch am Buche VIEHWEGS, daß in ihm SAVIGNY und die Jurisprudenz des 19. Jahrh. überhaupt nicht behandelt würden, geschweige denn eine Auseinandersetzung mit ihr erfolge.

sagt MAYER-MALY<sup>15</sup>. Eine Alternative ist das jedoch nicht. Topisches Denken ist in der Rechtsanwendung und in der Rechtsfindung und Rechtssetzung immer geübt worden. Und das wird so bleiben. Mit ihm tastet sich der Jurist an den ihm vorliegenden Tatbestand heran. Es kann ihn ein Stück weit auf dem gezeigten Wege führen, aber nicht zum Ziel oder auch nur in dessen Nähe. Die Entscheidung ist immer Anwendung der Gesetzesnorm oder der durch Rechtsfindung gefundenen Norm, unter die der Sachverhalt subsumiert wird; oder es ist die Aufstellung einer zweckbestimmten neuen, der Rechtsordnung widerspruchslos sich anfügenden Norm<sup>16</sup>.

Die juristische Methode ist als topisches Denken schlechthin in dem 1953 erstmals erschienenen außerordentlich erfolgreichen Buche von THEODOR VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, charakterisiert worden. Es hat zu einer sehr vielfältigen und umfangreichen literarischen Auseinandersetzung Anlaß gegeben. Topoi (lat. loci) sind Argumente und Gegenargumente, die für die Entscheidung eines Rechtsfalles in Betracht kommen können und in der Diskussion verwendet werden, wie in der *Rhetorik* der Antike. Die Argumente, die sich dabei durchsetzen und in der allgemeinen Meinung behaupten, sollen zum Urteil führen, das hier und jetzt gerecht ist. Welches sind denn aber die Topoi, welche der Jurist handhabt, um zu diesem Ergebnis zu kommen? VIEHWEG unterscheidet zwei Stufen der Topik. Auf der ersten werden mehr oder weniger zufällige Gesichtspunkte in beliebiger Auswahl aufgegriffen und an ein Problem herangetragen, wie Billigkeit, Zweckmäßigkeit, Nützlichkeit oder ein Satz, der den Inhalt einer der unzähligen Parömien bildet.

Die zweite Stufe soll in der Aufstellung von Katalogen solcher Gesichtspunkte bestehen; VIEHWEG sieht einen solchen Katalog in den römischen Regulae iuris, von denen er einige aufzählt. Die meisten, sagt er, seien weltberühmt. Einen Topos des modernen Rechts sieht er in der von IHERING verwendeten Kategorie des Interesses. Auch der Vertrauenschutz gilt ihm als Topos. «Anscheinend sieht er jeden Gedanken oder Gesichtspunkt, der in rechtlichen Erörterungen überhaupt eine Rolle spielen kann, gleich welcher Art, als einen Topos an: Leitsätze, Begriffe und Wertungsgrundsätze.»<sup>17</sup>

NIPPERDEY will die Topik wenigstens als eine Halbwahrheit gelten lassen. Sie leiste da Hilfe, wo das positive Recht seinen Halt verloren habe und in Bewegung geraten sei, bei der Behandlung von Rechtsfällen also, welche vom positiven Recht überhaupt nicht erfaßt werden<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Rechtswissenschaft, S. 99.

<sup>16</sup> FLUME, S. 298.

<sup>17</sup> LARENZ, Methodenlehre, S. 150ff.

<sup>18</sup> ENNECCERUS/NIPPERDEY, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allg. Teil I, § 23 II;

Aber auch da hat der Richter das Recht nach der Anweisung zu finden, die ihm der Art. 1 ZGB gibt. Dieses Recht muß sich dem Sinn und Zweckzusammenhang des Gesetzes einfügen lassen, hat also von diesem seinen ersten, wenn auch noch vorläufigen Ausgangspunkt zu nehmen, wie dies hievor dargestellt ist. Auch soweit dabei ein Stück weit topologisch argumentiert wird, muß die Lösung des Problems doch zum Begriff, Prinzip und System hinführen<sup>19</sup>.

daß die topische Erörterung ihre Grenze an der Gesetzesnorm finden müsse, betont auch RYFFEL, Rechts- und Staatsphilosophie, S. 34ff.

<sup>19</sup> VIEHWEG und alle seine Anhänger und Gegner nehmen ihren Ausgangspunkt von einer Stelle des Aufsatzes von NICOLAI HARTMANN zum Kant-Jubiläum 1924: «Diesseits von Idealismus und Realismus» (Kant-Studien 39, S. 160), der da zwischen systematischer und aporetischer Denkweise unterscheidet und KANT als den großen Meister der zweiten Denkweise feiert. «Systematische Denkweise», sagt er, «geht vom Ganzen aus; die Konzeption ist hier das Beherrschende. Nach dem Standpunkt wird hier nicht gesucht; er wird zu allererst eingenommen. Und von ihm aus werden die Probleme ausgelesen. Problemgehalte, die sich mit dem Standpunkt nicht vertragen, werden abgewiesen. Sie gelten als falsch verstandene Fragen.» Dem stellt HARTMANN die aporetische Denkweise gegenüber. Auch ihr ist das System nicht gleichgültig, aber es gilt ihr mehr als Idee, als Ausblick; sie ist sich bewußt, nicht zu wissen, wie es ausfällt. Erst der Abschluß aller Problemverfolgung könnte es bringen, aber der Abschluß ist nicht erreichbar. Sie zweifelt nicht, daß es das System gibt, und daß es vielleicht in ihrem eigenen Denken das Bestimmende ist. Darum ist sie seiner gewiß, auch wenn sie es nicht erfaßt.

Daß in diesen Thesen des Philosophen nicht die Grundlage für die Topik als Denkweise der Rechtswissenschaft sein kann, liegt auf der Hand. HARTMANN denkt an die großen philosophischen Systeme eines Spinoza, Fichte, Hegel, in denen eine *Weltanschauung* aus einem obersten Prinzip entwickelt wird und ausgeschieden ist, was sich dem konstruierten Gesamtzusammenhang nicht einfügen läßt.

Das Recht, sei es auch das kodifizierte Privatrecht, hat die Erfahrung von Jahrhunderten in der gerechten und billigen Lösung von praktischen Fragen in sich aufgenommen. Gegen die Topik als juristisches Denkprinzip: U. DIEDERICHSEN, NJW 19, 1966, S. 697ff.; für sie dagegen N. HORN, NJW 20, 1967, S. 601ff.

Seine großen Vorbilder sieht VIEHWEG in den römischen Juristen, deren Entscheidungen ihm als Ergebnisse topischer Argumentation erscheinen. Diese können in ihrer Kasuistik diesen Eindruck erwecken. Dennoch kann sich die Einsicht aufdrängen, daß ihnen, wenn auch unausgesprochen, Prinzipien zugrunde liegen, aus denen sich die innere Folgerichtigkeit ihrer Entscheidungen und die begriffliche Sicherheit ihrer Unterscheidungen ergeben. In sehr umsichtiger und

Diese Auffassung scheint doch auch in Deutschland die Vorherrschaft zu behaupten. Auch Autoren, die eine starke Neigung zur Topik bekunden<sup>20</sup>, bejahren die Unentbehrlichkeit des Systems<sup>21</sup>.

## II. Der Begriff in der Methodenlehre der Rechtswissenschaft

### 1. Begriffsbildung und Begriffsjurisprudenz

Am Anfang schon haben wir ausgeführt, daß die logische Form der Elemente des Rechtssatzes, der Institution, des Prinzips, der Teilgebiete des Rechts und ihrer Unterabteilungen (Kategorien) der *Begriff* ist. Die begriffliche Durchbildung der genannten Be-

souveräner Weise hat MAX KASER die Methode der römischen Rechtsfindung untersucht (Die Methode der römischen Rechtsfindung, S. 49 ff.). Von den regulae iuris sagt er: «... diese Sätze sind so sorgfältig gebildet und gehandhabt, daß sie mit einander nicht kollidieren». In dieser Abstimmung der Begriffe und Sätze auf einander verwirklicht sich bereits ein bedeutendes Stück «innerer Systematik», die über eine bloße Empirie hinausgeht, und ohne die die völlige systematische Durchbildung, wie sie im Mittelalter und namentlich in der Neuzeit erreicht worden ist, nicht möglich gewesen wäre. Da könne zwar wohl von einer induktiven Methode, nicht aber einfach von einem Denken in allgemeinen Topoi gesprochen werden (S. 66). Im gleichen Sinne äußern sich G. DULCKEIT und F. SCHWARZ, Römische Rechtsgeschichte, 5. Aufl., München 1970, S. 242. Am schärfsten hat die Topik als Denkweise der älteren römischen Juristen FRANZ HORAK, Rationes decidendi, Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo, Innsbruck 1969, abgelehnt. Zu der Berufung VIEHWEGS auf CICERO und auf G. B. VICO hat sich namentlich MAYER-MALY, Rechtswissenschaft, S. 91 kritisch geäußert.

<sup>20</sup> WIEACKER, Privatrechtsgeschichte, S. 596.

<sup>21</sup> WIEACKER, Privatrechtsgeschichte, S. 554f.; LARENZ, Methodenlehre, S. 150ff. und insbesondere sein Schüler C.W. CANARIS, dessen Monographie «Systemdenken und Systembegriff» dieses Problem zum Gegenstand und die Begründung der Notwendigkeit des inneren Systems zum Ziele hat sowie die Erkenntnis der Grundsätze seines Aufbaues. Kritisch besprochen von WIEACKER, Zeitschr. für Rechtstheorie I, 1, 1970, S. 107 ff. ENGISCH, Sinn und Tragweite jurist. Systematik, S. 189: «Auch eine empirische Rechtsordnung, die sich von Fall zu Fall und von Einzelregelung zu Einzelregelung weitertastet, wächst nach immanenten Prinzipien, die insgesamt ein inneres System ergeben, das wissenschaftlich erfaßbar und darstellbar ist». Wie ENGISCH und unter Berufung auf ihn HENKEL, Rechtsphilosophie, S. 426.

standteile der Rechtsordnung ist nicht nur ein Erfordernis der Übersicht und Planmäßigkeit des Aufbaues, sondern auch der Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung. Die begriffliche Gliederung ermöglicht die Auslegung und die Rechtsfindung aus dem Sinn- und Zweckzusammenhang, in dem die Grundsatznormen, Institutionen und umfassenderen Rechtsgebiete stehen. Die Hauptaufgabe der Rechtsanwendung und auch der Rechtsfindung ist die Bestimmung der auf den einzelnen Fall anwendbaren Norm. Ist sie erfüllt, bietet die Entscheidung keine Schwierigkeiten mehr. Sie besteht dann nur noch aus dem logischen Schluß der Unterordnung des Tatbestandsbegriffs unter den Normbegriff, die man als *Subsumtion* bezeichnet. Subsumieren kann man nur, wenn die Norm als Prämisse begrifflich genau bestimmt ist. Das ist allgemein anerkannt und wird meistens als Selbstverständlichkeit behandelt. Wo es aber darum geht, das Mißverständnis zu beheben, daß mit der Verurteilung der Begriffsjurisprudenz auch das begriffliche Rechtsdenken abgelehnt werde, wird es mit aller Entschiedenheit festgestellt. Dies ist mit treffenden Äußerungen der Vertreter der Interessenjurisprudenz und der sie weiterbildenden sog. «Wertungsjurisprudenz» leicht zu belegen<sup>22</sup>.

Eine Bestimmung der im einzelnen Fall anwendbaren Norm durch logische Deduktion aus allgemeineren und deshalb abstrakteren Begriffen im Sinne der verfemten Begriffsjurisprudenz ergibt sich daraus aber eben keineswegs. Diese Art der Rechtsanwendung

<sup>22</sup> LARENZ, Methodenlehre, S. 412ff.; ESSER, Grundsatz und Norm, S. 57f., 105, 209, 223, 303f.; DERSELBE, Zur Methodenlehre des Zivilrechts, S. 100; COING, Rechtsphilosophie, S. 295ff.; ENGISCH, Einführung in das jurist. Denken, S. 43ff., 108ff.; Begriffseinteilung, S. 125ff. – PHILIPP HECK, der führende Vertreter der Interessenjurisprudenz, für welche die Überwindung der Begriffsjurisprudenz ein wesentliches und erfolgreiches Anliegen war, hat sich wie folgt geäußert: «Ein jedes Denken bewegt sich in Begriffen... kein Gesetz kann erlassen werden, oder wenn es in sprachlicher Form vorliegt, verstanden werden, außer als Verbindung von Begriffen. Die rechtliche Fallentscheidung vollzieht sich durch Bildung und Verwendung von Begriffen» (Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S. 53). Noch prägnanter ist der Ausspruch von R. HORNEFFER, Über allgemeine und konkrete Begriffe, Deutsche RW 5, 1940, S. 154, den ich in m. Abh. Eigentumsbegriff und Eigentumsordnung in der Gedächtnisschrift Gschmitzer, Innsbruck 1969, S. 260 Anm. 43, und in den Privatrechtl. Abhandlungen, S. 168, wiedergegeben habe.

wird der Pandektistik zugeschrieben, wie sie im Lehrbuch des Pandektenrechtes von BERNHARD WINDSCHEID ihre Vollendung gefunden hat. Ihre Grundlage hat sie in der Auffassung, daß die Rechtsordnung ein geschlossenes System von Begriffen sei, von denen jeder in der logischen Stufenordnung zwischen obersten allgemeinen und speziellen Begriffen seinen bestimmten Ort habe. Danach kann es keinen Rechtsfall geben, der nicht durch die Subsumtion unter einen durch logische Entfaltung gewonnenen Begriff entschieden werden kann. Lückenlosigkeit, durchgehende Konstruktionsmöglichkeit sind die wesentlichen Merkmale dieser Auffassung<sup>23</sup>. Die «Begriffspyramide» G. F. PUCHTAS gilt als das Ergebnis ihrer ersten konsequenten Durchführung<sup>24</sup>.

Dies ist schon ganz und gar nicht mehr die Rechtsanschauung und die durch sie bestimmte Methode der Rechtsanwendung des kodifizierten Rechtes in unserem Jahrhundert, zum guten Teil auch nicht der früheren Zeit, und erst recht nicht unseres Zivilgesetzbuches. Schon die teleologische Interpretation sprengt dieses System; der Art. 1 ZGB überwindet es. Aber es gibt, wie noch zu zeigen sein wird, auch im ZGB Teilgebiete und Institutionen, deren Grundsatznormen durch die Entfaltung von Allgemeinbegriffen mit Sicherheit gebildet werden könnten, wenn sie nicht im Gesetz ausgesprochen wären.

In neuester Zeit mehren sich denn auch die Stimmen, welche das Verdammungsurteil über die Pandektistik zurücknehmen oder doch mildern. So meint WIEACKER in seiner Würdigung IHERINGS<sup>25</sup>, die Beurteilung der Begriffssjurisprudenz sei schwieriger als die meisten ihrer Kritiker meinten. ESSER bezeichnet die Selbstanprangerung der deutschen Begriffssjurisprudenz als töricht<sup>26</sup>. ENGISCH findet neuerdings, daß selbst die klassifikatorische Funktion der

<sup>23</sup> HECK nennt dies die *Inversionsmethode* und versteht darunter die formallogische Ableitung einer fehlenden Norm aus einem entsprechend konstruierten Begriff (Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S. 92 und 166).

<sup>24</sup> Vgl. auch E. BUCHER, Was ist Begriffssjurisprudenz? ZBJV 102, 1966, S. 274ff.; ESSER, Grundsatz und Norm, S. 236ff.; COING, Rechtsphilosophie, S. 305f. – Zu PUCHTAS «Genealogie der Begriffe» LARENZ, Methodenlehre, S. 17ff.

<sup>25</sup> Rudolf von Ihering, 2. Aufl., Stuttgart 1968, S. 28.

<sup>26</sup> Grundsatz und Norm, S. 236.

Allgemeinbegriffe auf sachlicher Einsicht beruhe, und daß in ihr allenthalben die Teleologie durch die formallogische Einteilung hindurchscheine<sup>27</sup>. WIEACKER<sup>28</sup> zieht diese Möglichkeit auch in Betracht, will es aber vorsichtig dahingestellt sein lassen, «ob nicht in dieser Notwendigkeit a priori der Form rechtlicher Vorstellungen eine ideale Existenz sachlogischer Beziehungen des Rechts sich abbildet».

## 2. Begriffseinteilungen

Kategorien von Begriffen werden nach den verschiedensten Kriterien unterschieden. Einige dieser Einteilungen mögen hier als Beispiele zur Veranschaulichung der Ausführungen über die Begriffsbildung erwähnt werden.

Wir hatten bereits unterschieden zwischen Tatbestands- und Rechtsfolgebegriffen. Damit berührt sich die Einteilung in Begriffe des Seinsbereichs und in die des Norm- oder Gebotsbereichs<sup>29</sup>. Nach WALTHER BURCKHARDT sind alle Begriffe, deren Gegenstände nicht aus dem Rechtsbereich stammen, *technische* Begriffe. Dazu zählt er alle Tatbestandsbegriffe, mit denen nicht eine Verbindlichkeit zum Ausdruck gebracht wird, die also nicht eine Befugnis, ein Gebot oder Verbot enthalten. Als Rechtsbegriff nennt er das Eigentum, als technische Begriffe das Kraftwerk, den Prozentsatz, die Tollwut. Im Art. 689 ZGB wäre der Begriff des natürlich abfließenden Oberflächenwassers ein technischer Begriff; das Gebot der Aufnahme dieses Wassers durch den Unterlieger sowie das Verbot der Änderung des natürlichen Ablaufs wären Rechtsbegriffe. Diese enthalten ein Werturteil<sup>30</sup>.

Ähnlich ist das Kriterium der Einteilung RADBRUCHS. Die Tatbestandsbegriffe nennt er rechtlich relevante Begriffe. Echte Rechtsbegriffe nennt er die konstruktiven und systembildenden Begriffe, wie die Verpflichtung, Verfügung, den obligatorischen Vertrag und den Gesamtakt. Dazu gehört auch das Eigentum als

<sup>27</sup> ENGISCH, Begriffseinteilung und Klassifikation, S. 151.

<sup>28</sup> a.a.O.

<sup>29</sup> MAYER-MALY, Rechtswissenschaft, S. 86.

<sup>30</sup> Methode und System, S. 67, 235; Die Aufgabe des Juristen, S. 13 ff.

eine für die rechtliche Betrachtung unentbehrliche Rechtskategorie<sup>31</sup>. Weiter unterteilt hat die normativen Begriffe COING<sup>32</sup>. Insbesondere scheidet er aus ihnen die *Wesensbegriffe* aus, «welche sich auf wertgeprägte Phänomene des sozialen Lebens beziehen»: die Ehe, die Gemeinschaft der Erben, der Miteigentümer, die natürliche und die juristische Person. Als Wesensbegriffe gelten ihm auch Begriffe mit unmittelbarem Bezug auf ethische Werte wie das Gebot, nach Treu und Glauben zu handeln.

PHILIPP HECK hebt in seiner Einteilung als besonders wichtig für die Systembildung die *Gesamtbegriffe* hervor. Sie haben Rechtsinstitute zum Gegenstand: die Stiftung, die Ehe, das Testament, das Eigentum, die Servitut, das Pfandrecht. Begriffe mit besonders umfassender Bedeutung nennt HECK *Prinzipien*: das Verursachungs-, Veranlassungs- und Verschuldensprinzip, das Traditionsprinzip im Sachenrecht, das Verhandlungsprinzip im Zivilprozeß<sup>33</sup>. Wenn ESSER von den technischen Hilfsbegriffen einerseits und den Systembegriffen andererseits die *Institutsbegriffe* abhebt, versteht er unter diesen ebenfalls Gesamtbegriffe, die von den Prinzipien (Systemprinzipien, Aufbau- und Strukturprinzipien) umfaßt werden<sup>34</sup>.

Die Bestimmtheit, Sicherheit und Konsequenz der begrifflichen Durchbildung der einzelnen Rechtsnormen, ihres institutionellen Zusammenhangs und die Herrschaft der in den Institutionen sich durchsetzenden Prinzipien bilden den stärksten Damm gegen das Abgleiten in eine grundsatzlose Billigkeitsjustiz.

Gegen diese Gefahr haben sich die Tübinger Rechtslehrer in ihrer Ringvorlesung *Summum ius summa iniuria* entschieden zur Wehr gesetzt<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> Rechtsphilosophie, S. 219ff.

<sup>32</sup> Rechtsphilosophie, S. 272.

<sup>33</sup> Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S. 54 und 62.

<sup>34</sup> Grundsatz und Norm, S. 323f.

<sup>35</sup> Tübinger rechtswissenschaftl. Abhandlungen 9, 1963. Aus dem Beitrag «Die Billigkeit und ihr Preis» von J. GERNHUBER mögen die folgenden prägnannten Sätze hier stehen: «Als ein Trend der Gegenwart wird der Mythos der Begriffsjurisprudenz des 19. Jahrhunderts verdrängt durch den Mythos des Einzelfalles». Der Preis, der zu zahlen sei, um die Billigkeit siegen zu lassen, seien Weitläufigkeit, Unübersichtlichkeit, Unberechenbarkeit (tödliche Wirkung der unvor-

Doch LARENZ glaubt feststellen zu können, daß die abschätzige Bewertung des Begriffs und des wissenschaftlichen Systems einem neuen Bemühen um ein tieferes Verständnis Platz gemacht habe und nennt als Zeugen dafür namentlich COING und ENGISCH<sup>36</sup>.

Ein Gesetz wie unser ZGB macht es dem Richter leichter, der Billigkeit ihr Recht zu geben, ohne vom Gesetz abzuweichen. Es bringt nach den Worten EUGEN HUBERS die zahlreichen Fälle «möglichst unter eine allgemeine Regel» und «beschränkt sich auf wenige klare Grundsätze». «Seiner Regelung liegen große allgemeine Wahrheiten zugrunde.»<sup>37</sup> Es scheut die Generalklausel und den unbestimmten Rechtsbegriff nicht. Es lässt den Richter in nicht wenigen Fällen nach seinem Ermessen entscheiden. Aber gerade die Freiheit seiner Stellung, die auch die eigene Rechtsfindung umfaßt, macht es dem Richter zur um so strengeren Pflicht, von ihr nur Gebrauch zu machen, wenn dem Gesetz auch durch die sorgfältigste und umsichtigste Auslegung die anwendbare Norm nicht zu entnehmen ist. Vor einem voreiligen Rückgriff auf eine Generalklausel, wie auf den Grundsatz von Treu und Glauben, soll er sich hüten<sup>38</sup>. Wenn aber auch in unserem Recht in manchem Falle nicht gerecht und zweckmäßig entschieden werden kann, so liegt das meistens doch am Gesetze selber, das, wie noch zu

aussehbaren Risiken), Verschiebung des Gewichts von der Legislative auf die richterliche Tätigkeit, Verlust an Rationalität! Das Bewußtsein der Funktions- und Leistungsverschiedenheit von begrifflich-systematisch durchgebildeter gesetzlicher Regelung und Richterrecht schwinde dahin, wenn die Rezeption anglo-amerikanischen Rechtsdenkens weiter fortschreite und extreme Grade, vornehmlich in der jungen Generation, zu finden scheine». Siehe Besprechung LIVER in ZBJV 101, 1965, S. 288 ff., in den Privatrechtl. Abhandlungen S. 501 ff.

<sup>36</sup> Methodenlehre, S. 412.

<sup>37</sup> Erläuterungen I, S. 9.

<sup>38</sup> Dazu ermahnt ihn auch H. MERZ, der Kommentator des Art. 2 ZGB (Berner Kommentar, Einleitungsband, N. 104); DERSELBE, Auslegung, Lückenfüllung und Normberichtigung, S. 305 ff., bes. S. 335; DERSELBE, Die Generalklausel von Treu und Glauben als Quelle der Rechtsschöpfung, ZSR 80 I, 1961, S. 355 ff., bes. S. 365. – Der Meinung, daß der Richter sich in der *Rechtsfindung* vom Gesetze mehr lösen sollte als in der bisherigen Praxis, welche A. MEIER-HAYOZ, Privatrechtswissenschaft und Rechtsfortbildung, S. 105 und Der Richter als Gesetzgeber, in: Festschrift Guldener, Zürich 1973, S. 200, vertritt, könnte ich nicht zustimmen.

zeigen sein wird, gewisse Prinzipien überspannt hat, von anderen aus Gründen der Opportunität oder mangels genügender Übersicht abgewichen ist oder bewährte Lehre und Überlieferung mißachtet hat. Es kommt zwar vor, daß der Richter, um dem Zuge der Zeit zu folgen oder vorauszueilen<sup>39</sup>, zu gesetzes- und systemfremden Institutsbegriffen greift oder auch, daß er sich der Gebotsberichtigung entschlägt, welche ein Urteilen nach Grundsätzen möglich machen würde<sup>40</sup>. Aber solche Fehler sind in der Rechtsprechung vereinzelt, in der Gesetzgebung ungleich viel häufiger<sup>41</sup>.

### *3. Begriffsbildung und Gesetzestechnik*

Über die Abgrenzung der Gesetzestechnik von der begrifflichen und systematischen Durchbildung der Rechtsordnung gehen die Ansichten in der Methodologie weit auseinander. FRANÇOIS GENY bestimmt den Begriff der Gesetzestechnik sehr weit. Er umfaßt für ihn die Umbildung des Rechtsstoffes in Rechtsregeln überhaupt. Die Begriffsbildung und auch der Aufbau der Institutionen wären danach eine Aufgabe der Gesetzestechnik<sup>42</sup>. Dem hat dann aber namentlich JEAN DABIN widersprochen<sup>43</sup>. Er versteht unter der Gesetzestechnik nur die Wahl der Form und der Art und Weise der Anordnung der Rechtssätze. Mit ihm scheint auch ALOIS TROLLER übereinzustimmen, der die Gesetzestechnik Rechtsordnungskunst nennt, der alle Denkwege und Aussagemittel zugehören, welche zur Formung der Rechtsordnung beitragen<sup>44</sup>. WALTER BURCKHARDT weist der Gesetzestechnik die Mitteilung der Rechtsgehalte zu, wobei er unter Mitteilung wohl die Darstellung und Anordnung der Rechtssätze versteht, während Begriff, Form und System als voneinander untrennbar Gegenstand der Rechts-

<sup>39</sup> BGE 96 I 97ff.

<sup>40</sup> BGE 97 II 371 = Pr. 61 Nr. 123.

<sup>41</sup> M. RÜMELIN, Erlebte Wandlungen in Wissenschaft und Lehre, 1930, S. 43; W. BURCKHARDT, Methode und System, S. 267: «Die Wissenschaft vom positiven Recht hat also die Aufgabe, das fehlerhafte positive Recht soweit zu berichtigen, als es zur Anwendung notwendig ist.» Daselbst S. 257, 281 und 292f.

<sup>42</sup> Science et technique III (1921), S. 23.

<sup>43</sup> La technique de l'élaboration du droit positif, S. 352ff.

<sup>44</sup> Überall gültige Prinzipien der Rechtswissenschaft, S. 100.

erkenntnis wären<sup>45</sup>. EUGEN HUBER hat die Technik des ZGB-Vorentwurfs unter dem Titel «Sprache und Anordnung» behandelt<sup>46</sup>.

Erfordernisse einer guten Gesetzestechnik sind Übersichtlichkeit und Zweckmäßigkeit des Aufbaus, Klarheit des Ausdrucks, möglichste Gemeinverständlichkeit ohne Verzicht auf sprachliche Genauigkeit.

Wir durften also wohl davon ausgehen, daß die Begriffsbildung und die Systematik nicht Gegenstand der Technik, sondern der Methodenlehre der Rechtswissenschaft, der Rechtsanwendung wie der Rechtssetzung sind. Dem entspricht auch die Stellung unseres Themas neben dem anderen Thema: Gesetzestechnik.

### **III. Die Rechtsfortbildung**

#### *1. Rechtssetzung und Rechtsfindung*

Allgemein wird anerkannt, daß im Art. 1 ZGB die Aufgabe der richterlichen Rechtsfindung trefflich bestimmt ist. Der Richter verfährt dabei in gleicher Denkweise und nach den gleichen Kriterien wie der Gesetzgeber<sup>47</sup>. Dies trifft indessen nur soweit zu, als die Rechtsfortbildung in der Konkretisierung allgemeiner Rechtsgrundsätze vor sich geht. Die richterliche Rechtsfindung erschöpft sich darin. Der Richter kann nicht Recht aus eigener Zwecksetzung schaffen: kein Organisationsrecht im Sinne BURKHARDTS, keine Formvorschriften, keine Publizitätseinrichtungen, keine Fristbestimmungen. Was außerhalb des Sinn- und Zweckzusammenhanges des Gesetzes liegt, ist der richterlichen Rechtsfindung entzogen. Nicht ausgeschlossen ist, daß eine vom Richter contra legem gefundene und angewendete Norm die Verbindlichkeit von Gewohnheitsrecht erlangt.

<sup>45</sup> Methode und System, S. 109, 115.

<sup>46</sup> Erläuterungen I, S. 14.

<sup>47</sup> BURKHARDT, Methode und System, S.266: «Die Lückenfüllung ist eine gesetzgebungspolitische Aufgabe im kleinen Rahmen»; siehe ferner S.281/82; MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, N.316f. zu Art.1; MERZ, AcP 163, S.335; TROLLER, S. 13 ff.; GYSIN, S. 136 ff.

Der Gesetzgeber hat eine ganz andere Stellung<sup>48</sup>. JOSEF ESSER spricht sogar von einer Antithese zwischen Normwahrung und Normsetzung<sup>49</sup>. Nur der Gesetzgeber kann eben nach freier Zwecksetzung handeln. Gebunden ist er dabei an die allgemeinen Rechtsgrundsätze der Verfassung und auch an solche, die über der Verfassung stehen und gelten, weil sie für jede Rechtsordnung konstitutiv sind wie die Rechtsgleichheit oder der Grundsatz von Treu und Glauben<sup>50</sup>.

## 2. Änderung und Ergänzung des kodifizierten Privatrechts

Als die Kodifikationen geschaffen wurden, entsprachen sie noch weitgehend ihrem Zweck der umfassenden, möglichst vollständigen, gedanklich und technisch einheitlichen Regelung des Privatrechts.

Das Allgemeine Preußische Landrecht (1794) umfaßte auch Verfassungs-, Verwaltungs- und Kirchenrecht. Aber es gilt längst nicht mehr. Der französische Code civil gilt noch, aber er ist schon nach hundert Jahren durch die Praxis so fort- und umgebildet worden, daß LARNAUD 1904 im Jubiläumswerk<sup>51</sup> sagen konnte: «Nous n'avons plus de Code civil». Viel umfangreicher sind die Änderungen und Ergänzungen durch gesetzliche Erlasse, die dem Code eingefügt wurden. Es sind an die 600. Eine erstaunliche Lebenskraft hat das ABGB Österreichs bewiesen. Es gilt heute und weiterhin<sup>52</sup>. Aber es ist während des ersten Weltkrieges nach dem Vorbild des deutschen BGB novelliert worden. 1937 wurde das deut-

<sup>48</sup> LIVER, Der Begriff der Rechtsquelle, in: Privatrechtl. Abhandlungen, S. 63, 64, 72ff.; JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, in: Centenaire François Gény, S. 82 (gemäß Science et technique III, 1921): «L'évolution se fait par la jurisprudence, les révolutions ne se font que par la loi.»

<sup>49</sup> Vorverständnis und Methodenwahl, S. 210.

<sup>50</sup> BURCKHARDT, Methode und System, S. 55; LARENZ, Methodenlehre, S. 460; ESSER, Grundsatz und Norm, S. 161ff.; E. FORSTHOFF, Verwaltungsrecht, München 1961, S. 67.

<sup>51</sup> II, S. 900ff.

<sup>52</sup> Die beste Würdigung und Erklärung der Geltungskraft des ABGB bis 1911 stammt von FRANZ KLEIN, dem Schöpfer der österreichischen ZPO, im ersten Beitrag zum Jubiläumswerk von 1911.

sche Personenstandsgesetz und 1938 das deutsche Ehegesetz eingeführt. Vom Personenrecht, sagte FRANZ GSCHNITZER, sei kein Stein auf dem anderen geblieben<sup>53</sup>. Am wenigsten wurden hier, wie überall, das Sachenrecht und das Erbrecht, sowie das Obligationenrecht in seinem allgemeinen und auch in seinem speziellen Teil mit Ausnahme des Arbeits-, Miet- und Pachtrechts von solcher Auflösung betroffen. Von den neueren Kodifikationen war das deutsche BGB von Anfang an scharfer Kritik ausgesetzt, weil es zwar ein begrifflich-systematisches Meisterwerk, aber mehr nach rückwärts als in die Zukunft gerichtet war. Es hat sich jedoch, besonders vom Familienrecht abgesehen, mit verhältnismäßig geringen Ergänzungen durch Revisionen und Spezialgesetze behauptet. WIEACKER hebt hervor, daß man in Deutschland bestrebt sei, die privatrechtlichen Spezialgesetze dem BGB zu integrieren<sup>54</sup>. Dies war 1919 mit der Verordnung über das Erbbaurecht geschehen. Das Wohnungseigentumsgesetz dagegen ist 1951 als Spezialgesetz außerhalb des BGB erlassen worden und in seiner Eigentumskonstruktion mit krasser Mißachtung von Prinzipien des BGB.

In weitaus besserer Lage befanden wir uns bisher mit dem ZGB, das 1907 in die künftige Entwicklung des Gemeinschaftslebens gewiesen hat. Die neuere italienische Kodifikation (1942) stand unter der Devise «Gemeinnutz geht vor Eigennutz» auf der faschistischen Flagge. Es hat den extremen Individualismus des französischen Code civil, welcher sein Gesetzbuch von 1865 beherrschte, zwar überwunden, jedoch unser ZGB an sozialem Gehalt nicht übertroffen, wohl aber in der begrifflich-systematischen Durchbildung, in der die Wissenschaft, welche in Italien auf der Grundlage des gemeinen römischen Rechtes selbstständig fortgebildet worden war, voll zum Zuge kam<sup>55</sup>.

Erst in einer fünfzigjährigen wissenschaftlichen Arbeit und richterlichen Praxis konnten zahlreiche, auch grundlegende Begriffe unseres ZGB geklärt und neue Tatbestände und Institutionen dem System eingeordnet und damit aus dem Sinn- und Zweckzusam-

<sup>53</sup> Juristische Blätter 84, 1962, S. 405.

<sup>54</sup> Privatrechtsgeschichte, S. 555.

<sup>55</sup> VASSALLI, Motivi e caratteri, S. 76ff.; La missione del giurista, S. 491ff.

menhang verstanden werden<sup>56</sup>. Zwar ist die Definition und Konstruktion nicht Aufgabe der Gesetzgebung, sondern der Wissenschaft<sup>57</sup>. Das Gesetz soll Rechtssätze enthalten. Aus deren Sinn, Zweck und Stellung in der Gliederung der gesetzlichen Ordnung sollen sich die Merkmale der wissenschaftlichen Definition ergeben. So enthält das ZGB glücklicherweise keine Definition des dinglichen Rechts. Hätte es sie gegeben, wäre sie falsch gewesen. Die Umschreibung des Besitzes im Art. 919 nähert sich einer Definition. Aber sie trifft mit der «tatsächlichen Herrschaft» nur den Begriffskern, um den sich ein weiter Begriffshof legt, in dem der Besitz keine tatsächliche Herrschaft ist<sup>58</sup>. Dazu ist, nebenbei bemerkt, im 2. Absatz des Art. 919 eine falsche oder doch höchst ungenaue Unterscheidung zwischen Sach- und Rechtsbesitz getroffen. Immerhin ist, außer dem Obligationenrecht und dem Strafrecht mit ihren Allgemeinen Teilen, doch das Sachenrecht das geschlossenste Feld begrifflicher und institutioneller Gestaltung. Nicht nur die systematische Einteilung der dinglichen Rechte, sondern auch der Ausbau der einzelnen Institute ist begrifflich geordnet und von allgemeinen Prinzipien beherrscht. Von solchen Instituten seien als Beispiele die Grunddienstbarkeit und die Nutznießung genannt. Im Hinblick darauf schrieb ich einmal, man könnte im Obligationenrecht und im Sachenrecht die Hälfte aller Bestimmungen streichen, ohne daß dies eine Änderung des Rechtszustandes zur Folge hätte, vorausgesetzt, daß das Gesetz von Juristen gehandhabt würde, die ihrer Aufgabe gewachsen wären<sup>59</sup>. Damit sollte aber nicht gesagt sein, daß diese Bestimmungen überflüssig seien. Wenn das Gesetz selber die Entfaltung eines Institutionsbegriffs in logisch und sachlich einwandfreier Weise vornimmt, wie die fast ganz auf der wissenschaftlichen Tradition beruhende Regelung der Nutznießung, die im Verhältnis zu ande-

<sup>56</sup> LIVER, Berner Kommentar, Allg. Einleitung, N. 116ff.; Das ZGB – geschriebenes Rechtsgewissen des Schweizervolkes, SJZ 58, 1962, S. 209ff., in den Privatrechtl. Abhandlungen S. 123ff.

<sup>57</sup> Dies betonen namentlich GÉNY, Science et technique III, No. 215, S. 181–185, auch gestützt auf SALEILLES, der auch von DABIN, S. 8 zitiert wird.

<sup>58</sup> Diese Unterscheidung stammt von PHILIPP HECK, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S. 52 und 60.

<sup>59</sup> Der Begriff der Rechtsquelle, Privatrechtl. Abhandlungen, S. 63.

ren praktisch wichtigeren Instituten sehr ausführlich ist, so ist damit dem Rechtsverständnis und der Rechtsanwendung nur gedient.

Das ZGB konnte ein halbes Jahrhundert unverändert bleiben, allerdings nicht ohne daß es durch die Wissenschaft und Praxis in vielen Punkten präzisiert, konkretisiert und ergänzt worden wäre. Es hat damit eine behutsame Fort- und Umbildung erfahren. Schließlich aber war die richterliche Rechtsfindung auch mit der Hilfe der Rechtswissenschaft doch nicht mehr in der Lage, die Bedürfnisse der Zeit nach dem Aus- und Umbau bestehender und der Einführung neuer Institute zu befriedigen. Diese Aufgabe mußte von der Gesetzgebung übernommen werden. Ich erwähne das Stockwerkeigentum. Wäre es 1907 ins Gesetz aufgenommen worden, hätte es seine Regelung oder bloße Anerkennung vermutlich in einem einzigen Artikel gefunden, wie damals in Frankreich und Italien. Damit wäre man jedoch in der Praxis aus den Widerwärtigkeiten und Schwierigkeiten, welche ein so kompliziertes Institut in der Anwendung verursacht, mit der richterlichen Rechtsfindung nie herausgekommen. Die Notwendigkeit der eingehenden gesetzlichen Regelung in Frankreich und Italien beweist dies zur Genüge. Nicht anders verhielt es sich mit der Ausgestaltung der Baurechtsdienstbarkeit, mit der Umgestaltung des Adoptionsrechtes, mit der Regelung des Abzahlungs- und des Vorauszahlungsvertrages<sup>60</sup>.

Wo immer das kodifizierte Recht ergänzt werden muß, stellt sich die Frage, ob das neue Recht der Kodifikation einzufügen oder als Spezialgesetz zu erlassen sei.

Wie in Deutschland<sup>61</sup>, aber noch stärker, ist bei uns das Be-

<sup>60</sup> Zum «gouvernement des juges» äußern sich RIPERT und BOULANGER, *Droit civil I*, № 245, wie folgt: «Toutes les fois qu'un juge a voulu réformer la loi, le résultat a été déplorable». Es wird verwiesen auf die eingehende kritische Darstellung der Rechtsprechung des Präsidenten MAGNAUD durch GÉNY, *Méthode d'interprétation II*, №s 196ff. – Als Vorzüge der richterlichen Rechtsfindung nennen RIPERT und BOULANGER «les règles merveilleusement adapté aux faits» (№ 244), bleiben aber dabei, «que ... les inconvénients ... sont plus grands que les avantages».

<sup>61</sup> Siehe Anm. 54.

streben nach Eingliederung in die Kodifikation. In der Neugestaltung der genannten Institute war es voll begründet. Aber nicht auf alle dahin gehenden Postulate der gesetzgeberischen Instanzen trifft dies zu. In die Kodifikation gehört, was Dauer und erhebliche Unabhängigkeit von den in raschem Wandel befindlichen wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen hat. So scheint mir fraglich zu sein, ob das bäuerliche Sonderrecht im ZGB und OR den richtigen Platz hat. Dagegen spricht die Tatsache, daß die Art. 619, 620ff. ZGB und 218 OR innert kurzer Zeit wiederholt revidiert werden mußten. Dasselbe gilt vom Pächter- und Mieterschutz und weiteren wirtschafts- und sozialpolitischen Vorschriften.

### *3. Die Spezialgesetzgebung*

Der Erlaß von Spezialgesetzen ist zur unabweisbaren Notwendigkeit des Sozialstaates geworden, gegen die man sich nicht auflehnen kann<sup>62</sup>. Man kann und muß nur verlangen, daß auch die Spezialgesetzgebung mit größtmöglicher Sorgfalt, juristischer Sachkunde und fester Bindung an die allgemeinen Rechtsgedanken, welche der Rechtsordnung bisher zugrundegelegen haben, ausgeübt werde. Die Gesetzesflut, welche über uns hereinbricht und immer weiter ansteigt, gefährdet die Rechtssicherheit, weil sie nicht nur für den Rechtsgenossen, sondern auch für den Juristen unübersehbar geworden ist<sup>63</sup>. Leicht kann sie den Zusammenhang mit dem bestehenden Recht verlieren und die Praktikabilität einbüßen, weil sie ein bestimmtes Ziel ohne die erforderliche Rücksicht auf die Verschiedenheit der tatsächlichen Verhältnisse und die Möglichkeit und Notwendigkeit ihrer Umgestaltung verfolgt. Ein Beispiel dafür sehe ich im Gewässerschutzgesetz, das mit allzu starren Vorschriften zu unnötigen Eingriffen ins Privatrecht führt, in Gebirgsgegenden mit Streusiedlung gar nicht angewendet werden kann, und wenn es angewendet würde, die Durchführung der Hilfsmaßnahmen des Bundes für die Bergbevölkerung in wesent-

<sup>62</sup> JÄGGI, Grundfragen der Privatrechtsentwicklung, S. 153 ff., bes. S. 164.

<sup>63</sup> TH. MAYER-MALY, Rechtskenntnis und Gesetzesflut, Salzburg 1969.

lichen Punkten unmöglich machen würde. Das war vorauszusehen. Aber, wie so oft, hat man in den betroffenen Kantonen erst nach der Tat Rat gehalten. Außerdem kann die Regelung der zivilrechtlichen Haftung und, was noch wichtiger ist, die Haftung für die Kosten polizeilicher Maßnahmen die Folge haben, welche GERNHUBER (oben Ziff. II 2, Anm. 35) die tödliche Wirkung unvoraussehbarer Risiken genannt hat<sup>64</sup>.

Daß in einen Erlaß Bestimmungen aufgenommen werden, die gar nicht angewendet werden können, weil sie einem Rechtsgebiet angehören, von dem die legiferierenden Instanzen überhaupt nichts verstehen, kann auch vorkommen, wäre aber leicht zu vermeiden, wenn der Sachverständige dieses Gebietes in der gleichen Verwaltung herangezogen würde<sup>65</sup>.

Von viel größerer grundsätzlicher Bedeutung ist indessen, daß der Staat zur Lösung seiner Aufgaben der Sozial- und Wirtschaftspolitik durch Intervention und eine «gigantische Daseinsvorsorge» (HANS HUBER) sich genötigt sieht, sog. *Maßnahmengesetze* massenhaft zu erlassen. Mit diesen Erlassen wird der generell-abstrakte Charakter des «Rechtsgesetzes», welcher mit der Geltung allgemeiner Prinzipien zusammenhängt, preisgegeben<sup>66</sup>. Die Einbuße an Normativität und Autorität, welche das Recht dadurch erleidet, ist vielfach und in eindrucksvoller Weise dargestellt worden. Dies ist namentlich in den Schriften von HANS HUBER geschehen, in

<sup>64</sup> In bezug auf die Haftung gegenüber Dritten teilen die Spezialisten des Haftpflichtrechts diese Bedenken nicht. Vgl. K. OFTINGER, Eine neue schweizerische Bestimmung über die Haftpflicht wegen Verunreinigung von Gewässern, in: Festschrift für Karl Larenz, München 1973, S. 961ff. Siehe auch F. BENDEL, Probleme des Gewässerschutzes in der Schweiz, Abh. z. schweiz. R. 396, Bern 1970 und Bespr. LIVER in ZBJV 107, 1971, S. 325ff.

<sup>65</sup> Das krasseste Beispiel für eine solche Mißgeburt ist die VO des Bundesrates über die Förderung der Denkmalpflege vom 26. August 1958. Vgl. dazu meine Ausführungen in der ZBGR 50, 1969, S. 22f.

<sup>66</sup> Das Maßnahmengesetz ist in jüngster Zeit Gegenstand einer intensiven wissenschaftlichen Diskussion. Außer der in der folgenden Anm. zit. Literatur nenne ich: BALLERSTEDT, Über wirtschaftliche Maßnahmengesetzgebung; RYFFEL, S. 349; K. HUBER, Maßnahmengesetz und Rechtsgesetz; ENGISCH, Die Idee der Konkretisierung, S. 244ff.; VASALLI, La missione del giurista, S. 495; W. JELLINEK, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Offenburg 1948, S. 9f.

denen uns die rechtsfeindlichen Mächte in ihrer ganzen vielfachen Wirksamkeit entgegentreten. Einige dieser Schriften mögen hier genannt sein<sup>67</sup>.

In den Parlamenten des Bundes und der Kantone, die genötigt sind, solche Gesetze zu erlassen oder die Exekutive zu solchen Erlassen ermächtigen, wird immer und immer wieder zur Beschwichtigung rechtsstaatlicher Bedenken die Anwendung dieser Bestimmungen der Rechtskontrolle der Verwaltungsgerichtsinstanz unterstellt. Dies geschieht nicht nur aus Mißtrauen gegenüber der Verwaltung, sondern ist vielfach eine Flucht aus der eigenen Unsicherheit. Damit werden dem Bundesgericht Entscheidungen zugemutet, die durchaus politischen Charakter haben oder nur auf Grund ganz spezieller Fachkenntnisse in engsten Gebieten der Wirtschaft und der Technik getroffen werden können.

Daß sich die Verwaltung in größtem Umfang zur Beschaffung der vom Staate benötigten Vermögensobjekte, z.B. von Grundstücken und dinglichen Rechten, auf den Weg des Privatrechts begibt, ist ganz selbstverständlich, notwendig und unbedenklich. Bedenken sind jedoch erhoben worden gegen die Verwendung privatrechtlicher Institute (Vertrag, Dienstbarkeit) zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben, weil sie anstelle der rechtsgleichen Anwendung öffentlich-rechtlicher Bestimmungen von Amtes wegen die individuelle Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen der Verwaltung und den Bürgern oder ihren Organisationen nach dem Prinzip der Vertragsfreiheit ermöglicht. Das meistzitierte Beispiel dafür sind die Pflichtlagerverträge und ihre Verstärkung durch Servituten. Auch die Übertragung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung auf privatrechtliche Organisationen, bestehende und zu diesem Zweck geschaffene, wird in diesem Zusammenhang als Abweichung vom Prinzip der öffentlichen Verwaltung erwähnt<sup>68</sup>.

<sup>67</sup> Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates, in: Ausgew. Aufsätze, S.27ff.; Recht, Staat und Gesellschaft; Das Recht im technischen Zeitalter, in: Ausgew. Aufsätze, S. 57ff.; Betrachtungen über die Gesamtsituation des Rechts, S.11ff.

<sup>68</sup> Diese Erscheinungen werden namentlich in den hievor (Anm.67) zit. Arbeiten von HANS HUBER namhaft gemacht und in ihren negativen Auswirkungen auf die rechtsstaatlichen Prinzipien dargestellt.

## **IV. Gliederung der Rechtsgebiete und ihre Verbindung durch gemeinsame Institutionen**

### *1. Privatrecht und öffentliches Recht*

Die Einteilung aller Normen des positiven Rechtes in diese beiden Kategorien ist im modernen Recht das oberste und allgemeinste Klassifikationsprinzip. Die Auffassung, daß nach ihm die Einteilung *restlos* erfolgen könne, ist mit der Ausbildung des modernen Arbeitsrechtes durch den Gesamtarbeitsvertrag und seine Allgemeinverbindlichkeit unhaltbar geworden. Damit hat sich eine neue Rechtsquelle gebildet<sup>69</sup>. Dies hat da und dort eine Schockwirkung gehabt. ENGISCH erklärte: «Das Arbeitsrecht hat alle früheren Vorstellungen über den Haufen geworfen»<sup>70</sup>. In den übrigen Rechtsgebieten hat jedoch die herkömmliche Einteilung ihre volle Bedeutung und Berechtigung behalten. Die verschiedenen Theorien der Unterscheidung laufen alle auf das gleiche hinaus; von keiner kann gesagt werden, sie sei falsch oder unbrauchbar. Es verhält sich damit ähnlich wie mit den verschiedenen Interpretationstheorien.

### *2. Gleiche Prinzipien und Institute im Privatrecht und im Verwaltungsrecht*

Vom Verwaltungsrecht ist hier unter Ausschluß des Maßnahmerechtes die Rede, weil für dieses charakteristisch ist, daß es nicht nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen konzipiert ist, sondern daß

<sup>69</sup> Über diese neue Rechtsquelle und die juristische Konstruktion des aus ihr hervorgehenden Rechtes habe ich meine Ansicht dargelegt in der ZBJV 91<sup>bis</sup>, 1955, S. 17ff., in den Privatrechtl. Abhandlungen, S. 46ff. (Der Begriff der Rechtsquelle).

<sup>70</sup> Studium generale 10, 1957, S. 188. Ähnlich HANS HUBER, Berner Kommentar, Einleitungsband, N. 40ff. und 215ff. zu Art. 6.– Daß aber auch im Arbeitsrecht die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht grundlegend ist und bleibt, bestätigt ARNOLD GYSIN, Rechtsphilosophie und Grundlagen des Privatrechts, S. 230. Daß dies für das Recht der juristischen Personen, für das Sachenrecht und andere Gebiete zutrifft und die Unterscheidung auch auf Schritt und Tritt durchgeführt wird, steht überhaupt außer Frage.

es sich nach dem Einzelfall in dessen nach Ort und Zeit wechselnder Situation richtet. Soweit die Verwaltung Rechtsanwendung und Rechtsfindung im Sinne des Art. 1 ZGB ist, stellt sich die Frage, ob und inwieweit dabei die gleichen allgemeinen Rechtsgedanken und Institutionen und Begriffe Geltung haben wie im Privatrecht. Die allgemeinsten Grundsätze, nämlich die formelle und materielle Rechtsgleichheit<sup>71</sup>, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der Gemeinverträglichkeit und die verfassungsmäßigen Persönlichkeitsrechte wie die individuellen Freiheitsrechte überhaupt, sind für die Verwaltung wie für die privatrechtliche Rechtssetzung und Rechtsanwendung verbindlich. Dagegen ist von einem extremen Positivismus aus, dieser Kinderkrankheit des sich zur Autonomie entwickelnden Verwaltungsrechtes, die Verwendung von Prinzipien und Institutionen, die sich im Privatrecht ausgebildet und durchgesetzt hatten, abgelehnt worden. Der kraft- und geistvolle Streiter für diese Autonomie nach französischem Vorbild war OTTO MAYER. Er ist aber in Deutschland wie bei uns unterlegen. Er mußte schon deshalb unterliegen, weil es bei uns an den organisatorischen Voraussetzungen für sein Postulat fehlte. Dennoch blieben seine Lehren auch bei uns nicht ohne Einfluß. Auch allgemeine Rechtsgedanken wurden, wenn sie nicht im Gesetz ausgesprochen waren, von der Verwaltungsrechtslehre ohne jede Rücksicht auf «Recht und Billigkeit» abgelehnt. Dies trotz der äußerst lückenhaften, ja bloß bruchstückweisen gesetzlichen Regelung des Verwaltungsrechts. Auch das Bundesgericht hat sich solchen Einflüssen nicht verschlossen<sup>72</sup>.

Inzwischen ist dieser so verfehlte absolute Gesetzespositivismus doch überwunden worden<sup>73</sup>.

<sup>71</sup> Ob es im gleichen Sinn, und nicht nur als Postulat, auch eine *soziale* Rechtsgleichheit gibt, wie sie in JÖRG P. MÜLLERS ausgezeichnetem Referat für den Schweiz. Juristenverein erscheint (Soziale Grundrechte in der Verfassung?, ZSR 92 II, 1973, S. 700 ff., bes. S. 880 ff.), ist fraglich.

<sup>72</sup> Ablehnung der zivilrechtlichen Haftung des Gemeinwesens für Schaden, der seine Ursache in der Ausübung des Gemeingebräuchs (einer Straße) hat, auch wenn er durch die dem Privaten auferlegte Rücksichtnahme auf die Nachbarn oder Sorgfaltspflicht leicht hätte vermieden werden können (BGE 61 II 223 = Pr. 25 Nr. 45).

<sup>73</sup> A. GRISEL, Droit administratif, Neuchâtel 1970, S. 311 f.

Daß Begriffe aus dem Seinsbereich im Verwaltungsrecht nicht von denen des Privatrechts verschieden sein konnten, stand zwar kaum zur Diskussion, wie im Strafrecht<sup>74</sup>. Unter den Bezeichnungen Sache, Bestandteil, Zugehör, Weg, Leitung, Fluß und Bach kann im Verwaltungsrecht nicht etwas anderes verstanden werden als im Privatrecht, nicht einmal im Steuerrecht. Die privatrechtlichen Begriffe, deren Anwendbarkeit im positivistischen Verwaltungsrecht ausgeschlossen wurde und die nunmehr zur Anerkennung gelangt sind, entstammen dem normativen Bereich. Es sind allgemeine Rechtsgedanken wie der Grundsatz von Treu und Glauben, der Vertrauenschutz, die Verpflichtung zur Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit<sup>75</sup>. Neben den Prinzipien sind es sodann im Privatrecht ausgebildete Institute wie die Verjährung (wenn man nicht auch in ihr ein Prinzip sehen will), die Handlungsfähigkeit, die Organisation juristischer Personen, der Vertrag, das Eigentum, die Servitut, soweit diese Institute nicht durch die öffentliche Zweckbestimmung modifiziert sind<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> Das Bundesgericht hat diese Frage von Fall zu Fall verschieden beantwortet. Nach BGE 85 IV 230 und 90 IV 19 kennt das Strafrecht keinen anderen Eigentumsbegriff als das Zivilrecht. Anders dagegen BGE 87 IV 117, bespr. von H. SCHULTZ, ZBJV 99, 1963, S. 52ff. Der zivilrechtliche Begriff des Anstaltsfunds ist im BGE 71 IV 87ff. = Pr. 34 Nr. 123 als unmaßgeblich für das Strafrecht erklärt. Darin kann jedoch nicht ein Grundsatz gesehen werden, weil Art. 722 Abs. 3 auch zivilrechtlich unhaltbar geworden ist. Zum Begriff der Sache im Strafrecht H. SCHULTZ, Schweiz. Zeitschr. für Strafrecht 72, 1957, S. 150f.

<sup>75</sup> Die Geltung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Verwaltungsrecht wird in zahlreichen BGE anerkannt. GRISEL, a.a.O., S. 187f. Einen recht weitgehenden Vertrauenschutz gewährte neuestens BGE 99 (1973) I b, S. 94.

<sup>76</sup> Mit der ultrapositivistischen Verdrängung privater Begriffe und Institutionen aus dem Verwaltungsrecht hat sich MAX IMBODEN in seiner Basler Antrittsrede «Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung», Basel 1954, auseinander gesetzt und gezeigt, daß sich diese Autonomiebewegung verhängnisvoll ausgewirkt hat. Welche Grundsätze und Institute des Privatrechtes im Verwaltungsrecht verwendet werden und in welchem Sinne, hat FRITZ GYGI, Verwaltungsrecht und Privatrecht, dargelegt.

Siehe nunmehr GRISEL, Droit administratif, S. 40f., «Les règles générales»; S. 50ff., «La soumission de l'administration au droit privé». Sehr entschieden

Aus der Verbindung des Privatrechts mit dem öffentlichen Recht, insbesondere dem Verwaltungsrecht, durch gemeinsame Begriffe und Prinzipien, welche die obersten Rechtswerte konkretisieren, ergeben sich Zusammenhänge, die als Polygonzüge des Rechtssystems gelten können. Aber von einer durchgreifenden Einheit in der gesetzlichen Regelung, die ein inneres System begründen würde, kann nicht wohl die Rede sein. Das Motto von IHERINGS zweitem Hauptwerk: «Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts» trifft auf das öffentliche Recht viel unbedingter zu als auf das Privatrecht, in dem die Bindung an durchgreifende Prinzipien enger ist. In seiner Zweckverfolgung zur Wahrung öffentlicher Interessen greift vor allem das Verwaltungsrecht immer stärker in das Privatrecht ein, schränkt insbesondere das Grundeigentum immer weiter ein und ersetzt privatrechtliche Institute durch öffentlich-rechtliche<sup>77</sup>. Immerhin wird die *Gesetzmäßigkeit* der Verwaltung stets anerkannt und bekräftigt<sup>78</sup>. Sie hat jedoch nur eine vordergründige Wirkung, weil das Gesetz so grundsatzwidrig und willkürlich sein kann wie die Verwaltungsverfügung<sup>79</sup>. Davon abgesehen, ist der Vorbehalt des Gesetzes doch eine Schutzwehr gegen Eigenmacht und Willkür der Verwaltung. Er ist der Ausdruck des Primats des Gesetzes gegenüber dem von der rechtsanwendenden Behörde selbst gefundenen Recht.

wird die Isolierung des Verwaltungsrechts vom Privatrecht auch abgelehnt von E. FORSTHOFF, Verwaltungsrecht, Allg. Teil, 8. Aufl., München 1961, S. 154.

Vgl. auch TH. HELLER, Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung, Kölner rechtswissenschaftl. Abhandlungen 16, Köln 1961, S. 122f. – Zur Unterscheidung von sachenrechtlichen und obligatorischen Verhältnissen im Verwaltungsrecht vgl. N. NIEHUES, Verwaltungssachenrecht, in: Festschrift Hans J. Wolff, München 1973, S. 247ff.

<sup>77</sup> Zur Frage des «öffentlichen Eigentums» und der Servitut mit öffentlich-rechtlichem Zweck siehe LIVER, Zürcher Kommentar, Grunddienstbarkeiten, Einleitung, N. 111 ff. sowie Art. 730, N. 102 und Art. 731, N. 121 ff.; BGE 78 II 21 = Pr. 41 Nr. 78; vgl. auch LIVER, Eigentumsbegriff und Eigentumsordnung, in: Gedächtnisschrift F. Gschnitzer, Innsbruck 1969, und in den Privatrechtl. Abhandlungen, S. 149 ff.

<sup>78</sup> G. Roos, Der Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung, ZBJV 91<sup>bis</sup>, 1955, S. 117 ff.; GRISEL, a.a.O., S. 161 ff.

<sup>79</sup> Der Vorbehalt des Gesetzes ist geschwächt, wenn die Bauordnung durch jeden Überbauungsplan geändert werden kann, weil solche Pläne als rechtsetzende

## V. Der Primat des gesetzten Rechts

Die hochgelehrten Rechtstheoretiker und Methodologen befassen sich nur mit Problemen, die ihnen und dem Richter Schwierigkeiten bereiten, weil sie nicht durch die Anwendung einer Gesetzesnorm bewältigt werden können, deren Sinn und Zweck mit den anerkannten und geläufigen Auslegungsgrundsätzen einwandfrei bestimmbar sind. Nach ihren Erörterungen möchte man meinen, das Gesetz bestehe aus lauter Lücken.

Wer aber die gewöhnlichen, alltäglichen Streitfälle kennt, die nicht die großen wirtschaftlichen Unternehmungen vor immer neue rechtliche Situationen stellen, der weiß, daß sie mit verhältnismäßig wenigen Ausnahmen durch *Subsumtion* unter eine Gesetzesbestimmung gelöst werden können<sup>80</sup>. Der Zivilist (und in bestimmten Teilgebieten auch der Verwaltungsjurist), der als Briefkastenonkel von Zeitungen jahrzehntelang solche Fragen beantwortet hat, kann dies aus reicher Erfahrung bestätigen. In nicht wenigen dieser Fälle kann dem Fragesteller eine ohne weiteres verständliche und zuverlässige Auskunft durch die wörtliche Wiedergabe der zutreffenden Gesetzesbestimmung gegeben werden.

Es wäre ja auch die ganze Gesetzgebung das reine Narrenspiel, wenn dem nicht so wäre. Ihre Aufgabe und ihre Mühe, so klar wie möglich zu sagen, was ihre Rechtssätze gebieten, verbieten oder erlauben und welches die Folge ihrer Mißachtung ist, wäre ja völlig illusionär, wenn dabei nichts herauskäme als Problemlösungsvorschläge ohne jede Verbindlichkeit, etwa im Sinne der Topologie oder einer extrem objektivistischen Auslegung, die überhaupt keine Auslegung ist<sup>81</sup>.

Akte betrachtet werden, was zur Regel geworden ist. Überhaupt kann der Vorbehalt des Gesetzes zur reinen Farce werden, wenn er auch als gewahrt gilt, wenn die Grundlage für einen rechtsanwendenden Gemeindebeschuß durch einen rechtssetzenden Gemeindebeschuß geschaffen wird; vgl. Privatrechtl. Abhandlungen, S. 156 Anm. 18, S. 137 (Gemeinderecht), S. 535f. (gegen IMBODEN).

<sup>80</sup> Dies bemerkt auch U. MEYER-CORDING, Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?, Recht und Staat, Tübingen 1973, S. 39f.

<sup>81</sup> Zur Topologie siehe vorn, Ziff. I; zur objektivistischen Auslegung meine Ausführungen in: Der Wille des Gesetzes, S. 20ff.; Der Begriff der Rechtsquelle,

Im besonderen kann das Recht durch die richterliche Rechtsfindung nur in beschränktem Umfang fortgebildet werden. Zur Hauptsache ist sie die Aufgabe der Gesetzgebung. Dies habe ich schon unter der Ziffer III hievor dargelegt und mit der Notwendigkeit der Revisionen des ZGB und OR begründet (Stockwerkeigen-tum, Baurechtsdienstbarkeit, Adoptionsrecht, Abzahlungs- und Vorauszahlungsgesetz) und dann für das Verwaltungsrecht als grundlegend hervorgehoben und die Unvermeidlichkeit einer vielfältigen und umfangreichen Spezialgesetzgebung betont. Diese Gesetzgebung mit ihrer unvermeidlichen Kasuistik schließt General-klauseln, unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensentscheidun-gen nicht aus und auch nicht die richterliche Rechtsfindung. Aber dieser kommt, im ganzen gesehen, bei weitem nicht die Bedeutung zu, welche ihr in der Methodologie gegeben wird. Aber auch im kodifizierten Privatrecht, das (neben der Verfassung mit ihren Grundrechten) den eigentlichen Stoff der Methodologie bildet, ist die Gesetzesanwendung die Regel und die Rechtsfindung die Aus-nahme<sup>82</sup>.

Der Art. 1 ZGB behält mit seiner Rangordnung der Rechtsquellen, wenigstens im Verhältnis zwischen dem Gesetz und dem vom Richter gefundenen Recht, seine volle Geltung. Es bleibt auch dabei, daß in der Regel der Wille des Gesetzgebers und der Wille des Gesetzes übereinstimmen<sup>83</sup>. WIEACKER hat jedoch erklärt: «Die Rechtsquellenlehre ist umzubauen; der Vorzug des Gesetzes ist unhaltbar geworden.» Er rühmt als das besondere Verdienst ESSERS, dieser habe die Bedeutung von System, Institution und Rechtsbegriff für die außergesetzliche Rechtsfindung gezeigt; er sehe sie darin, daß diese Begriffe nicht mehr als Normenkomplexe aufgefaßt werden, sondern als Problemlösungsvorschläge, die bei wiederholter praktischer Bewährung durch den Konsens der Fach-

Privatrechtl. Abhandlungen, S. 38 ff. und 63 f. Die Unzulänglichkeiten und Fehler des Gesetzgebers sind nach der objektivistischen Theorie der Triumph des richterlichen und wissenschaftlichen Rechtsfinders.

<sup>82</sup> FLUME, Allg. Teil des BGB II, S. 298.

<sup>83</sup> MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, N. 171 zu Art. 1; BURCKHARDT, Methode und System, S. 55.

genossen Verbindlichkeit für die Rechtsgenossen gewähren können<sup>84</sup>.

Für einen Umbau der Rechtsquellenlehre durch Hintersetzung des Gesetzes besteht gar kein Grund. Auch das große Verdienst ESSERS, das in keiner Weise verkleinert werden soll, ändert daran nichts. Daß sich aus dem System und insbesondere aus Institutionsbegriffen verbindliche Normen ergeben können und nicht nur Problemlösungsvorschläge, glaube ich dargetan zu haben, und meine, daß ESSER das auch nicht bestreiten würde<sup>85</sup>.

## VI. Das System

### 1. Kodifikation und Rechtswissenschaft

Das System als Ideal wäre verwirklicht, wenn ein alle wesentlichen Merkmale des Rechts umfassender Begriff gebildet werden könnte, aus dem alle rechtlichen Grundsätze, Institutionsbegriffe und Rechtssätze abgeleitet werden könnten. Daß dies möglich sei, glaubten die Vertreter des älteren rationalen Naturrechts der Neuzeit<sup>86</sup>. «Die unübersehbaren und vielfach höchst komplexen Lebensvorgänge müßten als Tatbestände und Institutionen mit ihren Rechtsfolgen begrifflich erfaßt und in einer umfassenden und lückenlosen Gesetzgebung geordnet werden können.» So umschreibt LARENZ dieses Ideal und stellt fest: «Wir wissen, daß das nicht möglich ist.»<sup>87</sup> Ein solches Gesetzbuch gibt es nicht und hat es nie gegeben. Aber der Wille, es zu schaffen, und auch der Glaube, es geschaffen zu haben, manifestierten sich in der Geschichte wiederholt<sup>88</sup>. Nach diesem Ziel richteten sich die neuzeitlichen Kodifikationen, wenn auch nicht mehr als *more geometrico*

<sup>84</sup> WIEACKER, Gesetz und Richterkunst, S. 15.

<sup>85</sup> Zu ESSER und WIEACKER vgl. LARENZ, Methodenlehre, S. 140.

<sup>86</sup> COING, Geschichte und Bedeutung des Systemdenkens in der Rechtswissenschaft; WIEACKER, Privatrechtsgeschichte, S. 249ff.: Das Zeitalter des Vernunftrechts.

<sup>87</sup> Methodenlehre, S. 415f.

<sup>88</sup> LIVER, Kodifikation und Rechtswissenschaft, Privatrechtl. Abhandlungen, S. 87ff., in der ZSR 80 II, S. 196ff.

ausgebaute Werke und bald auch nicht mehr mit dem Anspruch, das gesamte Recht lückenlos zu umfassen. Doch ist die Kodifikation die ein ganzes Rechtsgebiet, wenigstens das für die ganze Rechtsgemeinschaft des Landes geltende Privatrecht, umfassende, möglichst vollständige, gedanklich und technisch einheitliche Regelung in einem Gesetzbuch, einem Codex. Die technische und gedankliche Einheit ist ein Wesensmerkmal des Systems.

Jede dieser Kodifikationen ist ein Werk der Wissenschaft<sup>89</sup>. Sie bringt den Stand der Wissenschaft ihrer Zeit rechtssatzmäßig zur Erscheinung und führt in ihren Neuerungen über ihn hinaus. Sie leitet zwar in der Wissenschaft eine Periode der Exegese ein, in der die Erklärung des neuen Rechtes aus dem Sinn- und Zweckzusammenhang des Gesetzbuches das Hauptanliegen ist und die Fortbildung durch Rechtsfindung noch nicht als nötig empfunden wird und in der früheren Zeit vielfach gar nicht als zulässig galt<sup>90</sup>.

Von der österreichischen Kodifikation des Jahres 1811 aber sagt FRANZ KLEIN<sup>91</sup>, sie sei eine *Vision* gewesen, und erst in der Entwicklung nach 1848, in der Spätzeit des 19. Jahrhunderts und zu Beginn des 20. Jahrhunderts sei die Gesellschaft in sie hineingewachsen und habe sie mit ihrem wirklichen Leben erfüllt<sup>92</sup>.

<sup>89</sup> Daselbst S.199 (Privatrechtl. Abh. S.90): «Denn es ist die Wissenschaft, welcher der Gesetzgeber die Kodifikation verdankt; ihre Lehre erhebt er zum unabänderlichen Gesetz und schickt den Lehrer in die Wüste. Aber was die Wissenschaft geschaffen, kann nur von der Wissenschaft in seiner ganzen Bedeutung erfaßt und unter Wahrung des Sinnzusammenhangs weitergebildet werden. «Was aber aus der Wissenschaft entsteht, führt wieder auf die Wissenschaft zurück.» Das ist der treffliche Ausspruch, mit dem JOHANN ANSELM FEUERBACH diesen Sachverhalt zum Ausdruck gebracht hat.»

<sup>90</sup> Daselbst, S.196ff., in den Privatrechtl. Abhandlungen S.88ff.

<sup>91</sup> Zitiert unter Ziff. III 1, Anm. 52.

<sup>92</sup> Alles, was hier dargelegt wurde, negierte P. NOLL: «Die Rechtswissenschaft als Rechtsprechungswissenschaft hat die Gesetzgebungswissenschaft kaum befruchtet» (S. 526); sodann: «Kodifikationen genießen ganz zu Unrecht den Ruhm großer gesetzgeberischer Leistungen. Sie sind nicht produktiv. Das sah schon Theodor Geiger» (S. 534) in: Von der Rechtsprechungswissenschaft zur Gesetzgebungswissenschaft. Wenn NOLL aber sagt, die Kodifikation sei die größte Leistung der Rechtsprechungswissenschaft (S.526), wäre sie gar nicht eine gesetzgeberische Leistung der Rechtswissenschaft; soweit sie doch eine solche wäre, würde sie jedenfalls nicht viel taugen. Wie hätte wohl das ZGB aussehen

## 2. Das äußere System

In der methodologischen Literatur wird heute allgemein zwischen äußerem und innerem System unterschieden. Damit scheint PHILIPP HECK vorangegangen zu sein<sup>93</sup>.

Das äußere System in einem weiteren Sinn ist die Ordnung der Rechtssätze, Begriffe und Institutionen nach einem bestimmten Plan. Diese Ordnung besteht in der Einteilung des Rechtsstoffes in die einzelnen Rechtsdisziplinen des öffentlichen Rechtes einerseits, des privaten Rechtes andererseits (vorbehältlich dessen, was über das Arbeitsrecht oben, unter Ziffer IV 1, gesagt wurde). Unter diesem Gesichtspunkt fassen wir das ZGB ins Auge. Es ist nach Lebensverhältnissen in die verschiedenen Abteilungen gegliedert: Personenrecht, Familienrecht, Erbrecht und Sachenrecht. Im Familienrecht und im Erbrecht sind die personenrechtlichen und die vermögensrechtlichen Teile zu unterscheiden. Im Vermögensrecht scheiden sich die dinglichen und die persönlichen oder obligatorischen Rechte. Da die Zahl der Kategorien von dinglichen Rechten geschlossen ist, ergeben sich schon aus dem Begriff des dinglichen Rechtes vollständige Unterteilungen.

In einem engeren Sinn ist das äußere System zu verstehen, welches für WALTHER BURCKHARDT *das* System ist. Es bestimmt, welche *Fragen* zu stellen sind und in welcher Reihenfolge sie zu stellen sind, damit ihre Beantwortung alles sagt, was für die Anwendung der ein Institut bildenden Normen nötig ist<sup>94</sup>. Diese Aufgabe verlangt keine materiellen Entscheidungen, insbesondere keine Werturteile. Sie hat rein formalen Charakter<sup>95</sup>. Aber sie dient doch nicht mehr nur dem Bedürfnis nach Übersicht in der Dis-

müssen, um NOLLS Anerkennung als große gesetzgeberische Leistung zu verdienen?

<sup>93</sup> Dies bemerkt CANARIS, S. 35. Siehe die Ausführungen HECKS, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S. 139ff. Besonders eingehend ist die Unterscheidung in ENGISCHS Abhandlung über Sinn und Tragweite der juristischen Systematik, S. 131, erörtert.

<sup>94</sup> Methode und System, S. 131.

<sup>95</sup> LARENZ, Methodenlehre, S. 253ff. will dem äußeren System nur die Funktion der Orientierung, aber keinen Erkenntniswert, womit er wohl materiale oder Inhaltserkenntnis meint, zuerkennen.

position. Wenn sie erfüllt ist, stehen die Rechtssätze eines Instituts untereinander in einem logischen Zusammenhang. Wenn z.B. das Miteigentum dieses Institut sein soll, muß es als eine Kategorie des gemeinschaftlichen Eigentums und dieses als eine Kategorie des Eigentums begriffen und dann geregelt werden, indem Vorschriften aufgestellt werden:

1. über die Begründung, die Aufhebung und den Untergang;
2. über die Rechte und Pflichten der Beteiligten untereinander und gegenüber der Gemeinschaft, und zwar hinsichtlich
  - a) der Nutzung,
  - b) der Verwaltung,
  - c) der Verfügung,
  - d) der Vertretung,
  - e) der Kosten und Lasten,
  - f) der Haftung,
  - g) gegebenenfalls des Ausschlusses eines Miteigentümers,
  - h) des Verfahrens zur Durchsetzung der Rechte eines Miteigentümers gegenüber einem anderen oder gegenüber der Gemeinschaft und umgekehrt,
  - i) der behördlichen Zuständigkeit zur Beurteilung von Streitfällen.

Damit werden notwendige Fragen beantwortet. *Wie* sie zu beantworten sind, ist nicht eine Angelegenheit des äußeren Systems. Von seinem formalen System der notwendigen Fragen konnte BURCKHARDT wohl sagen: «Es gibt nur *einen* Grundriß des Aufbaues des Rechts, wie es nur *eine* Methode gibt»<sup>96</sup>. Dem, meint ENGISCH, könne man nicht zustimmen, wenn man an ein konkretes Rechtssystem denke<sup>97</sup>. Er übersieht dabei vielleicht doch, daß BURCKHARDT überhaupt kein System des materiellen Rechts anerkennt, nicht einmal ein klassifikatorisches. Vom materiellen Recht sagt er, es könne nicht systematisiert werden, eben deshalb nicht, weil es materielles Recht sei. Wohl anerkennt BURCKHARDT ausdrücklich eine Hierarchie der Werte, aber ein System gebe es

<sup>96</sup> Methode und System, S. 123.

<sup>97</sup> Sinn und Tragweite der juristischen Systematik, S. 188.

da nicht, weil alles vom Beschuß des Gesetzgebers abhänge, der den Ort jedes Wertes in der Hierarchie bestimme. Daß die Rechtsätze des Verhaltensrechts einander nicht widersprechen, sei alles, was die Logik zu fordern habe. In ein System kann danach nur das gebracht werden, was die Logik fordert, eben die logisch notwendigen Fragen<sup>98</sup>. Aber darauf kann auch das äußere System nicht beschränkt werden. Seine Hauptbedeutung liegt vielmehr in der am Anfang dieses Abschnittes dargelegten Einteilung in die verschiedenen Rechtsgebiete und deren mehrstufige Unterteilung, die im Sachenrecht am vollkommensten durchführbar ist. Diese äußere Einteilung ist allerdings nicht eine rein logisch-deduktive, sondern sie ist durch die «Natur der Sache» bedingt, also, wie es modern ausgedrückt heißen würde, sachlogisch bestimmt. Ich verweise dafür auf das am Anfang dieses Abschnittes Gesagte und auf Ziffer III 2 und 3.

Die Einsicht mehrt sich, daß auch die klassifikatorische Einteilung etwas vom Sinn und Zweck der Rechtsordnung oder des Gesetzes, das sie gliedert, in sich aufgenommen habe. ENGISH anerkennt, daß durch die logische Gliederung allenthalben die Teleologie durchscheine<sup>99</sup>. CANARIS fragt, ob nicht auch das äußere System durch die Natur der Sache beeinflußt sei, und bejaht dies, indem er sagt, im äußeren System könne sich das innere teilweise spiegeln<sup>100</sup>. Noch stärker betont GÉNY diesen Zusammenhang<sup>101</sup>.

### *3. Das innere System*

Während das äußere System, vorbehältlich seiner soeben erwähnten sachlogischen Bedingtheit, eine Klassifikation unter dem Gesichtspunkt der logischen Folgerichtigkeit ist, besteht das innere System im Sinn- und Zweckzusammenhang der materiellen Entscheidungen, die der Gesetzgeber mit der Aufstellung der Rechts-

<sup>98</sup> Methode und System, S. 168.

<sup>99</sup> Festgabe Larenz, S. 151.

<sup>100</sup> Systemdenken und Systembegriff, S. 19.

<sup>101</sup> Science et technique III, S. 123 ff. (Les catégories réelles), 147 und schon I 1 (1914), S. 47–49.

normen trifft. Es baut sich auf aus den begrifflich durchgeformten Rechtssätzen, den Institutionen und deren Einordnung in Kategorien, deren Einheit durch Prinzipien hergestellt wird, welche oberste Rechtswerte konkretisieren. In dieser Richtung schreitet man mit der teleologischen Interpretation der Rechtsnorm.

CANARIS, ein Schüler von LARENZ, der die Lehre vom inneren System wohl am eingehendsten entwickelt hat, umschreibt dieses System als die rationale Erfassung der Folgerichtigkeit rechtlicher Wertungszusammenhänge. Als solches ist es für ihn ein Gefüge von Prinzipien<sup>102</sup>.

Daß die Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit systematisch in diesem Sinne ausgebaut sei, wird niemand behaupten können. Dieses System ist ein Postulat, von dessen Verwirklichung wir heute weiter entfernt sind als noch im letzten Jahrhundert. Wir müssen und dürfen uns mit Teilsystemen begnügen<sup>103</sup>. Am nächsten kommen diesem Ziel die Kodifikationen, soweit sie noch intakt sind, die älteren, wie vorn bemerkt wurde, am ehesten noch im Obligationenrecht, Sachenrecht und Erbrecht. Geprägt sind sie von der bei ihrer Entstehung herrschenden Rechtsauffassung. Vom Standpunkt einer neu sich bildenden Rechtsauffassung, wie sie SAVIGNY gegenüber den Kodifikationen vertreten hat, welche bereits bestanden, war seine These begründet, daß die Zeit der Kodifikation in Deutschland noch nicht gekommen sei, solange nicht die Wissenschaft den Stand erreicht haben werde, auf welchem eine begrifflich und institutionell durchgeformte, systematisch aufgebaute Gesetzgebung möglich sei. Diesen Stand erreichte die deutsche Rechtswissenschaft im Laufe des 19. Jahrhunderts und machte erst das BGB, so wie es gestaltet ist, möglich. Dafür hat SAVIGNY selbst

<sup>102</sup> CANARIS, Systemdenken, S.43, wie LARENZ, Methodenlehre, S.459: «Das System, um das es hier geht, kann nicht ein solches begrifflicher Ableitungen, logischer Unterordnungsverhältnisse sein, sondern das *innere, sinnhafte Gefüge* der Rechtsnormen und Rechtsinstitute.»

<sup>103</sup> ENGISCH, Festgabe Larenz, S.125ff., bes. S.149: «Es ist nicht zu erwarten und nicht vonnöten, alle zu einer Rechtsordnung gehörigen rechtlichen Regeln bzw. Lehrsätze zu einem alles umfassenden «vollständigen» Gesamtsystem zusammenzuschließen. Dem Juristen genügen durchwegs Teilsysteme, Divisionen und Klassifikationen relativ hoher Gattungsbegriffe...».

die größte und grundlegende Leistung mit seinem System des heutigen Römischen Rechts erbracht (1840–1849). Im ersten Band dieses Werkes werden neuerdings immer häufiger heute noch gültige methodologische Grundsätze wiedererkannt<sup>104</sup>. Mit der «nicht geringen Überraschung» ESSERS wird festgestellt, «daß der Begründer der historischen Rechtsschule in seiner «eigenmächtigen Systembildung» den rein enzyklopädischen Charakter der Pandekistik durch die Besinnung auf den inneren Zusammenhang und die Natur der Sache jeder Institution überwunden hat». Bei SAVIGNY sei eine geradezu phänomenologische Schau des Rechtsgedankens anzutreffen, aus dem ein organisches System als angeblich historische Lösung entwickelt werde<sup>105</sup>. Das Grundphänomen dieser Systembildung ist für SAVIGNY die *Institution* und ist es geblieben, auch in der heutigen Methodenlehre<sup>106</sup>. Die Institutionen stehen ihrerseits wieder in einem systematischen Zusammenhang, der durch die *Prinzipien* hergestellt wird. Dies sind die allgemeinen Rechtsgedanken, welche die Institutionen durchdringen. Das System, das durch diese Zusammenhänge gebildet wird, muß ein *offenes* System sein, und die Teilsysteme müssen umgebildet und

<sup>104</sup> FLUME, Allg. Teil des BGB II, S. 293ff.

<sup>105</sup> ESSER, Studium generale 12, S. 98; Grundsatz und Norm, S. 169; COING, Savignys rechtspolitische und methodische Anschauungen in ihrer Bedeutung für die gegenwärtige Rechtswissenschaft, S. 329ff.

<sup>106</sup> Siehe außer ESSER, Studium generale 12, S. 98 sowie Grundsatz und Norm, S. 323f. namentlich auch HENKEL, Rechtsphilosophie, S. 269/70: «Gliederung und System des positiven Rechtsstoffes ermöglichen erst die Berücksichtigung der *Institutionen* und der institutionellen Zusammenhänge. Die hierarchische Gliederung in grundlegende, umfassende Institutionen und in ihnen geordnete spezielle Institute: dies alles verleiht dem Rechtsstoff erst sein Ordnungsgefüge...». «Als gestalthafte Rechtsgebilde verleihen die Institutionen dem sonst unübersichtlichen Regelungsbegriff des positiven Rechts das erforderliche Ordnungsgefüge, Aufbau, System und Gliederung. Eine solche Betrachtung hat SAVIGNY begründet.» Siehe auch DU PASQUIER, Introduction, № 111, S. 277.

Die Bedeutung der allgemeinen Rechtslehre hat die Theorie der Institution für MAURICE HAURIOU und für SANTI ROMANO, die beide hervorragende Vertreter der Rechtswissenschaft ihrer Länder sind. Siehe R. SCHNUR, Die Theorie der Institution, und zwei andere Aufsätze von M. HAURIOU mit Einleitung und Bibliographie, Schriften zur Rechtstheorie 5, 1965.

vermehrt werden können. Auch unter sich bilden die Prinzipien nicht ein festes Gefüge, in dem jedes von ihnen seinen bestimmten Rang hat. Erst durch die Ausgestaltung der Institute wird bestimmt, welches Prinzip in diesem den Vorrang vor einem anderen hat. Daraus ergibt sich der Wirkungsbereich der einzelnen Prinzipien. Die Prinzipien liegen der gesetzlichen Regelung zugrunde. Der Gesetzgeber braucht sie nicht zu nennen und begrifflich zu bestimmen. Dies ist die Aufgabe der Wissenschaft und der richterlichen Rechtsanwendung und Rechtsfindung<sup>107</sup>.

Leicht können diese fehlgehen, wenn sie an einmal stabilisierten Grundsätzen starr festhalten und im Rechtsleben oder durch gesetzliche Vorschriften gebildete institutionelle Tatbestände dem einen oder dem anderen Grundsatz unterstellen, ohne zu erkennen, daß ihre Besonderheit nur durch einen neuen Gesamtbegriff gewahrt werden kann, der dem System einzufügen ist. Daß dies immer möglich ist, macht eben das Wesen des *offenen* Systems aus.

So galt als selbstverständlich und feststehend, daß eine Personenverbindung, die durch Organe handelt, eine juristische Person sei, und daß infolgedessen ihr Vermögen dieser gehöre und nicht im Miteigentum oder Gesamteigentum der Beteiligten stehen könne<sup>108</sup>. Daß auch eine Miteigentumsgemeinschaft oder Gesamthandschaft sich zur Verwaltung ihres Vermögens körperschaftlich organisieren könne, ohne hinsichtlich der Vermögenszuständigkeit zur juristischen Person zu werden, wurde verkannt. Daß diese Rechtsfigur, wie im Deutschen Privatrecht auch im heute geltenden Recht, tatsächlich gar nicht so selten vorkommt, blieb unbeachtet. Inzwischen ist sie im neuen Recht des Miteigentums und des Stockwerkeigentums zu einer gesetzlich geregelten Einrichtung geworden. Ein anderes Dogma des «tertium non datur» bestand darin, daß das Recht gegenüber dem Eigentümer einer Sache nur entweder ein dingliches oder ein persönliches Recht sein könne und daß das gegenüber dem *jeweiligen* Eigentümer der Sache wirksame Recht ein dingliches Recht sein müsse. Daraus haben sich zahl-

<sup>107</sup> ESSER, Grundsatz und Norm, S. 166ff.

<sup>108</sup> BGE 46 II 22 = Pr. 9 Nr. 24.

reiche praktische Schwierigkeiten der Rechtsanwendung ergeben, die sich lösten, nachdem mit dem Rückgriff auf das *ius in rem scriptum* des gemeinen Rechtes erkannt wurde, daß sich aus der gesetzlichen Regelung eine ganze Reihe von Rechten obligatorischer Natur ergeben, die gegenüber dem *jeweiligen* Eigentümer oder Besitzer einer Sache bestehen (Realobligationen)<sup>109</sup>.

Jedes Gesetzbuch enthält Tatbestände, die trotz gleicher Interessenlage verschieden geregelt sind. Die teleologische Interpretation kann ergeben, daß den verschiedenen Rechtssätzen zwar das gleiche Prinzip zugrundeliegt, daß es aber von Fall zu Fall verschieden konkretisiert worden ist. Durch die Korrektur, welche sich aus der teleologischen Auslegung ergibt, kann der einheitliche Sinn- und Zweckzusammenhang hergestellt und damit eine Vereinfachung erzielt werden, welche die Rechtssicherheit und die Rechtsgleichheit verstärkt. Als Beispiele hiefür könnten Tatbestände der Kausalhaftung, des Nachbarrechts oder der ungerechtfertigten Bereicherung in den verschiedenen Abteilungen unserer Kodifikation angeführt werden.

Es ist die Aufgabe des Gesetzgebers, bei jeder Setzung einer Rechtsnorm diese so zu fassen, daß jeder Sachverhalt, der ihr zu subsumieren ist, vernünftig und zweckmäßig beurteilt werden kann. Dieses Gebot verlangt, daß alle diese Sachverhalte, die sich nach der Erfahrung und nach aller Voraussicht ergeben können, ins Auge gefaßt werden. Nur soweit dies geschieht, besteht Gewähr für eine Beurteilung nach Grundsätzen. Geschieht es nicht, weil nur einseitige Interessen in den gesetzgebenden Instanzen geltend gemacht werden, oder weil es da an der nötigen Übersicht über die sich einstellenden Konflikte fehlt, wird es zur Aufgabe der Wissenschaft und des Richters, die gesetzliche Norm so zu berichtigen, daß sie nach Grundsätzen angewendet werden kann und nicht aus Billigkeit von Fall zu Fall von ihr abgewichen werden muß<sup>110</sup>.

<sup>109</sup> LIVER, Zürcher Kommentar, Grunddienstbarkeiten, Einleitung, N. 148 ff. und Nachtrag S. 653 f.

<sup>110</sup> So verhält es sich mit dem vom Entwurf abweichenden Art. 742 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 693 ZGB betr. die Kosten der Verlegung von Leitungen.

Wenn aber der Gesetzgeber systemgerecht verfahren ist und verschiedene, vielleicht weit auseinander liegende Tatbestände gleicher Interessenlage nach dem gleichen Prinzip geordnet, dieses Prinzip jedoch nicht ausgesprochen hat, was auch nicht seine Aufgabe ist, muß es in der Wissenschaft und Rechtsprechung aufgewiesen und nach ihm entschieden werden, auch wenn der Wortlaut einer Bestimmung einen anderen Sinn zu haben scheint<sup>111</sup>.

Wenn auch jede Kodifikation nicht nur in ihrer begrifflichen Durchbildung und ihrem systematischen Aufbau, sondern auch in ihrem Inhalt zum weit überwiegenden Teil immer die rechtssatzmäßige Darstellung bewährter Lehre und Überlieferung ist, so fehlt es ihr doch in keinem Fall an schöpferischem Gehalt. Wer wollte diesen gerade unserem schweizerischen Zivilgesetzbuch absprechen?

Wo mit der Kodifikation Neuerungen von grundsätzlicher Bedeutung eingeführt werden, stellen sich dem Gesetzgeber Schwierigkeiten der Begriffsbildung und der systematischen Einordnung entgegen, die er nicht immer zu überwinden vermag. Diese Aufgabe fällt dann der Wissenschaft und der Rechtsprechung zu. Zu ihrer Lösung sind oft jahrzehntelange Bemühungen erforderlich. Damit ist dann die Gefahr der Rechtsunsicherheit für diese lange Zeit verbunden.

Im ZGB sind solche Neuerungen das allgemeine Persönlichkeitsrecht, die im Sachenrecht als Grundstücke bezeichneten selbständigen und dauernden Rechte, die in das Grundbuch aufgenommen sind, die Tatbestände der mittelbar gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen, von denen hier schon die Rede war, dann die Verantwortlichkeit des Grundeigentümers und der Eigentumsvorbehalt, der zur Entstehung des Registereintrages bedarf.

Davon soll nur für die Verantwortlichkeit des Grundeigentümers

Das Bundesgericht hat die von mir (Zürcher Kommentar, N. 100 zu Art. 742) vorgeschlagene Gebotsberichtigung abgelehnt (97 II 371 = Pr. 61 Nr. 123).

<sup>111</sup> Das Bundesgericht glaubte, im Art. 805 Abs. 3 liege eine Ausnahme vom Grundsatz vor, daß eine Sache kraft guten Glaubens vom nicht verfügberechtigten Besitzer gültig erworben werden kann, was nicht zutrifft und übrigens schon durch vergleichende Betrachtung des gesetzlichen Sprachgebrauchs zu erkennen wäre (BGE 60 II 195 = Pr. 23 Nr. 112; 64 II 85 = Pr. 27 Nr. 122).

gemäß Art. 679 ZGB die Bedeutung der systematischen Einordnung hervorgehoben werden. Ihre Abgrenzung gegenüber den Haftungstatbeständen des OR, insbesondere der Haftung des Werk-eigentümers nach Art. 58 OR, dann gegenüber der Abwehr ungerechtfertigter Einwirkungen mit der *actio negatoria* (Art. 641 Abs. 2 ZGB) war jahrzehntelang streitig und mit ihr die Aktiv- und Passivlegitimation. Erst seitdem der *nachbarrechtliche* Charakter der Haftung erkannt wurde (OFTINGER, STARK, FROELICHER u.a.), war die Grundlage für die Beendigung dieser Unsicherheit gegeben. Daraus ergeben sich wichtige praktische Konsequenzen, die zum Teil gezogen worden sind, zum Teil aber noch zu ziehen sind und sich auch auf die übrigen nachbarrechtlichen Tatbestände auswirken werden.

Wenn auch die Rechtssetzung nach Prinzipien verfährt oder doch verfahren soll und sich damit auf die obersten Rechtswerte ausrichtet, fragt sich doch, ob diese Prinzipien und die Rechtswerte selber unter sich *ein Gefüge* bilden, in dem das innere System nach der Untersuchung von C. W. CANARIS bestehen würde.

Wie vorn schon bemerkt wurde, besteht ein solches Gefüge als System der Über- und Unterordnung mit bestimmtem, immer gleichem Rang eines jeden Wertes und Prinzips wohl nicht. Selbst im Verhältnis zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit trifft dies nicht zu. Zwischen diesen Werten kann ein durchaus antinomisches Verhältnis bestehen. Wenn um der Rechtssicherheit willen der Erwerb von anvertrauten Sachen, und wenn es Geld und Inhaberpapiere sind, selbst von abhandengekommenen Sachen im Vertrauen auf die Verfügungsberechtigung des Veräußerers geschützt wird, so kann darin eine Ungerechtigkeit gesehen werden (BINDING u.a.). Wenn hier die Rechtssicherheit den Vorrang erhält, wird sie in anderen Fällen einem anderen Wert hintangesetzt, z. B. dem Schutz des bevormundeten Handlungsunfähigen, wenn dieser eine Verfügung zugunsten eines gutgläubigen Erwerbers getroffen hat. Wiederumgekehrt wird der gutgläubige Erwerber eines Schuldbriefes, der von einem Handlungsunfähigen errichtet wurde, kraft der Publizitätswirkung des Grundbuches geschützt (BGE 89 II 387 = Pra 53 Nr. 35).

Der Gesetzgeber bestimmt also den Rang und den Wirkungs-

bereich der Prinzipien für verschiedene Institute verschieden. Die Wirkung eines Prinzips kann auch so begrenzt sein, daß von einem bestimmten Punkt an ein anderes Prinzip zur Geltung kommt. So gilt selbstverständlich im Sachenrecht wie in der gesamten Rechtsordnung der Grundsatz von Treu und Glauben. Aber der Gesetzgeber hat auch ihn fallen lassen, wo es ihm um die Durchsetzung der grundbuchlichen Publizität ging, die er zu seinem eigentlichen Idol gemacht hat. Diesem sind Dienstbarkeiten, die nach Recht und Billigkeit bestehen müssen, ohne eingetragen zu sein, und deshalb im alten Recht auch als «selbstverständliche Dienstbarkeiten» bezeichnet waren, nämlich diejenigen, die durch Widmung des Eigentümers beider Grundstücke entstanden sind (par destination du père de famille), durch Abänderung des Vorentwurfs geopfert worden<sup>112</sup>.

Der allgemeine Grundsatz, daß der Eigentümer einer Sache jede ungerechtfertigte Einwirkung, insbesondere jeden Eingriff durch Umgestaltung seiner Sache abwehren und die Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangen kann, findet seine Grenze an dem anderen Prinzip, daß größere Werte, die einmal geschaffen worden sind, nicht zerstört werden sollen, sondern dem, der sie geschaffen, gehören sollen, im Grundstücksrecht, wenn er gutgläubig ist, im Fahrnisrecht ausnahmsweise auch, wenn er nicht in gutem Glauben gehandelt hat (Art. 673, 674, 726 ZGB).

In jeder Kodifikation gibt es sodann Rechtssätze, die zum Schutze von Sonderinteressen im Widerspruch zum Prinzip des betreffenden Instituts aufgenommen sind, am häufigsten, wenn die Kommissions- und Parlamentsmitglieder Verbands- und Berufsstandsinteressen mit Erfolg vertreten<sup>113</sup>. Das ist singuläres Recht, das von den Grundsatz-Normen zu unterscheiden ist<sup>114</sup>. Diese Sondertatbestände sind als Ausnahmen gekennzeichnet oder doch

<sup>112</sup> LIVER, Zürcher Kommentar, N. 45 ff. zu Art. 733.

<sup>113</sup> Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est (I.16 D 1,3).

<sup>114</sup> LIVER, Der Wille des Gesetzes, S. 6 f.; Der Begriff der Rechtsquelle, ZBJV S. 34 f., 43 ff., in den Privatrechtlichen Abhandlungen S. 63, 72 ff. Die Unterscheidung hat SAVIGNY (System des heutigen römischen Rechts I, 1840, S. 61 ff.) begründet und durchgeführt. Aus der neueren Literatur ist namentlich zu nennen: F. REGELS-

leicht erkennbar<sup>115</sup>. Sie sind nicht Mängel eines nicht erkannten Systemzusammenhangs, sondern bewußte und gewollte Ausnahmen vom System. Sie beeinträchtigen dieses und können auch an sich unzulänglich sein, namentlich dann, wenn sie auch den Ausnahmetatbestand in einer willkürlichen Verengung erfassen, weil der Gesetzgeber nur eine darunter fallende Einzelerscheinung in Betracht zieht und alle übrigen nicht sieht und nicht bedenkt. Auch dafür könnten wieder die Leitungen in verschiedener Hinsicht als Beispiel angeführt werden. Das singuläre Recht ist seinem Begriff nach systemwidrig und kann deshalb aus unserer Betrachtung ausgeschieden werden. Von ihm abgesehen muß jede Norm ihren Ort in einem bestimmten Sinn- und Zweckzusammenhang haben. In dieser Ordnung besteht das System. Sie ergibt sich aus der Gestaltung eines Rechtsgebietes und seiner Institutionen nach Prinzipien. Je nach der Beurteilung der Interessenlage, nach den Gerechtigkeits- und Zweckvorstellungen des Gesetzgebers, kommt das eine oder das andere Prinzip zur Geltung. Ist diese Entscheidung getroffen, muß sie auch konsequent durchgehalten werden. Wo immer die gleiche Interessenlage gegeben ist, soll sie auch nach den gleichen Prinzipien normiert sein. In anderen Interessenlagen kann ein anderes Prinzip näher an die obersten Rechtswerte heranführen. Wie immer dann das Gesetz entscheidet, muß seine Rechtsnorm so beschaffen sein, daß nach ihr jeder Sachverhalt beurteilt werden kann, der unter den gesetzlichen Tatbestand fällt. Das Gesetz kann nur dann als systemgerecht gelten, wenn seine Anwendung nach Grundsätzen möglich ist.

BERGER, Das jus singulare und die analoge Anwendung, in den Streifzügen im Gebiete des Zivilrechts, 1892 (zu Iherings 50jährigem Doctorjubiläum).

<sup>115</sup> Immerhin kann doch fraglich sein, welches die Regel und welches die Ausnahme ist, etwa wenn für die Begründung von Rechtsinstituten der gleichen Kategorie verschiedene Formvorschriften aufgestellt sind, z. B. Art. 732; 746, 783; 691, 710, 680 ZGB.

## VII. Begriff und System im nicht kodifizierten Recht

Gegenstand des methodologischen Schrifttums, mit dem wir uns hier befaßten, ist, wenn nicht ausschließlich, doch zur Hauptsache, das kodifizierte Privatrecht und dessen Fortbildung durch die richterliche Rechtsfindung. Das nicht kodifizierte Recht, auch die zivilrechtlichen Nebengesetze, vor allem aber das öffentliche Recht, als dessen Hauptstück, das wir unter dem Gesichtspunkt der Begriffsbildung berührten, das Verwaltungsrecht zu gelten hat (abgesehen vom Staatsrecht), hat seine Quellen, soweit es überhaupt gesetztes Recht ist, in der *Spezialgesetzgebung*. Vom Privatrecht her gesehen, bilden die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen (Verfügungs- und Benutzungsbeschränkungen) sowie das Recht der sog. öffentlichen Sachen den Inhalt des Verwaltungsrechtes, wobei das Recht des Erwerbs dieser Sachen und von Rechten an ihnen sowie die Entschädigung für Eingriffe in das Privatrecht, die über die verfassungsmäßig zulässige Beschränkung hinausgehen (die formelle und die materielle Enteignung), zu den aktuellsten Problemen geführt hat. Umfassend und systematisch geregelt kann auch im Verwaltungsrecht das Verwaltungsjustizverfahren, das Verwaltungsverfahren und das Verwaltungsstrafrecht sein. Es sei nur an die Bundesgesetze vom Jahre 1968 über die Verwaltungsrechtspflege und das Verwaltungsverfahren erinnert, sowie an viel ältere kantonale Gesetze wie die bündnerische Verordnung über das Verfahren in Verwaltungsstreitsachen vor dem Kleinen Rat vom 1. Dezember 1942, das inzwischen zu einem wesentlichen Teil durch das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 9. April 1967 ersetzt oder in dieses übernommen worden ist. Im Gegensatz dazu ist das materielle Verwaltungsrecht noch nirgends kodifiziert worden, auch nicht in seinem allgemeinen Teil. Das Kodifikationspostulat in diesem beschränkten Bereich ist zwar vereinzelt erhoben worden. Im allgemeinen wird es nicht für wünschbar oder nicht für möglich gehalten<sup>116</sup>. Daß die Verwaltungsrechtswissenschaft nicht zum

<sup>116</sup> E. FORSTHOFF, Verwaltungsrecht, 8. Aufl., München 1961, nimmt dazu Stellung auf S. 148 f.; Z. GIACOMETTI, Allg. Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts I, Zürich 1960, S. 146 f. betont ebenfalls, daß das Verwaltungsrecht in einer Vielzahl von Spezialgesetzen niedergelegt sei. Dies liege in der Natur der

Aufbau eines Systems geführt hat, wird vielfach ausdrücklich festgestellt<sup>117</sup>. Dagegen sind Institutionen des Verwaltungsrechts eine bekannte Erscheinung<sup>118</sup>. Man denke an die Einteilung der öffentlichen Sachen und die Gestattung ihrer Benutzung durch Erlaubnis, Bewilligung, Verleihung, sowie an den Gemeingebrauch, den gesteigerten Gemeingebrauch und die Sondernutzung dieser Sachen, ferner etwa an die Institute des öffentlichen Baurechts, wie Zonenplan, Überbauungsplan, Baulinienplan, Gestaltungsplan, Immissionsverbote usw. Auch allgemeine Grundsätze sind anerkannt: Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Rechtsgleichheit, die Verhältnismäßigkeit, die Vorteilsausgleichung u.a.

Die Spezialgesetzgebung bietet indessen nie die gleiche Gewähr für eine begriffliche und systematische Durchbildung wie eine Kodifikation. Mit jedem einzelnen Erlaß wird meistens (vorbehältlich umfassenderer Gesetze, wie des Wasserrechts, des Baurechts, des Wegerechts) ein ganz bestimmter einzelner Zweck verfolgt. Dabei besteht die Gefahr, daß der gleiche Begriff in den verschiedenen Gesetzen einen verschiedenen Sinn hat, oder daß für den gleichen Sachverhalt verschiedene Begriffe verwendet werden, ferner daß in unnötiger und widerspruchsvoller Weise in andere Gesetze, namentlich ins Privatrecht, eingegriffen wird und daß die verschiedenen Zwecke des gleichen Gesetzes oder verschiedener Spezialgesetze einander widersprechen, so daß der eine nur dadurch verwirklicht werden könnte, daß der andere aufgegeben wird, oder

Sache und mache eine Kodifikation unmöglich. Das Haupthindernis sei die sich ständig mehrende Mannigfaltigkeit der Materien, welche im Wesen des modernen Wohlfahrts- und Sozialstaates begründet sei, der eine unübersehbare Fülle von Bedürfnissen zu befriedigen habe.

<sup>117</sup> Ebenda, ferner W. JELLINEK, Verwaltungsrecht, 1948, S. 114 und S. 153, wo das «fein durchdachte BGB» dem «aus einer großen Anzahl unzusammenhängender Gesetze bestehenden Verwaltungsrecht» gegenübergestellt wird. Von FORSTHOFF zitiert S. 148, Anm. 4.

<sup>118</sup> FLEINER gab seinem Deutschen Verwaltungsrecht den Titel «Institutionen» (Einrichtungen). Dazu FORSTHOFF, S. 153 Anm. 1. FORSTHOFF selber vertritt die Institutionenlehre als methodologisches Prinzip des Verwaltungsrechts. Als Beispiele für Institutionen als «gestaltende Rechtsgebilde» nennt er: Staat, Verfassung, Selbstverwaltung, Eigentum, Enteignung, Polizei, Gesetz, Verordnung, Vertrag, Ehe und Familie (S. 151/152).

daß weder der eine noch der andere verwirklicht werden kann, was ein Hauptgrund der schwindenden Autorität des Gesetzes überhaupt ist.

Die hier angedeuteten gesetzgeberischen Mißgriffe haben sich besonders deutlich im Landwirtschaftsrecht gezeigt. Erstmals hat dieses Schiffbruch erlitten mit der Revision des bäuerlichen Erbrechts im Bundesgesetz über die Entschuldung landwirtschaftlicher Heimwesen vom 12. Dezember 1940, in Kraft getreten am 11. Januar 1947<sup>119</sup>. Schwer behaftet mit den genannten Mängeln war sodann das BG über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes vom 12. Juni 1951 (EGG). In ihm sind nicht nur verschiedene Begriffe für den gleichen Sachverhalt verwendet, sondern seine agrarpolitische Zwecksetzung ist in der parlamentarischen Behandlung durchkreuzt worden durch Bestimmungen mit dem Zwecke des Familienschutzes. Ein Vorschlag im bundesrätlichen Revisionsvorschlag vom 29. April 1970 (Ergänzungsbotschaft vom 8. März 1971) zur zweckgemäßen Ausgestaltung des Vorkaufs wurde fallen gelassen. Wo die Spezialgesetzgebung grassiert, kann es leicht dazu kommen, daß ein Gesetz sich gar nicht anwenden läßt, weil es einem anderen widerspricht. So würde das Gewässerschutzgesetz vom 8. Oktober 1971, wie schon weiter vorn bemerkt, die Durchführung des Bundesbeschlusses über die Investitionshilfe im Berggebiet gerade in besonders dringlichen Fällen unmöglich machen, wenn es im Sinne des Gesetzgebers angewendet würde, was allerdings nicht zu erwarten ist. Da fehlt ihm infolge seiner eigenständigen Starrheit die Praktikabilität. Indem es sich alle Quellen unterstellt, ohne Rücksicht darauf, ob ihre Verschmutzung öffentliche oder nur private Interessen berührt, greift es ganz unnötigerweise in das private Recht ein. Auch in dieser Hinsicht fehlt ihm die Praktikabilität<sup>120</sup>. Bisher hat es auch an der Abstimmung der Meliorationsgesetzgebung auf die «Raumplanung» gefehlt, so daß

<sup>119</sup> Meine Abhandlung in der Festschrift Tuor, Zürich 1946, S. 49 ff.; Der Wille des Gesetzes, S. 26f.; Der Begriff der Rechtsquelle, ZBJV, S. 41, Privatrechtl. Abhandlungen, S. 70; Die Revision des bäuerlichen Privatrechts, Blätter für Agrarrecht, 1969, S. 1 ff.

<sup>120</sup> Auf Eingaben eines Zivilisten an die Expertenkommission ist diese nicht eingetreten. Fruchtlos blieben auch die an verschiedene Kantone des Berggebietes

eine Güterzusammenlegung und die spätere Ausscheidung einer Bauzone nicht oder nur mehr unter Verletzung der Rechtsgleichheit und damit der Gerechtigkeit möglich wurde<sup>121</sup>.

Auch im Bereich der Spezialgesetzgebung könnten sehr bedeutsame Schritte zur teilweisen Verwirklichung eines äußeren und inneren Systems auf Teilgebieten getan werden. Sie bestünden in der einheitlichen Ausbildung von Institutionen, die vielen Gesetzen gemeinsam sind. Dabei ist zu denken an die Vereinheitlichung des Haftpflichtrechtes<sup>122</sup>, der Gesetzgebung über den Umweltschutz<sup>123</sup>, durch die Ausbildung eines Allgemeinen Teils des Steuerrechts<sup>124</sup>. Von der Gesetzgebung über das Verwaltungs-, Verwaltungsjustizverfahren und das Verwaltungsstrafrecht war hievor schon die Rede. Vielleicht darf ich auch erwähnen, daß es möglich war, dem neuen Einführungsgesetz des Kantons Appenzell-AR zum ZGB vom 27. April 1969 einen Rechtsstoff einzugliedern, der in anderen Kantonen ein Dutzend Spezialgesetze füllt.

Nach diesen bloßen Andeutungen möchte ich am Schluß dieses

mit Streusiedlung gerichteten Eingaben. Nachträglich wird da nun gegen die Anwendung des Gesetzes laut opponiert.

<sup>121</sup> Im Zusammenhang mit einer Güterzusammenlegung könnte die Bauzone ausgeschieden und von der Meliorationsgenossenschaft zu Eigentum mit der Beteiligung aller Grundeigentümer nach Maßgabe ihres Anteils am Wert des gesamten einbezogenen Bodens übernommen werden. Es bestünde dann die Möglichkeit der ungehinderten Planung der Überbauung. Die Bauparzellen würden von der Genossenschaft hierauf veräußert. Der Erlös würde unter die Mitglieder anteilmäßig verteilt. Jede Entschädigungspflicht entfiele. Die Rechtsgleichheit wäre voll gewahrt. Diese Möglichkeit ist in keinem gesetzlichen Erlaß, auch nicht im Entwurf des eidg. Planungsgesetzes vorgesehen worden. Mit der genossenschaftlichen Denkweise und mit dem genossenschaftlichen Gemeinschaftsbewußtsein, dieser alteidgenössischen Lebensform, ist es offenbar nicht weit her. Die Genossenschaft ist eine Notgemeinschaft; ohne Not wird sie nicht gebildet.

<sup>122</sup> Die Vereinheitlichung des Haftpflichtrechtes war im Jahre 1967 Gegenstand der Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins auf Grund der Referate von EMIL W. STARK und FRANÇOIS GILLIARD.

<sup>123</sup> H. U. MÜLLER-STAHEL, Schweiz. Umweltschutzrecht, Zürich 1973.

<sup>124</sup> ERNST BLUMENSTEIN hatte einen Allg. Teil des eidg. Steuerrechts entworfen, der von einer großen Expertenkommission eingehend beraten, dann aber fallen gelassen wurde.

Abschnittes betonen, daß das erste und allgemeinste Prinzip jeder rechtlichen Ordnung die *Rechtsgleichheit* ist. Ohne sie würde jedes System seine Berechtigung verlieren. Ohne sie gibt es keine Gerechtigkeit. Die Wahrung der Rechtsgleichheit aber ist die zentrale und die schwierigste Aufgabe der Gesetzgebung über die «Raumplanung», den Umweltschutz und das Bauwesen<sup>125</sup>.

Daß die Rechtsgleichheit im Sinne des Art. 4 BV die notwendige Grundlage jedes Systems, des äußeren und des inneren ist, zeigt besonders klar die prägnante Erläuterung WALTHER BURCKHARDTS zum Art. 4 BV in seinem Kommentar, Seite 25, im folgenden Satz:

«Die Gleichheit im ersten (formellen) Sinn entspricht der Forderung folgerichtiger Verwirklichung des Rechts. Die Gleichheit im zweiten Sinn der Forderung *richtiger* Verwirklichung. Die erste entspricht<sup>126</sup> dem formalen Gebot der Logik; die zweite dem sachlichen Gebot der Gerechtigkeit. Formell rechtsungleich ist, was sich nicht konstruieren, materiell, was sich nicht begründen läßt.»

### **VIII. Die Aufgabe des Juristen in der Rechtssetzung**

Eine Rechtssetzung, welche den dargelegten Anforderungen entspricht und die namhaft gemachten Fehler vermeidet, kann nur das Werk von Juristen sein. Es müssen Juristen sein, die auf den Gebieten, auf welche sich die gesetzgeberischen Erwägungen erstrecken, als sachverständig gelten können. Sie sollten sich auch die Rechtsvergleichung zunutze machen und mit den Rechtstatsachen, die den zu gestaltenden Stoff bilden, aus eigener Erfahrung oder durch Aneignung der Ergebnisse der Forschung anderer vertraut sein. Dieses Wissen kann ihnen heute in immer zahlreicher werdenden Fällen nur durch Mitwirkung von Vertretern spezieller Zweige der Wissenschaft und Technik vermittelt werden. Eine

<sup>125</sup> LIVER, Eigentumsbegriff und Eigentumsordnung, Privatrechtl. Abhandlungen, S. 161.

<sup>126</sup> «widerspricht» statt «entspricht» ist ein Druckfehler.

deren Wissen umfassende «Gesetzgebungswissenschaft» müßte eine Universalwissenschaft sein, die nur in einer fernen Vergangenheit möglich war.

Da die allgemeinste Grundlage der Begriffs- und Systembildung in der Entwicklung der Privatrechtswissenschaft, welche sich über Jahrhunderte erstreckt, geschaffen worden ist, sollte der Zivilist auch zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechtes herangezogen werden. Da für alle gesetzlichen Maßnahmen, welche die Nutzung des Bodens und den Verkehr mit Grundstücken betreffen, das Grundbuch die wichtigste Informationsquelle und das notwendige Instrument ihrer Durchführung ist, kann die Hilfe des Grundbuchjuristen nicht entbehrt werden.

Die Arbeit des Juristen kann sich nicht auf die bloße Gesetzes-technik im engeren Sinne beschränken. Es ist die unerlässliche und anspruchsvolle Aufgabe des Juristen, auch die inhaltliche Gestaltung und selbst die nähere Bestimmung des Zweckes zu übernehmen. In der Regel wird er ja auch im Bund und Kanton mit der Ausarbeitung des Vorentwurfes und mit dem Referat in den Kommissionen, welche den Entwurf bis zur Vorlage an die gesetzgebenden Räte beraten, betraut.

Motionen und Postulate, die vom Parlament gutgeheißen werden, sind vielfach aus einem einseitigen Bedürfnis mit der dadurch bestimmten engen Zielsetzung hervorgegangen. Im Entwurf eines neuen oder der Revision eines bestehenden Gesetzes müssen jedoch alle betroffenen Interessen erfaßt, gegeneinander abgewogen und Entscheidungen getroffen werden, die sich dem System einfügen lassen oder es ergänzen, da es ja ein offenes System ist.

Wenn ich ein Beispiel aus der eigenen Erfahrung hier anführen darf, mag es das der Ausgestaltung der Baurechtsdienstbarkeit sein. In verschiedenen parlamentarischen Vorstößen wurde zwar die bessere Verwendbarkeit des Institutes angestrebt, aber nur dadurch, daß der Grundeigentümer, namentlich das Gemeinwesen, das Boden für die Überbauung zur Verfügung stellt, in seinen Rechten gegenüber dem Baurechtsnehmer geschützt werde. Insbesondere wurde die dingliche Sicherung des Baurechtszinses verlangt. Im Vorentwurf wurde dann aber die Zielsetzung stark erweitert. Der Schutz des Grundeigentümers wurde mit dem Institut des vorzeitigen Heimfalls auf das ganze Rechtsverhältnis ausgedehnt, auf der anderen Seite aber auch dem Baurechtsnehmer innert den gesetzlichen und vertraglichen Schranken eine sichere Rechtsstellung gegeben, in welcher das Da-

moklesschwert, das mit den üblich gewordenen vertraglichen Bestimmungen über seinem Haupte aufgehängt war, begraben wurde. Im Laufe der Beratungen wurde dann das Interesse, welches im Parlament den Anstoß zur Revision gegeben hatte, aus seinem einseitigen Vorrang zurückgestellt. Mit Grundsätzen des Sachenrechtes wurde das Baurecht in Übereinstimmung gebracht mit dem Erfordernis der öffentlichen Beurkundung, mit der Beschränkung der Begründung auf eine Dauer von hundert Jahren und mit dem gegenseitigen gesetzlichen Vorkaufsrecht, sowie mit der Vormerkung von dessen Aufhebung oder Abänderung.

In der Beratung des ZGB-Vorentwurfes, mit dem die eben skizzierte Ausgestaltung eines einzigen Institutes durchaus nicht verglichen sein soll, sind schon in der Expertenkommission und dann wieder in den Räten und ihren Kommissionen Bestimmungen, die bewährter Lehre und Überlieferung entsprachen, gestrichen und neue Vorschriften aufgenommen worden, die singuläres Recht bildeten und nicht durchdacht, zum Teil unanwendbar waren. (Daß auch einige wenige dringende Verbesserungen zustande kamen, sei nicht verschwiegen.) Um der Rechtseinheit willen, die das alle anderen Interessen und Werte weit überragende Ziel der Kodifikation war, durften auch etwelche Mängel und Inkonsistenzen in Kauf genommen werden.

Auch die vor dem ZGB zustandegekommenen großen gesetzgeberischen Leistungen der Neuzeit, abgesehen von einigen älteren umfassenden Gesetzen<sup>127</sup>, sind Kodifikationen des 18., 19. und 20. Jahrhunderts, von Juristen geschaffen, welche die Rechtswissenschaft ihrer Zeit beherrschten oder über ihren damaligen Stand hinaushoben. Dies gilt von CARL GOTTLIEB SVAREZ (1746–1798), dem hauptsächlichen Schöpfer des Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten (1794)<sup>128</sup>. Dies gilt auch vom Freiherrn KARL ANTON VON MARTINI (1726–1800) und von FRANZ VON ZEILLER (1751–1828), welche die österreichische Kodifikationsbewegung mit dem ABGB (1811) vollendet haben<sup>129</sup>. Vom französischen Code civil steht fest, daß er auf einer langen und hochstehenden wissenschaftlichen Tradition in der Erforschung und Darstellung sowohl des droit écrit des Südens (römisches Recht) wie des droit cou-

<sup>127</sup> Zu nennen ist aus dem 16. Jahrhundert die Peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V., die «Carolina», von 1532, aus dem Anfang des 19. Jahrhunderts das bayrische Strafgesetzbuch FEUERBACHS von 1813. EB. SCHMIDT, Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Göttingen 1951.

<sup>128</sup> H. CONRAD, Deutsche Rechtsgeschichte II, Karlsruhe 1966, S. 387 ff.; CARL G. SVAREZ, Vorträge über Recht und Staat, hg. und eingeleitet von H. CONRAD und G. KLEINHEYER, 1960.

<sup>129</sup> H. CONRAD, a.a.O., S. 391 ff.

tumier des übrigen Frankreichs beruht<sup>130</sup>. Noch stärker ausgeprägt ist der wissenschaftliche Charakter des italienischen Codice civile (1942), in dem die römisch-rechtliche Grundlage gegenüber dem Gesetzbuch von 1865 verstärkt und andererseits die sozialen Elemente und Institutionen vermehrt und vertieft wurden, wofür unser ZGB als Vorbild hätte dienen können, zum Teil auch tatsächlich gedient hat<sup>131</sup>. Daß das deutsche BGB gesetzgeberisch die Vollendung der gemeinrechtlichen Wissenschaft ist, welche FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY (1779–1861) begründet hat, ist allgemein anerkannt. «Das BGB ein in Paragraphen gefaßtes Lehrbuch der Pandekten» ist ein Schlagwort, das wenigstens eine Halbwahrheit enthält<sup>132</sup>. Wie vielfach dargelegt wurde, gehören die juristischen Denkformen und die Systematik, namentlich auch die Voranstellung eines Allgemeinen Teils, der Pandektistik an, während der Inhalt in wesentlichen Teilen (eheliches Güterrecht, Erbrecht, Institute des Sachenrechts) von dieser unabhängig ist. Vorausgegangen sind dem BGB epochemachende gesetzgeberische Leistungen bedeutender Rechtsglehrer: die Wechselordnung 1848, das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch 1861 und der Dresdener Entwurf des OR 1865. Diese Gesetze hatten auch auf die schweizerischen Handels- und Obligationenrechts-Entwürfe neben dem zürcherischen PGB den stärksten Einfluß. Das erste kantonale Civilgesetzbuch, mit dem die eigene deutschrechtliche Tradition erneuert wurde, ist das zürcherische Privatrechtliche Gesetzbuch JOHANN CASPAR BLUNTSCHLIS, der es als «die letzte Frucht der neuesten wissenschaftlichen Tätigkeit» charakterisiert hat<sup>133</sup>. Im

<sup>130</sup> A. ESMEIN, *Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1841* (1911), S. 328 ff.; RIPERT/BOULANGER, *Traité de droit civil I* (1956), chap. II: *Formation et histoire du droit civil*; WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, S. 329 ff.; P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, München 1947, S. 205.

<sup>131</sup> LIVER, *Berner Kommentar, Allg. Einleitung*, N. 96 f.; zum wissenschaftlichen Charakter des Codice civile italiano VASSALLI, *La missione del giurista*; DERSELBE, *Motivi e caratteri*.

<sup>132</sup> P. KOSCHAKER, a.a.O., S. 205 und 290; WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, S. 468 ff.

<sup>133</sup> LIVER, *Das schweiz. Zivilgesetzbuch – Kodifikation und Rechtswissenschaft*, ZSR 80 II, 1961, S. 193 ff., *Privatrechtl. Abhandlungen* S. 97; *Berner Kommentar, Allg. Einleitung*, N. 43.

gleichen Sinne, ebenfalls auf Grund der umfassenden Erforschung und Darstellung des historischen und geltenden Rechtes, hat EUGEN HUBER mit der gleichen Einsicht in die Bedürfnisse seiner und einer künftigen Zeit und mit der gleichen schöpferischen Kraft unser Zivilgesetzbuch geschaffen.

Diese summarischen Hinweise sollen zeigen, daß die Rechtswissenschaft in keiner Periode der Neugestaltung bloß eine Lehre der Rechtsanwendung gewesen ist<sup>134</sup>. Immer hat es unter den großen Rechtsgelehrten «Gründer und Bewahrer» gegeben, um den Titel eines der gehaltvollen und tiefgründigen Bücher FRANZ WIEACKERS zu gebrauchen.

Uns heutigen Juristen ist es selbstverständlich, daß die Rechtswissenschaft Dogmatik, Rechtsanwendungs- und Rechtsfindungslehre, Rechtswirklichkeitsbetrachtung und Rechtspolitik umfaßt. Die Abschrankung dieser Bereiche gegeneinander ist uns durchaus fremd. Mit JOSEF ESSER finden wir es höchst erstaunlich, daß BERNHARD WINDSCHEID die Ansicht vertreten konnte, der Jurist habe sich mit Rechtspolitik nicht zu befassen; die Setzung neuen Rechtes sei nicht seines Amtes<sup>135</sup>. Ganz allein stand WINDSCHEID zwar im Zeitalter der Begriffsjurisprudenz damit nicht. ALOIS TROLLER glaubte denn auch, sich gegen die Ansicht «hochbedeutender Juristen» wenden zu müssen, daß Aufgabe der Rechtswissenschaft nur die Auslegung und Erklärung des geltenden Rechts sei, nicht aber die Vorbereitung der Rechtssetzung<sup>136</sup>.

Die Literatur, in der sich die bedeutendsten Juristen unserer und früherer Zeiten mit den Problemen der Gesetzgebung allseitig und tiefgründig auseinandergesetzt haben, hat gewaltigen Umfang. Man braucht nur an die Materialien der großen europäischen Kodifikationen zu denken. Größte Bedeutung haben schon wegen des langen und wechselvollen Werdeganges der österreichischen Kodifikationsgeschichte die allzu spät veröffentlichten Materialien zum ABGB<sup>137</sup>. Bekannt sind die Motive, Protokolle und Gutach-

<sup>134</sup> Gegen NOLL, zitiert unter Ziff. VI 1, Anm. 92.

<sup>135</sup> ESSER, Vorverständnis und Methodenwahl, S. 174.

<sup>136</sup> TROLLER, Überall gültige Prinzipien der Rechtswissenschaft, S. 13 ff.

<sup>137</sup> HARRAS VON HARRASOWSKY, Geschichte der Codification des österreichischen

ten zum Entwurf des deutschen BGB. Auch zum neuen *Codice civile italiano* sind die *Lavori preparatori* gleich nach Abschluß der einzelnen Bücher herausgegeben worden<sup>138</sup>. Mehrere umfangreiche wissenschaftliche Denkschriften von juristischen Fakultäten trugen zur Vorbereitung der Kodifikationsarbeit bei<sup>139</sup>. Zu deren wissenschaftlicher Leistung hat sich der Verfasser des größten Teiles der Entwürfe, FILIPPO VASSALLI, in den beiden zitierten Artikeln geäußert.

Aber auch außerhalb der Mitarbeit an den Kodifikationen haben sich in Deutschland und Österreich Juristen, die zu den bedeutendsten Vertretern der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts gehören, intensiv mit den Problemen der Gesetzgebung auseinandergesetzt. Die Gesetzgebungsarbeit FEUERBACHS, der diese auch rechtstheoretisch und methodologisch in hervorragender Weise begründet hat, wurde bereits erwähnt<sup>140</sup>. Selbst der junge SAVIGNY hatte 1802/1803 die These aufgestellt: «Der Zweck der Rechtswissenschaft ist nun: die gesetzgebenden Funktionen eines Staates historisch darzustellen, und: Gesetzgebungswissenschaft ist eine historische Wissenschaft». Auch im «System des heutigen Römischen Rechts» I (1840) hat SAVIGNY die Unentbehrlichkeit der Gesetzgebung zugestanden und ihr die Funktion zuerkannt, veraltetes Recht zu revidieren. Am Primat des von der Wissenschaft gebildeten Rechts hat SAVIGNY freilich immer festgehalten, auch nachdem sich mit der nationaldemokratischen Bewegung unter den Juristen, den Romanisten und besonders den Germani-

Civilrechts, 1868; OFNER, Der Ur-Entwurf und die Beratungsprotokolle des österreichischen ABGB, I/II, 1899; Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB, I/II, 1911.

Zur Entstehungsgeschichte des Allg. Preußischen Landrechts siehe Anm. 128 hievor.

<sup>138</sup> PANDOLFELLI/SCARPELLO/STELLA RICHTER/DALLARI, *Codice civile, Illustrato con i lavori preparatori*, 1939ff.

<sup>139</sup> z.B. *Memorie dell'Istituto Giuridico della R. Università di Torino*, 1938: G. GROSSO, *Osservazioni sul progetto preliminare del secondo libro del Codice civile*.

<sup>140</sup> Anm. 127 hievor und Ziff. VI, Anm. 89. Siehe ferner ERIK WOLF, *Große Rechtsdenker*, 2. Aufl., Tübingen 1944, S. 508ff., und DERSELBE, *Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Frankfurt a.M. 1949, S. 277–317.

nisten, der Umschwung zur Gesetzgebungstheorie im Hinblick auf die Kodifikation vollzogen hatte<sup>141</sup>. Unter den Romanisten ist es ARNDTS VON ARNESBERG (1803–1878), dessen ausgezeichnetes Lehrbuch der Pandekten dogmatisch demjenigen WINDSCHEIDS am nächsten steht, welcher sich durch seinen lebhaften Sinn für die Gesetzgebung auszeichnete und sie verfolgte und förderte, besonders indem er zusammen mit BLUNTSCHLI und VON PÖZL die «Kritische Überschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft» herausgab<sup>142</sup>. JOSEPH UNGER (1828–1913), der bedeutendste österreichische Rechtsglehrte der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, der die Rechtswissenschaft durch den Anschluß an die deutsche Pandektistik neu belebte und auf einen hohen Stand gebracht hat, eröffnete seine hervorragende literarische Tätigkeit mit der kritischen Besprechung des sächsischen Entwurfs eines BGB von 1853 und der weiteren Entwürfe. Er forderte 1861 von der sächsischen Gesetzgebung, daß sie ihre eigene Ablösung vorbereite, um ein Gesetzbuch zu schaffen, das mit deutscher Kraft und deutschem Geist gearbeitet, zum Muster für ein gemeinsames deutsches bürgerliches Gesetzbuch dienen könne. WERNER OGRIS bezeichnete die Pflege der Dogmengeschichte (es sollte wohl eher «Dogmatik» heißen) und die wissenschaftliche Kritik des gelgenden Rechts im Hinblick auf die Schaffung eines neuen Gesetzbuches als die beiden Hauptanliegen der österreichischen Pandektistik<sup>143</sup>.

<sup>141</sup> LIVER, Kodifikation und Rechtswissenschaft (oben Anm. 133), S. 204f., bes. aber WIEACKER, Gründer und Bewahrer, Göttingen 1959, S. 110 und 139; COING, Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechts geschichte, I, München 1973, S. 520 (A. WOLF, Gesetzgebung); P. CARONI, Savigny und die Kodifikation, Zeitschr. der Savigny-Stiftg., Germ. Abt. 86, 1969, S. 97ff.

<sup>142</sup> E. LANDSBERG, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft III/2, 1910, S. 495; F. REGELSBERGER, Pandekten, Leipzig 1893, S. 45. – Daß BLUNTSCHLI die *schöpferische* Funktion des Gesetzgebers hervorgehoben hat, kann schon gar nicht verwundern. Siehe sein Vorwort zur Ausgabe des PGB mit Erläuterungen I (3. Aufl. 1855, S. XV, Beilage aus dem Beobachter aus der östl. Schweiz, Januar 1844). Sehr bemerkenswert sind K. J. A. MITTERMAIERS Besprechungen der Gesetzgebungsarbeiten seiner Zeit, auch der schweizerischen. Siehe im besonderen AcP 36, 1853, S. 94ff. (Würdigung der «Gesetzgebungskunst» BLUNTSCHLIS).

Das wissenschaftliche Hauptwerk der Gesetzgebungswissenschaft ist aber wohl FRANÇOIS GÉNY, *Science et technique en droit positif*, dem die Abhandlung in der Festschrift zum Centenarium des Code civil 1904 vorausgegangen ist: *La technique législative dans la codification civile moderne*, in der auch der Entwurf des ZGB kritisch beleuchtet wurde<sup>144</sup>. GÉNYS Werken hat dann JEAN DABIN (Louvain) in ständiger Auseinandersetzung mit ihnen sein eigenes Buch, *La technique de l'élaboration du droit positif* (1935), an die Seite gestellt.

Gesetzgebung und Kodifikation waren bei uns in der Schweiz im 19. Jahrhundert der Hauptgegenstand der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung. Die bedeutendsten unserer Juristen, auch die Gegner der Rechtsvereinheitlichung, haben sich mit Gesetzgebungsfragen, Gesetzeskritik und Gesetzgebungspolitik aufs eingehendste befaßt. Die besten, und vor allem die selbständigesten, kantonalen Gesetze und Gesetzbücher sind von den besten Juristen ihrer Zeit geschaffen worden (BLUNTSCHLI, BLUMER, PLANTA, CROPT und REINERT, dann besonders auch MUNZINGER)<sup>145</sup>.

Allbekannt und anerkannt ist, daß EUGEN HUBER sein wissenschaftliches Hauptwerk «System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts» (1886–1893) auf das Ziel der Kodifikation geschaffen hat und dann sein Gesetzgebungswerk in den Erläuterungen zu den Teilentwürfen und zum ganzen Vorentwurf sowie in verschiedenen Abhandlungen wissenschaftlich begründet und damit Gesetzgebungswissenschaft in großem Stil betrieben und in die gesetzgeberische Tat umgesetzt hat. Besonders hervorzuheben ist unter diesem Gesichtspunkt die von ihm verfaßte Botschaft des Bundesrates vom 28. November 1896 zur Rechtseinheit.

EUGEN HUBER hat dann in den letzten Jahren seines Lebens seine Rechtsanschauung dargestellt in dem Buche «Recht und Rechts-

<sup>143</sup> Die historische Schule der österreichischen Zivilistik, in: *Festschrift Hans Lentze*, Innsbruck 1969, S. 477.

<sup>144</sup> LIVER, Berner Kommentar, Allg. Einleitung, N. 119; Kodifikation und Rechtswissenschaft, ZSR 80 II, S. 240, Privatrechtl. Abhandlungen S. 111f., Anm. 49 und 50.

<sup>145</sup> In der letztzit. Abhandlung S. 206ff. und 216ff. bzw. S. 98ff. und 107ff.; Berner Kommentar, Allg. Einleitung, N. 26ff.

verwirklichung» (1921) und ihm den Untertitel gegeben «Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie». Im Vorwort schreibt er:

«Der Verfasser hat bei seiner jahrelangen Tätigkeit auf dem Gebiete der Gesetzgebung in steigendem Maße das Bedürfnis empfunden, sich über die Grundlagen der Rechtsordnung und der Gesetzgebung Rechenschaft abzulegen.»

Er spricht da von der Verbindung der Betrachtung des gewesenen und des geltenden Rechts mit der Aufstellung und Ausführung der Postulate einer in die Zukunft schauenden gesetzgeberischen Ordnung. Sein Buch bilde einen Teil des Stoffes, den er seit längeren Jahren in seinen Vorlesungen über Gesetzgebungspolitik und über Rechtsphilosophie an der Universität Bern vorgetragen habe<sup>146</sup>.

Ich glaube, diese Verbindung von Wissenschaft und Praxis der Rechtsanwendung in teleologischer Betrachtung mit maßgebender Betätigung in der Gesetzgebung des Bundes und der Kantone ist bei den schweizerischen Juristen keine seltene Erscheinung. Wenn ich dafür Namen noch lebender Fachgenossen anführen wollte, käme ich zu einer stattlichen Reihe. Ich darf darauf verzichten und zum Schlusse nur noch eines meiner Lehrer gedenken, der wohl als einziger seiner Kollegen eine Theorie entwickelt hat, welche die gesamte Rechtsordnung umfaßt. Rechtsanwendung und Rechtssetzung hat er der gleichen Methode unterstellt. Es ist WALTHER BURCKHARDT. Für ihn findet die Aufgabe der Rechtswissenschaft ihre höchste Erfüllung in der Rechtssetzung. Sein Buch «Methode und System» hat die Rechtssetzung so gut wie

<sup>146</sup> Als Vertreter der Gesetzgebungslehre aus früheren Perioden der Rechtsgeschichte zitiert er wiederholt MONTESQUIEU (*Esprit des lois*, 1748), BECCARIA (*Dei delitti e delle pene*, 1764), JEREMIAS BENTHAM (1748–1832), der in England mit seinem Werk «Grundsätze der Civil- und Criminalgesetzgebung» (ins Deutsche und Französische übersetzt) für eine rationale Kodifikation kämpfte, wenn auch vergeblich, dann GAETANO FILANGIERI (1752–1788) mit seinem Werk «Scienza della legislazione», auf 7 Bände geplant, von denen vier 1780 und in den folgenden Jahren erschienen; die Arbeit am fünften brach durch den frühen Tod des Autors ab.

die Rechtsanwendung zum Gegenstand. Hier und noch prägnanter in dem Vortrag «Die Aufgabe des Juristen und die Gesetze der Gesellschaft» (1937) sagt BURCKHARDT, es sei die Aufgabe der Wissenschaft, an der Verwirklichung der Gerechtigkeit in der menschlichen Gesellschaft tätig mitzuhelfen. Sie habe der Praxis die Wege zu weisen in der Rechtsanwendung und, was noch wichtiger sei, in der Rechtssetzung. Es wäre erbärmlich, wenn die Rechtswissenschaft dazu nichts zu sagen hätte<sup>147</sup>.

Aber das Schlußwort BURCKHARDTS in seinem Vortrag<sup>148</sup> weist auf die Grenzen dessen hin, was die Wissenschaft zu leisten vermag:

«Diese schöpferische Aufgabe zu leisten ist allerdings nicht jedem gegeben: nur wenige sind dazu berufen (man sieht es der geleisteten Arbeit nur zu oft an). Es ist nicht Alltagsarbeit, die hier zu leisten ist; wenn der Ruf ergeht, ist für den Berufenen Festtag, Festtag der Arbeit, Tag des höchstpersönlichen Schaffens. Deshalb ist es nicht eigentlich Aufgabe der Wissenschaft, weder der Rechts- noch der Gesellschaftswissenschaft, neues Recht zu schaffen, sondern der Persönlichkeit. Es ist eine Tat, die, obschon keineswegs willkürlich und subjektiv, doch nicht methodisch gelehrt und gewußt werden kann. Die Wissenschaft mag ihr vorarbeiten, die Wege bereiten; vollbringen kann sie nur die Persönlichkeit. Nicht weil die Aufgabe zu gering wäre für die Wissenschaft, sondern weil sie zu hoch ist.»

<sup>147</sup> Methode und System, S. 17; Die Aufgabe des Juristen, S. 39.

<sup>148</sup> Seite 39.

## Literatur

- BALLERSTEDT, K. Über wirtschaftliche Maßnahmengesetze, in: *Festschrift Walter Schmidt-Rimpler*, Karlsruhe 1957.
- BURCKHARDT, W. *Methode und System des Rechts*, Zürich 1936 (2. Aufl. Zürich 1971).
- Die Aufgabe des Juristen und die Gesetze der Gesellschaft, Zürich 1937.
- CANARIS, C.-W. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, *Schriften zur Rechtstheorie* 14, Berlin 1969.
- COING, H. *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. Frankfurt 1969.
- Geschichte und Bedeutung des Systemdenkens in der Rechtswissenschaft, Rektoratsrede Frankfurt a.M. 1955.
  - Savignys rechtspolitische und methodische Anschauungen in ihrer Bedeutung für die gegenwärtige deutsche Rechtswissenschaft, *ZBJV* 81, 1955.
- DABIN, J. *La technique de l'élaboration du droit positif*, Bruxelles 1935.
- ENGISCH, K. *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberger Akademieabhandlungen, Heidelberg 1953.
- *Einführung in das juristische Denken*, 3. Aufl. Stuttgart 1964.
  - *id.*, Nachwort zur 4. Aufl., Stuttgart 1968.
  - *Sinn und Tragweite der juristischen Systematik*, *Studium generale* 10, 1957.
  - *Begriffseinteilung und Klassifikation in der Jurisprudenz*, in: *Festgabe Karl Larenz*, München 1973.
- ENNECCERUS, L./NIPPERDEY, H.G. *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Allg. Teil, I 1, 14. Aufl. Tübingen 1952.
- ESSER, J. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts; Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*, Tübingen 1956 (2. Aufl. 1964).
- *Zur Methodenlehre des Zivilrechts*, *Studium generale* 12, 1959.
  - *Interessenjurisprudenz heute*, *Juristen-Jahrbuch* 1, Köln 1960.
  - *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht*, *AcP* 172, 1972.
  - *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt a.M. 1972.
- FLUME, W. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* II, Berlin 1965 (in: *Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft*).
- GÉNY, F. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2<sup>e</sup> éd. Paris 1919.
- *Science et technique en droit privé positif*, I–IV, Paris 1914–1924.
  - *La technique législative dans la codification civile moderne*, in: *Livre du Centenaire* II, Paris 1904.
  - *Le Centenaire du Doyen François Gény*, *Recueil des conférences* 1962, Dalloz, Paris 1963:
- DABIN, J. *Gény le savant*;
- JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, L. Fr. Gény et la jurisprudence française;
- YUNG, W. Fr. Gény et la jurisprudence en Suisse.

- GYGI, F. Verwaltungsrecht und Privatrecht. Über die Bedeutung des Privatrechts für die öffentliche Verwaltung und seine Beziehungen zum Verwaltungsrecht; Abh. z. schweiz. Recht 317, Bern 1956.
- GYSIN, A. Rechtsphilosophie und Grundlagen des Privatrechts, Jurist. Abh. des Verlags Klostermann IX, Frankfurt a.M. 1969.
- HECK, PH. Das Problem der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. Frankfurt a.M. 1932.
- Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932.
- HENKEL, H. Einführung in die Rechtsphilosophie, München 1964.
- HORAK, FR. Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo, Aalen/Württ. 1969.
- HUBER, E. Recht und Rechtsverwirklichung, Basel 1921 (2. Aufl. 1925).
- Das Absolute im Recht, Bern 1922.
- Erläuterungen zum Vorentwurf des ZGB I, 2. Aufl. Bern 1914.
- HUBER, H. Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates, in: Festschrift Giacometti, Zürich 1953, und in: Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht; Ausgewählte Aufsätze, Bern 1971.
- Recht, Staat und Gesellschaft, Bern 1954.
- Das Recht im technischen Zeitalter, Rektoratsrede Bern 1960 und in: Rechtstheorie... Ausgew. Aufsätze, Bern 1971.
- Betrachtungen über die Gesamtsituation des Rechts, ZBJV 106, 1970.
- HUBER, K. Maßnahmengesetz und Rechtsgesetz, Berlin 1963.
- IMBODEN, M. Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, Basler Studien zur Rechtswissenschaft 38, Basel 1954.
- JÄGGI, P. Grundfragen der Privatrechts-Entwicklung, in: Regards sur le droit suisse, Festschrift des Schweiz. Juristenvereins zur schweiz. Landesausstellung in Lausanne, Basel 1964.
- KÄGI, W. Rechtsstaat und Demokratie (Antinomie und Synthese), in: Festschrift Giacometti, Zürich 1953.
- KASER, M. Die Methode der römischen Rechtsfindung, Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Göttingen 1962.
- LARENZ, K. Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. Berlin 1969.
- LIVER, P. Der Wille des Gesetzes, Rektoratsrede, Bern 1954.
- Der Begriff der Rechtsquelle, ZBJV 91<sup>bis</sup>, 1955 und in: Privatrechtl. Abhandlungen, Bern 1972, S. 31 ff.
- Kodifikation und Rechtswissenschaft, ZSR 80 II, 1961 und in: Privatrechtl. Abhandlungen, S. 85 ff.
- Die Bedeutung des Deutschen Privatrechts für die Wissenschaft vom geltenden Recht, Schlußvorlesung «Deutsches Privatrecht», ZSR 90 I, 1971, S. 369 ff.
- Berner Kommentar, Einleitungsband, Allg. Einleitung, Bern 1962.
- Zürcher Kommentar, 4. Bd.: Sachenrecht, Grunddienstbarkeiten, Zürich 1968.
- MAYER-MALY, TH. Rechtswissenschaft, Darmstadt 1972.
- MEIER-HAYOZ, A. Berner Kommentar, Einleitungsband, Bern 1962, Art. 1 ZGB.
- Privatrechtswissenschaft und Rechtsfortbildung, ZSR 78, 1959, S. 89 ff.
- MERZ, H. Die Generalklausel von Treu und Glauben als Quelle der Auslegung,

- Lückenfüllung und Normberichtigung, *AcP* 163, 1964, S. 305ff.
- Privatautonomie heute – Grundsatz und Rechtswirklichkeit. *Jurist. Studiengesellschaft* Karlsruhe 1970.
- NOLL, P.** Von der Rechtsprechungswissenschaft zur Gesetzgebungswissenschaft. *Jahrbuch f. Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 2, 1972, S. 524ff.
- Gesetzgebungslehre, *Rororo Studium* 37, Hamburg 1973.
  - Prinzipien der Gesetzgebungstechnik, in: *Festschrift O. A. Germann*, Bern 1969.
- OSWALD, W.** Topisches und systematisches Denken, in: *Festschrift W. Schönenberger*, Fribourg 1968.
- DU PASQUIER, C.** *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Neuchâtel 1942.
- RADBRUCH, G.** *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Heidelberg 1948, 3. Aufl. Göttingen 1965.
- *Rechtsphilosophie*, 4. Aufl., hg. von Erik Wolf, Stuttgart 1950.
- RIPERT, G.** *Le déclin du droit*, Paris 1949.
- *Les forces créatives du droit*, Paris 1955.
- RYFFEL, H.** *Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie – Philosophische Anthropologie des Politischen*, Neuwied/Berlin 1969.
- STRATENWERTH, G.** *Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»*. Recht und Staat, Tübingen 1957.
- SUMMUM IUS SUMMA INIURIA**, *Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen* 9, Tübingen 1963.
- TROLLER, A.** *Überall gültige Prinzipien der Rechtswissenschaft*, Frankfurt a. M. 1965.
- VASSALLI, F.** La missione del giurista nella elaborazione delle leggi; *Schriften des Institut pour l'unification du droit privé*, 1951, S. 41ff., und *Studi Carnelutti I*, 1950, S. 491 ff.
- Motivi e caratteri della codificazione civile, *Riv. italiana per le scienze giur.* 84 (serie III anno 1) 1947.
- VIEHWEG, TH.** *Topik und Jurisprudenz*, München 1953 (3. Aufl. 1965).
- WIEACKER, FR.** *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. Göttingen 1967.
- Gesetz und Richterkunst – Zum Problem der außergesetzlichen Rechtsfindung, *Jurist. Studiengesellschaft* Karlsruhe 1957.
  - Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee, *Zürcher Gastvortrag* 1953, in: *Festschrift G. Böhmer*, Bonn 1954.
- ZUR ERNEUERUNG DER STRUKTUR DER RECHTSORDNUNG** – Gespräch über Wege zur Vermeidung der Zersplitterung des Privatrechts und zur Überwindung des Dualismus von öffentlichem Recht und Privatrecht; Veröffentlichung des Österreichischen Bundesministeriums für Justiz, Wien 1969 (mit Referaten von F. BYDLINSKI und TH. MAIER-MALY).