

Rechtsgeschichte

www.rg.mpg.de

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg13>
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte Rg 13 (2008)
<http://dx.doi.org/10.12946/rg13/195-201>

Rg **13** 2008 195–201

Matthias Schwaibold

Aller Anfang ist schwer – mancher zu sehr

Aller Anfang ist schwer – mancher zu sehr*

Vielleicht belegt das letztjährige Fehlen großer Jubelfeiern zum 100. Jahrestag der Verabschiedung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (10. Dezember 1907) in besonderer Weise das Sterben der Kodifikationsidee. Entsprechend hat sich die gegenwärtige Rechtsgeschichte einigermaßen von der Untersuchung der Kodifikation, die ja vor allem eine ihres Werdens und ihrer Vorgeschichte ist, verabschiedet. Und da zunehmend statt der Rechtsetzung die Rechtsprechung, statt der Gesetzgebung die Justiz die Aufmerksamkeit der (immer weniger werdenden) Rechtshistoriker findet, liegt es nahe, der Kodifikation anders zu begegnen – nämlich nach ihrer Wirkung in der Praxis der ersten Geltungsjahre zu fragen. Wie gingen die Richter mit dem (formell) neuen Gesetz um, zumal dann, wenn es auch materiell neues Recht enthielt? Mit dem Anspruch, die Umsetzung der Kodifikation zu untersuchen, wagen sich einige – meist jüngere – Rechtshistoriker aus Anlass des Jubiläums also auf Neuland: Statt der Entstehungswollen sie die Wirkungsgeschichte untersuchen. Und wohl um den Verdacht gleich zu zerstreuen, solcher Perspektivenwechsel sei nur fürs Zivilrecht sinnvoll, wird die Probe aufs Exempel auch noch beim schweizerischen Strafgesetzbuch gemacht, das – 30 Jahre nach dem ZGB am 21. Dezember 1937 verabschiedet – zum 1. Januar 1942 in Kraft trat. Fünf Beiträge befassen sich mit zivilrechtlichen Themen, zwei mit strafrechtlichen.

Eines verbindet sie indessen: das Zufällige der Untersuchungsgegenstände und -methoden sowie die jeweils fehlende Überzeugungskraft für den von den Herausgebern verkündeten Perspektivenwechsel. Oder anders herum: Die Idee an sich ist bestechend, nur wurde sie vorliegend

ziemlich unzureichend umgesetzt. Wenn man es besser und anders machte, käme wahrscheinlich sogar etwas höchst Interessantes heraus; der vorliegende Band lässt immerhin erahnen, welches verlockende Ziel am Ende der richtige Reiseroute liegen könnte, wenn man mit der passenden Ausrüstung sich auf den Weg macht.

Vanessa Duss, wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Luzern, untersucht die Scheidungsrechtsprechung des Bundesgerichts vor und nach 1912 (1–37). Ihr Beitrag ist dem Rezensenten von allen am wenigsten verständlich – trotz mehrfachen Bemühens: Die Autorin sucht nach »Leitgedanken« oder »Prinzipien«, die der Richter bei der Auslegung einer Norm erst entwickle und dann (in späteren Urteilen) anwende. Wie nun aber diese Prinzipien von »Grundsätzen«, »Rechtssätzen« oder Regeln zu unterscheiden seien, gar von »Grundgedanken« oder gesetzgeberischen »Leitmotiven«, hat sich dem Rezensenten nicht erschlossen. Die Autorin will dann ihre »Prinzipien« den »Normen« des ZGB von 1907/12 gegenüber stellen und herausfinden, ob das »Implantat Kodifikation« das Bundesgericht beeinflusste. Aus dem alten Recht vor 1912 habe sich z. B. das »Zerrüttungsprinzip« ergeben. Sie schildert dann zwar ausführlich die Vorarbeiten zum ZGB, insbesondere Änderungen, die sich im Verlaufe des Gesetzgebungsverfahrens ergaben, aber es bleibt unklar, worin die Rückkoppelung an welche Prinzipien besteht. Schlicht abwegig der Satz, im Jahre 1911 habe es wohl deshalb gar keine Scheidungsurteile des Bundesgerichts gegeben, weil man mit Berufungen ans Bundesgericht bis zum Inkrafttreten des ZGB warten wollte: Als ob im Jahre 1911 die Rechtsmittelfristen stillgestanden und

* MICHELE LUMINATI, NIKOLAUS LINDER (Hg.), Gericht und Kodifikation. Einblicke in die Anfänge der Rechtsprechung zum ZGB und zum StGB (Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft 26), Zürich: Schulthess 2007, XII, 214 S., ISBN 978-3-7255-5524-6

die Parteien hier Spielraum gehabt hätten! Dass zur Zerrüttung des (neuen) ZGB das Bundesgericht festhielt, hier sei seine bisherige Praxis zum (alten) ZEG kodifiziert worden, wäre ja wohl nur dann einer Bemerkung wert, wenn es unzutreffend wäre. Auch die weiteren Ausführungen zu den speziellen Scheidungsgründen, den Elternrechten und dem Güterrecht enthalten nichts, was den methodischen Ansatz der Autorin verständlicher erscheinen lässt. Wenn schließlich in der Gesamtwürdigung auf S. 33 konstatiert wird, das Bundesgericht habe in seiner Rechtsprechung zwischen 1907 und 1917 »Auslegungsgrundsätze« entwickelt und »allgemeinere Prinzipien«, dann ist das nicht weiter verwunderlich; wenn dann aber »die Natur der Sache« oder der »ordre public« in solcher Aufzählung aufscheinen, dann wundert sich der Rezensent schon sehr, und noch mehr, wenn es heißt, dies alles seien Geister, die Eugen Huber zum Leben erweckt hat.

Da machen es Lukas Gschwend, Professor in St. Gallen, und sein Assistent Mirko Lenarcic, die die bundesgerichtliche Rechtsprechung der Jahre 1912–1930 zum Familienrecht (v. a. Scheidung, Kindeszuteilung und Vaterschaftsklage) untersuchen, dem Rezensenten entschieden einfacher (39–69). Ihre kurzen Ausführungen zu den Scheidungsgründen sind sehr generell gehalten und beschränken sich auf die These, dass die strenge Praxis des Bundesgerichts der Lehrmeinung von Egger und den Absichten des Gesetzesredaktors Eugen Huber entsprochen hätten – was offenbar (ebenso generell) die unterinstanzlichen Gerichte nicht hinderte, konstant scheidungsfreundlich(er) zu urteilen. Bei der Kindeszuteilung, die nach dem neuem Recht – im Gegensatz zu den kantonalen Bestimmungen – keinen gesetzlichen Regeln mehr folgt, sondern dem richterlichen Ermessen anheim gestellt ist,

steht von Anfang an das Kindeswohl im Vordergrund – und damit ein im Gesetz gar nicht genannter Umstand. Das Besuchsrecht wurde zwar in seiner zeitlichen Gewährung restriktiv gehandhabt, aber mindestens ebenso restriktiv war die Rechtsprechung bei dessen gänzlichem Entzug. Von einer moralisierenden Rechtsprechung und einer insgesamt negativen Bewertung der Scheidung in den Urteilen zu sprechen, ist wohl richtig, aber, wie auch die Autoren erkennen, zeittypisch und bei einer auf Verschulden beruhenden Konzeption auch naheliegend; mittelfristig, also über 1930 hinausgehend gesehen, hat das aber weder die erstaunliche Entwicklungsfähigkeit noch die Praxistauglichkeit des neuen Rechts von 1907/12 eingeschränkt. Ausführlich dann die Darlegung der Rechtsprechung zur Vaterschaftsklage, namentlich der Mehrverkehrseinrede und des Klageausschlussgrundes des »unzüchtigen Lebenswandels« der Kindesmutter; hier hat sich trotz des moralisierenden Gesetzesgehalts eine Praxis entwickelt, die sich nicht einfach auf die Verurteilung außerehelicher Sexualität zurückzog; dass die Rechtsprechung auf der (damals) herrschenden, männlich geprägten Vorstellung von (nicht nur weiblicher) Sexualmoral beruhte, ist als rechtshistorische Tatsache hinzunehmen und nicht weiter verwunderlich. – Der Beitrag löst (leider) als einziger den Anspruch ein, die Fragestellung der Wirkung der Kodifikation tatsächlich rechtshistorisch anzugehen, nämlich zwischen der Rechtslage vor und nach 1912 einerseits zu unterscheiden und andererseits darzulegen, was als Neuerung und was als Kontinuität zu sehen ist.

Caroline Gauch schöpft, so ist zu vermuten, aus den Vorarbeiten zu ihrer 2005 publizierten Dissertation: Sie untersucht die Scheidungspraxis an drei erstinstanzlichen Gerichten des Kantons Freiburg zwischen 1908 und 1920 (71–

100). Nun ist solche Mikrobetrachtung – rein rechtshistorisch-methodisch betrachtet – nicht unproblematisch: Es ist erstens einmal zu fragen, warum nur drei (See, Saane, Sense) von insgesamt 7 Gerichten eines Kantons untersucht werden; es ist zweitens zu fragen, wie repräsentativ überhaupt – und wenn ja wofür – die Rechtsprechung aus einem Kanton sein kann; und es ist schließlich etwas zu beachten, was als Information dem Leser vorenthalten bleibt: Gemäß Art. 144 ZGB war der Scheidungsgerichtsstand ausschließlich und zwingend am Gerichtsstand des Klägers; mithin ist jede, zumal kleinräumige, Untersuchung eine solche von Prozessen, bei denen für ein richtiges Verständnis zu klären wäre, ob sich der Kläger ein ihm passendes Forum gesucht hat oder ob der Beklagte, längst anderswo wohnend, diesem Gerichtsstand nicht »entfliehen« konnte. Dass der der Bezirk See ländliches und städtisches Gebiet umfasst und mehrheitlich reformiert war (während Freiburg ein ganz überwiegend katholischer Kanton war und noch ist), mag ja sein – aber bei 26 Gemeinden und (heute!) 30 000 Einwohnern muss man doch den Begriff »städtisch« schwer relativieren, wohl auch für den Untersuchungszeitraum von vor 100 Jahren. Der Sensebezirk hat heute rund 40 000 Einwohner, ist ganz überwiegend katholisch und ländlich, der Saanebezirk hat fast 90 000 Einwohner und umfasst vor allem die Hauptstadt Freiburg, die nun auch objektiv eine Stadt ist und schon immer war. Damit sind allerdings nur 3/5 der (heutigen) Wohnbevölkerung des Kantons erfasst, so dass die vier andern nicht erfassten Bezirke wohl auch zu Beginn des Jahrhunderts knapp die Hälfte der kantonalen Gesamtbevölkerung umfasst haben dürften – was wir leider nicht von der Autorin erfahren. Sie schildert sodann kurz die Biografie der jeweils zuständigen Gerichtspräsidenten von Ta-

fers, Murten und Freiburg, die – was Wunder – allesamt auch weitere politische und militärische Ämter und sonstigen Meriten hatten. Anschließend referiert die Autorin das vorkodifikatorische Scheidungsrecht, das nämlich schon seit 1876 bundeseinheitlich 6 Scheidungsgründe kannte, unter anderem die Scheidung auf gemeinsames Begehren und auf Grund der Zerrüttung. Dann folgen die quantitativen Angaben: Insgesamt wurden 18 Urteile aus Tifers, 45 aus Murten und 74 aus Freiburg erfasst, zusammen 137 in 13 Jahren oder rund 10 pro Jahr. Angesichts der vom Rezensenten im einst maßgebenden Scheidungskommentar Bühler/Spühler, 1980, nachgeschlagenen Durchschnittszahl von 11 bis 17 Scheidungen pro Jahr im Kanton Freiburg in der Periode 1909/1922 stellt sich also die – von der Autorin nicht aufgeworfene – Frage, ob in den andern 4 Bezirken durchgehend und signifikant weniger Scheidungen pro Einwohner ausgesprochen wurden und wenn ja, warum. Nachdem es in der Tat zu den erklärten Zielen des Scheidungsrechts im ZGB gehörte, die Zahl der Scheidungen einzudämmen, ist es legitim, nach der Erreichung dieses Ziels zu forschen – wiewohl wir längst wissen, dass die Scheidungsrate nach 1912 gesamtschweizerisch und auch im Kanton Freiburg (bei nach 1912 jahrzehntelang unveränderter Gesetzeslage) unaufhörlich stieg. Die Autorin konstatiert nun, dass im Bezirk Tifers das gesetzgeberische Ziel nicht erreicht worden sei, weil es prozentual mehr Scheidungen nach 1912 gegeben hat als vorher, während es in Murten und Freiburg umgekehrt gewesen sei. Das ist nun doch ziemlich kurz-sichtig argumentiert, denn auch die Freiburger Gerichtspräsidenten haben – so vermutet der Rezensent – sich nicht als willenslose Vollstrecker eines politischen Willens verstanden, sondern vor allem das für sie geltende Zivil- und Zivil-

prozessrecht angewandt, das im Gegensatz zum Zustand vor 1912 z.B. die einverständliche Scheidung nicht mehr kannte! Die wurde – wie Gschwend/Lenarcic (45) richtig erwähnen – durch die Hintertür der Zerrüttung vom Bundesgericht schon um 1925 wieder ermöglicht. »Gesetzestreue« in Tifers, »Missachtung des gesetzgeberischen Willens« in Murten und Freiburg – solche Vereinfachung ist mehr als problematisch und hätte nur dann einen Ansatz von Berechtigung, wenn man auch dazu die Statistik sehen könnte. Das Argument verliert aber schon im Lichte zweier von der Autorin gegebenen Hinweise jede Überzeugungskraft: Zum einen war bei der Prüfung von Klageausschlussgründen derselbe Richter Spycher gesetzesuntreu, der bei der tiefen Zerrüttung gesetzestreue war. Zum andern entsprach die »gesetzwidrige« Praxis der Zerrüttungsprüfung in Murten und Freiburg auch derjenigen der Richter im Kanton Zürich. Und dort ist man überwiegend städtisch, protestantisch und industrialisiert gewesen – also in jeder Hinsicht anders als der Kanton Freiburg. Woraus folgt: Die Rückbindung der Richter an ihre Herkunft und Umgebung in der konkreten Gesetzesanwendung beweisen zu wollen, ist ein sinnloses Unterfangen. Es bleibt also ein spannend zu lesender Aufsatz mit einem zwar interessanten Ansatz, der aber in der Durchführung viele leicht erkennbare und ziemlich grundsätzliche Mängel aufweist.

Nikolaus Linder, seit Jahren am Habilitieren, Oberassistent in Luzern, schreibt einen kurzen Aufsatz zu einem Bundesgerichtsurteil von 1939 über die sogenannte »Bürgerrechtsehe« (101–115). Der Aufsatz hat denselben Schönheitsfehler wie der nächste: Es geht um eine Praxisänderung, die viele Jahre, in diesem Fall sogar Jahrzehnte, nach Inkrafttreten des ZGB eingeleitet wurde und die vor dem Hintergrund

eines Problems entstand, das im Entscheidungszeitraum von großer aktueller und direkt politischer Bedeutung war, mit der Kodifikation an sich also nichts zu tun hatte. Art. 120 ZGB hatte in der 1912 in Kraft getretenen Fassung drei Nichtigkeitsgründe für eine Ehe vorgesehen, nämlich Bigamie, Geisteskrankheit oder (nahe) Verwandtschaft/Schwägerschaft. Da mit Abschluss der Ehe von Gesetzes wegen die Frau das Bürgerrecht des Ehemannes erhielt, wurde die Ausländerin qua Heirat mit einem Schweizer Bürger selbst Schweizerin. Das ermöglichte dann das Phänomen der »Bürgerrechtsehe«: Den Ehegatten ging es nicht ums Zusammenleben etc., sondern der Eheschluss diente einzig dazu, der Frau das Bürgerrecht zu verschaffen. Das Bundesgericht entschied indessen (erstmalig offenbar 1922, also 10 Jahre nach Inkrafttreten des ZGB), dass es neben den drei im Gesetz genannten Ungültigkeitsgründen keine weiteren gibt, mithin weder aus dem Rechtsmissbrauchsverbot noch der Sittenwidrigkeit solche abgeleitet werden könnten – weshalb also Bürgerrechtsehen nicht nichtig waren. Das war die Lage bis 1939. Als sich im Gefolge der veränderten politischen Lage das Phänomen der Bürgerrechtsehe (das statistisch-quantitativ ein völlig vernachlässigbares von ein paar Dutzend war!) häufte, forderten plötzlich ab 1935 wichtige Stimmen in der Literatur ein Umdenken; dem folgte das Bundesgericht dann in den Kriegsjahren, beginnend mit dem von Linder geschilderten BGE 65 II 133: Das Rechtsmissbrauchsverbot des Art. 2 ZGB führt qua Richterrecht zur Schaffung eines vierten Nichtigkeitsgrundes *praeter legem*. Linder bemüht sich zwar richtigerweise, diesen Entscheid in den Überfremdungsdiskurs einzubauen, der aber schon seit 1900 geherrscht haben soll – also nichts mit der Kodifikation Eugen Hubers zu tun hat –, und er ordnet ihn in die

politische Situation der »Geistigen Landesverteidigung« ein, die allerdings auch kodifikationsunabhängig ist und nur mit der Bedrohung der Schweiz durch das Dritte Reich zu tun hat. Er liefert damit nur einen weiteren Beweis dafür, dass Normen nicht unabhängig vom Zeitgeist ausgelegt werden. Unangenehm berührt dann allerdings eine Unterlassung: Es bleibt unerwähnt, dass der Gesetzgeber sich daraufhin veranlasst sah, den Nichtigkeitsgrund der Bürgerrechtsehe im Jahre 1952 als Abs. 4 dem Art. 120 ZGB anzufügen, womit – so der dann maßgebende Kommentar Götz, 1964 – wieder klargestellt wurde, dass der Katalog der Nichtigkeitsgründe ein ausschließlicher sei und nicht durch richterliche Rechtsanwendung erweitert werden dürfe. Womit die Kirche wieder im kodifikatorischen Dorf blieb, was man dem Leser gegenüber nicht hätte unterschlagen dürfen.

Um einen einzigen Bundesgerichtsentscheid geht es dann auch im letzten zivilrechtlichen Beitrag: Katrin Bayerle, derzeit wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität München, schildert die Abkehr vom Abstraktionsprinzip bei der Eigentumsübertragung von Fahrnis und die – seither geltende – Entscheidung für das Kausalitätserfordernis im Jahre 1929 (117–159). Das ist zwar ein sauberer rechtsgeschichtlicher Aufsatz, der beim römischen Recht anfängt und die Entwicklung über das Mittelalter und die Neuzeit verfolgt, die dann beim »abstrakt-dinglichen Vertrag« endet. Genauer und naheliegenderweise zeigt die Autorin dessen Regelung bzw. Nichtregelung in der Schweiz. Aber eine vom Gesetzgeber nicht (ausdrücklich) geregelte Frage kann ein Gericht bekanntlich so oder anders entscheiden, und deshalb ist die von der Lehre vorbereitete Praxisänderung gerade nichts, was mit der Kodifikation zu tun hat, sondern nur, aber immerhin mit der Interaktion von Lehre

und Praxis. Der Beitrag hat jedenfalls nichts mit dem Titel des Bandes »Gericht und Kodifikation« zu tun, welchen Anspruch wenigstens auch die Autorin nicht erhebt, deren Schlusssatz »Rechtsprechung und Rechtswissenschaft befruchteten und bestätigten sich im wechselseitigen Dialog« für tausend andere Fallkonstellationen genau so gut gilt.

Der Luzerner Strafrechtsprofessor Felix Bommer und seine (damalige) Assistentin Petra Venetz schildern die Rechtsprechung zum Arglistmerkmal beim Betrugstatbestand des Art. 148 StGB in der Fassung von 1937/42 (161–183). Tatsächlich bestand hier eine große Verschiedenheit in den kantonalen Strafrechten, die teils die einfache Täuschung in vermögensschädigender Absicht genügen ließen, teils die erfolgte Vermögensschädigung auf Grund qualifizierter, eben »arglistiger« Täuschung (»manœuvre frauduleuse«) verlangten. Die Formulierungen in den verschiedenen Vorentwürfen zum Strafgesetzbuch wichen hier untereinander ab, ohne dass man immer nachvollziehen könnte, warum es Änderungen gegenüber dem Vorzustand gab. Die Autoren schildern zunächst auf S. 161 bis 169 diese Vorgeschichte der Kodifikation und dann ab S. 170 bis S. 179 die ersten bundesgerichtlichen Entscheidungen dazu. Das Arglistmerkmal kommt erst im 4. Jahr der Rechtsprechung aufs Tapet, und wie die Autoren festhalten, wird dabei »keinerlei Bezug zum ehemaligen kantonalen Recht sichtbar« (172); womit das Thema eigentlich als rechtshistorisches gleich gestorben ist, bevor es zum Leben erweckt werden konnte. Die Vermutung, hier habe man vielleicht der eidgenössischen Kodifikation ein eigenständiges Gewicht geben und sie nicht als Fortsetzung einer kantonalen Praxis erscheinen lassen wollen, kann man zwei Nicht-Rechtshistorikern durchaus verzeihen, aber nicht den beiden

Herausgebern mit ihrem im Vorwort verkündeten Anspruch. Dabei ist es doch gerade spannend, wenn auf den folgenden Seiten (172–174) erwähnt wird, dass sich die ersten Lehrmeinungen zum neuen Strafrecht über das Arglistmerkmal des Gesetzes entweder nicht oder dann ablehnend äusserten. Immerhin trafen sich im Verlauf der folgenden Jahre dann die Spruchpraxis des Bundesgerichts und die Lehre irgendwo in der Mitte und war der Streit in der ersten Hälfte der 50er Jahre ausgestanden: Die einfache Lüge war weiterhin nicht tatbestandsmäßig, vielmehr mussten weitere (vom Bundesgericht tendenziell schnell als vorliegend erkannte) Merkmale hinzutreten, zugleich wurde mit deren Umschreibung die anfänglich befürchtete uferlose Ausdehnung des Tatbestandsmerkmals wieder eingegrenzt. – Das ist zwar alles für sich genommen interessant, aber ohne erkennbaren Bezug zum Leitmotiv des Bandes. Und nähert in gewisser Weise die Vorahnung, dass auch der zweite strafrechtliche Beitrag nicht bringt, was man erwartet.

Roy Garré, der als Rechtshistoriker und Berner Privatdozent die bemerkwerte Karriere gemacht hat, Richter am (2004 neugeschaffenen) Bundesstrafgericht in Bellinzona zu werden, widmet sich in seinem italienisch geschriebenen Beitrag der bedingten Strafe («Strafe auf Bewährung», 185–207). Diese hatte sich ab 1890 von der französischen Schweiz aus über die ganze Schweiz verbreitet, im Bereich des – zwar marginalen, aber schon vor 1942 bestehenden – Bundesstrafrechts wurde sie 1934 eingeführt (wovon bei Garré keine Silbe steht), so dass das neue bundeseinheitliche Strafrecht hier mit seinem Art. 41 nichts Neues schuf. Einigermassen klar ist hingegen, dass die lange Zeit der Vorbereitung der Kodifikation und ihre verschiedenen Vorentwürfe, die alle ab 1893 den bedingten Straf-

vollzug behandelten, dessen Einführung in den Kantonen förderte. Die Schilderung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (gemeint ist das »alte« Bundesgericht, das damals auch oberstes Strafgericht war und zu dessen Entlastung u. a. das Bundesstrafgericht geschaffen wurde) hierzu ist zwar interessant – aber gänzlich ohne jeden rechtshistorischen Ansatz. Denn Rechtsgeschichte besteht sicher nicht darin, einfach die ersten Entscheidungen eines Gerichts zu einer Norm nachzuerzählen. Über jede andere Bestimmung des StGB hätte man in absolut gleicher Weise berichten können, denn auch zum Diebstahl, zur vorsätzlichen Tötung oder zur Geldfälschung gab es irgendwann eine erste und danach eine Reihe von weiteren Entscheidungen des Bundesgerichts, die alle für Verständnis und Auslegung und damit weitere Anwendung der Norm ihre Bedeutung hatten; und bei allen Strafnormen stand der Kassationshof des Bundesgerichts vor derselben Frage, wie weit er die Entscheidungsfreiheit der kantonalen Instanzen begrenzen darf und wo die Grenzen richterlicher Rechtsschöpfung liegen. Aber was jetzt rechtshistorisch an der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum bedingten Strafvollzug besonders interessant sein soll, ist nicht zu sehen, schon gar nicht in Bezug auf das Thema Kodifikation. Es wäre vielleicht anders gewesen, wenn man bei Garré irgendwie erfahren hätte, wie sich die Anfänge der Rechtsprechung gegenüber den Erwartungen des Gesetzgebers oder der Lehre der Anfangsjahre oder der Praxis der Kantone vor 1942 dargestellt hätten – nur erfährt man darüber auch nichts. Gewiss ist es interessant, von der abweichenden Berner Praxis zu lesen, die – getragen von Staatsanwälten und Gerichten dieses Kantons – den (vom Gesetz an sich angeordneten) Widerruf des bedingten Strafvollzugs ablehnte, wenn zwar in der Probezeit ein Delikt begangen wurde, dieses

aber nur mit einer Bagatelldrohung geahndet wurde; das ist aber Rechtsgeschichte der dadurch provozierten Gesetzesrevision von 1950 und insoweit auch kein spezifischer Beitrag zur Wirkungsgeschichte der Kodifikation.

So stellt sich am Ende der Band vor allem als eine Sammlung mehrfach verpasster Gelegenheiten dar. Schade.

Matthias Schwaibold

Reflexionen über die nordische »Sonderart«*

Mit dem vierten Band über die nordische Rechtswissenschaft im ersten Teil des 20. Jh.s hat der finnische Rechtshistoriker Lars Björne eine imponierende rechts- und wissenschaftsgeschichtliche Leistung abgeschlossen. Schon 1995 publizierte er den ersten Teil dieser Forschung über die Zeit vom Mittelalter bis 1814 (Patrioten und Institutionalist).¹ Im zweiten, 1998 herausgegebenen Band behandelte er die nächste Periode 1815–1870 (die »Bruchperiode«),² im dritten Teil (2002) beschäftigte er sich mit der sogenannten konstruktiven Periode 1871–1910,³ und jetzt also mit der Zeit der nordischen rechtlichen Modernität von 1911 bis 1950 unter dem Titel *Realismus und skandinavischer Realismus*. Mehrere nordische Kollegen waren schon bei der Publikation des ersten Bandes wegen des immer, fast exponentiell, wachsenden Materials skeptisch gestimmt, was die Möglichkeiten anging, ein solches Projekt als einzelne Person abschließen zu können. Aber er hat es geschafft! Dem Verfasser ist deshalb erst einmal zu dieser Leistung zu gratulieren. Er hat damit seine Position als einer der bedeutendsten europäischen Rechtshistoriker bestätigt. Die folgenden Bemerkungen ändern an dieser meiner Feststellung nichts.

In der kontinental-europäischen Rechtsgeschichte gibt es mehrere Beispiele vergleichbarer

Leistungen von einzelnen Rechtswissenschaftlern, aber kein nordischer Rechtshistoriker hat ein so wichtiges rechtshistorisches Projekt allein bewältigt, seit der schwedische Pionier Carl Johan Schlyter 1877 nach fünfundfünfzig Jahren seine Edition der schwedischen mittelalterlichen Gesetze mit dreizehn Bänden abschloss.

Björne beginnt 1911 in Norwegen und mit dem Methodenstreit zwischen Francis Hagerup und Fredrik Stang über die konstruktive Jurisprudenz. Im selben Jahr hielt der Philosoph Axel Hägerström in Uppsala seine Antrittsvorlesung, die als Anfang der sog. Uppsala-Schule und desskandinavischen Rechtsrealismus angesehen wird. Es geht also um die Anfangsphase der nordischen rechtlichen Modernität, die für den Aufbau des sozialen Wohlfahrtsstaats, das *Volksheim* (Folkhemmet), so wichtig wurde. Der Verfasser schließt seine Arbeit mit dem Jahr 1950, und zwar mit einer methodischen und einer quantitativen Begründung. Wissenschaftsgeschichtliche Darstellungen brauchen, so Björne, eine zeitliche Distanz, wenn man die notwendige wissenschaftliche Objektivität aufrechterhalten will. Daneben ist für ihn auch der wachsende Umfang der rechtswissenschaftlichen Literatur der Nachkriegszeit ein wichtiger Grund, den historischen Bericht mit 1950 zu beenden. Letzteres ist aber nur ein pragmatisches Argu-

* LARS BJÖRNE, *Realism och skandinavisk Realism: Den nordiska rättsvetenskapens historia. Del IV 1911–1950* (Rättshistoriskt bibliotek, Bd. LXII), Stockholm 2007, XV, 732 S., ISBN 91-85190-74-8

1 LARS BJÖRNE, *Patrioter och institutionalister. Den nordiska rättsvetenskapens historia, I. Från medeltid till 1814* (Rättshistoriskt bibliotek, Bd. LII), Lund 1995.

2 LARS BJÖRNE, *Brytningstiden. Den nordiska rättsvetenskapens historia II. 1815–1870* (Rättshistoriskt bibliotek, Bd. LVIII), Lund 1998.

3 LARS BJÖRNE, *Den konstruktiva riktningen. Den nordiska rättsvetenskapens historia. III. 1871–*

1910 (Rättshistoriskt bibliotek, Bd. LX), Lund 2002.