

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

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 72 (1953)

Artikel: Von der Bedeutung des Richters im Rechtsbewusstsein der Angelsachsen

Autor: Simonius, August

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896098>

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: 08.07.2025

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

Von der Bedeutung des Richters im Rechtsbewußtsein der Angelsachsen¹

Von Prof. August Simonius, Basel

In der Schweiz ist der Gedanke des Rechts sehr eng mit der Vorstellung des Gesetzes verbunden. Nicht wenige von uns erblicken in den geschriebenen Verfassungen und in den Gesetzen, die auf Grund dieser Verfassungen erlassen sind, die einzige wirksame Sicherung der gesellschaftlichen Ordnung sowohl wie der Freiheit des Einzelnen. Daß das Gesetz nur eine von mehreren Erscheinungsformen des Rechtes sein kann, und daß es selbst toter Buchstabe wäre, wenn kein Richter es zur Anwendung brächte, ist nicht einmal dem Juristen und noch weniger dem Laien stets bewußt.

Der Ursprung der irrtümlichen Gleichsetzung von Recht und Gesetz, der man auf dem ganzen Kontinent begegnet, liegt sehr weit zurück. Zwar sind geschriebene Verfassungen

¹ Der Text ist die bis auf wenige Einzelheiten unveränderte Wiedergabe eines am 20. Februar 1950 in der alten Aula der Basler Universität gehaltenen «akademischen» Vortrages. Dem Zweck dieser traditionellen Vorträge entsprechend ist er nicht für Fachgenossen, sondern für ein weiteres gebildetes Publikum bestimmt. Vielleicht liegt aber im Umstand, daß eine für das Rechtsleben der heutigen Schweiz nicht bedeutungslose Frage darin angeschnitten wird, eine Rechtfertigung der von verschiedenen Seiten angeregten Publikation.

Die Anmerkungen bringen keinen wissenschaftlichen Apparat. Bei der Art des Gegenstandes hätte der Versuch auch nur einer lückenhaften Anführung von Belegstellen den einer derartigen Veröffentlichung gesetzten Rahmen vollständig gesprengt. Die wenigen Zitate sollen lediglich dazu dienen, dem Leser, der sich für das Thema interessiert, eine erste Orientierung in der Literatur, vor allem in der englischen, zu erleichtern.

im modernen Sinne und Werke der Gesetzgebung, die den Anspruch erheben, das gesamte Recht in sich zu fassen, erst im ausgehenden 18. Jahrhundert entstanden. Doch hatte längst vorher die beherrschende Stellung, die seit dem Mittelalter den Erlassen der Kirche und vor allem den im Corpus iuris des Kaisers Justinian gesammelten römischen Texten zukam, den kontinentalen Europäer daran gewöhnt, das letztlich maßgebliche Recht in Schriftsätzen zu suchen. Diese Auffassung ist trotz ihres ehrwürdigen Alters keineswegs ungefährlich. Noch in jüngster Zeit hat sie gerade auch in unserem Lande zu bedenklichen Mißverständnissen geführt. Sie läßt leicht übersehen, daß das Recht niemals vollständig in den Gesetzen aufgeht und namentlich daß hinter und über allen geschriebenen Regeln ungeschriebene Grundsätze stehen, die für die Deutung des Gesetzes maßgebend sind, die aber auch dann ihre Verbindlichkeit nicht verlieren, wenn kein geschriebener Rechtssatz zur Anwendung kommt. So schien zuweilen, als in der hinter uns liegenden Kriegszeit die Not des Staates zwang, von geschriebenem Verfassungsrecht abzuweichen, ein sozusagen rechtsleerer Raum entstanden zu sein, in dem die Regierenden nach Belieben schalten und walten konnten. Zu wiederholten Malen ist das Rechtsbewußtsein unseres Volkes dadurch erschüttert worden. Andererseits ist der Glaube verbreitet, daß allein schon die Aufnahme in das Gesetz eine Gewähr für die grundsätzliche Richtigkeit einer Regel bietet. Vor wenigen Jahren ließ sich beobachten, wie es genügte, ein in der Bundesverfassung niedergelegtes, bisher jedoch mehrfach verletztes Prinzip mit Zusätzen zu versehen, die in Wahrheit einen Freipaß für weitere Verstöße bedeuten, um das Rechtsgefühl der Mehrheit vollauf zu befriedigen. Recht ist auch nicht die geschriebene Regel, die jeder so versteht, wie es seinen Interessen entspricht, sondern nur die Regel, die nach Grundsätzen ausgelegt und zur Anwendung gebracht wird. Das zu tun vermag allein der unparteiische, rechtskundige Richter nach Ablauf eines gleichfalls nach Prinzipien ge-

ordneten Verfahrens. Daß, wie es geschehen ist, Verwaltungsbehörden einer richterlichen Entscheidung vorgreifen oder ein Urteil den heftigen Protest politischer Parteien auslöst, deutet daher gleichfalls auf eine schwere Verirrung des Rechtsbewußtseins.

In einer solchen Lage lenkt man nicht ungern seinen Blick auf eine Welt, wo sich das Rechtsbewußtsein weniger ausschließlich auf das Gesetz bezieht, wo vielmehr der Richter als der vornehmste Wahrer der rechtlichen Ordnung gilt, während das Gesetz, das auch vorhanden ist, nur in einem zweiten Range steht. Zu dieser Welt gehört England, gehören aber auch die andern angelsächsischen Staaten, die, zum Teil allerdings abgewandelt, das eigentümliche englische Richterrecht, das Common Law im weitesten Sinne, übernommen haben.

Ein Urteil über die Wirkungen, die das in der Hauptsache durch den Richter geschaffene Recht auf das Bewußtsein der Angelsachsen ausübt, wird sich nun aber nur bilden lassen, wenn man von diesem Recht, wie es sich heute darstellt, ein Bild gewonnen hat und sich auch über die Gründe seiner eigenartigen Entstehung klar geworden ist.

*

Das englische Recht zu verstehen, galt allerdings für den Kontinentalen noch vor wenigen Jahrzehnten beinahe als unmöglich. Es bedeutete schon viel, einen ersten Berührungspunkt oder, um das Wort eines französischen Forschers zu brauchen, un premier terrain d'atterrissage gefunden zu haben². Die Engländer selbst pflegten die Eigenart ihres Rechts überaus stark zu betonen. Das in den Staaten des Kontinents, in Mittel- und Südamerika geltende, vorwiegend in Gesetzen erscheinende Recht nannten sie im Gegensatz zum englischen das römische, Roman Law, insofern nicht ganz zu Unrecht, als in allen

² Lévy-Ullmann, Le système juridique de l'Angleterre, t. I, Introduction.

genannten Staaten oder wenigstens bei ihren europäischen Vorfahren das Corpus iuris Justinians einmal irgendwie als Gesetzbuch Anerkennung gefunden hatte und sich auch, viel offenkundiger als in England, aus der Berührung mit diesem Werk nicht nur die Kunst der Gesetzgebung und der Gesetzesauslegung, sondern überhaupt die Rechtswissenschaft entwickelt hatte³.

Seither brachte die sich entfaltende Rechtsvergleichung das englische Recht dem Kontinentalen bedeutend näher, was allein schon mehrere vortreffliche Darstellungen in deutscher und französischer Sprache beweisen⁴. Ferner hat, wie schon angedeutet, die neuere Methodenlehre festgestellt, daß der Richter des Kontinents mehr ist als nur das ausführende Organ des Gesetzgebers, la bouche du législateur, und daß auch er, allerdings im Schatten des Gesetzes, berufen ist, schöpferisch tätig zu sein. Der Gegensatz zum englischen Recht verlor damit die ursprüngliche Schärfe.

Dennoch mag jeder Kontinentale, der sich über englisches Recht äußern will, gut tun, sich an das englische Rechtssprichwort zu erinnern «the Devil himself knoweth not the thought of man». Die Dinge könnten stets auch anders sein, als sie ihm, dem Außenstehenden, erscheinen. Selbstverständlich gilt dieser Vorbehalt in erster Linie für die hier folgenden Ausführungen.

Voltaire schrieb einst in seinem «Voyage à Londres»: «Je vous demanderai si vous pensez qu'il soit bien aisé de vous définir une nation qui a coupé la tête à Charles I^{er} parcequ'il avait exigé un tribut que les juges avaient

³ Der Gegensatz wurde namentlich von Lord James Bryce hervorgehoben, siehe z.B.: Studies in History and Jurisprudence, 1901; siehe auch: Pollock, The expansion of the Common Law, 1904.

⁴ Von etwas älteren Werken sei genannt: F. Heymann, Englisches Privatrecht, in Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie, Bd. 2, Aug. 1915; neu: R. David, Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre, 1948 (p. 347 ss.: Bibliographie du droit anglais).

déclaré lui appartenir, tandis que cette même nation a vu sans murmurer Cromwell chasser les parlements, les lords, les évêques, et détruire toutes les lois. Songez que Jacques II a été détrôné en partie pour s'être obstiné à donner une place dans un collège à un pédant catholique; et souvenez-vous que Henri VIII, ce tyran sanguinaire, moitié catholique, moitié protestant, changea la religion du pays, parcequ'il voulait épouser une effrontée, laquelle il envoya ensuite sur l'échafaud. Un esprit d'enthousiasme, une superstition furieuse avait saisi toute la nation durant les guerres civiles; une impiété douce et oisive succéda à ces temps de troubles, sous le règne de Charles II. Voilà comme tout semble se contredire.»

Was auch etwa Voltaire zu entgegenen wäre, sicher ist, daß selbst für den, der sich auf das Recht Englands beschränkt, «tout semble se contredire» der erste Eindruck sein wird, den er von seinem Gegenstand empfängt. Nur bei tieferem Eindringen kann er glauben, die Lösung der Widersprüche zu sehen.

Am englischen Recht fällt zunächst eine sonderbare Altertümlichkeit auf, um so mehr als man weiß, daß sich dasselbe Recht allen Anforderungen einer geistig und wirtschaftlich hochentwickelten Gesellschaft gewachsen zeigt. Noch stehen als immemorial custom Rechtsaufzeichnungen der alten angelsächsischen Königreiche in Geltung. Auf die in einer Satzung aus dem Jahre 680 aufgestellte Vermutung eines durch den Ehemann ausgeübten Zwanges, einer marital coercion, soll sich noch in unserem Jahrhundert eine Delinquentin berufen haben. Erst 1842 wurde, wie berichtet wird, zum letzten Male vor einem Gericht ein Zweikampf, somit ein Gottesurteil, als Beweismittel, evidence, angeboten. Während des letzten Krieges ist einmal, Zeitungsberichten nach, die Frage, wem ein erobelter Tank gehört, nach einer alten Regel entschieden worden, wonach wer einem Feinde des Königs Waffen abnimmt, sie behalten darf, wer jedoch eine Festung dieses Feindes erobert, sie dem König übergeben muß. Dank der

Feststellung, daß ein Tank keine Waffe mehr, sondern, obwohl beweglich, bereits eine Festung sei, konnte das Urteil zu Gunsten der Krone ausfallen.

Wichtiger aber als Kuriositäten dieser Art ist die Tatsache, daß die ganze Ordnung der Rechte an Grund und Boden bis in das zwanzigste Jahrhundert hinein dem straffen Lehenssystem entsprach, das die normannischen Könige vom elften Jahrhundert an errichtet hatten. Wenn auch die Gesetzgebung in den zwanziger Jahren diesen Zusammenhang erheblich gelockert hat, sind noch heute Grundbegriffe und Aufbau des Bodensrechts nur aus der Lehensordnung zu verstehen. Eigentümer allen Landes und zugleich Oberlehensherr, Tenant in chief, ist der König; das stärkste einem Privaten zugängliche Recht an Boden, estate, ist freehold, ein unmittelbares, unbefristetes Lehen. Der Inhaber kann es weiter begeben, und jeder Unterlehensträger, leaseholder, kann wiederum ein Unterlehen, sublease, bestellen. So geht es weiter vom lease for a term of years absolute, dem Bauzwecken dienenden estate auf neunundneunzig Jahre bis zu der für eine kurze Frist gewährten Berechtigung an einer einzelnen Wohnung, einem flat⁵.

Noch immer werden als Teile der Rechtsordnung Common Law und Equity unterschieden⁶. Common Law in diesem engeren Sinne war ursprünglich das in den ordentlichen Gerichtshöfen des Königs, den Common Law Courts, unter denen King's Bench, bancus regis, an der Spitze stand, gestaltete Recht. Equity dagegen war das Recht der Chancery-Court, eines Gerichts, das der königliche Kanzler leitete. Diese zweite Gerichtsbarkeit kam im 14. Jahrhundert zur Entfaltung, als das Common Law sich bereits zu strengen Regeln verdichtet hatte, und gab zu-

⁵ Übersicht bei W. Geldart, *Elements of English Law*, 4th ed., 1948; ausführlich: Williams and Eastwood, *Principles of the Law of Real Property*, 21st ed., 1933.

⁶ Holdsworth, *Sources and Literature of English Law*, 1925; Maitland, *Equity*, 2nd ed., 1936.

nächst dem Kanzler die Möglichkeit, Rechtsuchenden, die ihn darum baten, in größerer Freiheit, der Billigkeit gemäß, Schutz zu gewähren. Obwohl Gesetze aus den Jahren 1873 bis 1875 sämtliche Gerichtshöfe vereinigt und der Konkurrenz zwischen den Common Law Courts und der Chancery ein Ende gesetzt haben, sind die beiden Rechtsteile noch nicht verschmolzen, ähnlich wie im alten Rom der Gegensatz zwischen dem Volksrecht, *ius civile*, und dem Recht des Prätors auch in der Kaiserzeit nie ganz verschwunden ist. Im Namen Equity klingt übrigens die Bezeichnung des prätorischen Rechts als *ius aequum* noch heute nach. Den Gesetzen von 1873/75 gemäß sollen allerdings alle Richter sowohl nach Common Law als nach Equity entscheiden. Für die Lösung der Widersprüche zwischen beiden Rechten mußten deshalb Grundsätze aufgestellt werden. Diese weisen wiederum eine gewisse Ähnlichkeit mit den Regeln auf, die in Rom für das Verhältnis von *ius civile* und *ius praetorium* maßgebend waren. Im allgemeinen heißt es «Equity shall prevail», weshalb z. B. bei Nichterfüllung einer Schuld der Gläubiger unter gewissen Voraussetzungen vor jedem Richter statt nur Schadenersatz nach Common Law auch effektive Erfüllung, *specific performance*, nach Equity fordern darf. Für die Rechtsverhältnisse am Boden dagegen gilt umgekehrt «Equity follows the law». Wer daher ein estate nur nach Equity erwirbt, hat dem nicht bösgläubigen Dritten zu weichen, auf den später der Veräußerer ein dingliches Recht am Grundstück in der vom Common Law vorgeschriebenen Form, somit ein legal estate, überträgt.

Altertümlich muten auch die vielen lateinischen Maximen an, die, aus Quellen Roms und des Mittelalters stammend, in den Urteilen beständig wiederkehren, wie etwa «*ex nudo pacto non oritur actio*» oder «*actus Dei nemini facit iniuriam*»⁷, und nicht weniger die altfranzösischen

⁷ Broom's Legal Maxims, 9th ed., 1924; P. Vinogradoff, Les maximes dans l'ancien droit coutumier anglais, Revue historique de droit, 1925, p. 333 ss.

Wörter, die aus der Hofsprache der ersten normannischen Könige in die Gerichtssprache kamen und bis heute beibehalten wurden. So heißt ein offener Markt, wo jemand von einem Nichtberechtigten kraft guten Glaubens Eigentum erwerben kann, *market overt*, *marché ouvert*. Bewegliche Güter, die Gegenstand des Rechtsverkehrs sind, nennt man *choses*. Wer einen *trust* bestellt, d. h. zu Gunsten eines Benefiziars dauernd Vermögenswerte auf einen Treuhänder, *trustee*, überträgt, ist *cestui que use*. Unseren Grundlasten ähnliche Rechte führen den Namen *profits à prendre*.

Doch hängt, wie näheres Zusehen erkennen läßt, das Altertümliche nur an der Oberfläche. Das englische Recht ist, wie schon gesagt, nicht veraltet. Stellenweise ist es sogar, wenn man so sagen darf, moderner als das kontinentale. Das kommt häufig daher, daß die englischen Richter durch kein Gesetz, das überlebte oder unfertige Lehren festhält, bei der Lösung ihrer Probleme gehemmt werden.

Im Recht der Grundstücke tritt die persönliche Seite der Feudalordnung seit langem vollständig zurück. Eine Ausnahme besteht nur noch für wenige Inhaber großer Lehen, die zum *knight's service*, zur Assistierung des Königs bei der Krönung, verbunden sind. *Freehold* ist frei veräußerlich und kann beliebig belastet werden. Dasselbe gilt von den Unterlehen, den verschiedenen *leases*. Indessen hat, im Gegensatz zum Mieter oder Pächter auf dem Kontinent, jeder *leaseholder* ein dingliches Recht am Grundstück und wird deshalb durch keine Veräußerung desselben berührt. Da ein befristetes *lease* selbstverständlich billiger ist als unbefristetes Eigentum, kostet das Wohnen in England durchschnittlich weniger als auf dem Kontinent. Entsprechend kann die Verpfändung eines *lease* nur einen geringeren Wert haben als ein vom Eigentümer bestelltes Pfand. Daher spielt der Bodenkredit nicht die gleiche Rolle wie bei uns. Vor- und Nachteile sind hier nicht abzuwägen. Es sei immerhin festgestellt, daß der Rückfall eines auf neunundneunzig Jahre bestellten *lease*

ohne Vergütung der Meliorationen den leaseholder veranlassen konnte, gegen das Ende hin Gebäude zu vernachlässigen, was die berüchtigten slums hat entstehen lassen⁸.

Die dem englischen Recht eigentümliche Ausbildung des trust zeigt eine geschickte Ausnützung des alten Gegensatzes von Common Law und Equity⁹. Damit das Trustgut dem Zugriff des Bestellers und seiner Gläubiger entzogen sei, damit es aber auch vom Benefiziar und seinen Gläubigern nicht angetastet werden könne, wird der Treuhänder Eigentümer oder, bei Grundstücken Lehensträger, nach Common Law, legal owner, allerdings ein gebundener Eigentümer, der nicht frei verfügen darf, und für dessen Schulden das Gut nicht haftet. Die stärkste Sicherung des Benefiziars gegen Veruntreuung liegt darin, daß auch er Eigentümer wird, jedoch bloß nach Equity, equitable owner. Als solcher kann er von jedem bösgläubigen Dritterwerber der legal ownership das Gut herausverlangen. Da nun der Besteller sich selbst als trustee oder als Benefiziar bezeichnen oder den Benefiziar zum trustee ernennen kann, dient der trust unendlich vielen Zwecken. Er ersetzt unter anderem Stiftungen, Schenkungen unter Auflage, Beistandschaften, Verpfändungen, Einmannaktiengesellschaften, Vereine, Kartelle und Konzerne des kontinentalen Rechts. Ein dem trust feindliches Gesetz unter Heinrich VIII., der Statute of uses von 1525, das den trust dadurch tödlich treffen wollte, daß es den Benefiziar zum legal owner machte und ihm so die Möglichkeit gab, das Gut zu veräußern, wurde von den Gerichten in kühner Weise dahin ausgelegt, daß die Regel nur einen ersten, nicht aber einen zweiten Benefiziar betrifft, und damit einer in den Augen der Richter schädlichen Wirkung beraubt. Seither ist eine

⁸ Über die Wirkungen der neueren Real Property Acts im allgemeinen, Geldart l. c., p. 89 ss. Einzelheiten bei Williams and Eastwood l. c.

⁹ Underhill, Law of Trust and Trustees, 9th ed., 1939; Lepaulle, Communication sur les fonctions du «Trust», Bulletin de la société de législation comparée, t. 58, p. 312 ss.

stereotype Formel üblich, die zwei Benefiziiare hintereinander einsetzt und zugleich den ersten, der nach dem Gesetz legal owner wird, zum trustee ernennt, während der zweite, zu dessen Gunsten der trust in Wahrheit bestehen soll, wie vordem nur equitable owner ist.

Ein Glanzstück des englischen Richterrechts bildet die Vertragslehre¹⁰. Der Umstand, daß kein Gesetz das römische Schema der Kontrakte und die ebenfalls schematische, auf der Grundlage der römischen Texte von Glossatoren und Kanonisten im Mittelalter aufgebaute Lehre der Willensmängel angenommen hatte, erwies sich als eminenter Vorteil. Grundsätzlich konnten alle Schuldverträge ohne Rücksicht auf ihren Inhalt der gleichen einfachen Regelung unterworfen werden, wobei man sich auf diejenigen Unterscheidungen zu beschränken vermochte, die der Gerechtigkeit wegen wirklich geboten waren. So hat etwa der Begriff des *contractus uberrimae fidei*, unter den z. B. Vertretungs- und Gesellschaftsverhältnisse fallen, die Lösung der schwierigen Frage, wie weit sich beim Abschluß die Kontrahenten gegenseitig Aufklärung schulden, wesentlich erleichtert. Ferner konnte die alte *rule of estoppel* maßgebend bleiben, die Regel, wonach, wer bei einem *reasonable man* den Anschein erweckt, einem bestimmten Vertrag zuzustimmen, durch sein Verhalten verhindert ist, *estopped by conduct*, die Bindung abzulehnen. Dadurch wurde jede für den andern unbillige Berufung auf einen unerkennbaren Irrtum ausgeschlossen. Andererseits gestattete die Anerkennung zweier dem Kontinent unbekannter Willensmängel, der *innocent misrepresentation*, der unbeabsichtigten Irrtums-erregung, neben der absichtlichen Täuschung und der *undue influence*, der ungebührlichen Beeinflussung, neben

¹⁰ Vgl. das klassische Werk von W. R. Anson, *Principles of the English Law of Contract*, 19th ed. (Miles and Brierly), 1945; Heutzutage meist gebraucht: Cheshire and Fifoot, *The Law of Contracts*, 1945.

Über das Verhältnis des römischen Rechts zum Common Law: Buckland and McNair, *Roman Law and Common Law*, 1936.

der Drohung einer Anzahl richtig beobachteter Situationen auf billige Weise Rechnung zu tragen. Die weniger scharfe Trennung der sehr früh anerkannten direkten Stellvertretung von der indirekten gibt unter anderem dem Dritten die Möglichkeit, auch den indirekt Vertretenen in Anspruch zu nehmen, was für das unter bestimmten Voraussetzungen ebenfalls auf dem Kontinent anerkannte Recht des Vertretenen, die Befugnisse des Vertreters gegen den Dritten geltend zu machen, einen gerechten Ausgleich schafft¹¹.

Die auffallende Altertümlichkeit ist somit nicht viel mehr als das äußere Kennzeichen einer für uns erstaunlichen Kontinuität der Entwicklung. Die Engländer sind sich dieser Kontinuität durchaus bewußt, pflegen doch ihre Rechtshistoriker mit einiger Bewegung von den Richtern des 13. Jahrhunderts zu sprechen, die den Grund zum Common Law gelegt und damit für alle Zeiten eine Garantie der englischen Freiheit geschaffen haben¹². Für die Kontinuität wird von Engländern zuweilen die etwas summarische Erklärung gegeben, ihr Land habe weder eine Rezeption des römischen Rechts noch eine Revolution gekannt. Wörtlich stimmt weder das eine noch das andere, und doch dürfte im Grunde beides richtig sein.

Die Wissenschaft der Italiener, der Kanonisten und namentlich der Glossatoren, wurde bald nach der normannischen Eroberung in das Königreich gebracht. Im 13. Jahrhundert bürgerte sie sich an den neugegründeten Universitäten ein, und die großen juristischen Werke der Zeit, vor allem Bractons berühmtes Buch «De legibus et consuetudinibus Angliae» zeigen davon deutliche Spuren. Doch war, im Rahmen des einheimischen Rechts, schon damals ein technisch ausgebauter Rechtsschutz gesichert. Dem dienten selbständig aufgestellte, später fortlaufend vermehrte Klagformeln, actions. Die vom königlichen

¹¹ Cheshire and Fifoot, l. c., p. 321.

¹² Holdsworth, Some Makers of the Common Law, 1938; Pollock and Maitland, History of English Law before the time of Edward I, v. 2, p. 672.

Kanzler übergebene Niederschrift einer Formel, writ, erlaubte Rechtsuchenden beim Gericht des Königs über einen bestimmten Streitpunkt den Prozeß einzuleiten. Ist demnach die Annahme geboten, daß für die Methoden des juristischen Denkens das durch die Glosse vermittelte römische Recht auch in England von Bedeutung war, blieb doch vom Inhalt dieses Rechts, anders als auf dem Kontinent, die Rechtsschöpfung im ganzen unberührt. Diese war auch bereits in die Hand der Richter gegeben.

Daß in einer so frühen Zeit die englischen Juristen zu solchen Leistungen fähig waren, verdanken sie einer Schulung, für die ihre eigenartige Organisation Voraussetzung war. Die Vereine der Advokaten am Königsgericht, der barristers at law, die sogenannten Inns of Court, Lincoln's und Grey's Inn, Middle- und Inner-Temple, die noch heute bestehen und, jedenfalls bis zum letzten Kriege, ihre altherwürdigen Versammlungsräume, Bankettsäle, Bibliotheken und Bureaux besaßen, waren bereits gegründet. In den Inns erwarben die angehenden Advokaten, oft nach vorbereitendem Besuch einer Universität, eine gründliche technische Ausbildung sowohl wie die Kenntnis eines strengen Ehrenkodex, und aus den Inns gingen auch die Richter, iustitiiarii, justices, hervor, da es immer mehr Sitte wurde, in dieses Amt nur bewährte, erfolgreiche Advokaten zu berufen. Dazu kam, daß die normannischen Könige mächtig genug waren, das Recht ihrer Gerichte als das gemeine, als Common Law im ursprünglichen Sinne, überall im Lande durchzusetzen, was zur damals an vielen Orten des Kontinents fortschreitenden Rechtszersplitterung in einem schroffen Gegensatz steht.

Stärkte die im 16. Jahrhundert sich vertiefende Kenntnis des Altertums sonst überall den Einfluß des römischen Rechts, hatte sie in England diese Wirkung nicht¹³. Zwei der besten englischen Humanisten, Thomas Morus im

¹³ Maitland, *English Law and the Renaissance*; Holdsworth, *History of English Law*, v. 4; Holdsworth, *Some Makers of the English Law*.

16. und Francis Bacon im 17. Jahrhundert, gehörten als Kanzler selbst dem Richterstande an, Morus unter Heinrich VIII., Bacon unter Jakob I. Beide wären also imstande gewesen, zum mindesten die Equity dem römischen Recht in vermehrtem Maße zu öffnen. Sie taten jedoch das Gegenteil, indem jeder von ihnen zu seiner Zeit bestrebt war, die Equity dem Common Law anzugleichen und auch in der Chancery-Court ein Richten nach festen traditionellen, in der Hauptsache einheimischen Grundsätzen zur Anerkennung zu bringen und das äußeren Einflüssen eher zugängliche Ermessen oder, wie man damals sagte, Gewissen des Kanzlers in seiner Freiheit zu beschränken. Bezeichnend ist, was Bacon von einem für das Common Law höchst wichtigen Werk, der kritischen Sammlung älterer Urteile, den Records seines Zeitgenossen, des Vorsitzenden von King's Bench, Chief Justice Coke sagte: «Had it not been for Sir Edward Coke's Records, the law by the time had almost been like a ship without ballast.» Der Sehnsucht nach dem neuen Wissen, dem new learning, haben Morus und später Bacon nur außerhalb des Rechtes nachgegeben, Morus in seiner Utopia, Bacon im Novum Organum und in andern bis auf den heutigen Tag berühmten Werken.

Auch die immer noch häufige Verwendung lateinischer Maximen ist kein Beweis gegen die Selbständigkeit des englischen Rechts. In der Regel wird sehr deutlich erklärt, wie die Maxime nach der eigenen Auffassung des Richters zu verstehen sei. Wenn Lord Skynner 1778 im House of Lords den Satz «ex nudo pacto non oritur actio» anführt, fügt er sofort hinzu «a parol contract without consideration is a nudum pactum; whatsoever may be the sense of this maxim in civil (Roman) Law, it is in the last mentioned sense only, that it is to be understood in our Law»¹⁴. So dient die Maxime zur Bestärkung der Lehre, wonach die Gültigkeit des formlosen Versprechens eine Gegenleistung, eben die consideration, voraussetzt.

¹⁴ Rann v. Hughes, 1778, 7 T. R. 350, vgl. Miles and Brierly, Cases on the Law of Contracts, p. 79 ss. (Eastwood v. Kenyon).

Die Behauptung, England habe keine Revolution gekannt, widerspricht seltsam den vorhin zitierten Worten Voltaires. Nun werden aber die Vorfälle des Jahres 1649, der Bürgerkrieg, die Hinrichtung Karls I. und die Diktatur Oliver Cromwells von den Engländern bloß the great rebellion genannt und als eine Episode betrachtet, die 1660 mit der Restauration Karls II. ihr Ende fand. Dagegen bezeichnen sie selbst die Thronbesteigung Wilhelms III. von Oranien nach dem Sturze Jakobs II. und die unter dem neuen König 1689 gegebene Declaration of rights als the revolution, sogar the glorious revolution. Doch läßt sich die Wirkung dieser Ereignisse in keiner Weise mit den Folgen der französischen Revolution und dem Einfluß ihres Vorläufers auf dem Kontinent, des Naturrechts der Aufklärung, vergleichen. Die Declaration of rights bestätigte und erweiterte einige Rechte des Parlaments. Seit Eduard I., seit dem 14. Jahrhundert also, war aber unbestritten, daß nur the King in Parliament, d. h. beide Häuser unter Zustimmung, assent, des Königs zur Gesetzgebung ermächtigt sind. Vermochten auch nach der Declaration die Common Law Courts den Schutz der persönlichen Freiheit der Krone gegenüber zu verstärken, war das doch nur ein Ausbau von Freiheitsrechten, die seit der Magna Charta von 1215 bestanden¹⁵. Von Wilhelm III. an wird allerdings die Regel, daß die Richter unabsetzbar sind, kaum mehr verletzt, so daß sie fortan ohne Störung die gepriesene «quiet independence under the rule of law» genießen. Die Richter waren jedoch schon vorher unabhängiger als anderswo, wenn es auch zuweilen, unter den Tudors und den Stuarts namentlich, des Mutes und des Geschicks großer Persönlichkeiten bedurfte, um den Gelüsten des Königs nach einer absoluten Monarchie, die auch in die Rechtspflege eingreift, entgegenzutreten. Einem Heinrich VIII. soll Morus auf die Frage, ob der im Corpus iuris enthaltene Satz «quod principi placuit

¹⁵ Holdsworth, Some Makers... p. 230.

legis habet vigorem» in England gelte, geantwortet haben, man vernehme zwar, daß anderswo der Wille des Herrschers als Recht angesehen werde, sicherer aber und behutsamer sei es, more sure and quiet, der König mache das Recht zu seinem Willen, to make the law his will. Ein Jahrhundert später verwehrte, wie berichtet wird, Chief Justice Coke dem König Jakob I. den Zugang zur King's Bench mit der Begründung, daß das Gericht ausschließlich nach dem Rechte des Landes urteile, weshalb der König, der dieses Rechts nicht kundig sei, nichts darin zu suchen habe. Denkbar ist, daß Coke damit das Aufkommen einer Sitte verhindert hat, die, ähnlich dem sogenannten lit de justice in Frankreich, dem König gestattet hätte, durch seine Anwesenheit die Richter zu zwingen, die Verbindlichkeit seiner Erlasse anzuerkennen. Von 1689 an war für England die Gefahr, absolute Monarchie zu werden, endgültig gebannt. Es konnte in der Aufklärung von allen freiheitlich gesinnten Kontinentalen bewundert werden und über die gefährliche Wende des 18. zum 19. Jahrhundert ohne innere Erschütterung hinwegkommen.

*

Das englische Volk hat die Taten seiner Richter für die Freiheit nie vergessen. Nicht darauf allein gründet sich aber das hohe Ansehen, das sie genießen. Die hergebrachte Gestaltung des Rechts und die dieser Tätigkeit entsprechende Stellung des Richters im Prozeß erhielten ihm das alte Prestige auch in den langen Jahren, in denen die Freiheit nicht mehr bedroht war.

Heute beruht seine Stellung keineswegs nur auf der bereits erwähnten Gerichtsreform. Der Act von 1873/75 hat mehr Altes bestehen lassen als Neues geschaffen¹⁶. Neuerungen waren die Vereinigung der Gerichtshöfe erster Instanz in der High Court of Justice mit fünf Abteilungen,

¹⁶ Zum folgenden namentlich: Allen, Law in the Making, 3rd ed., 1939.

die zum Teil noch die Namen älterer Gerichte tragen, wie die Kingsbench- und die Chancery-Division, ferner die schon erwähnte Verbindlichkeit von Common Law im engeren Sinn und Equity für alle Richter sowie die Bestellung eines Appellationsgerichts, einer Court of Appeal, als zweiter Instanz. Das House of Lords, von jeher das höchste Berufungsgericht, wurde damit zur dritten Instanz. Dagegen blieb, von Gerichten für kleinere Sachen in den Grafschaften abgesehen, die Zentralisation der Rechtspflege in Westminster erhalten. Wie bisher amten die Richter der High Court einzeln, während allerdings in den Kammern der Court of Appeal drei Richter sitzen. Weiterhin werden, auch in Zivilsachen, wichtige Tatfragen einer Geschworenenbank, einer aus zwölf Bürgern bestehenden Jury, zur Entscheidung vorgelegt. Hier ist ein Rest altertümlicher Volksjustiz zu erkennen, am deutlichsten in der Kriminalgerichtsbarkeit, auf die hier nicht eingetreten werden kann, ein Rest, der dazu beiträgt, die Beziehung zwischen Richterstand und Volk lebendig zu erhalten.

In den Grundzügen unverändert ist auch die Organisation des juristischen Berufs, der legal profession. Von der Regierung werden noch jetzt nur Advokaten zu Richtern ernannt. Diese bleiben in Verbindung mit ihren Inns und sehen in stärkerem Maße als die Richter des Kontinents in den Advokaten ihre Gehilfen. So fällt ein Abglanz des richterlichen Ansehens auf alle Juristen. «What shall I say to men of the legal profession?» hörte der Sprechende vor wenigen Jahren den Dean von Ely mit einigem Bangen fragen, als er einen rechtswissenschaftlichen Kongreß in seiner Kathedrale empfangen mußte.

Die Zahl der Richter ist verhältnismäßig klein, jetzt ungefähr vierzig bis fünfzig, wenn ich nicht irre, in der High Court, fünf in der Court of Appeal und sieben, sogenannte Law Lords, im Oberhaus, wo sie die Aufgabe haben, die Entscheidung der wenigen Prozesse vorzu-

bereiten, die bis an das Haus gelangen¹⁷. Zu diesen gesellen sich als weitere Mitglieder des Oberhauses der Lord Chief Justice, der Vorsitzende der Kingsbench-Division, noch immer der erste Richter des Landes, und der Lord Chancellor, der die Chancery-Division leitet und zugleich, als eine Art Justizminister, dem Kabinett angehört. Die Höhe der Besoldungen, schon in der High Court beträchtlicher als die der Gehälter, die höchste Richter auf dem Kontinent beziehen, bildet neben der Unabsetzbarkeit in den Augen der Engländer eine Garantie für volle Unabhängigkeit. Kein Richter soll der Versuchung erliegen, einer Beförderung wegen sich der Regierung, die alle Ernennungen vornimmt, gefällig zu erweisen; es darf nicht der leiseste Verdacht einer Rücksicht auf eine Wahlbehörde aufkommen. Die einzige Kontrolle der Richter ist, neben einer stets zurückhaltenden wissenschaftlichen Kritik der Urteile, die öffentliche Meinung. So gibt denn die Tagespresse der Rechtsprechung eine Publizität, wie sie der Kontinent nirgends kennt. Die Prozeßkosten sind, verglichen mit dem Kontinent, ebenfalls außerordentlich hoch. Nur wer es sich leisten kann, an die Entwicklung des Common Law beizutragen, soll einen Prozeß anstrengen, ist ein etwas bitterer Scherz, den man zuweilen hört. Von Lord Darling, einem sehr hoch angesehenen, wegen seiner großen Originalität aber auch ein wenig berüchtigten Richter, stammt der Aphorismus: «Billige Justiz (cheap justice) hat den Fehler billigen Branntweins, von sehr vielen gekauft zu werden, denen es besser täte, nichts zu bekommen». Daß man in England öfters als auf dem Kontinent einen Vergleich der Führung eines Prozesses vorzieht, ist demnach verständlich. Neben der scherzhaften geht aber seit einigen Jahrzehnten eine sehr ernsthafte Kritik der Kostspieligkeit der Justiz einher. Da sie sich mit dem Hinweis auf andere Nachteile des Richterrechts

¹⁷ Allen l.c.; Über Zahl und äußere Stellung der Richter: Ensor, Courts and Judges, 1933.

verbindet, wird erst in einem Augenblick darauf einzugehen sein¹⁸.

*

Um sich von einer Verhandlung vor dem englischen Richter ein Bild zu machen, braucht man nicht die Courts in Westminster zu besuchen. Gerichtsverhandlungen bilden seit langem für den englischen Gesellschaftsroman und für das Theater, neuerdings auch für den Film einen beliebten und dankbaren Gegenstand. Nirgends sonst auf der Welt ist eine Gerichtsszene so feierlich und doch so lebendig, überdies auch so malerisch. Im Saal sitzen die Advokaten und die Gerichtsschreiber in schwarzer Robe und weißer Perücke. Beim Eintritt des Richters erhebt sich alles und bleibt stehen, bis er seinen Platz eingenommen hat. Dann thront er hoch oben in rotverbrämtem Talar, das Haupt bedeckt von der mächtigen und zugleich eleganten Richterperücke. «The living idol of the Law», das lebende Abbild des Rechts, sagen die Engländer. Mit der ganzen Ehrfurcht, die diesem Abbild geschuldet ist, sprechen die Advokaten den Richter an: «May I ask your lordship». Höflichkeit ist auch dem Vertreter der Gegenpartei zu erweisen. «My learned brother», mein gelehrter Bruder, lautet die gebotene Anrede. Dramatisch bewegt aber ist das Kreuzverhör, the cross examination, dem unter der Aufsicht des Richters die in erhöhter witness box stehenden Zeugen durch die Parteivertreter unterworfen werden. Nach den Plaidoyers stellt der Richter, wenn nötig, die von der Jury zu entscheidende Frage, wobei er das bisherige Beweisergebnis zusammenfaßt, summing up. Schließlich verkündet der Richter das Urteil in gepflegter und zugleich anschaulich bilderreicher Sprache. So sagt er etwa: «Acceptance is to offer what a lighted match to a train of gunpowder», oder: «Mental consent

¹⁸ C. Mullins, «In Quest of Justice», 1931, p. 17; Mr. Justice Darling, *Scintillae Juris*, ed. 1914, p. 31.

does not amount to acceptance, for it is trite learning that the thought of man is not triable, for», und jetzt kommt das vorhin erwähnte Rechtssprichwort: «the devil himself knoweth not the thought of man»¹⁹.

Die schon mündlich unter Erwähnung aller maßgebenden Akten und aller rechtlichen Gesichtspunkte begründeten Urteile werden veröffentlicht, ganz regelmäßig allerdings erst seit der Mitte des 19. Jahrhunderts. Dabei bleibt jedes Urteil mit dem Namen des Richters verbunden, der es gefällt hat. Auch in den Reports, den publizierten Urteilen, behält also die Rechtspflege den höchst persönlichen Charakter, der die Richter oft richtig volkstümlich werden läßt. Nach sehr vielen Jahren erinnert sich der Sprechende an den strahlenden Ausdruck des Polizisten, der ihm den Gerichtssaal Lord Darlings zeigte und dabei flüsterte: «You will see the most famous judge of the world.» Das Unpersönliche des Gesetzes dagegen kommt dem Engländer unheimlich vor. «Statute has neither humanity nor humor» ist ein oft wiederholtes Wort²⁰.

Nicht allen aber hat the living idol of the law stets gefallen. Ende des 18. Jahrhunderts soll es einem Jeremy Bentham, der den Ideen der Aufklärung ergeben und für Kodifikationen eingenommen war, geradezu unerträglich gewesen sein, den noch heute gelesenen und einflußreichen Kommentator des Common Law, William Blackstone, in seiner Selbstsicherheit auf dem Richterstuhle zu sehen. Andere Kritiken waren harmloser und richteten sich mehr gegen Nebenerscheinungen, so etwa die köstliche Schilderung, die Dickens in seinem David Copperfield von einem verstaubten, mit der Reform des 19. Jahrhunderts verschwundenen Sondergerichtshof gibt. Einige wenige sehen the old pomp, die alte Pracht, nicht mehr gern. Dagegen sind eher als Beweis des Vertrauens und der Volkstümlich-

¹⁹ Chief Justice Brian (18. Jahrhundert), zitiert noch von Lord Blackburn, House of Lords, 1877, in Brogden v. Metropolitan Railway, 2 ap. Cas. 666: Miles and Brierley, Cases, p. 33.

²⁰ Allen, l.c. p. 20; Mullins, l.c. p. 71.

keit die nicht seltenen Schriften zu werten, in denen sich ein wohlwollender Humor mit dem Menschlichen in der Rechtspflege befaßt. Als Beispiel sei ein kleines Gedicht erwähnt über «The thought of a judge», das vor kurzem anonym erschienen ist. Darin wird gesagt, daß ein Zeuge nicht über den Eindruck seiner Aussage und ein Advokat nicht über den Erfolg seines Vortrages sich zu sorgen brauche, wenn der Richter ihn scharf und streng ansieht, denn wie leicht könnte es sein, daß die Gedanken seiner Lordschaft bei seinem Golf oder seiner Jagd verweilen. Die Schlußstrophe lautet: «When His Lordship, looking lazy, — Has a blank and vacant face, — Then beware! you wily witness, — For his thoughts are on the case»²¹.

*

Noch sind wir nicht auf die für die Kenntnis des englischen Richterrechts wichtige Frage näher eingetreten, wie ein Satz dieses Rechts eigentlich entsteht. Auch da scheint die englische Auffassung von Widersprüchen nicht frei zu sein.

Folgt man den Rechtshistorikern, ist kaum ein Zweifel möglich, daß die Regel, die ein Richter zum erstenmal verkündet und einer Entscheidung zu Grunde legt, von ihm geschaffen wird. Die großen Richter erscheinen als the Makers of the law, die Schöpfer des Rechts, und ihre Namen bezeichnen die Wendepunkte der Geschichte des Common Law im engeren Sinne und der Equity²². Einige unter ihnen, die in umfassenden Werken die Rechtsprechung bis zu ihrer Zeit unter kritischer Würdigung zusammengestellt und damit den späteren neue Wege gewiesen haben, heißen Venerable Sages of the Law, und ihre Schriften stehen geradezu im Rang einer Rechtsquelle. Das gilt unter anderen von Henry Bractons «De legibus et consuetudinibus Angliae» im 13., von Edward Cokes

²¹ J. P. C.: Poetic Justice, 1947, p. 21.

²² Siehe z.B. Holdsworth, Some Makers of the English Law.

bereits erwähnten «Records» im 17. und von William Blackstones «Commentaries on the Common Law» im 18. Jahrhundert.

Versucht man aber festzustellen, was die Richter selbst denken, ergibt sich ein etwas anderes Bild. Von der Regel, die ein Richter seiner Entscheidung zu Grunde gelegt hat, und die später in Verbindung mit seinem Namen erwähnt wird, heißt es stets nur: «The principle, the rule, was stated, was declared», die Regel wurde verkündet²³. Das deutet auf die Ansicht, daß sie bereits vorher bestanden hatte und vom Richter nur brauchte ans Licht gezogen zu werden, was etwa der Art entspricht, wie vor Jahrhunderten auf dem Kontinent die Weisung des Gewohnheitsrechts durch Schöffen verstanden wurde.

Wir möchten dazu neigen, eine wirkliche Schöpfung des Rechtssatzes anzunehmen, wenn ihn bisher noch kein Richter ausgesprochen und für eine Entscheidung verwendet hatte. Immerhin ist zu beachten, daß sich der englische Richter niemals frei fühlt, einen Rechtssatz nach seinem Gutdünken zu formen, daß er sich vielmehr darum bemüht, eine Regel zu finden, die sich in die feststehenden Grundsätze des Common Law einfügt und über diese Grundsätze jedenfalls nicht weiter hinausgeht, als für eine angemessene, vernünftige Beurteilung des vorliegenden Falles unbedingt erforderlich ist. Wie in jedem entwickelten Recht gehen auch im Common Law die einzelnen Regeln auf allgemeine Grundsätze zurück. Diese betrachtet der Richter als verbindlich, und nur ganz ausnahmsweise führt seine gestaltende Tätigkeit zur Bildung eines neuen allgemeinen Prinzips. Daß in ähnlicher Weise die klassischen Juristen Roms im Rahmen anerkannter Grundsätze an Hand einzelner Fälle Schritt für Schritt das Recht weiter ausgebaut haben, ist neuerdings, gerade in England, mehrfach zutreffend hervorgehoben worden.

²³ Auch: "The rule was laid down": Smith v. Hughes, 1871, L. R. 6, Q. B. 597, Miles and Brierly, Cases, p. 183.

Neben die materiellen Grundsätze des Common Law treten unerschütterliche Prinzipien des Verfahrens, die für die Bildung der einzelnen Entscheidungsnorm maßgebend sind. Das Bewußtsein dieser doppelten Bindung, wozu sich die Überzeugung von einem unbestreitbar hohen Wert des Common Law im allgemeinen gesellt, läßt den Richter die zwar kaum ganz richtige, jedoch in seinen Augen angemessen bescheidene Formel wählen «The Law ist stated».

Darin liegt auch die Erklärung, warum das Gesetz, vom Standpunkt des Richters trotz der gewaltigen Vermehrung der statutes in den letzten Jahrzehnten stets noch eine Ausnahmeerscheinung, nur im Licht des Common Law gedeutet und, wenn es tatsächlich von seinen Grundsätzen abweichen sollte, nach Möglichkeit einschränkend ausgelegt wird²⁴.

Vollkommen unenglisch gedacht ist es daher, wenn man auf dem Kontinent zuweilen von einem Imperium des Richters in England spricht. Als ebenso abwegig lehnt jetzt die große Mehrheit der angelsächsischen Juristen, in der alten und der neuen Welt, eine in Amerika aufgekommene Lehre ab, wonach das Common Law ausschließlich aus den einzelnen, jeweils von einem Richter getroffenen Entscheidungen besteht²⁵.

Zu den für das Vorgehen des Richters unbedingt maßgebenden Grundsätzen ist das dem Kontinentalen fremde Prinzip der Bindung an den Vorentscheid, precedent, zu rechnen. Das Prinzip muß auf einer sehr alten Gewohnheit beruhen, sonst wäre die Kontinuität der Entwicklung nicht erklärlich. Lange Zeit war es jedoch mehr nur eine Richtlinie, von der man jedenfalls dann abweichen durfte, wenn sich der Vorentscheid später als unvernünftig, unreasonable, erwies. In der Rechtsprechung des 19. Jahrhunderts erhielt der Grundsatz eine feste Gestalt, wohl

²⁴ Maxwell, On the interpretation of Statutes, 9th ed., 1946.

²⁵ Cardozo, The nature of the judicial process; Kritisch: Goodhart, Some American Interpretations of Law, in Modern theories of Law, 1933.

zum Teil unter dem Einfluß der kontinentalen Rechtswissenschaft, die damals Rechtssicherheit und absolute Gesetzestreue allem voranstellte. Jetzt ist jeder Richter an seine eigenen und an die Entscheidungen eines höheren Richters gebunden. Das gilt auch für das höchste Gericht, das House of Lords, das sich demnach weigert, einen von ihm selbst aufgestellten Rechtssatz aufzuheben oder abzuändern und dafür den Erlaß eines Gesetzes durch beide Häuser des Parlaments als erforderlich hält. Daß das Oberhaus dabei wiederholt betont hat, es sei als Gericht zu keiner Änderung des Common Law befugt, ist ein weiterer Beweis für die Überzeugung des Richters, in der Rechtsschöpfung nicht vollkommen frei zu sein. Sobald die von einem unteren Richter ausgesprochene Regel durch einen höheren bestätigt wird, indem dieser etwa sagt: «I take it for good law», gilt sie als Vorentscheid dieses Höheren. Der unverbindliche precedent aber, der Entscheid eines gleichgestellten oder eines unteren Richters, ist nicht bedeutungslos. Er ist «entitled to respectful consideration, to great respect in any court» und darf deshalb von einem anderen Gericht nur aus stichhaltigen Gründen übergangen werden. Man betrachtet das auch als Ausfluß der Achtung, die sich alle Richter gegenseitig schulden, der comity among judges²⁶.

In unserem Jahrhundert trat die Sorge um die Sicherheit vor der Sorge um die Richtigkeit des Rechts wieder zurück. In England machte sich die Befürchtung geltend, daß eine allzu strikte Bindung an den precedent eine Erstarrung des Rechts herbeiführen könnte. Deshalb ist man gegenwärtig bestrebt, durch eine genaue Analyse der Urteile festzustellen, was am Vorentscheid wirklich verbindlich sein darf²⁷. Bindend soll nur sein die ratio decidendi, das principle upon which the case was decided.

²⁶ Allen, l.c. p. 103; Goodhart, Precedent in English and Continental Law, Law Quarterly Review, v. 50, 1934, p. 40.

²⁷ Zum folgenden namentlich: Goodhart, Essays in Jurisprudence and the Common Law, 1937.

Unmaßgeblich dagegen sind alle Gründe, die für die Bildung des principle angegeben werden, und wozu auch die traditionellen lateinischen Maximen gehören. Das alles ist nur obiter dictum, nebenher Gesagtes. Unmaßgeblich sind ferner Tatsachen, die der Richter als Beispiele für einen mit einem allgemeineren Begriff bezeichneten Sachverhalt anführt. Wenn einst Chief Justice Coke verkündet hatte, daß ein Kind sich gültig verpflichten könne, to pay for necessaries, for bed and cheese and clothes, durfte 1915 ein Richter annehmen, daß die Ausbildung eines Kindes in einer Artistentruppe, als good teaching whereby the infant may profit afterwards, ebenfalls zu den necessaries gehört²⁸. Das zeigt, nebenbei bemerkt, daß in England, wie übrigens auch in einigen modernen kontinentalen Rechten, die Handlungsunfähigkeit in einem weniger absoluten Sinn verstanden wird als bei uns. Eine neue Tatsache kann stets den Anlaß bilden, ein altes principle zu berichtigen und zu ergänzen. Im 15. Jahrhundert hatte Chief justice Brian die Regel aufgestellt: «Mental consent does not amount to acceptance». 1892 wurde diesem principle von Lord Justice Bowen hinzugefügt: «The offeror may dispense with notice to himself and prescribe a particular mode of acceptance as sufficient.» Demnach kann unter Umständen Schweigen oder irgendeine Handlung, in casu ging es um Ankauf und erfolglosen Gebrauch eines Medicaments, als Annahme eines Zahlungsversprechens gelten²⁹.

Nun ist aber nicht einmal der Wortlaut der Regel, the enunciation of the principle, verbindlich, sondern nur, wie man sagt, das principle selbst. Der spätere Richter darf deshalb annehmen, ein im Tatbestand genannter Sachverhalt sei stillschweigend als unwesentlich, impliedly immaterial, angesehen worden, und ebenso eine Tatsache habe, obwohl nicht erwähnt, stillschweigend als wesentlich,

²⁸ Roberts v. Gray, 1913, 1 K. B. 520, Miles and Brierly, Cases, p. 127.

²⁹ Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co., 1893, 1 Q. B. 256, Miles and Brierly, Cases, p. 5.

impliedly material, gegolten. Im ersten Fall erweist sich die enunciation als zu eng, too narrow, im zweiten als too wide, und in beiden Fällen kann sie korrigiert werden. Ein Richter hatte einem Grundeigentümer Ersatz zugesprochen, weil er durch Infiltration von Wasser aus einem Reservoir des Nachbars geschädigt worden war, und dabei in der enunciation die fehlerhafte Anlage des Reservoirs erwähnt. Diese letzte Tatsache wurde später als immaterial fact erkannt, so daß auch wegen Infiltration aus einem fehlerlosen Reservoir Ersatz gewährt werden konnte, womit man eine Regel gewonnen hatte, die auch in unserem Nachbarrecht Anwendung findet. In folgendem Fall wurde die Auslassung eines material fact in der enunciation festgestellt: 1888 war entschieden worden, daß eine Bank in der Londoner City beim Empfang von Wertpapieren als Pfand nicht gutgläubig war, weil sie es unterlassen hatte, über das Eigentum des Verpfänders Nachforschungen anzustellen. Ein späterer Richter fand, daß eine derartige Untersuchung nur dann Voraussetzung für den guten Glauben sein könne, wenn für den Empfänger erkennbare, besondere Verdachtsgründe bestehen. Er nahm an, daß das auch die Ansicht des früheren Richters gewesen sei, weil der Umstand, daß damals der Verpfänder ein gewerbsmäßiger Geldverleiher war, der üblicherweise Wertpapiere seiner Borger in Händen hat, einen besonderen Verdachtsgrund gebildet habe.

Der verbindliche precedent läßt somit dem englischen Richter eine größere Freiheit als das Gesetz dem kontinentalen. Man darf allerdings nicht vergessen, daß die Überlegungen eines Richters, der vor der Entscheidung eines bestimmten Falles steht, niemals so weit auszugreifen vermögen, wie es die Überlegungen eines Gesetzgebers tun können und sollen.

Wenn gegenwärtig, wie schon angedeutet, die englische Wissenschaft Einwände gegen das Common Law erhebt³⁰, ist sehr bezeichnend, daß die Kritik, die bei der übermäßi-

³⁰ Mullins, l.c., passim. (Grundlegend für die Orientierung über die vorgebrachten Einwände.)

gen Kostspieligkeit der Justiz ansetzt, keineswegs etwa den Inhalt des Rechts und damit die Ergebnisse der richterlichen Rechtsgestaltung angreift. An der Überzeugung des Engländers, daß die Rechtspflege in seinem Lande im Ganzen vortrefflich und der kontinentalen überlegen sei, wird nicht gerüttelt. Getadelt wird nur, einmal, daß es für die Advokaten zeitraubend und überhaupt schwierig sei, dem «immense bulk» der Vorentscheide die auf einen Einzelfall anwendbare Regel zu entnehmen, und sodann, daß die Geltung selbst eines unzweifelhaft von einem Richter verkündeten principle unsicher sei, so lange keine Appellation an das Oberhaus dieser Gelegenheit gegeben hat, sich darüber auszusprechen, was unter Umständen erst nach Jahrzehnten geschieht. Man weist darauf hin, daß eine gesetzliche Festlegung der Regel unnötige Prozesse verhindern und auch sonst den Rechtsuchenden beträchtliche Anwalts- und Gerichtskosten ersparen könnte. Sehr vorsichtig wird darum der Gedanke einer auf einige Hauptpunkte beschränkten Kodifikation geäußert, nicht ohne anzudeuten, daß die Qualität der Rechtspflege nicht mehr ganz die alte wäre. Wie aber nicht jeder Engländer die Automarke kaufe, die er als die beste anerkennt, werde man sich auch mit einer etwas weniger ausgezeichneten, dafür jedoch bedeutend billigeren Justiz zufrieden geben. Ob aber eine in der vorgesehenen Weise beschränkte Kodifikation möglich und ob nicht jede Kodifikation für die im englischen Leben so wichtige Stellung des Richters gefährlich wäre, mag dahingestellt bleiben.

*

Die Eigenart des Richterrechts bestimmt auch das Gesicht der englischen Rechtswissenschaft. Die Neigung zu dogmatischen Konstruktionen besteht viel weniger als auf dem Kontinent, läßt doch keine abstrakt gefaßte Kodifikation zu weiteren Abstraktionen ein. In der Regel hält man Erörterungen über Begriffe, die in den Entscheidungsnormen und den von ihnen zur Anwendung

gebrachten Grundsätzen nicht vorkommen, für vollkommen müßig. Dagegen werden heutzutage, obwohl keine Kodifikation ein System vorzeichnet, die einzelnen Partien des Richterrechts klar unterschieden und in einer für die Doktrin traditionell gewordenen Gliederung dargestellt. Rechtsphilosophie im kontinentalen Sinne spielt kaum eine Rolle. Den Hauptgegenstand der allgemeinen Rechtslehre bilden die Rechtsquellen, in erster Linie die Entstehungsweise des Richterrechts. Offenbar hat die fortlaufende, auf Prinzipien gerichtete Bildung von Regeln durch den Richter den Gegensatz zwischen Naturrecht und positivem Recht schwächer hervortreten lassen als das für längere Zeiten festgelegte Gesetz des Kontinents.

*

Die Grundsätze des Verfahrens vor dem englischen Richter gelten analog in den meisten neuen angelsächsischen Staaten, soweit diese das Common Law beibehielten. Da werden weitgehend die gleichen Prinzipien anerkannt. Es steht auch fest, daß die Gesetze nach diesen Prinzipien auszulegen sind und sich in sie einzufügen haben. Anscheinend gibt es aber eine wichtige Ausnahme. Sie betrifft die geschriebenen Verfassungen namentlich der Bundesstaaten, wo es gilt, die Kompetenzen zwischen Bund und Gliedstaaten abzugrenzen. Zu nennen ist an erster Stelle die Verfassung der Vereinigten Staaten. Diese ist nicht in das Common Law eingebettet, sondern in die naturrechtlichen Prinzipien, von denen die Gründer der Union, the Founding Fathers, ausgegangen sind, und die gegenwärtig noch größtenteils die Deutung der Texte bestimmen. Häufig wird allerdings in Amerika jetzt betont, daß die hinter der Verfassung stehenden Prinzipien in der Hauptsache mit den Grundsätzen des alten Common Law übereinstimmen³¹. Auch dürfte in der als selbstverständlich hingenommenen Befugnis der Supreme Court, Gesetze

³¹ Über die Auswirkung des Common Law in den Vereinigten Staaten: Roscoe Pound, *The Spirit of the Common Law*, 1934.

als verfassungswidrig zu erklären und sich so dem Willen des Kongresses entgegenzustellen, etwas von der stolzen Tradition des englischen Common Law Richters weiterleben.

*

Wir dagegen kennen diese Tradition nicht und könnten uns, auch wenn wir es wollten, nicht in sie hineinstellen. Niemals wird sich bei uns, wie bei den Angelsachsen, das Rechtsbewußtsein des Volkes um die Person des Richters kristallisieren. Unsere Tradition ist die des Gesetzes, doch zugleich auch einer in beschränkterem Rahmen sich vollziehenden schöpferischen Auslegung durch den Richter. In ihrem zweiten Teil scheint nun aber diese Tradition ihre Lebenskraft verlieren zu wollen.

Jedenfalls gibt die Tatsache zu denken, daß Verirrungen des Rechtsbewußtseins, wie wir sie gegenwärtig hier beobachten, in England kaum denkbar wären. Kommt das nicht etwa daher, daß dort das Rechtsbewußtsein, indem es sich auf den Richter bezieht, das Recht in seiner ganzen lebendigen Funktion erfaßt, während es sich bei uns weitgehend auf seine an sich leblose äußere Erscheinung im Gesetz zurückgezogen hat? Das dürfte auch der Grund sein, warum die Engländer sich deutlicher als wir des notwendigen Zusammenhangs von Recht und Freiheit bewußt geblieben sind. Dringend zu wünschen wäre deshalb, daß unser Volk wieder lernt, wenn nicht die Person, so doch die Tätigkeit des Richters in sein Rechtsbewußtsein einzuschließen und damit die Achtung vor den altbewährten Methoden juristischer Überlegung zurückgewinnt, durch die allein das Gesetz wirklich zum Rechte wird.

Die Freiheit ist eben so lange auf Sand gebaut, als nicht die Erkenntnis, daß nur das Recht den König macht, eine Erkenntnis, womit Bracton im 13. Jahrhundert die glorreiche Geschichte des englischen Richterrechts und der englischen Freiheit eröffnet hat, sich, in die Sprache unserer Zeit übertragen, einem jeden in die Seele geprägt hat.