

IX.

Technik der Gesetzgebung ¹⁾.

Von

Herrn Professor Josef Kohler.

§ 1.

Jedes Gesetzbuch ist nicht nur inhaltlich, sondern auch sprachlich ein Kind seiner Zeit; es trägt das Kleid der Tage, an denen es entstanden ist, und auch hier gilt der Satz, daß der Stil der Mensch ist: der Stil des Gesetzes entspricht der Geistesverfassung der Epoche, in der es erwuchs, und dem Milieu, aus dem es hervorging. Im Stil zeigt sich die mehr oder minder harmonische Natur einer Periode, es zeigt sich, ob sie mehr oder minder eingeengt oder vorausschauend ist, es zeigt sich, ob sie in Rechtsfragen die Materie klar beherrscht oder nur dilettantisch erfaßt, und nicht am mindesten spiegelt sich auch im Stil der Gesetze die mehr oder minder schönheitserfüllte Art einer Periode der Entwicklung und der Zug, den ihr Schönheitsbestreben genommen hat, sei es ins Große, ins Erhabene, ins Kleine, ins Zierliche; im Stil kündigt sich bald der abgemessene Sinn einer Zeit, die in den Formen stecken bleibt, bald die Leicht-

¹⁾ Der Aufsatz von Geny, *La technique législative dans la codification civile moderne* im *Livre du centenaire des Code civil* II p. 989 ff. kam mir erst unmittelbar vor Vollendung dieser Arbeit zu, Zirkelman's Arbeit „Die Kunst der Gesetzgebung“ erst nachträglich.

lebigkeit, die rasch und unbedenklich alte Schablonen durchbricht. Auch ergibt sich aus dem Stil der Gesetze, ob das Recht mehr oder minder volkstümlich ist oder ob es als die kastenmäßige Prerogative eines bestimmten Standes erscheint. Letzteres gilt besonders im englischen Recht. Es wäre unrichtig, wollte man das englische Wesen ohne weiteres nach der Art seiner Gesetzgebung beurteilen. Stets muß man bei englischen Gesetzen im Auge behalten, daß dort die Jurisprudenz mehr oder minder Standesfache ist und daß trotz der großen Fortschrittsideen immer und immer noch die Perrücke auf dem Kopf des Richters ihre Bedeutung wahr.

Man betrachte irgend ein englisches Gesetz, z. B. das Patentgesetz von 1883 s. 87:

Where a person becomes entitled by assignment, transmission, or other operation of law to a patent, or to the copyright in a registered design, or to a registered trade mark, the comptroller shall on request, and on proof of title to his satisfaction, cause the name of such person to be entered as proprietor of the patent, copyright in the design, or trade mark, in the register of patents, designs, or trade marks, as the case may be. The person for the time being entered in the register of patents, designs, or trade marks, as proprietor of a patent, copyright in a design or trade mark as the case may be, shall, subject to any rights appearing from such register to be vested in any other person, have power absolutely to assign, grant licences as to, or otherwise deal with, the same and to give effectual receipts for any consideration for such assignment, licence, or dealing. Provided that any equities in respect of such patent, design, or trade mark may be enforced in like manner as in respect of any other personal property.

Dies ein Muster der englischen Gesetzgebungstechnik: ausführlich, umständlich, mehr beschreibend als kennzeichnend,

durch Beispiele ins einzelne eingehend, überall mit der nervösen Angst, etwas zu vergessen oder zu viel zu sagen, mit ständigen Vorbehalten und Beschränkungen. Es ist immer noch das englische Justizwesen, wie es war in den Zeiten der Fiktionen und des Formalprozesses vor dem Jahre 1852.

Wenige werden diese Art der englischen Gesetzgebung als Fortschritt empfinden. Sie wird so nachgeschleppt, weil man in England nicht an Kodifikation denkt und die Gesetzgebung dort nicht dieselbe Rolle spielt wie bei uns. Im indischen Gesetzbuch allerdings hat man sich der Art der Kontinentalgesetzgebung mehr genähert. Hier finden wir aber auch die Praxis, daß dem Gesetze Beispiele, Illustrations, beigelegt werden, was an die offiziellen Anmerkungen erinnert, die manchen Gesetzen des 18. Jahrhunderts mitgegeben wurden, was in der Theresiana zu einem förmlichen „Bilderschmuck“ geführt hat. In neuzeitlichen kontinentalen Gesetzen findet sich solches nur ausnahmsweise, z. B. im Erbrecht des Züricher Gesetzbuchs a. 860 f. (nach der jetzigen Paragraphenzählung). Im übrigen soll ein Gesetzbuch keine Satzungeheuer bilden, es soll die Rechtsätze klar und einfach vor Augen stellen, ohne Verschnörkelung und Umständlichkeiten, und wenn es beschreibt und Beispiele bietet, so soll es sich aufs nötigste beschränken.

Eine hervorragende Stellung in der Gesetzgebungstechnik nimmt der Code civil ein: einfach, elegant, mit feinem Sprachgefühl, nicht besonders in die Tiefe dringend, aber in geschmackvoller Weise wichtiges vom unwichtigen scheidend, überall fein weltmännisch, überall die unpersönliche Persönlichkeit des aus der Revolutionszeit hervorgegangenen Staates bekundend, ist er (meist) fern von dem Instruktionsmäßigen und immer fern von dem Subalternenstil, der manchen früheren Gesetzgebungen anklebt; vor allem ist auch das Bestreben hervorzuheben, die Denkkraft des Lesers stets gespannt zu halten und sie nie auf den Gefrierpunkt herabzumindern.

Die Verfassung des Code civil hatte allerdings bedeutende Vorgänger. Schon die Gesetze des 17. und 18. Jahrh. haben zwar vielfach etwas Klotzkomäßiges und dringen mitunter recht unheilvoll in die Einzelheiten ein, aber doch zeichnen sie sich durch Feinheit und Adel der Sprache aus. Man betrachte die Ordonnances von 1731, 1735, 1747. Sodann hatte man als Lehrmeister Pothier, der zwar durchaus kein tiefer Denker war und hauptsächlich die Gedanken anderer in neuerer Fassung brachte, dies aber in einer so klaren und anmutigen Weise tat, daß die Redaktoren des Code vieles von ihm geradezu übernehmen konnten. Nicht umsonst hatte auch das französische Volk seit den Zeiten der Kreuzzüge eine hervorragende Rechtskultur aufzuweisen, und nicht umsonst hatten die Routumisten an der Fortbildung des germanischen Rechts gearbeitet und seine Hauptzüge herauszugestalten versucht.

Im übrigen liegt ein Hauptreiz des Code civil darin, daß er einerseits, als Kind der französischen Revolution, ein wesentlich modernes Gepräge zeigt, andererseits ein gutes Teil mittelalterlicher Romantik beibehält; und die Bestimmungen über Schenkungen, Schenkungen unter Ehegatten, Eheverträge führen uns ganz in jene Zeiten zurück, wo die Könige noch in der wunderschönen Königsburg von Saint Germain weilten und diesen poetischen Punkt noch nicht mit dem Sand von Versailles vertauschten. So ist der Code civil ein Unikum, eine ästhetische Schöpfung, wie sie vorher nie war und wohl auch nie mehr erreicht werden wird²⁾.

Allerdings enthält der Code civil von unserem Standpunkt aus schwere Fehler; denn an Stelle eines allgemeinen Teils finden wir nur die wenigen Bestimmungen des titre préliminaire, und so kommt es, daß wir die Bedingungen

2) Daß ihn Savigny so abfällig behandelt, beweist nur, daß der große Stifter der geschichtlichen Rechtsschule sehr viel vom Recht, aber wenig von der Gesetzgebung verstand.

im Obligationenrecht, die Fesslon im Kaufrecht finden, und eine Reihe von Bestimmungen des Obligationenrechts wird in das Vertragsrecht gestellt. Auf solche Weise können erst durch analoge Anwendung eine Menge von Rechtsätzen gefunden werden, die sich ohne weiteres ergeben würden, wenn die maßgebenden Bestimmungen im allgemeinen Teil ständen. Ebenso mischt er zivilrechtliches und prozessuales, handelt im bürgerlichen Recht vom Beweis und zeigt noch andere Fehler, namentlich eine vielfach schwankende Diktion (unten S. 359).

So der Code civil. Ebenso zeigt sich die Art der Zeit in den merkwürdigen badischen Zusatzartikeln; ich habe sie immer mit einer gewissen Gemütsfeligkeit gelesen: es sind das die anmutigen, altväterlich zugeschnittenen Miniaturformen des Baden-Durlach'schen Kleinstaates vor 100 Jahren in der Zeit Karl Friedrichs, und neben diesen Landrechtszusätzen steht mir immer der Geist jenes Ministers, der die denkwürdigen Worte gesprochen, daß man Baden nicht noch vergrößern dürfe, weil das Land schon so groß sei, daß es kaum übersehen werden könne. Ja, da ist der berühmte Artikel: „Ja, wo“, der seiner Zeit die Freude unserer juristischen Jugend bildete, und die badische Eheordnung, worin die Bedeutung der Ehe für die Fortpflanzung hervorgehoben wird. Kaum sollten wir denken, daß uns nur ein Jahrhundert von jener Welt trennt.

Der Code civil mit seiner Technik war in den westlichen Festlandstaaten bahnbrechend, namentlich in der romanischen Welt. Noch das spanische Zivilgesetzbuch von 1888 folgt im wesentlichen der Technik des französischen und hat die gleichen Fehler. Ihm mangelt gleichfalls ein allgemeiner Teil, die Lehre der Bedingungen erscheint im Obligationenrecht, Art. 1114 f., die Lehre von der Forderungsübertragung im Kauf, Art. 1526 f. (*transmisión de créditos y demás derechos incorporales*). Vom Beweis wird ausführlich im Obligationenrecht gehandelt, IV. 5:

de la prueba de las obligaciones, Art. 1214, 1253. In anderen Beziehungen zeigt sich einiger Fortschritt. Im Schuldrecht findet sich zuerst ein allgemeiner Teil über die Obligationen, und dann erst kommen im zweiten Titel die Verträge, im dritten Titel die Eheverträge u. s. w., dann im 16. Titel die obligaciones sin convenio.

Ein bedeutendes gesetzgeberisches Ereignis war das deutsche Handelsgesetzbuch vom Jahre 1861. Es bewegt sich auf der vom Code civil gewiesenen Bahn weiter, zeigt aber vielfach eine verständnisvolle Vertiefung. Diese tritt auch formell hervor, wenn auch nicht immer bereits das Richtige getroffen ist. So ist eine seiner größten Taten die scharfe Unterscheidung zwischen der Vollmacht und dem Auftrags- oder Dienstgeschäft, zu dessen Ausführung die Vollmacht dienen soll. Wenn es aber beispielsweise in Art. 43 heißt, daß die Beschränkung des Umfangs der Procura Dritten gegenüber keine rechtliche Wirkung habe, so ist diese Ausdrucksweise unrichtig; denn die Beschränkung der Procura hat überhaupt keine Wirkung: daß eine Instruktion über den Procuregebrauch eine schuldrechtliche Wirkung unter den Parteien hat, ist selbstverständlich; aber eine solche dem Dienstverhältnis angehörige Instruktion ist eben etwas ganz anderes als die Procura. Es ist erklärlich, daß zu den Zeiten des alten Handelsgesetzbuchs, wo der Unterschied zwischen der Vollmacht und dem die Vollmacht veranlassenden Schuldverhältnis erst allmählich zum Verständnis kam, die Ausdrucksweise noch etwas Schwankendes hatte. Bedauerlich ist aber, daß im neuen HGB., § 50, die nämliche verfehlte Ausdrucksweise geblieben ist, und so auch in den entsprechenden anderen Fällen, z. B. § 235 u. a. Man hatte doch eine Entwicklung durchgemacht, welche die wahre Bedeutung der Procura klarlegte. Ebenso finden wir im Gesellschaftsrechte manches Tastende. Der Gesetzgeber wagte nicht zu sagen,

ob die Gesellschaften juristische Persönlichkeiten sind oder nicht, und so drückte er sich etwas diplomatisch aus, was den Anlaß zu vielen Streitigkeiten gegeben hat. Und auch sonst finden sich eine Reihe gesetzgeberischer Fehler, die aber auch noch in späteren Gesetzbüchern wiederkehren. Zu tadeln ist namentlich die außerordentliche Redseligkeit der seerechtlichen Bestimmungen. Daß im übrigen das HGB. immer mehr einen bruchstückartigen Charakter annimmt, liegt in der Natur des Gegenstandes begründet und kann dem Gesetzbuch nicht zum Vorwurf gemacht werden.

Auf der Stufe des deutschen Handelsgesetzbuches stehend, in einzelnen Punkten es formell überragend, ist das italienische Codice di commercio vom Jahre 1882 zu erwähnen. So ist z. B. die sog. Vermutungsvorschrift des deutschen Gesetzbuches über die Kaufmannsgeschäfte im Art. 4 viel besser wiedergegeben, als bei uns, und es ist zu bedauern, daß der § 344 unseres neuen HGB. dem nicht gefolgt ist. Wie noch (§. 363) auszuführen, handelt es sich hier nicht um eine Vermutung, sondern um eine doppelte Rechtsordnung, und dem entspricht die Ausdrucksweise des Art. 4, wonach die Geschäfte eines Kaufmanns als Handelsgeschäfte gelten, *se non sono di natura essenzialmente civile o se il contrario non risulti dall'atto stesso*.

Einen wichtigen technischen Fortschritt, namentlich in der Einteilung des Rechts, bekundet das sächsisch e Gesetzbuch von 1863. Wir finden hier insbesondere einen ziemlich ausführlichen allgemeinen Teil, der dem Sachen-, Forderungs-, Familien- und dem Erbrecht vorhergeht. Wir finden im allgemeinen Teil Bestimmungen über Nichtigkeit und Anfechtung der Rechtsgeschäfte, Bestimmungen über Irrtum und Zwang § 93 f., welche allerdings später in der Lehre vom Vertragsrecht § 830 f. ein Widerspiel finden. Ebenso sind die Bedingungen bereits im allgemeinen Teil enthalten, § 108 f., finden aber in der Lehre von den Ver-

trägen, § 871 f., gleichfalls eine spezialisierende Wiederholung.

Die deutsche Gesetzgebung Anfang der 70er Jahre zeigt ganz den Zug einer Zeit, in der man in übermäßiger Siegesfreude glaubte, mit dem bloßen Willen alle Schwierigkeiten überwinden zu können. Es war jene Zeit des Jubels, auf welche dann alsbald der große Krach folgte. In der Tat kann eine Nation nur durch gründliche, tiefe Arbeit und auf der Basis einer bedeutenden Vergangenheit wirtschaftlich Großes schaffen. Das verkannte man, und das damalige Aktiengesetz und das Strafgesetzbuch gehören zu den unvollkommensten Schöpfungen. Im Aktiengesetz hat man nicht nur alle Garantien beiseite geworfen; auch seine Fassung ist eine höchst flüchtige und wenig erfreuliche. Das Strafgesetzbuch gründet sich aber in seinem Wesen auf das preußische Strafgesetzbuch, das sich vielfach von der deutschen Rechtsanschauung entfernt hatte, und das Ergebnis war so, als ob die jahrhundertelange Schöpfung des deutschen Rechts einfach weggemischt und die geschichtliche Kontinuität unterbrochen wäre. Dazu kam der gesetzgeberische Brauch, viele Fragen, die der gesetzlichen Entscheidung harften, ungelöst zu lassen und sie der Wissenschaft anheimzustellen. Daraus ist nicht nur eine große Unklarheit, sondern auch viel Unheil entstanden. Mit Recht haben z. B. alte Gesetzbücher Beleidigung und üble Nachrede genau bestimmt, damit nicht aus übermäßiger Empfindlichkeit alles Mögliche als Beleidigung aufgefaßt und zur Strafe gebracht würde. Mit Recht hat auch das italienische Strafgesetz von 1888/89 solches in Art. 393 und 395 getan. Ebenso war es ein großer Fehler, über untauglichen Versuch jede Bestimmung wegzulassen: das italienische Strafgesetzbuch hat eine solche in Art. 61 u. a.

§ 2.

Eine teilweise neue Technik hat unser BGB. geschaffen.

Auch es ist ein Werk seiner Zeit, wobei man allerdings in das Ende der 70er und in die 80er Jahre zurückrechnen muß: ein Werk emsigen Fleißes, getreuer Pflichterfüllung, aber kein Werk großen Zuges; es entstammt der Zeit Windscheid'schen Grübelns und der Zeit, wo die neuen Ideen der Jurisprudenz noch um ihre Existenz kämpften. Während es eine Reihe technischer Fehler vermieden hat, ist es mit einem schweren Mangel behaftet, dem einer geschrabten, mühsamen Diktion. Zwar ist vieles unrichtig, was man über das Deutsch des BGB. gesagt hat: die Sprache ist im allgemeinen korrekt, und die Satzbildung zeigt Geschick und ermangelt nicht des Geschmacks. Dagegen sind eine Reihe von Bestimmungen in einer solchen Weise ausgedrückt, die Gedankengänge sind oft so vertrackt, daß es höchst mühsam ist, sich durch die gewundenen Wege hindurchzuschlängeln. Man vergleiche nur Bestimmungen des ehelichen Güterrechts, beispielsweise die Sätze über die Schuldenhaftung § 1410 f., vor allem den § 1416: man könnte einen Preis aussetzen, wie der Gedanke umständlicher, verzerrter, „umwegiger“ ausgedrückt werden könnte. Und wie könnte etwas vertrackter sein, als die Fassung des § 164 Abs. 2, wo es einfach heißen sollte, daß eine Erklärung im eigenen Namen erfolgt ist, wenn nicht eine Erklärung, im fremden Namen handeln zu wollen, vorliegt. Vertrackt sind die Bestimmungen § 818, 819, wo zuerst die Haftung bis zur Bereicherung dargelegt, dann auf die Rechtshängigkeit übergegangen und die Bestimmung ausgesprochen wird, es soll in bestimmten Fällen so gehalten werden, wie wenn der Anspruch rechtshängig geworden wäre, vgl. auch § 347. O der Schwerfälligkeit und Vertracktheit! Eine große Dosis von Unklarheit und äußerlicher Verschrobenheit ist in das BGB. durch das Bestreben gekommen, immer die Beweislast markieren zu wollen, eine ganz verfehlte Sucht, den Richter zu bevormunden, der in der Tat, was die Beweis-

frage betrifft, vollkommen nach der Billigkeit des einzelnen Falles zu entscheiden hat. Viel besser in dieser Beziehung ist der Schweizer Borentwurf. Man betrachte nur einmal, im Gegensatz zum BGB., die Bestimmungen über die Schuldenhaftung bei der Gütereinheit, § 235 f. Besser ist auch schon die Fassung des Schweizer Obligationenrechts; man vergleiche nur etwa mit BGB. § 932 ff. die entsprechenden Sätze des Schweizer Obligationenrechts a. 205 ff. Allerdings hat der Schweizer Borentwurf einen sehr großen Mangel: er entbehrt des allgemeinen Teils, und die Gründe, die Huber dafür gibt, sind fern davon, überzeugend zu sein!

Ein schwerer Fehler unseres BGB.'s ist sodann die übermäßige Verweisungstechnik, die noch dadurch zu Unklarheiten führt, daß das Gesetz, auf das verwiesen wird, meist nicht ohne weiteres, sondern nur „entsprechend“ in Anweisung kommen soll. Dadurch wird das Ganze im höchsten Maße verworren und unübersichtlich. Außerst fehlerhaft war in dieser Beziehung namentlich das Aktiengesetz vom Jahre 1884, worin zunächst eine Reihe von Bestimmungen über die Kommanditaktiengesellschaft gegeben waren, die dann durch Verweisung auf die Aktiengesellschaft bezogen wurden, was umso geschmackloser war, als die Kommanditaktiengesellschaften nur die schmale Minderheit bilden und gegenüber den Aktiengesellschaften sozial kaum in Betracht kommen. Im ersten Entwurf des BGB.'s steigerte sich die Zahl der Verweisungen ins Stahlgraue. Aber auch noch das BGB. selbst hat in dieser Beziehung des Guten viel zu viel getan. Eine Menge Verweisungen wären dann unnötig gewesen, wenn manches richtig ausgeschieden wäre. Beispielsweise die Bestimmungen über Geschäftsbeforgung hätten in den allgemeinen Teil des Schuldrechtes gehört, und dann hätte es sich von selbst verstanden, daß sie ebenso gut gelten, wenn die Geschäftsbeforgung auf Auftrag (§ 665—670), auf Dienstvertrag (§ 675), auf Gesellschaft (§ 713), oder auf

Geschäftsführung beruht, in diesem Fall soweit sie passen (§ 681 cf. 666—668). Andere Verweisungen hätte man weglassen und die analoge Anwendung der Vernunft des Lesers überlassen können. Aber das Gesetzbuch konnte sich im Bestreben nach Bestimmtheit und Unzweifelhaftigkeit gar nicht genug tun; so wird der Leser immer und immer mit Gewalt von einem Paragraphen auf den anderen gehezt, von einer Thür in die andere hineingejagt, was nicht nur der Diktion des Gesetzes höchst nachteilig ist, sondern vielfach dem Leser einen Anstoß bildet, denn niemand sieht es gern, wenn man seiner Vernunft so wenig zutraut. Um beispielsweise das Recht des Gesamtgutes an den Früchten des eingebrachten Gutes bei der Fahrnisgemeinschaft kennen zu lernen, wird man von § 1550 auf 1525, von da auf § 1383 und von da auf den Nießbrauch, also § 954 cf. 955 und 1030, 1039 f. verwiesen! Das Gesetzbuch ist doch keine Logarithmentafel! Schließlich konnte man doch auch nicht überall verweisen, wo analoge Bestimmungen vorhanden waren, z. B. bei der Stiftung nicht auf die Schenkung, beim unentgeltlichen „Dienst“vertrag nicht auf den Auftrag; hier hat nun aber die übermäßige Verweisungstechnik zu dem großen Nachteil geführt, daß man glaubte, die analoge Anwendung des Gesetzes wäre nun ganz ausgeschlossen, denn der Gesetzgeber habe verwiesen, wo er verwiesen haben wollte! Damit wird einer völlig formalistischen Rechtspflege das Wort gesprochen.

Hiervon kann man schon jetzt manches Lied singen; so ist in § 254 Abs. 2 auf § 278 verwiesen, in Abs. 1 nicht: die Verweisung hätte als selbstverständlich wegbleiben oder als Abs. 3 zu beiden vorigen Absätzen zugezogen werden sollen. Jrgend ein vernünftiger Grund, daß diese Vertreterhaftung nur bei nachträglicher Mitschuld und in einem Fall der gleichzeitigen Mitschuld stattfinden soll, ist absolut nicht aufzufinden, und doch hat man einen solchen Unter-

schied behauptet! Die einfachste Regel der Analogie gebietet die Heranziehung auch zum ersten Fall, und daß die Ausdrucksweise des Gesetzes eine ungeschickte ist, das ist doch durchaus nicht beispiellos. Man soll doch nicht unter einem ungeschickten Ausdruck das Recht leiden lassen! Ein anderes Lied ist von § 822 zu singen. Weil es hier heißt: „soweit infolge dessen die Verpflichtung des Empfängers . . . ausgegeschlossen ist“, folgert man: hat der Empfänger in gutem Glauben weiter geschenkt, so kann der Geschädigte den Beschenkten in Anspruch nehmen; wenn nicht, so nur den Empfänger, nicht den Beschenkten. Wie aber, wenn vom Empfänger nichts zu bekommen ist, wenn er all sein Gut verpraßt hat? Offensichtlich ist die Ausdrucksweise des § 822 zu eng; aber da ist es unsere Aufgabe, ausdehnend auszulegen. Ein ähnlicher Fall ist in § 2329 gegeben (Encyklop. I S. 755), und doch hat man bei den Worten stehen bleiben wollen. Da muß ich immer fragen: Haben wir darum bei den römischen Juristen gelernt, um mit dem Gesetzestext so zu verfahren? Warum studieren wir sie heute noch, wenn wir gerade das Gegenteil von dem tun, was sie uns lehren? Mir wirft man Willkür in der Behandlung des Gesetzes vor; aber die Herren C e l s u s und P a p i n i a n u s waren in diesem Sinne noch viel „willkürlicher“.

Leider herrscht immer noch der Gedanke, als könne der Gesetzgeber durch seine Bestimmungen alle Zweifel heben, als könne er jeden Fall des Lebens in seine Formeln bringen, so daß er gleichsam dem Richter das Denken ersparen könne und daß man auch von einem ziemlich unfähigen Richter noch ordentliche Ergebnisse erwarten dürfe — alles längst überwundene Gedanken der Fridericianischen Zeit, die immer noch Tropfen für Tropfen in das BGB. eingeflickert sind; denn immer und immer wieder tritt die Absicht hervor, ja keinen Zweifel übrig zu lassen.

O des Alexandrinismus, welcher glaubt, die Pforte des

Zweifels zuschlagen zu können! Damit wäre auch der Weg des Fortschritts verschlossen! In allen diesen Beziehungen bietet die Arbeit H u b e r s, der Schweizer Vorentwurf, einen gesunden Gegensatz, und es ist nur zu bedauern, daß wir mit dem alexandrinisch gefaßten Gesetzbuch zu tun haben, während das Schweizer Recht einem viel kleineren Rechts- und Gerichtskreise zu grunde liegen wird. Glücklicherweise nur, daß dieser Alexandrinismus der Form den gesunden Inhalt des Gesetzbuchs nicht auslöschen kann, denn der deutsche Geist dringt siegreich durch derartige Formeln hindurch! Und er wird hindurchdringen, auch wenn es den Formaljuristen dabei nicht immer wohl zu Mute ist.

Bedeutende Fehler hat das BGB. auch in seinen Einteilungen, namentlich in der Schuldlehre. Man hat sich hier von den Schablonen des römischen Rechts nicht loszulösen vermocht. So kam es, daß man, für die Geschäftsbeforgung, den unentgeltlichen „Dienst“vertrag als Auftragsvertrag besonders geregelt hat, nicht aber den sonstigen unentgeltlichen Dienstvertrag. Die Beziehungen dieses letzteren zur Schenkung sind in keiner Weise offen gelegt. Die Geschäftsführung ohne Auftrag ist noch an den Auftragsvertrag angeklebt, obgleich sie eine ganz andere Natur hat und auf dem Prinzip der Menschenhilfe im bürgerlichen Recht beruht — ein Fehler der Denkweise, aus dem eine Reihe von Fehlern in der Auffassung und in der Einzelanwendung hervorgehen. Die Haftung der Gastwirte für das Einbringen ist in das Vertragsrecht gestellt, obgleich sie mit dem Vertragsrecht nur äußerlich zu tun hat u. s. w. Diese schweren Fehler rühren daher, daß die bisherige Pandektenwissenschaft noch nicht zu reinen Ergebnissen gelangt war.

§ 3.

Jedes Gesetzbuch ist also das Kind seiner Zeit und folgt unwandelbar dem Formenfinn seiner Zeit. Gleichwohl lassen sich aus der bisherigen Erfahrung einige wichtige

Regeln der Gesetzestechnik aufstellen :

1. Ein Gesetzbuch sei kein Lehrbuch. Gegen diesen Satz hat man in früherer Zeit viel gefehlt. Das preußische Landrecht bietet eine Fülle von Beispielen lehrbuchmäßiger Fassung; aber auch der Code civil ist nicht frei davon, namentlich wenn er sich auf den Spuren Pothier's bewegt. Man vergleiche z. B. Artikel 1101 f., 1169 f., ferner a. 1497: *Les principales modifications sont celles-ci . . .*; ferner a. 1801: *Il y a plusieurs sortes de cheptels . . .*. Aber auch noch neuere Gesetze zeigen ähnliches, z. B. das italienische Handelsgesetzbuch (1882) a. 76: *Le società commerciali . . . si distinguono nelle specie sequenti: 1) la società in nome collettivo . . .*. Derartige Einteilungen gehören nicht ins Gesetzbuch, da sie keinen Rechtsatz, sondern nur einen Lehrsatz enthalten; und wenn das Gesetzbuch ein System hat, so ist es geschmacklos, einem solchen System einen Herold vorherzuschicken, der verkündet, welch schöne Dinge in den folgenden Kapiteln kommen. Alles derartige ist widerspruchsvoll, denn es verwischt die Grenzen zwischen Rechtsatz und wissenschaftlichem Lehrsatz und führt zum Irrtum, als ob in den Lehrsätzen des Gesetzes auch Rechtsätze zu erblicken wären. Ein Gesetz, das die Tätigkeit der Rechtswissenschaft in solcher Weise in sein Bereich ziehen will, verläßt den ihm allein zustehenden Boden; und die Folge ist, daß man der forschenden Wissenschaft künftig immer und immer wieder die Lehrsätze des Gesetzes entgegenhält und, zum großen Unheil, Lehrsätze aus den vergangenen Zeiten „stereotypiert“.

2. Sehr empfehlenswert ist eine einheitliche folgerichtige Sprachweise des Gesetzes. Gleiche Begriffe sollen gleiche Bezeichnungen haben, rechtliche Zwischenglieder durch bestimmte Ausdrücke markiert werden. In dieser Beziehung wurde früher außerordentlich gefehlt. Die Gesetzgebung der 70er Jahre, namentlich das deutsche

Strafgesetzbuch, ist auch hier im höchsten Grade mangelhaft. Grundbegriffe, wie z. B. Absicht und Vorsatz, gehen dort durcheinander, und neben der Redewendung: „Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen“, finden wir wieder „Gewinnsucht“ (§ 253, 263, 266, 268, 272, 273, 349 einerseits, § 133, 169, 301, 302 andererseits) und anderes. Aber auch im alten Handelsgesetzbuch treffen wir nicht selten Ausdrücke, die uns wie ein Rätsel anstarren, wie z. B. bössliche Handlungsweise, während man doch in der Rechtssprache bisher die verschiedenen Arten der Verschuldung in ziemlich klarer Weise auseinander gehalten hatte; und was die früheren Gesetzbücher betrifft, so hat der Code civil nur da eine feste Rechtssprache, wo er sie der früheren Rechtspflege entnimmt; darüber hinaus tastet er vielfach unsicher herum. Näheres darüber G e n y, p. 1015 ff.

In dieser Beziehung haben die neueren Gesetze Deutschlands einen großen Erfolg aufzuweisen. Schon die Justizgesetze haben mit dem Unterschied der Soll- und Mußbestimmungen einen bedeutenden Fortschritt erzielt; namentlich aber hat das BGB. in dieser Beziehung recht Tüchtiges geleistet. Der Unterschied zwischen Nichtigkeit, Unwirksamkeit, Anfechtbarkeit, zwischen Einrede und Einwendung, zwischen Sache und Gegenstand, zwischen Nutznießung und Nießbrauch, zwischen Einwilligung und Genehmigung sind scharf auseinandergehalten, nur daß leider der Ausdruck „Genehmigung“ wiederum eine doppelte Bedeutung gewonnen hat, weil die rechtspolizeiliche Befräftigung der Behörde ebenfalls Genehmigung heißt, und zwar ohne Rücksicht auf die Zeit, in welcher sie geäußert wird. Ebenso wird zwischen Genehmigung, Bestätigung, Ermächtigung unterschieden u. a. Allerdings gibt es auch wieder Ausdrücke, die durchaus nicht fest geprägt sind. Der Ausdruck „Anspruch“ findet sich vielfach in sehr ungeeigneter Bedeutung³⁾.

3) Vgl. Lehrbuch des bürgerl. Rechts I S. 177 f.

Der Ausdruck „Recht“ wird in § 433 und sonst als Gegensatz zur „Sache“ gebraucht, während doch hier nicht von Recht, sondern nur von dem (immateriellen) Gegenstande des Rechts die Rede sein kann: ein Recht verkaufen ist ebenso, als wollte man sagen, daß man nicht die Sache, sondern das Eigentum verkauft: das, was verkauft wird, ist auf der einen Seite die Sache und auf der anderen Seite das Rechtsgut der Erfindung oder das in einer Forderung liegende Rechtsgut, das darin besteht, daß der Schuldner nach einer bestimmten Richtung hin leistungsfähig ist und einem Leistungszweck dienen kann. Dazu kommt noch der weitere Fehler, daß das Gesetzbuch es viel zu sehr vermieden hat, neue Ausdrücke zu prägen. Teilweise ist das geschehen. Auch hat das Gesetzbuch in der Art des englischen Rechts für eine Reihe von Ausdrücken eine gesetzliche Begriffsbestimmung gegeben, so Gesellschaftsvermögen, Gesamtgut, unverzüglich, fennen müssen, Auflage u. a. Aber man hätte in dieser Beziehung viel weiter gehen können. Es wäre absolut erforderlich gewesen, das Recht des Ehemannes an dem Vermögen der Frau, welches eine gewisse, besonders geartete Nutznießung darstellt, in einem eigenen Ausdruck zu kennzeichnen, und es ist unrichtig, dieses Recht in Verwaltung und Nutznießung aufzulösen, wie es das BGB. in § 1363 f. tut; und so wäre es absolut nötig gewesen, auch das Verhältnis des Testamentsvollstreckers zum Nachlaß in einem bestimmten Ausdruck zu charakterisieren u. a. Und um andere Gesetze zu erwähnen: Wie umständlich muß sich die ZPO. § 796 Abs. 3 ausdrücken, weil das Gesetz keinen Ausdruck geprägt hat für Vollstreckungsgegenklage, welcher Ausdruck sich (wohl auf meine Anregung hin) nunmehr in der Wissenschaft eingebürgert hat. Und weil das Konkursrecht für das Recht der Gläubiger keinen Ausdruck gefunden hat, ist eine jahrzehnte lange Unsicherheit entstanden.

3. Zur richtigen Zivilgesetzgebung gehört ferner die

Unterscheidung zwischen zivilrechtlichen und prozessualischen Bestimmungen. Es ist eine jener hervorragenden Erkenntnisse, die erst allmählich erkämpft werden mußten, daß das Zivilrecht auch außerhalb des Prozesses steht, daß es das Leben durchdringt und daß jeder sich klar werden muß, wozu er zivilrechtlich befugt oder berechtigt ist, auch wenn es gar nicht zum Richter kommt; und es ist eine der größten Unvollkommenheiten, wenn man sich das Zivilrecht stets in Gestalt prozessualischer Durchführung vorstellt und sich immer nur denkt, wie sich die Sache im Prozeß gestalten wird. Diese ursprünglich dem römischen wie dem deutschen Rechte anhaftende Unvollkommenheit ist um so begreiflicher, wenn man beachtet, daß das Gesetzesrecht ursprünglich Gerichts- und Amtsrecht war, bevor es bürgerliches Recht wurde. Zwar daß der Code civil Bestimmungen über Urkunden bringt, müssen wir als gerechtfertigt betrachten, weil die Urkunden nicht nur im Prozeß, sondern auch außerhalb des Prozesses bedeutsam sind und die urkundliche Form vielfach eine Form der Rechtsgeschäfte darstellt; aber die Bestimmungen über Zeugenbeweis und seine Beschränkung sind rein prozessualisch, und doch sind sie in den Code civil aufgenommen worden, und ich erinnere mich immer noch der seltsamen Frage, die man seinerzeit in Baden aufwarf, ob sie durch die Zivilprozeßordnung aufgehoben worden seien; auch im zwischenstaatlichen Rechte hat dieser Streit seine Rolle gespielt, und doch war es nur die unrichtige Stellung im Gesetze, welche dem Zweifel Raum gab.

Aber auch anderwärts finden sich derartige Bestimmungen; sie reichen bis in die Gesetzgebung der jüngsten Jahre hinein: man denke z. B. an Art. 46 des alten Handelsgesetzbuches, worin gesagt war, daß etwas eintritt, wenn jemand beweist, daß einem andern etwas bekannt war; aber für das Zivilrecht ist es unwesentlich, ob jemand beweist

oder nicht; für das Zivilrecht kann nur von Bedeutung sein, ob etwas ist oder nicht ist: welches Sein allerdings auch ein subjektives Sein bilden kann, also ein Kennen oder Nichtkennen. Daher ist die Bestimmung in § 15 des neuen Handelsgesetzbuches verbessert: es kommt nicht darauf an, ob jemand beweist, sondern ob etwas bekannt ist oder nicht; und so § 1435 BGB. u. a. Auch in Schweizer Rechtsbüchern findet sich dieser Fehler, so in Zürich § 650 (neue Zählung): „ist der Ehemann berechtigt, gegen den ehelichen Stand eines Kindes Einsprache zu erheben, insofern er den Beweis leistet“ . . .; so im Schweizer Oblig. Recht Art. 110: „so hat der Schuldner Schadenersatz zu leisten, sofern er nicht beweist“ u. s. w. Aber auch noch das BGB. hat diesen Fehler in § 179, Abs. 1: „sofern er nicht seine Vertretungsmacht nachweist“.

In vielen Fällen allerdings soll mit dieser Klausel eine gesetzliche Vermutung ausgesprochen werden, wovon noch unten (S. 364 f.) zu handeln ist. Sie ist dann die Ausdrucksform eines richtigen gesetzlichen Gedankens, aber eben eine nicht sachgemäße Ausdrucksform.

Diese Entschuldigung gilt nicht für eine fehlerhafte Bestimmung des Schweizer Vorentwurfs Art. 30. Es ist hier gesagt, daß, wer behauptet, daß eine Person lebe oder gestorben sei, um hieraus Rechte ableiten zu können, die Wahrheit beweisen müsse. Zivilistisch ist damit nur zum Ausdruck gebracht, daß im allgemeinen für Leben und Tod und für die Zeit des Todes keine Vermutung gilt. So hätte es aber auch ausgedrückt werden sollen, nicht durch einen Sprung ins Prozessualische.

Ein anderer Fehler findet sich noch im BGB. § 1425, 1547: er kann auf Wiederherstellung „klagen“. Das richtige wäre: er kann seinen Willen auf W i e d e r h e r s t e l l u n g e r k l ä r e n, und dies muß in der Form der Klage geschehen: denn wesentlich ist, daß eine zivilrechtliche Erklärung in prozessualer Form erfolgt, ähnlich wie nach § 1679 in

rechtspolizeilicher Form. Derselbe Fehler findet sich in § 1418, 1468, 1469, 1542; er findet sich in § 1565 ff. Richtig dagegen § 1341 (Anfechtung), 1596 (Anfechtung der Ehelichkeit), § 2342 (Anfechtung des Erbschaftserwerbs).

4. Die d o p p e l t e R e c h t s o r d n u n g ist eine Einrichtung, die erst in neuester Zeit erkannt worden ist, und es ist höchst interessant, zu sehen, in welcher Weise die Gesetzbücher bisher bestrebt waren, sich mit diesem Problem abzufinden. Daß manche hier die Beweisfrage einmischten, wurde bereits oben betont. Am besten ist das Institut in unserem BGB. und unserem neuen HGB. durch die Formel: des Kennens (oder bezw. Kennenmüssens) zum Ausdruck gelangt, indem gesagt wird, daß beim Nichtkennen (bezw. Nicht-Kennenmüssen) eine besondere Rechtsordnung gilt. In anderen Artikeln ist wiederum die Ausdrucksweise so, daß es heißt, im Verhältnis zwischen A. und B. gilt A. als C., so Artikel 1058, 1248. Eine doppelte Rechtsordnung ist aber auch in § 344 HGB. anzunehmen, wo der Ausdruck fehlerhaft ist: der Gedanke ist nicht der der bloßen Rechtsvermutung, vielmehr hat die Bestimmung den Sinn: ist dem andern Teil nichts bekannt, woraus eine Nichtzusammengehörigkeit des Geschäfts zum Handelsgewerbe hervorgeht, so ist das Geschäft zwischen ihnen ein Geschäft des Handelsgewerbes, dies auch, wenn etwa künftig das Gegenteil bewiesen werden könnte (vgl. oben S. 351). Eine eigentümliche Ausdrucksweise derart hat der Schweizer Entwurf in Artikel 230, wo von dem Dritten, der mit dem Ehemann über ein Stück des eingebrachten Gutes der Frau kontrahiert, gesagt ist, der Dritte „darf jedoch diese Einwilligung (der Frau) voraussetzen, sofern“ ... Auch hier wäre eine zielbewußte, einheitliche Fassung wünschenswert.

5. Rein Gesetz hat sich bis jetzt der Vermutungsfälle ent schlagen können, also der Bestimmungen, daß, wenn

ein Tatbestand a ist, ein weiterer Tatbestand b „vermutet“ werde; so auch das bürgerliche Gesetzbuch: in ihm finden sich derartige Sätze reichlich, und zwar entweder so, daß aus einer Tatsache als Rechtselement eine andere Tatsache vermutet wird, wie in § 16 (18, 19), 484, 938, 1117, 1253, 1540, 1591, 1720, 2009, 2255 (hier wird ein absichtliches Handeln vermutet), oder so, daß kraft eines Tatbestandes ein Recht vermutet wird, so § 891, 921, 1006, 1362, 1527, 1964, (2365); und dahin gehört auch der ganz fehlerhaft gefaßte § 2084: es sollte gesagt sein: es wird derjenige Willensinhalt vermutet, bei welchem die Verfügung Erfolg haben kann.

Diese Vermutungssätze entsprechen demjenigen, was das englische Recht das *prima facie* Recht nennt. Sie bieten nicht etwa eine doppelte Rechtsordnung, denn es heißt nicht, daß etwas unter besonderen Voraussetzungen gilt oder mindestens zwischen zwei Parteien gilt, sondern nur, daß unter den besonderen Umständen etwas bis auf weiteres *anzunehmen* ist, daß es anzunehmen ist, falls nicht *Gegenumstände* vorliegen, die entweder jetzt schon erkannt sind, oder nachträglich erkannt werden. Hiernach sollte man meinen, daß diese Bestimmungen bloß prozessualer Natur wären und mithin nicht in das Zivilgesetzbuch gehörten. Allein man würde solchen Gesetzesätzen nicht gerecht werden; das *prima facie*-Recht will nicht nur ein Recht für den Richter sein, sondern es hat die Bedeutung, daß alle Personen, welche mit derartigen Dingen zu tun haben, befugt sind, den Folgetatbestand b anzunehmen, falls der Tatbestand a vorliegt; nicht nur der Prozeßrichter, sondern jeder Beamte, an den der Zweifel herantritt, vor allem auch der Beamte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, auch der Verwaltungs- und Polizeibeamte, ja auch die Privatbeamten, auch die Organe einer juristischen Person sind gerechtfertigt, wenn sie, von dieser Annahme ausgehend, handeln, ja sie sind bei einem abweichenden

den Handeln nur gerechtfertigt, wenn sie zu einer entgegengesetzten Annahme Gründe finden konnten. Solche Bestimmungen sind also verbindliche Instruktionen an alle staatlichen Organe und auch an sonstige Personen, die in einer verantwortlichen Weise im Rechtsverkehr zu handeln haben. Sie sind kein Amtsrecht, sie geben keine Rechtsordnung, sondern eine Instruktion für die prüfende Amtstätigkeit. Sie sind einstweilen noch unentbehrlich; doch sind sie auf das notwendigste zu beschränken (unten S. 371).

Besonders zahlreich sind die Vermutungen im Schuldanfechtungs- und Konkursrecht, hier vielfach in der fehlerhaften Fassung, „sofern nicht bewiesen wird“ u. dgl., so R.D. § 8, § 30, B. 2, § 31, B. 2, Anfechtungsgesetz § 3, B. 2. Richtiger der Codice di commercio a. 709: *Si presumono fatti in frode dei creditori . . .*; allerdings mit dem falschen Zusatz: *e in mancanza della prova contraria sono annullati . . .* So auch in Fällen oben S. 362. Es ist eben fehlerhaft, die Vermutung nicht geradeaus als solche zu bezeichnen, sondern die Beweisfrage heranzuschleppen. Jedenfalls ist auch hier eine einheitliche Sprechweise wünschenswert.

6. Sind einerseits Vermutungen gerechtfertigt, so ist andererseits die Heranziehung der alten Fiktionslehre möglichst zu vermeiden. Fiktion ist anerkanntermaßen ein Mittel der Unbehilflichkeit, um einen Gedanken auszudrücken, den man nicht direkt vollkommen verständlich und zutreffend ausdrücken kann: sie führt fast immer zu Unrichtigkeiten und Fehlern der Praxis. Wieviel Staub hat nicht der § 39 der ZPO. aufgewirbelt; dies wäre vermieden worden, hätte er einfach gesagt: wer zur Hauptsache mündlich verhandelt, führt die Zuständigkeit des Gerichts insoweit herbei, als eine Zuständigkeitsvereinbarung möglich ist. Aber auch unser BGB. hat sich davon nicht fern gehalten. Es war gewiß nicht nötig, in § 142 zu sagen, „so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen“. Warum

heißt es nicht einfach: „so ist es von Anfang an nichtig“? Und ähnliche Fehler finden sich auch sonst im Gesetzbuch, z. B. § 1324, 1325, 1328, 1341, 1343. Eine derartige Ausdrucksweise gibt der Gesetzesbestimmung immer etwas Geschraubtes und Unnatürliches; es wird damit der Eindruck erweckt, als habe man es mit einer ausnahmsweisen, mit einer ganz besonders vertrackten, dem natürlichen Verstand zuwiderlaufenden Satzung zu tun, während es sich doch um eine einfache ansprechende und zutreffende Rechtsregel handelt.

7. Recht unvollkommen ist die Gesetzestechnik in der Art, wie man das zwingende und nachgiebige Recht voneinander unterscheidet. Nirgends ist hier die Ausdrucksweise präzise, auch nicht im BGB. Es wäre dringend notwendig gewesen, eine bestimmte Bezeichnung zu gebrauchen, wodurch das zwingende Recht charakterisiert worden wäre, so daß dann alles andere sich von selbst als nachgiebiges Recht erwiefe. Wir finden aber noch im BGB. die mannigfachen Wendungen, wie z. B., daß die Parteien auch etwas anderes bestimmen könnten, oder, sofern nicht etwas anderes gesagt ist oder etwas anderes aus den Umständen hervorgeht u. s. w.; und ebenso auch in andern Gesetzbüchern, z. B. im Cod. di commercio a. 82: *in mancanza di stipulazione contraria*, im Schweizer Oblig.R. Art. 527: *ist nicht etwas Anderes vereinbart u. s. w.*, Art. 311: *in Ermangelung besonderer Vereinbarungen u. a.* Am schlimmsten aber ist die Bezeichnungsform, welche sagt, daß im Zweifel etwas eintrete oder etwas anzunehmen sei. Diese letztere Formulierung beruht auf einer Unklarheit der Denkweise, die bis in die neuere Zeit fort dauert. Man hat nämlich seit den Tagen des Naturrechts angenommen, daß das nachgiebige Recht nur eine Ergänzung des Parteivillens sei und hat ihm deswegen auch den völlig unzutreffenden Namen *ergänzendes Recht* gegeben. Das nachgiebige Recht ist aber keine Ergänzung, sondern es ist das von der Rechts-

ordnung festgesetzte Recht, das allerdings die Eigenschaft hat, daß es weicht, wenn das individuelle Rechtsgeschäft etwas davon Verschiedenes als maßgebend erklärt. Wenn daher die Parteien etwas anderes bestimmen, so tun sie nicht etwas, wodurch die Ergänzung des Rechts unnötig wird, sie füllen nicht einen leeren Raum aus, insofgedessen das ergänzende Recht keinen Zutritt mehr hätte, sondern sie drängen das an sich vorhandene nachgiebige Recht zurück und setzen etwas an seine Stelle. Es ist daher völlig verkehrt, anzunehmen, daß das nachgiebige Recht eigentlich ein stillschweigend gesetztes Parteirecht sei und nichts als vermutete Parteibestimmungen enthalte. Auf solche Weise machte eine unrichtige Lehre früherer Tage das objektive Recht zur subjektiven Vermutungsregel; dies fand noch seine besondere Stütze in dem Gedanken, daß umgekehrt die Parteivereinbarungen gleich dem Gesetze seien, so C. civ. a. 1134: *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi . . .* Da konnte man schon das nachgiebige Recht zur vermuteten Parteibestimmung degradieren, denn diese war vorher zum Gesetze erhoben worden! Die ganze Unrichtigkeit dieser Auffassung bedarf heutzutage keines Beweises mehr: sie ist beseitigt, sie ist insbesondere auch beseitigt zu Gunsten einer zutreffenden Behandlung des zwischenstaatlichen Rechts. Aber trotzdem die richtige Erkenntnis tagte, hat die Pandektenwissenschaft das alte Gewand nicht völlig abgetan. Wie oft war in den Lehrbüchern zu lesen, daß bei dem oder jenem Rechtsverhältnis zunächst die Parteivereinbarung gelte und, und in Ermangelung einer solchen, das Gesetz! Wie oft sagte man, daß die Parteivereinbarung im Zweifel so oder anders zu verstehen sei, im Zweifel, d. h. sofern nicht eine andere Bestimmung erhellt! Dazu kam noch die Rückwirkung des *Corpus juris*, denn die zahlreichen Tribonianschwänze mit dem: *nisi aliter actum est* klangen den Juristen ständig in den Ohren.

Auf solche Weise ist auch das BGB. über ein wahres „Konglomerat“ von technischen Ausdrucksmitteln nicht herausgekommen und hat es zu keiner klaren, folgerichtigen Bezeichnung des nachgiebigen und zwingenden Rechts gebracht. Eine besonders fehlerhafte Fassung ist jene, daß im Zweifel das eine oder das andere anzunehmen sei; denn sie ruft selbst wieder den Zweifel wach, daß man es hier mit einer Regel der Auslegung der Parteibestimmungen zu tun habe, daß es sich nicht um nachgiebiges Recht, sondern um Parteifügung handle. In der Tat aber ist dies nicht der Fall, und die Ausdrucksform beruht nur auf der soeben zurückgewiesenen Anschauung, von der sich die Redaktoren nicht völlig befreien konnten. Man hat zwar das Gegenteil behauptet, man hat behauptet, daß hierin Auslegungsregeln zu erblicken seien, aber man hat anerkennen müssen, daß mindestens eine Reihe der Stellen nicht von vermuteter Auslegung, sondern von nachgiebigem Rechte handeln; man beachte nur, daß beispielsweise § 742 sich auf Rechtsgemeinschaften miterstreckt, die gar nicht auf Rechtsgeschäft, sondern auf Rechtsereignissen beruhen, in welchem Fall von einer maßgebenden oder vermuteten Auslegung gar nicht die Rede sein kann; und ist dem so, so wird der „Zweifel“ in § 706, 709, 722, 750 in derselben Weise zu behandeln sein. In anderen Fällen glaubte man allerdings, derartige Bestimmungen als gesetzliche Auslegungsregeln auffassen zu müssen; und wenn man fragt, warum dies? wenn man fragt, welches die praktische Bedeutung des Unterschiedes zwischen nachgiebigem Recht und gesetzlicher Auslegungsregel sei, so hat man insbesondere auf zwei Dinge hingewiesen. Man hat gesagt: 1. um die gesetzliche Willensvermutung zu zerstören bedarf es nicht des Nachweises, daß die Parteien etwas Entgegengesetztes gewollt haben, sondern nur des Nachweises, daß sie überhaupt in dieser Richtung nichts gewollt haben, in welcher Beziehung man sich noch besonders auf

§ 2101 bezog (S t a m m l e r , Recht der Schuldverhältnisse S. 79); 2. hat man geltend gemacht: wenn das Geschäft ein Formalgeschäft ist, so muß ein Gegenwille, welcher das nachgiebige Recht überwindet, ebenfalls in der vorgeschriebenen Form geäußert sein, während, wenn es sich bloß um Zerstörung einer gesetzlichen Vermutung handelt, auch eine sonstige Willensäußerung herbeigezogen werden kann; denn im Bereich der Auslegung gilt keine Formvorschrift, hier darf man alles, auch das Formlose, berücksichtigen.

Nach beiden Seiten hin aber geht die Argumentation fehl: zwischen der Annahme einer g e s e z l i c h e n Auslegungsregel und der Annahme eines nachgiebigen Rechtsfaktes ergibt sich kein praktischer Unterschied; denn jener erste Punkt kann überhaupt nur bei Verfügung von Todeswegen in Betracht kommen; bei Verkehrsgeschäften ist es ja (abgesehen von der Irrtumsanfechtung) durchaus nicht wesentlich, was eine Partei gewollt hat, sondern was nach den Umständen des Lebens und den Begriffen des Verkehrs aus ihrer Äußerung entnommen werden kann. Ob die Partei daher an etwas gedacht hat oder nicht, ist ohne Erheblichkeit: der Verkehr denkt an derartige Dinge und entscheidet sich dafür oder dagegen. Was aber die Verfügungen von Todeswegen betrifft, so ist es allerdings möglich, daß eine Partei an eine Komplikation gar nicht gedacht hat, also weder dafür noch dawider etwas äußern konnte; aber in einem solchen Fall ist nach dem zu entscheiden, was ihrer inneren Willensrichtung entspricht und was sie wohl g e d a c h t h ä t t e , wenn ihr der Fall vorgelegen wäre. Nach dieser Richtung ist auch die Bestimmung des § 2101 aufzufassen, und es tritt daher das W i l l e n s g e m ä ß e vollständig an Stelle des G e w o l l t e n . Würde man daher auch in solchen Bestimmungen eine Auslegungsregel erblicken, so würden sie zu dem gleichen Ergebnisse führen, wie die Annahme eines nachgiebigen Rechts: die Auslegung bezöge sich nicht auf das Gewollte, wohl aber auf das Wil-

lensgemäße, und man müßte die Bestimmung dahin deuten: es ist die im Gesetz bezeichnete Auffassung als die willensgemäße zu vermuten.

Was aber den zweiten Punkt betrifft, so handelt es sich insbesondere um den Fall des § 314 im Vergleich zu § 313, wenn nämlich ein Grundstück versprochen wird und die Parteien mündlich vereinbaren, daß das Zubehör nicht zum Grundstück hinzukommen solle. Hier sagt man: wenn § 314 bloß eine Auslegungsregel enthalte, so müsse auch eine bloß mündliche Vereinbarung über den Ausschluß des Zubehörs als maßgebend betrachtet werden, denn für die Frage, wie eine Willensbestimmung auszulegen ist, sei alles zu berücksichtigen, nicht bloß das in der gesetzlichen Form Geäußerte; anders, wenn er nachgiebiges Recht enthalte, denn dann handle es sich um eine Gegenvereinbarung, und diese bedürfe der Notariatsform. Aber auch dieser Unterschied ist nicht begründet; allerdings finden wir uns insofern zunächst im Gebiete der Willensauslegung, als wir aus den Vorverabredungen oder sonstigen Umständen einen beiderseitigen Parteiwillen in Bezug auf das Zubehör entnehmen; ist aber solches der Fall, geht die Parteivereinbarung dahin, daß unter Grundstück das Grundstück ohne Zubehör zu verstehen ist, so ist die Bedeutung des notariellen Vertrags hier mit bestimmt, es ist bestimmt, daß die Parteien im notariellen Vertrag das Grundstück ohne Zubehör bezeichnet haben. Und ist dies der Fall, so liegt im notariellen Vertrage selbst eine genügende formgültige Gegenvereinbarung gegenüber dem nachgiebigen Recht. Es ist dies ebenso, wie auch sonst bei dem notariellen Vertrag alles mit inbegriffen ist, was die Worte des Vertrags nach „Treu und Glaube“ besagen. Auch das zwischenstaatliche Recht bietet hier keinen Unterschied, weil eine gesetzliche Vermutung nach den nämlichen Gesetzen zu behandeln wäre, wie das nachgiebige Recht.

Hiernach ist es verfehlt, praktische Unterschiede zwischen dem nachgiebigen Recht und einer gesetzlichen Auslegungsregel anzunehmen; und wenn daher die Zweifelsbestimmung in den einen Fällen zum nachgiebigen Rechte führt, so muß das gleiche auch in den andern gelten; dies um so mehr, als eine Aufstellung von Auslegungsregeln selbst ein großer Fehler des Gesetzes wäre: sie wäre eine altertümliche Reminiszenz, wie sich solche z. B. in Art. 1156 f. des C. civ. findet. Denn sie wäre eine gesetzliche Vermutung; eine solche ist nun zwar, wie oben (S. 364) bemerkt, nicht immer zu entbehren; sie ist aber ein Keis, das auf das bürgerliche Recht gepfropft ist und niemals die Fähigkeit hat, vollkommen mit ihm zu verwachsen. Wo daher eine gesetzliche Vermutung zu vermeiden ist, ist sie zu vermeiden, denn man soll aus dem Gebiet des bürgerlichen Rechts in das Bereich der Behördeninstruktionen nur im Notfall herausgehen; das prima facie-Recht ist nur als Erfindung der Not gerechtfertigt. Auf unserem Gebiete aber bedarf es dessen nicht: das Institut des nachgiebigen Rechts ist vollständig genügend, um der durch Vielseitigkeit der Willensbestimmung herbeigeführten Unsicherheit zu steuern; denn das nachgiebige Recht gilt überall, wo es nicht durch entgegengesetzte Parteitätigkeit beiseite geschoben wird. Auf solche Weise hat das bürgerliche Recht in sich selber die Möglichkeit, die nötige Klarheit zu schaffen und die Unklarheit zu beseitigen, die aus der Zweifelhafteit des Willens hervorgeht, und es wäre ein grober Fehler, wenn man sich hier ins Gebiet der obrigkeitlichen Instruktion verlore.

Unrichtig auch andere Gesetzgebungen, z. B. der italienische C. di comm. a. 40: *i condebitori si presumono tenuti in solido, se non vi è convenzione contrario*; Schweizer Obl. Recht a. 84: „Im Zweifel gelten folgende Grundsätze“ u. s. w.

8. Eine subjektive Ausdrucksweise statt der objektiven ist fehlerhaft. Richtig ist natürlich eine subjektive Ausdrucksweise dann, wenn das Gesetz nicht besagt, daß etwas an und für sich ist oder nicht ist, sondern daß eine Person die Befugnis hat, eine bestimmte Rechtsfolge durch ihre Erklärung herbeizuführen, eine Befugnis, von der sie Gebrauch machen kann oder nicht. Das gilt von der Einredebefugnis wie von der Anfechtungs- und Aufrechnungsbefugnis. Hiervon habe ich im Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I, S. 189 f. ausführlich gehandelt. Dagegen ist es fehlerhaft, wenn es in § 166 heißt, der Vollmachtgeber könne sich nicht auf die Unkenntnis des Vertreters berufen. Nicht darauf kommt es an, ob er sich überhaupt beruft oder nicht beruft, sondern darauf, daß durch seine Kenntnis die Unkenntnis des Vertreters gedeckt wird, und daß mithin die Kenntnis- und nicht die Unkenntnisfolgen eintreten. Mit derartigen subjektiven Ausdrucksformen ist schon sehr viel Unheil gestiftet worden, indem an Stelle eines straffen objektiven Rechts ein im Spiel der Parteitätigkeit hin und her wankendes Irrecht geschaffen wurde; denn was sollte man etwa antworten, wenn jemand die Frage stellte: „Wie ist es, wenn sich überhaupt niemand beruft? Ist dann das Geschäft wirksam oder nicht?“ Desgleichen ist fehlerhaft die Fassung des § 904, daß der Eigentümer nicht berechtigt sei, die Einwirkung eines Anderen zu verbieten. Darum handelt es sich nicht, sondern darum, ob ein anderer befugt ist, eine Einwirkung auszuüben; wie, wenn der Eigentümer sie deswegen nicht verbieten kann, weil er gar nicht anwesend ist? und doch besteht auch dann die Befugnis der Einwirkung. Ist die Befugnis des einen gegeben, so ist die Beschränkung des andern eine Sache objektiven Rechtes, wobei es unerheblich ist, ob er verbieten will oder nicht. Zu diesen fehlerhaft subjektiven Ausdrucksformen gehört auch § 839 Abs. 1 und 405

BGB. und auch Art. 230 des Schweizer Entwurfs (ob. S. 363).

9. Fehlerhaft ist alles Ueberflüssige; fehlerhaft ist es namentlich aus einem Gesamtrechtsatz eine Einzelheit herauszunehmen, was sehr leicht zu dem Irrtum führt, als ob nur diese Einzelheit gälte und diese etwas besonderes wäre. So ist es fehlerhaft, wenn unser BGB. § 831, 832, 834 die Voraussetzung bezeichnet: „wenn der Schaden auch bei Anwendung der Sorgfalt (Aufsichtsführung) entstanden sein würde.“ Dies ergibt sich schon von selbst aus den Regeln des Kausalzusammenhanges: wäre der Schaden auch sonst eingetreten, dann ist das fehlerhafte Verhalten keine Bedingung, geschweige denn eine Ursache des Erfolges; daß aber in solchem Fall keine Verantwortung stattfindet, versteht sich von selbst. Hätte sich das Gesetzbuch über Kausalzusammenhang ausgesprochen, so wäre es doktrinär, aber nicht fehlerhaft. Fehlerhaft war es aber, vom Kausalzusammenhang ein einzelnes Moment herauszunehmen und dieses zum Gegenstand einer Sonderbestimmung zu machen.

10. Für jedes Gesetzbuch ist eine Reihe von Fortschrittsvorschriften wesentlich, die so elastisch sind, daß sie dem Zug der Zeit dienen können und Rechtsgedanken verwirklichen helfen, welche zur Zeit des Gesetzes erst im Keim vorhanden sind, später aber wachsen und an Umfang und Intensität in einer Weise zunehmen, wie man dies zur Zeit des Gesetzes nicht geahnt hat. Das Gesetz soll nicht nur das Abendrot einer vergangenen Kultur, es soll das Morgenrot einer neuen Bildung sein. Allerdings sind solche Bestimmungen zweischneidig. In den Händen einer unfähigen Richterschaft können sie zum Fluch werden, und im Sinne derer, welche glauben, es sei Aufgabe der Gesetzgebung, den Richter in ein Folterinstrument zu stecken, welches ihm notwendig eine gewisse Entscheidung herauszwängt, im Sinne derer, welche eine freie, weitschauende Jurisprudenz für ein Uebel halten,

sind solche Bestimmungen nicht. Wer aber an der Jurisprudenz verzweifelt und die Aussicht hat, daß die künftigen Richter das Recht nicht besser zu behandeln verstehen als ein Rekrut seine Instruktion, der soll überhaupt kein Gesetzbuch machen, denn er verzweifelt an dem Besten, was eine Nation hat. Solche Fortschrittsbestimmungen waren beispielsweise im Code civil der Art. 1240, welcher einfach besagte, daß eine Zahlung, die gutgläubig an den Inhaber der Forderung gemacht wäre, gültig sei, eine Bestimmung der weittragendsten Bedeutung, die alles, was wir später mit Erbschein und anderem erreichten, schon eingeleitet hat; so der Art. 1321, aus dem eine neuzeitliche Gestaltung der Scheingeschäfte zu entnehmen war; so der Art. 1121 über Verträge zu Gunsten dritter, der für die Lebensversicherung zum Stützpunkt wurde⁴⁾; und aus dem berühmten Art. 1382, der einfach sagt, daß aus einer unerlaubten Handlung eine Schadensersatzpflicht hervorgehe: tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer, sind die modernen Institute der Reaktion gegen den unlauteren Wettbewerb u. a. geworden, und dies zu einer Zeit, als unser Reichsgericht durchaus nicht den Bedürfnissen der Praxis entsprach und aus dem viel gerühmten gemeinen Rechte nicht die nötigen Motive schöpfen konnte, um das Unwesen des unlauteren Wettbewerbs erfolgreich zu bekämpfen. Glücklicherweise hat auch das BGB. eine Reihe von groß angelegten Bestimmungen, welche die Keime bedeutsamer juristischer Entwicklungen sein können. Solche sind namentlich § 138, 226, 823 und 826. In ihnen ist eine ganze hoffnungsfreudige Schar juristischer Geister geborgen, die, wenn sie keine Hemmnisse finden und kräftig gedeihen, in der Lage sein werden, die ungeheuren Aufgaben zu erfüllen, welche das soziale Leben der Zukunft an

4) Vgl. auch Code civil, Centenaire I p. 528 f.

die Jurisprudenz stellen wird. Auch hier ist es die Aufgabe der Rechtspflege, namentlich des höchsten Gerichtshofs, in weit-schauender Rechtsprechung da Ordnung und Regel zu schaffen, wo kein Gesetzbuch der Gegenwart Regel schaffen könnte, weil es sich um eine dunkle Zukunft handelt, die im jetzigen Augenblick keinem Sterblichen zu entschleiern möglich ist. Und man gibt doch ein Gesetzbuch nicht für 20 Jahre!

Mit besonderer Freude habe ich begrüßt, daß auch H u b e r in der Einleitung zum schweizerischen Vorentwurf die Idee ausspricht, ein Gesetzbuch müsse so gestaltet sein, daß es nicht nur einer gegenwärtigen, sondern auch einer künftigen Auslegung Raum gebe; denn die Zukunft stellt andere Aufgaben als die Gegenwart, und es ist völlig verfehlt, wenn man immer und immer wieder durch Aenderung des Gesetzes zu helfen sucht. Nimmermehr kann durch die scharf-fantigen Bestimmungen der Gesetzesparagrafen das geleistet werden, was eine den Verhältnissen sich innig anschmiegende Rechtsprechung zu vollbringen vermöchte. Diesen Satz von der doppelten Auslegung der Gesetze habe ich schon vor Jahren in G r ü n h u t s Zeitschrift XIII S. 58 f. entwickelt; man hat ihn natürlich seinerzeit lebhaft bekämpft, denn er trat geradezu in Gegensatz zu der damals als klassisch geltenden Lehre von der Gesetzesauslegung. Ich freue mich, daß in dem hervorragenden Werke der heutigen Gesetzestechnik diese Lehre siegreich durchgedrungen ist: „es wäre schwerlich zu empfehlen, den Gesetzestext so zu fassen, daß alsdann eine jede Anpassung der Praxis an solche Wandlungen ohne Abänderung des Gesetzes ausgeschlossen würde“ (H u b e r, Einleitung zu Erläuterungen zum Vorentwurf, 1902 S. 16).

Wer in die Zukunft hinein arbeitet, muß vielfach ge-wärtig sein, in der Gegenwart Widerspruch zu finden; er muß sich bescheiden, daß ihm die Zukunft recht gibt.