

**Prager
Staatswissenschaftliche Untersuchungen**

Herausgegeben von

H. Rauchberg · P. Sander · L. Spiegel
A. Spiethoff · K. Zuckerkandl

Heft 1

Gesetz und Recht

Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellenlehre

Von

Dr. Ludwig Spiegel,

o. ö. Professor an der deutschen Universität in Prag



FB
Rechtswiss.
Univ. Wien

HA Prof. Jabloner

REG
S 455. G 3

München und Leipzig
Verlag von Duncker & Humblot
1913

V o r w o r t.

Die Vorträge, welche die erste Hälfte der vorliegenden Schrift bilden, folgen hier nach dem Zeitpunkt ihrer Entstehung aufeinander. Aber diese Anordnung ist zugleich auch eine systematische. Von verschiedenen Vereinen zu Vorträgen aufgefordert, war der Verfasser in der Lage, die gleichen Gedankengänge konsequent weiter zu verfolgen und in der knappen Form der Rede zum Ausdruck zu bringen. Der Zufall hat es gefügt, daß der erste Vortrag vor Studenten, der zweite vor jüngeren Juristen, der dritte vor gereiften Männern gehalten wurde¹. So konnte sich die Darstellung von Vortrag zu Vortrag in erwünschter Weise vertiefen. So ist auch die breitere Grundlage zu erklären, auf welcher sich die einleitenden Ausführungen aufbauen. In den Rahmen des Buches gestellt, sollen sie die Beziehungen dartun, in welchen die jeweilige Gestaltung und Auffassung der Rechtsquellen zur Organisation des Staates stehen. Gerade darauf pflegen die in immer größerer Zahl erscheinenden Untersuchungen der Rechtsquellen nicht in ausreichendem Maße Rücksicht zu nehmen. Mit der einschlägigen Literatur in Fühlung zu bleiben, hat sich der Verfasser besonders angelegen sein lassen. Allerdings schafft die Flut der Schriften gerade hier große Schwierigkeiten, und es mußte auf die Anführung mancher Arbeit verzichtet werden, um die Zitate nicht allzusehr zu häufen. Dabei darf nicht — wie es leider so oft geschieht — übersehen werden, daß die Probleme, die wir heute erörtern, vielfach — wenn auch zum Teil in anderer Form — auch frühere Generationen beschäftigt haben. Es handelt sich also auch darum, den Zusammenhang mit der Vergangenheit zu wahren, und insbesondere ist es die merkwürdige Zeit des ausgehenden 18. und des beginnenden 19. Jahrhunderts, die eine Fülle von Anregungen und Aufschlüssen zu bieten geeignet ist. In unseren jubiläumsfreudigen Tagen darf sich vielleicht nicht nur die Erörterung über „Entwürfe und Gesetze“ (vgl. S. 47), sondern die ganze Schrift als ein Beitrag zur Jahrhundertfeier der Kodifikationsliteratur bezeichnen.

Die Abhandlung „Jurisprudenz und Sozialwissenschaft“ ist bereits im 36. Band der Grünhutschen Zeitschrift veröffentlicht worden. Die Anmerkungen wurden entsprechend ergänzt.

Prag, im Mai 1913.

L. Spiegel.

Alle Rechte vorbehalten.

Altenburg
Petersche Hofbuchdruckerei
Stephan Weibel & Co.

¹ I. Lese- und Redehalle der deutschen Studenten in Prag. II. Deutscher Verein für Sozialwissenschaft in Prag. III. Wiener Juristische Gesellschaft und Prager Advokatenverein.

Inhaltsverzeichnis.

Vorträge.

	Seite
I. Das Erbe des absolutistischen Staates. (14. Februar 1908.)	3
II. Jurisprudenz und Sozialwissenschaft. (27. Mai 1908.)	23
III. Entwürfe und Gesetze. (5. und 11. Februar 1913.)	46

Aufsätze.

IV. Savignys „Beruf“ und Gönners Gegenschrift	77
V. Hatscheks Betrachtungen über das kontinentale Rechtsquellen-system	90
VI. Der rétors législatif oder die Anfrage bei Hof	100
VII. Zur Lückenlehre	118

Vorträge.

nüchternen Zustand zu den gleichen Ideen bekennen werden, und überdies gibt es auch während der Revolution immer noch eine beträchtliche, anders gesinnte Minderheit, die nur deshalb übersehen wird, weil sie sich aus Furcht oder im Bewußtsein ihrer augenblicklichen Ohnmacht still verhält. Wenn aber wieder ruhige Zeiten eintreten, so zeigt es sich, daß der Gegensatz der Anschauungen unvermindert fortbesteht, und da können sich denn leicht unter dem Einfluß äußerer Umstände die Zahlenverhältnisse verschieben: die Minorität kann zur Majorität werden, und wenn sie dann auch nicht alles rückgängig machen kann, was die frühere Majorität errungen hat, so kann sie es doch durch ihr entgegengesetztes Verhalten empfindlich entwerten. Wer da geglaubt hat, daß durch die Etablierung der modernen Verfassungen der Geist der alten Zeit vernichtet worden ist, hat sich einer gründlichen Täuschung hingegeben. Der Thronfolge- und Regentschaftsstreit im Fürstentum Lippe, der vor einigen Jahren die Gemüter erhitzt hat, hat zur allgemeinen Überraschung der staatsrechtlichen Literatur eine große Zahl fürstenrechtlicher Schriften zugeführt, die längst totgeglaubte Ansichten, längst für überwunden gehaltene Lehrmeinungen wieder erstehen ließen. Es war nicht schwer nachzuweisen, daß sich diese Ansichten und Lehrmeinungen mit den modernen Verfassungen nicht vertragen, und das ist ja gründlich genug geschehen¹. Aber lehrreich bleibt diese Erscheinung immerhin, weil sie zeigt, wie tief noch immer die absolutistischen fürstenrechtlichen Ideen in weiten Kreisen der Bevölkerung wurzeln. Die unendlich vielen, die nicht auf eigenen Füßen stehen können, die mit ihrem ganzen Denken und Fühlen Halt suchen bei anderen, die glücklich sind, wenn ihnen eine äußere Macht sagt, was sie glauben, was sie tun und was sie lassen sollen², die werden immer die verlässlichsten und überzeugtesten Anhänger des Absolutismus sein. Darum ist aber die Auseinandersetzung mit dem Absolutismus nicht eine Erscheinung der Vergangenheit, die wir mit der Ruhe und Objektivität des Historikers erfassen und darstellen können, sondern sie ist ein aktuelles Problem der Gegenwart, an dem wir alle beteiligt sind.

¹ Vgl. Jellinek, Der Kampf des alten mit dem neuen Recht, S. 33 ff., 59 ff., ferner Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 6. Aufl., S. 255 ff.

² Über den Zusammenhang dieses Bedürfnisses mit dem Materialienkultus vgl. unten S. 70 f.

II.

Jurisprudenz und Sozialwissenschaft.

(1908.)

Zu den allerwichtigsten Erscheinungen und Faktoren des sozialen Lebens gehört sicherlich das Recht. Ihrem Gegenstande nach ist also die Rechtswissenschaft gewiß eine Sozialwissenschaft. Trotzdem empfinden wir Sozialwissenschaft und Jurisprudenz mehr oder minder lebhaft als Gegensätze. Der Grund liegt darin, daß beide Wissenschaften mit verschiedenen Methoden arbeiten. Die Sozialwissenschaft verfährt deskriptiv, induktiv, die Rechtswissenschaft dogmatisch, deduktiv. Der verschiedenen Methode entspricht denn auch die Ungleichartigkeit der Ergebnisse. Die Sozialwissenschaft muß sehr vorsichtig zu Werke gehen. Es handelt sich da um Resultate der Beobachtung und noch dazu der Beobachtung überaus komplizierter, schwer faßbarer Vorgänge und Verhältnisse. Man muß da immer mit Fehlerquellen rechnen, man muß, wo es nicht anders geht, Hypothesen aufstellen. Und selbst dort, wo man ein festes Ergebnis gewonnen zu haben glaubt, muß man jederzeit bereit sein, es zu opfern, wenn es sich bei schärferer Prüfung oder, weil das Beobachtungsgebiet erweitert worden ist, als unrichtig erweist. Die unendliche und niemals vollständig übersehbare Tatsachenwelt ist es eben, mit der sich die Sozialwissenschaft beschäftigt, mit der sie sich unaufhörlich auseinanderzusetzen bemüht sein muß. Ganz anders arbeitet der Jurist. Er tritt mit der denkbar größten Sicherheit auf. Der Rechtsstoff ist ihm etwas Festes, Gegebenes. Er hat ihn nur zu verarbeiten. Und bei dieser Verarbeitung, bei der konstruktiven Tätigkeit verfährt er mit der größten Präzision. Er formuliert haarscharfe Begriffe, er operiert mit den feinsten Distinktionen — in halbvergangerer Zeit pflegte man noch zu sagen: Er rechnet mit Begriffen, wie der Mathematiker mit Zahlen¹. Dieser Vergleich ist sehr

¹ Gegen diese Parallele Jhering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, S. 10, 342. Savigny (Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, S. 29) hat den römischen Juristen nachgerühmt, „daß sie mit ihren Begriffen rechnen“. Im Zusammenhange damit steht seine Ansicht, daß sich bei diesen Juristen weit weniger „Individualität“ finde, als in irgendeiner anderen Literatur, und daß man sie als fungible Personen bezeichnen könnte (S. 157). Bekker, Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft, S. 118, sieht hierin einen „kolossalen Bod des Vaters der historischen Schule, der nur aus größlicher Unaufmerksamkeit beim Lesen der Quellen und aus Mangel an historischem Sinne überhaupt . . . zu erklären ist“. (Vgl. gegen Savigny schon Gönnert, Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unsrer Zeit, S. 277, und hierzu Savignys Replik

bezeichnend. Man kann sich kaum größere Gegensätze denken als Sozialwissenschaft und Mathematik. Auf der einen Seite die Wissenschaft des so vielgestaltigen und unaufhörlich im Flusse befindlichen sozialen Lebens, welche der exakten Beobachtung auf Schritt und Tritt Hindernisse in den Weg legt, und auf der anderen Seite eine Theorie, die mit festen Größen arbeitet, von Denknöwendigkeiten ausgeht und darum zu unfehlbaren Resultaten gelangt. Stellen wir die Jurisprudenz der Mathematik zur Seite, dann ist sie durch eine tiefe Kluft von der Sozialwissenschaft getrennt.

Da entsteht nun freilich die Frage: Wenn das Recht wirklich eine soziale Erscheinung ist, wie kann es sich so sehr von allen anderen sozialen Erscheinungen unterscheiden? Wo sind denn im sozialen Leben die scharfen Grenzen, die Ecken und Winkel, die uns das Rechtsgebäude zeigt? Wie ist es möglich, daß sich das Recht von allen Eigentümlichkeiten des sozialen Lebens, ja des Lebens überhaupt so sehr emanzipiert hat, daß es sich von der Theorie widerspruchslos in ein festes System pressen läßt? Den Juristen wird diese Frage nicht einen Augenblick in Verlegenheit bringen. Er wird uns antworten, daß es ja gerade die Aufgabe des Rechts ist, dort scharfe Grenzen zu ziehen, wo sie im Leben nicht gezogen sind. Das Recht hat eben die Funktion, die verschiedenen Rechtskreise gegeneinander genau abzugrenzen. Und daraus ergibt sich auf privatrechtlichem Gebiete der Gegensatz von juristischer und wirtschaftlicher Auffassung der Lebensverhältnisse, auf staatsrechtlichem der Gegensatz von juristischer und politischer Betrachtungsweise. Wenn der Nationalökonom die Arbeit den Sachgütern anreicht und sie als Verkehrsgegenstand behandelt, wenn er von einem Arbeitsmarkt spricht, so sagt der Zivilist: Das ist eine wirtschaftliche Betrachtung der Dinge. Denn Sache im Rechtsinne kann nur ein scharf abgegrenztes, sinnenfälliges Ding der Außenwelt sein. Und wenn man konstatiert, daß es zwischen Monarchien und Republiken zahlreiche Übergänge gibt, daß es Monarchien gibt, in denen der Monarch kein entscheidendes Wort mitzureden hat, und umgekehrt Republiken mit einem überaus mächtigen Präsidenten an der Spitze, so sagt der Jurist wiederum: So sehen die Dinge politisch aus. Juristisch kommt es nicht auf die Macht-, sondern nur auf die Rechtsverhältnisse an. Dem Rechte ist die scharfe Formulierung und Absonderung der einzelnen Begriffe wesentlich.

Das wäre also eine Antwort, aber, wie ich glaube, keine befriedigende. Denn wenn auch zugegeben werden mag, daß scharfe Grenzen für das Recht

in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, 1. Bd., S. 415: „Dem Verfasser kam es komisch vor, daß ich unter den römischen Juristen Gleichartigkeit der Bildung und des literarischen Charakters angenommen habe; aber ich glaube, daß die Geschäftsmänner von Wien und Stuttgart, von München und Hannover um sehr vieles heterogener sein mögen, als es Ulpian und Paulus waren.“ Auch Thibaut, Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, Neue Ausgabe, 1840, S. 43, sagt, daß viele Teile des bürgerlichen Rechts „sozusagen nur eine Art reiner juristischer Mathematik“ seien.

sehr wünschenswert sind, so bleibt noch immer unerklärt, wie es kommt, daß das Rechtsleben, also das, was ich die soziale Erscheinung des Rechts genannt habe, diesem Postulat entspricht. Anderen Postulaten gegenüber zeigt sich ja das Leben durchaus nicht gefügig. Aber auch mit diesem Einwand treiben wir den Juristen nicht in die Enge. Er wird darauf verweisen, daß das Rechtsleben in der Tat dem Rechte nicht zu entsprechen braucht und auch vielfach nicht entspricht, daß es aber der Jurist gar nicht mit dem Rechtsleben, sondern mit dem Rechte selbst zu tun hat. Und das Recht gilt ganz unabhängig davon, ob es auch im konkreten Fall verwirklicht wird. Hier ist denn auch der Punkt, wo sich Sozial- und Rechtswissenschaft von einander trennen. Die Rechtswissenschaft lehrt sich vom Leben ab und widmet sich dem Rechte. Wiederum muß man fragen: Woher kommt dieser Gegensatz von Recht und Rechtsleben? Ist er wirklich schon dadurch gegeben, daß der Einzelne mitunter rechtswidrig handelt? So ist ja der Jurist geneigt die Sache aufzufassen. Die Rechtsnorm besteht, auch wenn sie von dem oder jenem übertreten wird. Das Leben setzt sich eben über das Recht hinweg, ohne daß dieses dadurch auch nur das Geringste von seiner Geltung einbüßt. Aber ich glaube, daß diese Erscheinung für sich allein den Gegensatz von Recht und Rechtsleben nicht zu erklären vermag. Abnormale Erscheinungen sind ja im sozialen und auch im individuellen Leben des Menschen etwas Alltägliches und Allbekanntes. Wir wissen sehr wohl, wann das Verhalten eines Menschen normal und wann es abnormal ist, wann es den Anforderungen der Sittlichkeit, der Sitte, des guten Tons, des Geschmacks, des Anstands entspricht und wann es ihnen widerstreitet, wir wissen den physisch oder psychisch gesunden Menschen vom kranken zu unterscheiden, wir trauen uns ein Urteil darüber zu, ob jemand eine Sprache richtig oder falsch spricht usw. Auch nicht im Traum wird es uns einfallen, die Sprache als soziale Erscheinung zu leugnen, weil es Leute gibt, die sich nicht an die Sprachregeln halten. Kommen wir auf den Fall der Rechtswidrigkeit zurück, so kann sich gerade hier das Recht als eine lebendige Macht dadurch bewähren, daß die Rechtswidrigkeit als solche konstatiert und in irgendeiner Weise, z. B. durch die Strafe, geahndet wird. Das Rechtsleben weist nicht bloß normale, sondern auch pathologische Erscheinungen auf. Um es zu erkennen, muß man alle diese Erscheinungen ins Auge fassen, sowie das ja mutatis mutandis auch bei Sitte, Sittlichkeit, Wirtschaft, Sprache usw. unerlässlich ist.

Verfährt nun aber der Jurist so, wie etwa der Sprachforscher oder der Nationalökonom? Gewinnt er seine Anschauung von den Regeln des Rechts aus der Beobachtung des wirklichen Lebens? Keineswegs. Ich habe schon früher gesagt: Die Rechtswissenschaft arbeitet im Gegensatz zur Sozialwissenschaft deduktiv. Die Rechtsregeln werden nicht induktiv gewonnen, sondern sie werden deduziert. Ich brauche nur noch hinzuzufügen: Sie werden deduziert aus dem Gesetze. Was der römische Jurist Paulus perhorreszierte, das ist tatsächlich die Devise der Jurisprudenz geworden: Ex regula ius sumitur, non ex iure, quod est, regula fit. Wir brauchen dabei

nur regula mit „Gesetz“ zu übersetzen¹. Der Gegensatz von Recht und Rechtsleben ist nur dann verständlich, wenn wir unter Recht das g e s e h t e Recht verstehen, und die deduktive Methode der Jurisprudenz ist nur deshalb möglich, weil es eben geschriebene Rechtsquellen gibt, die den Ausgangspunkt für wissenschaftliche Forschungen bilden können. Das ist bekanntlich nicht immer so gewesen. Das gesehete Recht ist jünger als das ungesehete. Erst mit der fortschreitenden Kultur hat das gesehete Recht immer mehr an Boden gewonnen, bis es schließlich — das ist ja die herrschende Anschauung — das ungesehete vollständig oder fast vollständig verdrängt hat. Die Rechtswissenschaft hat das ungesehete Recht oder, wie sie es nennt, das Gewohnheitsrecht meist mit scheelen Augen angesehen. In der Tat weist das gesehete Recht Vorzüge gegenüber dem ungeseheten auf. Es ist leicht erkennbar. Man kann leichter das ganze bürgerliche Gesetzbuch studieren, als sich darüber informieren, welche gewohnheitsrechtlichen Regeln in irgendeiner noch so engbegrenzten Partie des Rechtslebens gelten. Ferner ist das Geltungsgebiet des geseheten Rechts jenem des Gewohnheitsrechts weitaus überlegen. Ein Gesetz kann im ganzen Staate, ja sogar darüber hinaus Geltung beanspruchen. Das Gewohnheitsrecht bildet sich immer nur lokal, in einem kleinen Kreis. In verschiedenen Teilen des Staatsgebiets oder auch nur eines Landes finden sich verschiedene gewohnheitsrechtliche Bildungen. Das gesehete Recht läßt sich scharf und präzise formulieren. Dem Gewohnheitsrecht mangelt eine derartige Bestimmtheit. Es ist, wie alle sozialen Erscheinungen, fliegend, schwer faßbar, unausgeseht veränderlich. So wirken eine Reihe von Momenten zusammen, welche die Bekämpfung des Gewohnheitsrechts wünschenswert erscheinen lassen. Als das wichtigste von allen hat sich das politische erwiesen². Der erstarkende Staat hat sich des Rechts bemächtigt. Er hat die Rechtssetzung an sich gezogen und im Gesetz das Mittel gefunden, um das Recht nach seinem Dafürhalten im ganzen Staatsgebiet einheitlich zu gestalten. Das Gesetz hat das Gewohnheitsrecht zu verdrängen unternommen, und zwar nicht bloß faktisch, sondern auch r e c h t l i c h zu verdrängen, insofern es die gewohnheitsrechtliche Rechtsbildung untersagt hat. So bestimmt das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch im § 10: „Auf Gewohnheiten kann nur in den Fällen, in welchen sich ein Gesetz darauf beruft, Rücksicht genommen werden.“ Dieser Satz stellt den Höhepunkt der Entwicklung dar³. Er zeigt uns den vollständigen

¹ Vgl. hierzu nunmehr Jung, Das Problem des natürlichen Rechts, S. 321 ff.

² Gerade diesen Umstand scheint Kraus in seiner überaus interessanten Abhandlung: „Die leitenden Grundzüge der Gesetzesinterpretation“ (Grünhuthsche Zschr., 32. Bd., S. 619 f.) übersehen zu haben. Die Vorteile, welche die Gesetzgebung der Bevölkerung bringt, sind gewiß erwünschte Wirkungen. Aber in erster Linie handelte es sich doch dem Staate darum, durch die Bindung der Behörden an die Gesetze seine eigene Macht zu stärken. Damit stimmt es überein, daß in Deutschland und Österreich die Straf-, Verwaltungs- und Prozeßgesetze älter sind als die Privatrechtsgesetze.

³ Genau genommen war freilich im Jahre 1811 der Höhepunkt schon überschritten. Vgl. die Bestimmungen des Josephinischen bürgerlichen Gesetzbuchs unten in der Abhandlung über den *référé législatif*.

Sieg des geseheten Rechts über das ungesehete. In der Folge können wir nun freilich eine rückläufige Bewegung wahrnehmen. Während noch der erste Entwurf des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs das gleiche verfügte wie unser § 10, wurde dieser Passus später gestrichen¹.

Der Entwicklung des Rechts hat sich die Rechtswissenschaft angepaßt. Sie beschäftigt sich jetzt nur mit dem geseheten Recht. Ja wir können von einer eigentlichen Rechtswissenschaft überhaupt erst sprechen, seit es ein gesehetes Recht gibt. Das Gesetz ist die feste Grundlage der Jurisprudenz. Es fragt sich aber, ob sich auf dieser Grundlage unbedingt richtige und zuverlässige Anschauungen gewinnen lassen über das „ius, quod est“. Ich kann hier natürlich nicht das Problem des Rechts aufrollen. Aber soviel darf ich doch als feststehend annehmen, daß Recht nur jene Lebensordnung ist, die ein bestimmtes Gebiet des sozialen Lebens wirklich beherrscht und durchdringt, die also nicht bloß auf dem Papier steht. Wenn man nun diese s Recht aus dem Gesetze erschließen zu können glaubt, so geht man dabei offenbar von der Anschauung aus, daß der Staat die Macht hat, durch seine Gesetze das Leben wirklich zu beherrschen, daß sich das Recht also ausschließlich nach dem Willen des Staates gestaltet.

Wie verhält es sich damit aber in Wirklichkeit? Nochmals muß ich da auf die Möglichkeit zurückkommen, daß das Gesetz im einzelnen Fall übertreten wird. Diese Möglichkeit bietet, wie schon gesagt, keine Schwierigkeiten. Denn es ist selbstverständlich, daß die Geltung einer Rechtsregel nicht davon abhängt, ob diese Regel in jedem einzelnen Fall beachtet wird. Das Recht wirkt niemals wie ein Naturgesetz, mag es sich nun um gesehetes oder nicht-gesehetes Recht handeln. Niemals wird es gelingen, Rechtswidrigkeiten aus der Welt zu schaffen. Immer aber führt das Recht gegen solche Rechtswidrigkeiten einen Kampf, d. h. das rechtswidrige Verhalten wird selbst wieder als eine Erscheinung des Rechts aufgefaßt, die bestimmte Rechtsfolgen nach sich zieht: Strafe, Schadenersatzpflicht, Nichtigkeit des Handelns usw. Sobald das Recht den Kampf aufgibt und die Rechtswidrigkeit ruhig hinnimmt, und zwar nicht etwa die einzelne, isolierte Rechtswidrigkeit, sondern die Rechtswidrigkeit als Massenerscheinung, zeigt es sich eben, daß die Rechtsregel, um die es sich handelt, nicht mehr gilt². Sie hat ihre Herrschaft verloren, gerade

¹ Vgl. Jung, „Positives“ Recht. Ein Beitrag zur Theorie von Rechtsquelle und Auslegung, S. 3. Nach Bülow, Heitere und ernste Betrachtungen über die Rechtswissenschaft, S. 109, wäre allerdings der heftige Streit hierüber „ein Streit um ein Nichts gewesen.“ Vgl. hierzu unten S. 35.

² Vgl. Jung, Problem, S. 146, und die dort zitierte Stelle aus Windschieds Pandekten. — Kraus, Das Recht zu strafen (Beilageheft zum Gerichtsfaal, Bd. 79, S. 151) gibt meine Behauptung in folgender Form wieder: „Das Unrecht als Massenerscheinung bewirkt, daß die Regel stirbt.“ Er fährt dann fort: „Zwar stirbt sie nach m. M. nicht, sondern wird nur ohnmächtig.“ Beim Menschen kann man Tod und Ohnmacht unterscheiden. Soll man aber der Regel den Puls fühlen oder ihre Herzstätigkeit untersuchen, um feststellen zu können, ob es sich bloß um eine Ohnmacht oder um Schlimmeres handelt?

so wie ein Fürst, der aus seinem Lande vertrieben worden ist¹. Handelt es sich um gesetztes Recht, so kann man freilich die Frage aufwerfen, ob der Zustand der Nichtgeltung des vom Staate aufgestellten Satzes ein vorübergehender oder dauernder ist. Es ist ja möglich, daß auf eine Zeit, in der das Gesetz faktisch nicht gilt, wieder eine Zeit kommt, in der es beachtet wird. Im Prinzip aber muß daran festgehalten werden, daß die Geltung des Gesetzes etwas Faktisches ist, daß man von der Geltung eines Gesetzes nur insofern sprechen kann, als es auf die ihm unterworfenen Personen tatsächlich bestimmend wirkt. Es kann sein, daß das Gesetz nicht gilt, sei es, daß es von vornherein nicht imstande war, sich durchzusetzen, sei es, daß es seine Position nicht zu behaupten vermocht hat, daß es in *desuetudinem* geraten ist.

Daß das wirkliche Rechtsleben mit dem Gesetze nicht übereinstimmen muß und auch vielfach nicht übereinstimmt, ist nun in neuester Zeit von den verschiedensten Seiten mit Nachdruck betont worden². Im Jahre 1885 hat Bülow in einer gedankenreichen, damals allerdings noch nicht nach Gebühr gewürdigten Schrift: „Gesetz und Richteramt“ ausgeführt, daß der Richter nicht rein mechanisch das Gesetz anwendet, sondern mitteilnimmt an der Schaffung des Rechts. „Das abstrakte stumme Gebot des Gesetzes,“ sagt Bülow (S. 46), „vermag der vielgestaltigen stürmischen Bewegung des menschlichen Gemeinlebens nicht völlig Herr zu werden. Das vermag es nur im Bunde mit der lebendigen Macht eines unmittelbar ins Leben eingreifenden Willens. Die Gesetzgebung denkt den Rechtsgedanken noch nicht fertig. Erst die rechtsbeteiligten Personen, und wenn diese nicht einmütig werden, erst der Richter denken ihn zu Ende.“ Und an einer anderen Stelle (S. 30): „Tag für Tag spottet das wirkliche Leben der gesetzgeberischen Voraussicht. Immer und immer wieder lehrt seine unerschöpfliche Mannigfaltigkeit, wie vermessene die Hoffnung wäre, der Gesetzgeber könne alles, was die Zukunft bringen wird, überblicken, vorbedenken und in seine starren, toten Regeln zwingen.“ Während sich Bülow in der Hauptsache darauf beschränkt, das richterliche Urteil mit dem Gesetze zu vergleichen, und hier den Hebel ansetzt, um den Glauben an die Allmacht des Gesetzes zu erschüttern, hat neuestens Ehrlich mit Recht darauf verwiesen, daß ja die wenigsten Rechtsbeziehungen zu einer richterlichen Entscheidung führen und daß man das Rechtsleben, den Rechtsverkehr beobachten

¹ Die Frage, ob der vertriebene Fürst *de iure* Herrscher bleibt (Legitimitätsprinzip), oder ob auch sein Herrschaftsrecht erlischt, ist in der Tat nichts anderes als eine Teilfrage des Problems der Entstehung und Veränderung des Rechts.

² Die Literatur über diesen Gegenstand und über die damit zusammenhängenden theoretischen und praktischen Probleme schwillt geradezu beängstigend an. Vgl. die chronologische Zusammenstellung bei Jung, Problem, S. 330 ff., und bei Heß, Das Problem der Rechtsgewinnung, 1912, S. 48 f., ferner W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, 1913, und die dort S. 2 zitierten Schriften, weiter den schon oben (S. 14) erwähnten Vortrag von Pattai, der gleichfalls Literaturangaben enthält, und den Artikel von Peretti-Pozzo, Methodenstreit in der Rechtswissenschaft, in Grünhuts Zeitschr. 39. Bd. S. 555 ff.

muß, um sich über das wirklich geltende Recht zu informieren¹. Da tauchen natürlich die Bedenken Bülows in verstärktem Maße auf. Der Richter ist ja auf das Gesetz beeidigt. Er ist Staatsorgan. Sein Bestreben ist es, dem Gesetz möglichst gerecht zu werden. Der Rechtsverkehr ist dem Gesetz gegenüber viel freier und unabhängiger. Decken sich schon die richterlichen Urteile nicht oder nicht immer oder nicht vollständig mit dem Gesetz, so ist es natürlich, daß sich die Parteien, besonders in jenen Fällen, welche nicht zur richterlichen Kognition kommen, mehr oder minder weit vom Gesetz entfernen oder daß sie sich an Regeln halten, die nicht im Gesetz zu finden sind, sei es, daß sie mit dem Gesetz verträglich sind oder daß sie ihm geradezu widersprechen. Aber auch in der Ausdehnung, die ihm Ehrlich gegeben hat, ist unser Beobachtungsgebiet noch nicht weit genug. Die Literatur über unseren Gegenstand hat hauptsächlich das Privatrecht vor Augen. Ziehen wir aber auch das öffentliche Recht in Betracht, das Staatsrecht und namentlich das Verwaltungsrecht, so nehmen wir leicht wahr, wie sehr hier Gesetz und Recht auseinanderfallen können. Es würde zu weit führen, das hier näher darzutun². Ich will darum nur eine seltsame Erscheinung der letzten Jahre zur Illustration heranziehen, über die man bei uns in Österreich viel gelacht hat, ohne daß doch das Problem, das sie darbietet, auch nur im entferntesten gewürdigt worden wäre, nämlich die passive Resistenz der Verkehrsbeamten. Man hat die Möglichkeit einer solchen passiven Resistenz darauf zurückgeführt, daß die Vorschriften schlecht sind. Wenn sie genau befolgt werden, stockt der Verkehr, und darum liegt es eben im Interesse des Verkehrs, sie zu ignorieren. Sie werden auch in normalen Zeiten ignoriert. Aber um ihren Forderungen den nötigen Nachdruck zu verleihen, haben die Bediensteten die Vorschriften durch ihre genaue Befolgung *ad absurdum* geführt. Sie haben ihren Vorgesetzten dadurch Verlegenheiten bereitet, daß sie sich an die Vorschriften gehalten haben. Das Rezept gegen eine solche passive Resistenz liegt scheinbar auf der Hand: Man ändere die Vorschriften und die passive Resistenz ist unmöglich. So einfach ist aber die Sache nicht. Gewiß mögen manche Vorschriften veraltet sein oder zu ängstlichen Erwägungen entstammen; aber man täuscht sich, wenn man glaubt, daß es möglich ist, Vorschriften zu verfassen, welche

¹ Ehrlich, Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts, S. 7: Es ist „wohl zweifellos, daß von der unübersehbaren Zahl der Lebensverhältnisse nur ganz ausnahmsweise welche die Aufmerksamkeit der Gerichte und anderer Behörden auf sich ziehen. Unser Leben spielt sich doch nicht vor den Behörden ab. Es gibt Millionen von Menschen, die in zahllose Rechtsverhältnisse treten und die so glücklich sind, nie eine Behörde anrufen zu müssen.“ — Dieser Gedanke war selbst Hering noch vollkommen fremd. Vgl. Zweck im Recht, I. Bd., S. 321: „Der Charakter einer Rechtsnorm bestimmt sich lediglich darnach, daß der Richter nach ihr Recht zu sprechen . . . hat — eine Rechtsnorm, nach der der Richter nicht zu sprechen hat, ist ein Widerspruch in sich selbst, ein Feuer, das nicht brennt, ein Licht, das nicht leuchtet.“

² Vgl. hierüber meine „Verwaltungsrechtswissenschaft“ S. 173 ff., speziell über die passive Resistenz S. 206 ff.

für die passive Resistenz keine Handhabe bieten. Man kann doch nicht die Schlampererei kodifizieren! Die Vorschriften müssen streng sein. Aber sie sind eben nur die e i n e Richtschnur des Beamten. Daneben muß er immer noch andere Interessen berücksichtigen, so vor allem den Zweck seiner Tätigkeit. Er ist ja keine Maschine, die ihre Arbeit automatisch versteht. Wie weit er von diesen Vorschriften abgehen kann, ohne die Interessen zu gefährden, die diese schützen wollen, und inwieweit er von ihnen abgehen muß, um nicht den Dienst überhaupt in Frage zu stellen, das lernt er eben in seinem Berufe, und nur dann beherrscht er seinen Beruf, wenn er es erlernt hat. Wollen wir wissen, wie sich der Eisenbahndienst w i r k l i c h abwickelt, so dürfen wir uns nicht darauf beschränken, die Vorschriften zu studieren, sondern wir müssen d e n D i e n s t s e l b s t beobachten. Was nun hier auf einem kleinen Gebiete der technischen Verwaltung gilt, das gilt von der ganzen Verwaltung. Das Gesetz kann seine Natur niemals verleugnen. Es muß sich immer mit der nötigen Bestimmtheit darüber aussprechen, was zu geschehen und was nicht zu geschehen hat. Aber eben darum ist es nur e i n e r der Faktoren, die auf die Verwaltung einwirken. Es konkurriert in dieser Hinsicht immer mit den Bedürfnissen und Interessen der Verwaltung, mit den Anschauungen und Empfindungen der in der Verwaltung tätigen Personen, mit ihrer Bildungsstufe, ihrer Geschicklichkeit usw., und aus dem Zusammenwirken aller dieser Faktoren entsteht erst das w i r k l i c h e Verwaltungsrecht.

Gesetz und wirkliches Recht müssen sich also nicht decken und decken sich vielfach nicht. Ich habe schon früher auf die Möglichkeit hingewiesen, daß einem Gesetz die Kraft fehlen kann, sich durchzusetzen. Ein drastisches Beispiel bieten uns unsere ersten Verfassungen. Die österreichische Verfassung vom Jahre 1848 ist ein Stück Papier geblieben. Es war zweifellos der ernste Wille des Kaisers, daß diese Verfassung in Kraft treten solle. Tatsächlich ist es nicht dazu gekommen. Der Jurist steht ratlos vor dieser Tatsache. Sie läßt sich auch nicht j u r i s t i s c h erklären. So gering ist nun die Macht des Gesetzes freilich selten. Aber bei j e d e m Gesetz besteht die Möglichkeit, daß es nicht so zur Anwendung gelangt, wie es der Absicht des Gesetzgebers entspricht. Bei j e d e m Gesetz besteht ferner die Möglichkeit, daß die Auslegung bestimmte Wege einschlägt, so zwar, daß man nicht sagen kann: alle Auslegungsmöglichkeiten bestehen in gleicher Weise zu Recht, sondern eine der mehreren oder vielen Auslegungsmöglichkeiten hat sich ausschließlich Geltung verschafft. Es besteht hier also eine eigentümliche Mischung von gesetztem und ungegesetztem Recht. Um ein Beispiel dafür zu bringen, verweise ich auf die Kompetenz des österreichischen Reichsgerichts. Das Staatsgrundgesetz über das Reichsgericht läßt verschiedenartige Deutungen zu. Würden wir uns darauf beschränken, dieses Staatsgrundgesetz zu interpretieren, so käme wohl jeder Theoretiker zu einer anderen Anschauung über den Umfang der reichsgerichtlichen Kompetenz. Tatsächlich haben wir aber eine feste Praxis und diese sagt uns z. B., daß das Reichsgericht kompetent ist für Klagen der Beamten auf Zahlung des Gehalts, daß es kompetent ist zur Entscheidung über

Beschwerden wegen Verletzung des Reichsratswahlrechts, des Landtagwahlrechts, ja sogar des Gemeindevahlrechts. Das sind T a t s a c h e n unseres Rechtslebens. Aus dem Gesetz allein lassen sie sich nicht erschließen. Weiter ist darauf zu verweisen, daß das gesetzte Recht niemals das gesamte Recht e r s c h ö p f e n kann. Unser Privatrecht ist wohl im bürgerlichen Gesetzbuch kodifiziert. Aber der aufmerksame Beobachter des Rechtslebens nimmt wahr, daß es eine große Zahl von Rechtsercheinungen gibt, die sich aus dem Gesetz allein nicht erklären lassen¹. Wiederholt ist schon betont worden, wie dürftig unser Gesetzbuch den Arbeitsvertrag behandelt, der doch für die große Masse der Bevölkerung von außerordentlicher Wichtigkeit ist. Recht gibt es auch auf diesem Gebiete, wenn auch nicht gesetztes Recht². Ich verweise weiter auf das Privatversicherungsrecht, auf die Ausgedinge usw. Wichtiger aber noch als alle diese Erscheinungen, die man schließlich auf die Unvollkommenheit der tatsächlich geltenden Gesetze zurückführen könnte — man könnte meinen, durch größere Sorgfalt bei Verfassung der Gesetze ließen sich derartige Konsequenzen vermeiden — wichtiger ist die eigentümliche Tatsache, daß ein und dasselbe Gesetz zu verschiedenen Zeiten verschieden verstanden und angewendet wird, ohne daß man sagen kann, daß die E r k e n n t n i s dessen, was das Gesetz will, Fortschritte gemacht hat. Ich kann mich damit begnügen, einen Satz aus der Antrittsvorlesung zu zitieren, die W e l l s p a c h e r vor kurzem in Wien gehalten hat. „Wir in Österreich,“ sagt er³, „die wir mit einem fast hundert Jahre alten bürgerlichen Gesetzbuch arbeiten müssen, das vor dem Aufkommen des modernen Kapitalismus mit seinen gewaltigen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Umwälzungen entstanden ist, konnten uns seit langem nicht mehr verhehlen, daß jene Verschiebung der Machtverhältnisse eine weitgehende W a n d e l u n g unseres Gesetzesinhalts herbeigeführt hat, daß heute wenige Bestimmungen unseres Gesetzes mehr in ihrem ursprünglichen Sinne v e r s t a n d e n werden, daß durch die Mittel der juristischen Kunst viele veraltete Rechtsnormen des bürgerlichen Gesetzbuchs neuen Verhältnissen angepaßt und Lücken des Gesetzes mit neuem Rechte erfüllt wurden. Das ist ein naturnotwendiger Vorgang, über dessen Berechtigung zu streiten zwecklos wäre.“ Als Pendant dazu mag die Schrift Georg J e l l i n e k s „Verfassungsänderung und Verfassungswandlung“ dienen, welche zeigt, daß sich auch auf dem Gebiete des Staatsrechts, wo wir es nicht mit einer hundertjährigen Kodifikation zu tun haben, das Recht ändern kann und ändert, ohne daß das Gesetz geändert wird⁴.

¹ Vgl. U n g e r, Zur Revision des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs. Grünhutsche Ztschr., 31. Bd., S. 397 f.

² Vgl. U n g e r, a. a. O. S. 399: „Sollte nun wirklich nur dasjenige Recht sein, was in den 1502 Paragraphen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs enthalten ist? Sollte wirklich der Grundsatz gelten: quod non est in codice, non est in mundo? Man käme damit in einer großen Anzahl von Fällen dem praktischen Resultat nach zu einer *denegatio iustitiae*.“

³ Die Zukunft der österreichischen Privatrechtswissenschaft, S. 9. Vgl. nunmehr auch M a y r in der Festschrift zur Jahrhundertfeier des abGB. I. S. 430 ff.

⁴ Vgl. W. J e l l i n e k a. a. O. S. 186 f.

Berücksichtigen wir das, so müssen wir von den Vorzügen, die wir dem gesetzten Recht nachgerühmt haben, einen beträchtlichen Abzug machen. Das *ius certum*, das scheinbar durch das Recht geschaffen wird, läßt sich in der Wirklichkeit nicht immer nachweisen. Sind wir nicht bloß auf das Gesetz, sondern auch — und in erster Linie — auf die Auslegung und Anwendung des Gesetzes angewiesen, so müssen wir den sicheren Boden, auf dem wir uns bewegen zu können glaubten, verlassen. Die Auslegung und Anwendung des Gesetzes ist nicht immer berechenbar. Sie ist schwankend, sie wechselt von Zeit zu Zeit, von Ort zu Ort. Dem entspricht auch die tägliche Erfahrung der Rechtsanwältinnen und Prozeßparteien. Der Ausgang eines Prozesses läßt sich niemals mit Sicherheit voraussehen, nicht nur deshalb, weil die Beurteilung der Tatfragen unsicher ist, sondern namentlich auch deshalb, weil niemand die Rechtsanschauungen des Richters im vorhinein kennen kann. Die Richter der verschiedenen Instanzen urteilen verschieden, und die Entscheidung, die in erster Instanz gefällt wurde, hätte ebensogut die Entscheidung der maßgebenden letzten Instanz sein können und umgekehrt. Die Prozeßführung ist also ein sehr gewagtes Unternehmen. Stellt man einmal solche Erwägungen an, so gelangt man schließlich zu der Frage: Wozu brauchen wir überhaupt ein geschriebenes Recht, wozu binden wir den Richter theoretisch an das Gesetz, wenn die Entscheidung eines Prozesses in jedem einzelnen Fall doch unsicher ist? Der Richter entscheidet ja ohnedies jeden Rechtsfall nach bestem Wissen und Gewissen unter Berücksichtigung des pro und contra. Daran sollten wir uns genügen lassen. Wir sollten nicht noch weiter gehen und dem Richter die ganz unnütze Verpflichtung auferlegen, diese Entscheidung durch mehr oder minder gewagte Interpretationskünste als die vom Gesetz gebotene, aus dem Gesetz mit logischer Notwendigkeit resultierende Entscheidung hinzustellen. Unsere juristische Dialektik ist ja nachgerade dermaßen entwickelt, daß es nicht schwer fällt, eine jede Entscheidung auf das Gesetz zu basieren. In Wahrheit aber kommt es ja gar nicht auf die Begründung einer Entscheidung an, sondern auf diese selbst, und die Entscheidung hat der Richter in der Regel fertig, ehe er noch darüber nachgedacht hat, wie er sie begründen wird¹. Damit sind wir denn bei dem modernsten Postulat der freien Rechtsfindung angelangt, welches am scharfsinnigsten, aber auch am besonnensten von Ehrlich vertreten wird, dessen Schriften überhaupt für alle einschlägigen Fragen von der größten Bedeutung sind.

Gegen die Freirechtsbewegung hat sich sofort eine lebhaftere Opposition erhoben. Bei uns in Österreich waren es die beiden hervorragendsten juristischen Theoretiker-Praktiker, Unger und Klein, welche sich übereinstimmend gegen diese Bewegung ausgesprochen haben². Es geschah das anlässlich des

¹ Treffende Bemerkungen hierüber bei Jung, *Positives Recht*, S. 12 f. und bei Unger, *Deutsche Jur.-Ztg.*, 1906, Sp. 786.

² Unger, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, *Deutsche Juristenzeitung*, 1906, Sp. 781 ff.; Klein, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, *Allg. österr. Gerichtszeitung*, 1906, S. 265 ff. Ich weiß nicht, ob schon einmal darauf hingewiesen worden ist, daß

Erscheinens der sehr interessanten Schrift von Gnaeus Flavius (Kantorowicz): „Der Kampf um die Rechtswissenschaft“. Auch Wellspacher hat in seiner Antrittsvorlesung die freie Rechtsfindung abgelehnt. „Es ist hier,“ meint er¹, „wie so oft, ein guter Gedanke durch maßlose Übertreibung zu Tode gehehrt worden.“ Ich würde dieses Bild nicht gebrauchen. Der gute Gedanke ist doch noch zu neu, als daß er schon hätte zu Tode gehehrt werden können. Es handelt sich nur darum, ihn zum richtigen Ausdruck zu bringen, die richtigen Folgerungen dieses Gedankens zu ziehen. Aus der Beobachtung, daß sich das Recht vielfach anders gestaltet, als das Gesetz es haben will, ergibt sich nicht das Bedürfnis, das Recht zu ändern, sondern nur die Notwendigkeit, die Methode der Rechtswissenschaft zu revidieren.

Es ist eine bekannte Tatsache, daß die praktischen Wissenschaften früher gepflegt werden als die theoretischen. Vor allem handelt es sich dem Menschen darum, jenes Wissen zu gewinnen, das ihm unmittelbar Früchte trägt. Erst später trachtet er nach Erkenntnis um ihrer selbst willen. Die Rechtswissenschaft steckt nun noch immer im ersten Stadium. Sie wird herkömmlicherweise ausschließlich als praktische Wissenschaft betrieben. Die vorzugsweise Berücksichtigung des Privat- und Strafrechts bringt es mit sich, daß die Rechtswissenschaft das Ziel verfolgt, das Recht in einer für die Rechtsprechung geeigneten Weise — ich möchte sagen: gebrauchsfertig — zu formulieren. Wendet sich schon das Gesetz in erster Linie an den Richter, dem es die Weisung gibt, wie er zu verfahren hat und wie er entscheiden soll, so führt die Rechtswissenschaft die Aufgabe, der das Gesetz allein nicht entsprechen kann, weiter. Muß sich das Gesetz eine gewisse Reserve auferlegen, schon darum, weil es doch nicht zu umfangreich werden kann, so kann sich die Wissenschaft mit allen Detailfragen eingehend beschäftigen. Die Lücken, die das Gesetz offen läßt, werden so durch die Wissenschaft ausgefüllt, die Zweifel werden gelöst, die Bedenken zerstreut. Aus dem *ius certum* der Gesetzgebung schafft die Wissenschaft ein *ius certissimum*. Tatsächlich beeinflusst auch die Wissenschaft die Rechtspraxis in hohem Maße. Wenn wir uns aus der Literatur über das geltende Recht informieren wollen, so kommen wir der Wahrheit bei weitem

Savigny („Beruf“ S. 129 f.) die freie Rechtsfindung der buchstabenmäßigen Anwendung des Gesetzes als dem anderen Extrem gegenüber stellt. Die slavische Unterordnung unter das Gesetz ist ihm „das nachteiligste Verhältnis“. An das andere Extrem „aber ist wenigstens eine Annäherung möglich, und in ihm wäre die älteste deutsche Gerichtsverfassung in verjüngter Form wiedererweckt.“

¹ U. a. O. S. 9. Am Schlusse seiner Vorlesung (S. 16) spricht der Autor von der Gefahr, „daß unsere (österreichische) Zivilistik in einer gemüthlichen Rechtsgefühlsduftelei ihr Ende findet“. Damit vergleiche man Bekkers Ausführungen a. a. O. S. 106: Der Richter soll sich sagen, daß er, wenn die Rechtsnormen unvollkommen sind, aus den und den (nur für ihn persönlich, nicht objektiv) durchschlagenden Gründen so entscheide. „Und zwar soll er das sagen . . vor allem sich selber, dann so vielen, als Verständnis für solche Dinge besitzen; wogegen nicht zu verlangen, daß er mit derartigen Offenherzigkeiten die gemüthliche Vertrauensduftelei der Massen brüstierte.“ Wie man sieht, kann man also *intra et extra muros* „gemüthlich dufeln“.

näher, als wenn wir bloß das Gesetz zu Rate ziehen. Aber freilich deckt sich das wirklich geltende Recht auch mit dem sogenannten Juristenrecht nicht, und überdies ist das Juristenrecht ja kein einheitliches Recht. Was der eine Autor behauptet, wird oft genug von dem anderen bestritten. Kommt man nun zu der Überzeugung, daß sich die Rechtspraxis auch von der Wissenschaft nicht in bestimmte Bahnen zwingen läßt, daß sie vielmehr ihre eigenen Wege geht, so ist für denjenigen, der eben nur von praktischen Gesichtspunkten ausgeht, dem es nicht darauf ankommt, das Recht zu erkennen, sondern der seine Aufgabe darin erblickt, dem Richter das Recht zu weisen, die Konsequenz die, daß die faktische Freiheit, die sich der Richter nimmt, in eine rechtliche umgewandelt werden muß. Die Freiheit des Richters wird also als Rechts-satz postuliert¹. Der Richter soll das Recht der freien Rechtsfindung zuerkennen erhalten. Auf diese Weise wird dann freilich die Übereinstimmung des Gesetzes mit dem Rechtsleben auf die einfachste Weise hergestellt. Der Richter, der das Recht der freien Rechtsfindung hat, kann natürlich kein Gesetz verlegen. Aber dabei werden alle Vorteile geopfert, die der bisherige Zustand des geschriebenen Rechts trotz allem zweifellos gebracht hat².

Ich glaube, daß man bei derartigen Argumentationen das Kind mit dem Bade ausschüttet. Weil die Gesetzgebung nicht alles vermag, ist sie doch keineswegs ohnmächtig. Die Gesetzgebung ist nicht der alleinige Faktor der Rechtsbildung. Aber sie ist doch jedenfalls ein äußerst wichtiger Faktor, und wir werden doch nicht die Errungenschaften, die wir im Laufe der Jahrhunderte erzielt haben, aufopfern, um zu den primitiven Rechtszuständen der älteren Zeit zurückzukehren. Aber die Erkenntnis von den Grenzen der gesetzgeberischen Macht legt der Rechtswissenschaft die Verpflichtung auf, sich nicht mit der Ermittlung des Gesetzesinhalts zu begnügen, wie sie es heute tut. Gewiß ist die Rechtsdogmatik von außerordentlichem Wert. Ohne sie kann das geltende Recht nicht erkannt werden. Aber mit der Erforschung des Gesetzesrechts hat die Rechtswissenschaft ihre Aufgabe eben erst begonnen. Sie muß das Recht auch noch als soziale Erscheinung erfassen und mit den Mitteln der Sozialwissenschaft erforschen. Sie muß feststellen, welches Recht gilt, und sie muß dann dieses geltende Recht zu seinen Quellen zurückverfolgen. Die Gesetzgebung ist eine dieser Quellen, aber durchaus nicht die einzige. Das wird ja freilich allgemein zugegeben. In allen Lehrbüchern wird ausgeführt, daß es neben dem Gesetzesrecht auch Gewohnheitsrecht gibt, wobei dann freilich die Frage erörtert wird, ob und inwieweit der betreffende Staat

¹ Vgl. übrigens auch Zitelmann, Lücken im Recht, S. 26: „Es muß einen allgemeinen Rechtsatz geben . . . des Inhalts: Recht ist das, was hier im Gesetz steht, mit gewissen Änderungen (Ausdehnungen und Einschränkungen), die sich durch Analogie usw. ergeben.“ Wenn Zitelmann diesen Rechtsatz auf den Willen des Gesetzgebers zurückführt, was aus seinen Ausführungen nicht mit Sicherheit erhellt (dafür spricht aber jedenfalls, daß er ein gesetzliches Verbot der Analogieziehung für schlechthin wirksam ansieht), so handelt es sich um eine reine Fiktion.

² Vgl. auch Verwaltungsrechtswissenschaft S. 199, 205.

ein Gewohnheitsrecht zuläßt oder anerkennt¹. Aber dieses „Gewohnheitsrecht“ ist nur ein Sammelname, ein Verlegenheitsausdruck. Es handelt sich dabei um sehr verschiedene Tatsachen. Damit, daß man die Gewohnheit als Rechtsquelle bezeichnet, ist gar nichts gesagt. Die einschlägigen Erscheinungen sind je nachdem auf historische, psychologische, soziale, wirtschaftliche, rationalistische, ethische, religiöse Wurzeln zurückzuführen. Das Gewohnheitsrecht als einheitliche Masse dem Gesetzesrecht gegenüberzustellen, entsprach ja der bequemen Art der älteren Forschung. Wir, die wir gelernt haben, sozialwissenschaftlich zu beobachten und zu denken, müssen von dieser Fähigkeit auch dem Recht gegenüber Gebrauch machen.

Um es ganz präzis auszudrücken: Was uns nützt, ist eine Rechtswissenschaft im wahren Sinn des Wortes, während das, was wir heute als Rechtswissenschaft bezeichnen und betreiben, bloß eine Rechtsquellenwissenschaft ist. Der Jurist beschäftigt sich nicht mit dem Recht, sondern mit den Quellen des Rechts oder vielmehr, da das Gewohnheitsrecht in unserer Literatur ja doch nur eine dekorative Rolle spielt, nur mit einer einzigen Rechtsquelle, mit der Gesetzgebung. Das schließt nun freilich nicht aus, daß der Jurist auch auf das tatsächliche Rechtsleben Rücksicht nimmt. Auch er ist ja ein Kind seiner Zeit. Unsere heutige Privatrechtsjurisprudenz unterscheidet sich sehr wesentlich von jener aus der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, trotzdem damals das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch genau so gegolten hat wie heute. Aber wenn der Jurist bewußt (meistens erfolgt es freilich unbewußt) dem Rechtszustande seiner Zeit Konzessionen macht, ohne durch das Gesetz gedeckt zu sein, so geschieht es doch in der Regel nicht aus einer klaren Erkenntnis dessen heraus, daß das notwendig ist und warum es notwendig ist, sondern gewissermaßen per nefas. Es ist überaus interessant und lehrreich, sich die Irrtümer zu vergegenwärtigen, in welche die Juristen der verschiedensten Zeiten verfielen, sobald sie es unternahmen, sich über den Grund der Verbindlichkeit des von ihnen behandelten Rechts Rechenschaft zu geben.

Werfen wir einen Blick auf die Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft! Da tritt uns vor allem der merkwürdige Prozeß der Rezeption des römischen Rechts entgegen. Die Rechtshistoriker sind seit langem eifrigst bemüht, die tatsächlichen Gründe der Rezeption und den Rezeptionsgang zu erforschen. Mag auch im einzelnen noch vieles streitig oder nicht aufgeklärt sein, so wissen wir

¹ Einen Sonderstandpunkt nimmt allerdings Bülow (Heitere und ernste Betrachtungen a. a. O.) ein, welcher die Behauptung aufstellt: „Ein Gewohnheitsrecht hat es nie gegeben. Die ganze Gewohnheitsrechtstheorie ist ein Erzeugnis der romantisch-historischen Phantasie.“ Indessen zeigen gerade seine Ausführungen, daß er die Erscheinungen, für die man die Bezeichnung „Gewohnheitsrecht“ gebraucht, anerkennt und nur die Annahme bekämpft, daß das unorganisierte Volk „generelle Rechtsgebote“ schaffe. Selbstverständlich kommt das Gewohnheitsrecht bloß in der Rechtsübung zum Ausdruck, und Sache der Wissenschaft (oder auch des Richters) ist es, die Regeln, die der Übung zugrunde liegen, herauszufinden. (Auf einem anderen Standpunkt noch „Gesetz und Richteramt“ S. 1.)

doch im großen und ganzen, wie es zu der Aufnahme des fremden Rechts gekommen ist. Die Verdrängung der volkstümlichen Rechtsprechung und Verwaltung durch gelehrte Elemente, die Tatsache, daß bloß das fremde Recht an der Universität gelehrt wurde, der Einfluß der Kirche und der kirchlichen Gerichtsbarkeit, die Zersplitterung des heimischen Rechts und die Schwierigkeit, sich über dasselbe zu informieren, die inneren Vorzüge der fremden Rechte: alles das hat zusammengewirkt, um dem römisch-kanonischen Recht Eingang in die deutschen Länder zu verschaffen. Aber die zeitgenössische Theorie machte sich diesen Hergang der Dinge nicht klar. Damals glaubte man, daß das römische Recht als solches auch für Deutschland *v e r b i n d l i c h* sei, weil das heilige römische Reich deutscher Nation eine Fortsetzung des alten römischen Reiches darstelle¹. Den Befehlen der römischen Cäsaren hatte sich auch das deutsche Volk, hatte sich die gesamte Christenheit zu fügen. Frühzeitig finden wir neben der romanistischen auch eine deutschrechtliche Literatur, die von den Rechtsbüchern des 13. Jahrhunderts ihren Ausgang nimmt. Aber auch hier begegnen wir Irrtümern. Das Bedürfnis nach einem geschriebenen Recht wurde dadurch befriedigt, daß man z. B. den Sachsenspiegel selbst als Rechtsquelle ansah². Er wurde als Gesetzbuch behandelt und nicht als wissenschaftliche Privatarbeit³.

Wenn wir nun nichts wüßten über den weiteren Verlauf der Geschichte, so könnten wir annehmen, daß die Verpflanzung eines toten Rechts nach

¹ Diese Ansicht hat selbst wiederum auf die Rezeption eingewirkt, gehört also mit zu den Ursachen der Rezeption. Wie immer und überall, so zeigt sich auch hier eine Wechselwirkung zwischen den äußeren Rechtsvorgängen und den Rechtsanschauungen.

² S a v i g n y, a. a. O. S. 19: „Wir würden viele Mühe gehabt haben, unseren Verfahren den Unterschied eines Rechtsbuches als einer Privatarbeit von einem wahren Gesetzbuche deutlich zu machen, den wir uns als so natürlich und wesentlich denken.“

³ Wenn man vom „autoritätsgläubigen“ Mittelalter spricht, so darf man doch nicht übersehen, wie das Mittelalter mit den Autoritäten umgesprungen ist und wie leicht es darum war, den Autoritäten nachzuleben. Die skrupellose Auslegung von Quellenstellen (Bibel!) in der dem Ausleger erwünschten Weise, die Legendenbildung bezüglich des autoritativen Ursprungs einer Urkunde und schließlich die Fälschung und Verfälschung von Urkunden im großen Stile sind zusammengehörige Erscheinungen. In gleicher Weise hängen aber heute die sorgfältige Quellentritik (Bibelkritik!), und zwar nicht bloß die Textkritik, sondern auch die Prüfung der Herkunft jeder einzelnen Urkunde und die gewissenhafte Auslegung der Quellen zusammen. (Ich finde nachträglich einen Vergleich zwischen juristischer Text- und Bibelkritik auch bei S a v i g n y a. a. O. S. 123. Dagegen in charakteristischer Weise T h i b a u t a. a. O. S. 96.) Je rigorosier aber der Gesetzesinhalt festgestellt wird, desto mehr fällt die Abweichung des Lebens vom Gesetz in die Augen. Diese Abweichung zu übersehen, ist im Hinblick auf den heutigen Stand der Geschichtswissenschaft, der Psychologie und der Sozialwissenschaft nicht mehr möglich. Der Kritizismus ergreift eben auch die Rechtswissenschaft. Wir können den Tatsachen gegenüber nicht mehr blind sein, so bequem es auch ist, Gesetz und Recht zu identifizieren. Die Forderung, beides auseinanderzuhalten, ist nichts anderes als ein Gebot *w i s s e n s c h a f t l i c h e r E h r l i c h k e i t* (vgl. Jung, Problem, S. 128).

Deutschland eine vollständige Erstarrung des Rechts zur Folge gehabt habe. Tatsächlich ist das nicht der Fall gewesen. Das römische Recht war durchaus nicht tot, sondern ungemein lebendig und entwicklungsfähig. Es wurde von der Theorie den jeweiligen Bedürfnissen angepaßt und mit dem wirklichen Rechtsleben möglichst in Einklang gebracht. Es war ja überhaupt nicht in seiner ursprünglichen Gestalt nach Deutschland gekommen, sondern in der ihm durch die Glosse und die Postglossatoren zuteil gewordenen Bearbeitung. In Deutschland wurde der Umbildungsprozeß fortgesetzt. Die Quellen wurden in der von der Praxis geforderten Weise umgedeutet. Das Resultat war schließlich der *usus modernus pandectarum*. Erst verhältnismäßig spät gelangte man zu der Erkenntnis, daß das, was man als römisches Recht lehrte, zum großen Teil gar nicht römisches, sondern deutsches Recht war, welches sich trotz der Rezeption und gegenüber der Rezeption behauptet hatte. Die sogenannte historische Rechtsschule des 19. Jahrhunderts¹ hat diese Erkenntnis nicht nur dazu verwertet, um das *k l a s s i s c h e* römische Recht zu erforschen und als Recht der Vergangenheit darzustellen, sondern sie hat — durchaus unhistorisch — dieses klassische römische Recht als das bei uns geltende, für uns verbindliche angesehen, ein römisches Recht, das niemals den Gegenstand der Rezeption gebildet hat oder bilden konnte². So wurde ein Irrtum durch einen anderen abgelöst.

Die historische Schule hat aber auch noch nach einer anderen Richtung gewirkt. Sie hat das Naturrecht bekämpft, und zwar genau mit demselben Recht und mit demselben Unrecht, wie den *usus modernus*. Das Naturrecht war ein aus den Bedürfnissen der Zeit geborenes Recht, welches aber theoretisch falsch begründet wurde. Es war ebenso wenig ein aus der Natur des Menschen, aus der menschlichen Vernunft unmittelbar abgeleitetes oder ableitbares Recht, wie der *usus modernus* römisches Recht war. Aber die Erfahrung hat gezeigt, daß die naturrechtlichen Ideen durch die Erkenntnis des Fehlers, der der Naturrechtslehre zugrunde lag, ihre Lebenskraft nicht eingebüßt haben. Trotz S a v i g n y hat das Naturrecht in der Revolution gesiegt. Unser heutiges Ver-

¹ Als „sogenannte“ historische Rechtsschule hat sie schon T h i b a u t bezeichnet. Vgl. dessen temperamentvolle Schrift: „Über die sogenannte historische und nichthistorische Rechtsschule.“ 1838. — Die außerordentlichen Verdienste der historischen Schule um die deutsche Rechtswissenschaft auch nur in Frage zu stellen, wäre allerdings ganz unangebracht. Im Grunde ist es ja doch nur eine Anknüpfung an den Grundgedanken dieser Schule, wenn die wissenschaftliche Erforschung des *w i r k l i c h g e l t e n d e n* Rechts gefordert wird.

² Vgl. R o h l e r in H o l k e n d o r f f s Enzyklopädie, 6. Aufl., 1. Bd., S. 563: „Die guten Zeiten der Postglossatoren, bei denen das deutsche Recht in das *corpus iuris* hineinfließ, und die guten Zeiten des *usus modernus pandectarum*, welche sich in kräftiger Weise mit dem römischen Rechte abfanden, waren dahin. Anstatt daß man das *corpus iuris* nach unseren Gedanken interpretierte, interpretierte man es jetzt nach seinen eigenen Gedanken. Man lernte das reine römische Recht kennen und Männer wie W a n g e r o w glaubten in schrecklicher Verblendung auch noch für das 19. Jahrhundert das reine römische Recht als geltendes Recht verteidigen zu können.“ Vgl. auch R ü m e l i n, Bernhard Windscheid und sein Einfluß auf Privatrecht und Privatrechtswissenschaft, S. 33.

fassungsrecht ist bloß naturrechtlich zu erklären. Unsere gesamte Rechtsordnung trägt den Stempel des Naturrechts.

Post nubila Phoebus! Wie hebt sich unsere heutige Rechtswissenschaft von ihren Vorgängerinnen ab! Alle Irrtümer haben wir erkannt, alle Unklarheiten überwunden. Wir haben uns von der Positivität des Rechts überzeugt und damit ebenso das auf Cäsarenworte gegründete Weltrecht abgelehnt, wie das auf die Meditationen irgendeines isolierten Forschers aufgebaute Naturrecht. Nun sind wir endlich so weit, das Rechtsgebäude richtig zu fundamentieren . . . Sind wir wirklich so weit? Haben wir einen Grund anzunehmen, daß wir den Höhepunkt der Rechtswissenschaft bereits erklimmen haben? Haben wir auch nur den Gedanken der Positivität des Rechts zu Ende gedacht? Mit dem Naturrecht verglichen, ist das Gesetzesrecht eines bestimmten Staates freilich ein *positives* Recht. Aber wenn wir damit auch der Wirklichkeit des Rechtslebens näher gekommen sind, erreicht haben wir sie noch nicht. Denn positiv ist doch nur das Recht, welches tatsächlich lebt, welches reale Geltung hat, mag es nun gesetzlich fixiert sein oder nicht¹. Worin liegt denn das *πρωτον ψεδδος*, welches wir in der deutschen Rechtswissenschaft *aller* Zeiten — die heutige nicht ausgeschlossen — finden? Darin, daß man die Entstehung des Rechts selbst wieder *juristisch* erklären will. Man will den Rechtsgrund für die Geltung des Rechts finden und zieht zu diesem Ende staatsrechtliche Anschauungen von problematischem Werte heran. So führt die Ansicht von der Verbindlichkeit des römischen Rechts auf das von Gott eingefetzte *imperium mundi* zurück. Die gesamte Christenheit bildet eine staatsrechtliche Einheit, mag nun der Kaiser ein Römer oder ein Deutscher sein. Das römische Recht ist das Weltrecht, also das Recht der vom Kaiser beherrschten christlichen Welt. Das Naturrecht wiederum leitete den Staat ab aus dem Staatsvertrag. Die einzelnen Menschen sind aus freien Stücken in die staatliche Gemeinschaft eingetreten. Auf ihren Willen ist darum alles staatliche Recht zurückzuführen. Der Inhalt ihres Willens ergibt sich aber von selbst aus den unwandelbaren Eigenschaften der menschlichen Natur. Das gesamte Recht gewinnt so eine individualistische Grundlage. Dem gegenüber lehrt

¹ Gerade umgekehrt bezeichnet Löning, Über Wurzel und Wesen des Rechts, S. 37, als positives Recht das in die entsprechenden Formen gekleidete, äußerlich dokumentierte, von den Gerichten anzuwendende Recht im Gegensatz zu dem Recht an sich, zu dem zunächst nur ein Innendasein führenden, ursprünglichen Recht. „Das positive Recht ist eine besondere *Ausgestaltung* des Rechts an sich zum Zweck praktischer Handhabung. Als Mittel und Formen dieser Ausgestaltung, der äußeren Dokumentierung kennen wir: Die ausdrückliche staatliche Erklärung oder Konstatierung eines Satzes als Recht in Form des Gesetzes und . . . die Gewohnheit. Es sind das die sog. Quellen des *positiven* Rechts, nicht des Rechts überhaupt.“ Wiederum eine andere Bedeutung hat das positive Recht als das zufällige, willkürlich so und nicht anders bestimmte Recht, so daß z. B. die Dauer der Verjährungsfristen oder „die Rechtsfrage über eine verwickelte Verkehrserscheinung, wie den Wechsel“ „als in besonderem Maße positiv“ erscheinen. Jung, Positives Recht, S. 26 f.

die historische Schule, daß nicht der Wille des Einzelnen staatsbildend gewirkt hat. Staat und Recht sind vielmehr allmählich entstanden, organisch erwachsen. Als unbewußte Schöpfung des Volksgeistes ist das *historische* Recht allgemein verbindlich. Wie es allmählich entstanden ist, so kann es wiederum nur allmählich geändert werden. Darin lag die politische Tendenz der historischen Schule, die sich nicht bloß gegen die Revolution, sondern auch gegen umfassende Modifikationen richtete. Und auch unsere heutige Anschauung von der Entstehung und Verbindlichkeit des Rechts ist nicht frei von solchen staatsrechtlichen Vorstellungen. Sie wurzelt vielmehr geradezu in der absolutistischen Staatstheorie, welche sich zäher und lebensfähiger erwiesen hat als der Absolutismus selbst. Den Fürstenabsolutismus haben wir überwunden. An dem Absolutismus des Gesetzes beginnen erst die modernsten Autoren zu rütteln. Zu lang wurde dem deutschen Volk in allen Tonarten gepredigt, daß es seine oberste Aufgabe sei, der hohen Obrigkeit zu gehorchen, daß es nicht selbst beteiligt sei an der Rechtsbildung, vielmehr als Recht entgegennehmen müsse, was die Weisheit der Staatslenker als solches festzusetzen für gut finde, als daß wir uns von der Vorstellung des sklavischen Unterworfenenseins so leicht hätten losmachen können. Das Dogma, daß alle Rechtsbildung verstaatlicht sei, ist im Staatsinteresse aufgestellt worden. Prüft man dieses Dogma nach, so zeigt sich freilich, daß sich die Rechtsbildung nur bis zu einem gewissen Grade verstaatlichen läßt, daß das Gesetz zwar auf die Rechtsbildung einen weitgehenden Einfluß nimmt, daß es aber niemals der alleinige Faktor der Rechtsbildung sein kann, daß ferner das Volk niemals, auch nicht in den Zeiten des starren Absolutismus, ohne Einfluß auf die Gestaltung des Rechts gewesen ist. Wollen wir uns darüber klar werden, so müssen wir freilich zunächst erkennen, daß es eine seltsame Verirrung ist, wenn man das Wesen des Rechts nicht in der der staatlichen Gemeinschaft immanenten Organisationsform und Lebensordnung, sondern in einem von außenher kommenden Imperativ erblickt¹. *Ordnung* ist das Recht, nicht *Anordnung*². Die Anordnung

¹ Gegen die Imperativtheorie vgl. Löning, a. a. O. S. 15 ff.: „Diese Theorie ist durch und durch despotisch . . . immer kennt diese Theorie nur einen Herrn, dem allein alles Recht zusteht, dem alle anderen nach seinem Ermessen und Belieben zum Gehorsam verpflichtet sind: nicht freie Bürger, sondern in Wahrheit Unfreie und Knechte des omnipotenten Staates.“ *Wurzel*, Das juristische Denken, S. 33: „Das Recht verlor seinen Charakter eines tief im sozialen Leben begründeten Phänomens, es sank zum bloßen Gebote herab . . . Auch die Jurisprudenz stieg von der stolzen Höhe herab . . . sie ist (nominell!) keine Sozialwissenschaft mehr, sondern eine Wissenschaft des Gehorsams, des Befehlsbefolgens. Der Jurist ist ein Gehorsamskünstler geworden.“ Vgl. auch Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, S. 7 f., und Kraus, Das Recht zu strafen, S. 155 ff.

² Dagegen Kraus a. a. O. S. 151: „Das positive Recht ist Anordnung, welche Ordnung bezweckt.“ Kraus nimmt allerdings dem Gegensatz seine Schärfe, indem er sagt, die praktische Jurisprudenz habe die Anordnung so zu verstehen und zu handhaben, daß sie Ordnung herbeiführt. Ist also positives Recht bloß die in einem bestimmten Sinne verstandene und *gehandahte* Anordnung? Damit kann ich mich ja einverstanden

soll zu neuem Rechte führen, ist aber selbst noch nicht Recht. Wie Bülow (Gesetz und Richteramt, S. 3) treffend sagt, ist es „noch kein geltendes Recht, es ist nur ein Plan, nur der Entwurf einer zukünftigen, erwünschten Rechtsordnung, was der Gesetzgeber von sich aus fertig zu bringen vermag.“ Das Recht ist eine soziale Erscheinung und kann darum nur sozialwissenschaftlich begriffen werden. Die Entstehung des Rechts ist ein sozialer und kein juristischer Prozeß. Will man die Rechtsbildung juristisch erklären, so erinnert das an Münchhausen, der sich an seinem eigenen Hopfe aus dem Sumpf zieht¹. Es entspricht ja der orthodoxen Anschauung der Jurisprudenz, daß die Entstehung und Änderung des Rechts vor sich zu gehen habe in Form Rechtsens. Leider läßt sich aber das Leben durch solche Theorien nicht meistern. Unversehens entstehen neue Rechtsanschauungen, Rechtsüberzeugungen, es bilden sich Rechtsübungen, von denen das Gesetz nichts weiß und die doch Anerkennung und Geltung heischen und finden. Unmerklich werden Gesetze beiseite geschoben. Sie werden nicht angewendet. Sie verlieren ihre tatsächliche Geltung, und wenn das geschehen ist, so ist es herzlich gleichgültig, ob das Gesetzbuch das Gewohnheitsrecht zuläßt oder ausschließt². Aufgabe der Wissenschaft ist es sicherlich, derartige Erscheinungen sorgfältig zu beobachten. Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es zunächst, das geltende Recht zu „finden“, nicht das *ius inter partes*, wie es der Richter findet, sondern die Rechtsordnung als solche. Sodann aber muß die Rechtswissenschaft die Geltung des Rechts, soweit es möglich ist, erklären. Sie muß mit den Mitteln, die überhaupt sozialen Problemen gegenüber verwendet werden, aufzuklären suchen, aus welchen Wurzeln dieses lebendige Recht erwachsen ist. Nur äußerst selten wird dabei die staatliche Anordnung der alleinige Nährboden sein, dem das Recht entspricht.

Wenn die Rechtswissenschaft in diesem Sinne verfährt, so ist es ihr nur um die Erkenntnis des Seienden und des Gewordenen zu tun, nicht um irgend-
erklären. Nur ziehe ich meine Formulierung als die klarere vor. Kraus bemängelt es, daß ich die gebräuchliche Terminologie ändere. Bisher habe man unter dem positiven Recht eines Staates die Gesetze, Normen und Vorschriften verstanden, welche in das Leben irgendwie ordnend einzugreifen bestimmt sind. Gehört das Gewohnheitsrecht, dem doch die historische Schule so eingehende Untersuchungen gewidmet hat, etwa nicht zum positiven Recht? Das Gesetz ist stets als Rechtsquelle dem Recht gegenübergestellt worden und nur darum dreht sich der Streit, ob es die alleinige Rechtsquelle ist. (Die Antithese „Gesetz“ und „Recht“ gibt erst dem von Kraus [Grünhuts Jtschr. 32. Bd., S. 632] zitierten und offenbar mißverstandenen Satz Dernburgs ihren Sinn.)

¹ Zustimmung Jung, Problem, S. 105, 325. Vgl. auch Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 353. Eine Auseinandersetzung mit Kelsens Theorien kann an dieser Stelle nicht erfolgen.

² Bekker, a. a. O. S. 60: „Es darf auch nicht verkannt werden, daß . . . Gewohnheiten wider das Handelsgesetzbuch durchdringen können, und daß es überhaupt kein Mittel gibt, einen gesetzgeberischen Willen unverändert aufrecht zu halten, wo Volk und Gerichte zur Abänderung sich die Hände reichen.“

einen praktischen Zweck, nicht darum, dem Richter Anleitungen zu geben, wie er einen Prozeß entscheiden soll. Aber natürlich wird auch die sozialwissenschaftliche Jurisprudenz¹, wie jede andere theoretische Wissenschaft, Einfluß auf das Leben gewinnen. Sie wird z. B. sehr wertvoll sein für den Gesetzgeber. Es ist ungemein wichtig zu wissen, welches Gesetz und inwieweit ein Gesetz Aussicht hat, faktische Geltung zu erlangen. Ist sich der Gesetzgeber über die Grenzen seiner Macht klar, so wird er äußerst vorsichtig zu Werke gehen. Er wird die freie Betätigung der dem Gesetz unterworfenen Personen und Behörden nur soweit als nötig einschränken, wenn er weiß, daß eine allzustarte Bindung an das Gesetz die Nichtbeachtung des Gesetzes zur Folge hat. Indessen dürfte gerade die praktische Seite der sozialwissenschaftlichen Jurisprudenz bei vielen Anstoß erregen. Die Rechtsicherheit, die wir mühsam erlangt haben, scheint dabei verloren zu gehen. Wenn der Richter einmal weiß, daß das Recht auch vom Gesetz abweichen kann, so wird er darin einen Freibrief erblicken, um seine Entscheidungen nach Gutdünken zu fällen. Wir hören ja oft genug, daß die moderne Richtung den Voluntarismus des Richters und der Wissenschaft zur Folge haben muß. Der richterlichen Willkür Vorschub zu leisten, wäre gewiß äußerst bedenklich. Auf diesen Punkt ist noch näher einzugehen.

Ich will mich nicht mit der Bemerkung begnügen, daß die voraussetzungslose Wissenschaft das, was ist, ergründen muß ohne Rücksicht auf die praktische Bedenklichkeit oder Gefährlichkeit ihrer Lehren. Denn wenn ich auch dieses Argument für durchaus richtig halte, so genügt es doch nicht, um ängstliche Gemüter zu beruhigen. Aber ist denn unserer heutigen Theorie, Gesetzgebung und Praxis der Gedanke, daß das richterliche Urteil nicht durch das Gesetz allein determiniert wird, vollkommen fremd? Welchen Erwägungen entspringt denn die Unabsehbarkeit und Unversehbarkeit des Richters? Bringt das Staatsgrundgesetz damit nicht zum Ausdruck, daß ein von der Regierung abhängiger Richter in manchen Fällen anders urteilen würde als ein in seinem

¹ Die „sozialwissenschaftliche“ Jurisprudenz ist natürlich mit der „sozialen“, d. h. derjenigen, welche von sozialpolitischen Ideen erfüllt ist, nicht zu verwechseln. Wohl aber ist sie mit der „soziologischen“ Jurisprudenz identisch. Ich ziehe den Ausdruck „sozialwissenschaftlich“ vor, weil die Soziologie, mag man sie wie immer auffassen, doch nur sozialwissenschaftlich vorgehen kann. Die „soziologische Methode“, welche Fuchs, Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz, propagiert, ist nicht eine Methode der wissenschaftlichen Behandlung des Rechts, sondern eine Methode der Rechtsprechung. Vgl. auch die übrigen Schriften dieses Autors, zuletzt „Juristischer Kulturkampf“, 1912. — Mitunter wird die Ansicht vertreten, das Recht müsse „naturwissenschaftlich“ erforscht werden. Selbstamerweise wurde sogar die Begriffsjurisprudenz als „naturhistorische“ Richtung bezeichnet (vgl. die kritischen Bemerkungen Pfersches, Methodik der Privatrechtswissenschaft, S. 52 ff.). In der Regel spricht sich aber in der Forderung einer „naturwissenschaftlichen“ Behandlung des Rechts gerade die Unzufriedenheit mit der deduktiven Begriffsjurisprudenz aus. Nur wird dabei übersehen, daß die sozialen Erscheinungen und Vorgänge eine andere wissenschaftliche Behandlung erfordern als diejenigen Probleme, mit denen sich der Naturforscher beschäftigt.

Umt gegen administrative Maßregeln sichergestellter Richter? Und liegt nicht in der Einsetzung der Geschworenengerichte ein ganz auffallendes Mißtrauen gegen den Berufsrichter, ein Mißtrauen, welches zur Folge hat, daß man auf die Rechtskenntnisse des Richters geradezu verzichtet? Niemand wird behaupten wollen, daß sich das Urteil des Geschworenengerichts enger an das Gesetz anschließt als das des Beamtenrichters. Blicken wir auf die Praxis, so finden wir da die sehr eigentümliche Einrichtung von Spruchrepertorien und Judikatenbüchern. Streng genommen widerspricht die Sorge für die Einheitlichkeit der Rechtsprechung dem Gesetz. Der Richter ist auf das Gesetz beeidigt. Er hat nach bestem Wissen und Gewissen, jedenfalls aber auf Grund seiner eigenen Überzeugung Recht zu sprechen. Stimmt die Judikatur mit dem Gesetz überein, so ist ihre Kenntnis für den gesetzestreuen Richter entbehrlich. Widerspricht sie dem Gesetz, so ist sie für ihn nicht maßgebend. Trotzdem zeigt die Praxis, die sich eben von doktrinären Erwägungen freihält, die offensichtliche Tendenz, den Richter in der Auslegung der Gesetze dadurch zu beeinflussen, daß sie ihm Präjudikate vor Augen hält. Der Richter soll selbst dann, wenn das Gesetz eine andere Deutung zuläßt, wenn möglich gerade so entscheiden wie andere Richter vor ihm. Nebenbei bemerkt, zeigt das Sammeln von Präjudikaten, daß das certum ius nicht schon durch die Gesetzgebung erreicht wird, sondern mitunter gegen das Gesetz, auf Kosten des Gesetzes¹. Würde der einzelne Richter bloß nach dem Gesetz zu entscheiden haben, so wären wir vom certum ius noch viel weiter entfernt, als wir es tatsächlich sind. Erst der Zusammenhang der erkennenden Gerichte und das Bewußtsein dieses Zusammenhangs ermöglicht eine Übereinstimmung der Judikatur. In der Zeit des vollstümlichen, ungesetzten Rechtes mußte die Einheitlichkeit der Rechtsprechung nicht erst künstlich erzielt werden. Damals liefen Rechtsbildung und Rechtsprechung vollkommen parallel.

Was ich bisher vorgebracht habe, waren aber freilich nur argumenta ad hominem. Von entscheidender Bedeutung ist die Erkenntnis, daß die Antithese: strenge Bindung des Richters an das Gesetz oder richterliche Willkür durchaus verfehlt ist². Gibt es wirklich keine anderen Momente, welche das Urteil des Richters bestimmen können, als das (Staats-) Gesetz? Die Gesetzmäßigkeit aller psychologischen und sozialen Vorgänge gilt doch auch für den Richter und die Rechtsprechung. Das Urteil des Richters ist bedingt durch seine Vorbildung, durch seine Erfahrung, durch seine juristischen, wirtschaftlichen, politischen, nationalen, ethischen, religiösen Vorstellungen, Anschauungen

¹ Zustimmung Jung a. a. O. S. 129.

² Jung, Positives Recht, S. 46: „Weil das Ideal der Aufklärungszeit oder auch des Absolutismus nicht erreichbar war, nämlich den Richter zur Maschine zu machen, ist noch nicht das andere Extrem gegeben, daß er frei, d. h. willkürlich so oder so entscheiden könnte . . . Der Einzelne ist, auch wo er nicht an äußerlich mitteilbare Formen seiner Sozialpsyche gehalten ist, doch durch Abstammung, Erziehung und Einflüsse der Mitlebenden ein Produkt und Teil dieser Sozialpsyche.“

und Überzeugungen¹. Er steht überdies mitten drin in einem großen Organismus, als dessen Glied er sich fühlt, und sein naturgemäßes Bestreben muß es sein, den Zusammenhang mit den übrigen Gliedern zu wahren. Wer sozialwissenschaftlich geschult ist, der weiß, daß auch dem ungeübten Blick als willkürlich erscheinende Vorgänge, wie z. B. die Preisbildung, durchaus nicht willkürlich sind, sondern bestimmten Gesetzen unterliegen. Und gerade die Rechtsprechung sollte sich willkürlich gestalten, wenn und soweit nicht von außen her ein Zwang auf den Richter ausgeübt wird? Wenn wir den Gründen nachgehen, warum sich die Rechtsprechung vom Gesetz entfernt, so können wir die überraschende Wahrnehmung machen, daß es sich dabei durchaus nicht um richterliche Willkür handelt, sondern gerade um das Gegenteil. Der Richter ist hier durch die Macht der Verhältnisse in seiner Rechtsprechung derart gebunden, daß er nicht die nötige Freiheit hat, um im Sinne des Gesetzes zu entscheiden. Einen interessanten Beleg bietet hierfür die Handhabung des außerordentlichen Milderungsrechts durch die österreichischen Strafgerichte. Während von diesem Milderungsrecht nach dem Gesetz nur ausnahmsweise Gebrauch zu machen ist, hat sich die Praxis seiner bemächtigt, um auf diesem Wege die Straffähigkeit des Strafgesetzes überhaupt zu ermäßigen².

¹ Die Hexenverfolgungen haben aufgehört, ehe noch die Gesetzgebung das Verbrechen der Zauberei beseitigte (Eiszt, Lehrb. d. deutsch. Strafrechts, § 6). Die Praxis war dabei durch Thomasius beeinflusst, welcher forderte, „daß alle Hexenprozesse einzustellen seien, sei es nun durch fürkliches Machtwort, sei es durch Einsicht der Richter, welche unmöglich, auch nach bestehenden Gesetzen, ein nicht bestehendes Delikt zu strafen gezwungen sein können“ (Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 3. Abt., 1. Halbbd., S. 92). Wer wollte leugnen, daß auch im heutigen Recht die religiösen Anschauungen für die Frage maßgebend sind, was als Gotteslästerung aufzufassen ist? Die österreichischen Strafrechtslehrer (Wahlberg, Finger, Lammasch) gehen in ihren Ansichten darüber, welche Gottesidee dem § 122 a StG. zugrunde liegt, auseinander. (Vgl. auch unten S. 62.) — Die wissenschaftliche Überzeugung davon, daß es kein Naturrecht gibt, hat zur Ignorierung und das teilweise Wiederaufleben naturrechtlicher Gedankengänge wiederum zur Restaurierung des Schlusfahes des § 7 abGB., die große Umwälzung in den wirtschaftlichen und ethischen Anschauungen zu einer neuen Judikatur in Schadensersatzsachen geführt. (Unger, System d. österr. allgem. Privatrechts, 1. Bd., S. 71, sagt, die Versuche, den § 7 abGB. umzudeuten, zeigten, „wie die Theorie stets bemüht sein wird, über eine der herrschenden Ansicht nicht mehr entsprechende Gesetzesstelle auf die eine oder andere Art hinauszukommen.“)

² Überdies kommt in Betracht, daß sich selbst dort, wo das außerordentliche Milderungsrecht nicht gehandhabt wird, die vom Richter verhängten Strafen in der Nähe des Strafminimums bewegen. „Die Maxima der Strafen, ja selbst die mittleren Straffähigkeiten sind außer Gebrauch gekommen“ (Finger, Österr. Strafrecht, 1. Bd., 3. Aufl., S. 820). — Lammasch (Grundriß des Strafrechts, 4. Aufl., S. 62) hat die Tendenz der Praxis geradezu dem Gesetze zugeschrieben: „Mit Rücksicht darauf, daß die Straffähigkeit unseres Gesetzbuchs aus einer Zeit stammen, die Verbrechen mit weit größerer Strenge beurteilte, als die gegenwärtige, läßt das geltende Recht . . . durch das außerordentliche Milderungsrecht auch ein Herabgehen unter das Minimum des . . . angedrohten Straffahes zu.“ Tatsächlich war aber das außerordentliche Milderungsrecht schon dem Strafgesetze von 1803 bekannt.

Es gelten bei uns tatsächlich nicht die harten Straffätze des in Wahrheit aus dem Jahre 1803 stammenden Strafgesetzes. Der Richter verhängt viel mildere Strafen und nur äußerlich beruft er sich dabei auf das Gesetz, indem er vorgibt, das außerordentliche Milderungsrecht anzuwenden. Eine *regime* in der Anwendung des *außerordentlichen* Milderungsrechtes ist ja ein *lucus a non lucendo*. Das Justizministerium ist dieser Praxis wiederholt entgegengetreten und hat den Richter auf das Gesetz verwiesen¹. Der Erfolg ist ausgeblieben und mußte ausbleiben². Denn es ist ganz ausgeschlossen, daß wir zu den Straffätzen des Gesetzes wieder zurückkehren. Die Rechtsprechung ist nur den Anschauungen der Zeit gefolgt und von ihnen beeinflusst gewesen, als sie die Strafen gemildert hat. Nicht hierin lag die richterliche Willkür, sondern Willkür wäre es, nunmehr einem weltfremden Doktrinarismus zuliebe das Gesetz wieder zu Ehren zu bringen. Wir würden es sicherlich als bitteres Unrecht empfinden, wenn einen Angeklagten heute nur deshalb die volle Schwere des Gesetzes trüfe, weil er einen Richter gefunden hat, der sich an das Gesetz und nicht an die Praxis halten will. Was hier besonders kraft in die Erscheinung tritt, das gilt ganz ebenso in anderen Fällen einer dem Gesetze zuwiderlaufenden Praxis. Die „richterliche Willkür“ wird man niemals als zutreffende Erklärung einer solchen Praxis gelten lassen können³.

Darum brauchen wir uns wohl vor den praktischen Folgen der sozialwissen-

¹ Just.-Min.-Erl. vom 14. April 1853, Z. 3919, vom 13. November 1859, Z. 17.803 und vom 17. Mai 1902, Z. 296. Schon H y e (Das österr. Strafgesetz, 1855, I. Bd., S. 615 f.) beklagt die gesetzwidrige Praxis: „Man pflegte früherhin sehr häufig den § 48 des früheren Gesetzes . . . und hier und da leider auch jetzt noch den § 54 des neuen Gesetzes statt als Ausnahme vielmehr als Regel in Betracht zu ziehen.“ „Man praktizierte auf diesem Wege — durch mißbrauchsweise und maßlose Ausbeutung der im § 54 ausgesprochenen Milde und Humanität des Gesetzgebers — die ernste Drohung und die gerechte Strenge des Strafgesetzes zur Illusion herab und zerstört damit zugleich die Gerechtigkeit und Kommutabilität des gesetzlichen Strafsystems!“ „Möchte dieser . . . Vorgang . . . keine Nachahmung finden, sondern vielmehr zur Warnungstafel dienen, in welches Labyrinth von Verirrungen und Ungerechtigkeiten der Richter gerate, wenn er irgendwie — den Boden des Gesetzes verläßt!“ Vgl. auch S. 639 f.

² F i n g e r a. a. O. S. 825: „Heute sind die betreffenden Bestimmungen des Strafgesetzes als durch langjährigen Gerichtsgebrauch derogiert anzusehen. Die Anwendung des außerordentlichen Milderungsrechtes gehört heute zur Regel.“ L a m m a s c h a. a. O.: „Das Gesetz hat infolge seiner unerträglich gewordenen Strenge aufgehört, die Grundlage der Strafbemessung zu sein.“

³ Ich verkenne trotzdem nicht die Möglichkeit und die Gefahren einer „impressionistischen“ Rechtsprechung (W e l l s p a c h e r, a. a. O. S. 10). Aber auch eine solche Rechtsprechung wäre nicht auf irgendwelche gefährliche Theorien oder auf richterliche Willkür zurückzuführen, sondern sie wäre nur eine Folge- oder Zeilerscheinung der impressionistischen Modelerkrankung, welche, von der Kunst ausgehend, andere Gebiete des geistigen und sittlichen Lebens erfasst. Der Richter steht eben mitten drin in der Kultur seiner Zeit und partizipiert an allen ihren Vorzügen und Fehlern. Ein aus dem Kulturzusammenhang herausgerissener Richterstand wäre nicht einmal zu wünschen.

schaftlichen Jurisprudenz nicht zu fürchten, zumal gerade sie uns erst das Verhalten des Richters im richtigen Licht erscheinen läßt. Die hergebrachte juristische Theorie hat ja immer den einzelnen Richter dem Gesetz gegenübergestellt, während es die Sozialwissenschaft niemals mit dem isolierten Individuum, sondern stets mit Menschengruppen zu tun hat, die mitten im Leben stehen und von diesem unausgesetzt beeinflusst werden. Und auch das braucht uns nicht anzufechten, daß sich die Forderung, das Recht sozialwissenschaftlich zu untersuchen, gegen das Monopol der bisherigen Methode der Rechtswissenschaft richtet. So oft jemand im Laufe der Zeiten auf die Notwendigkeit hingewiesen hat, die Methode einer Wissenschaft zu ändern, hat es freilich immer konservative Männer gegeben, die es für ein selbstmörderisches Beginnen gehalten haben, die bisherigen Pfade der Forschung zu verlassen, um auf neuen Wegen einem ungewissen Erfolg nachzustreben. Die Erfahrung hat ihnen aber niemals Recht gegeben. Gerade die Geschichte der Rechtswissenschaft bietet hierfür Belege genug. Ich verweise nur darauf, wie schwer sich die Forderung durchgesetzt hat, das Recht systematisch zu behandeln. Die konservativen Rechtslehrer, die gewohnt waren, ihre Ausführungen an die einzelnen Quellenstellen anzulehnen, haben gegen ein so gewagtes Unternehmen energisch Stellung genommen. Und heute würden wir es für unwissenschaftlich halten, wenn sich die Theorie ihr System vom Gesetze aufzwingen ließe. Immer liegt die Bürgschaft für das Gedeihen einer Wissenschaft in ihrer Fähigkeit, sich zu verjüngen und neuen Anforderungen, die an sie gestellt werden, Rechnung zu tragen¹. Nur scheinbar werden dabei die Ergebnisse der bisherigen Forschung beiseite geschoben. In Wahrheit wirkt die Lebensarbeit der früheren Generationen auch bei geänderter Methode in den Werken der Epigonen nach. Halten wir darum nicht ängstlich fest an den „gesicherten“ Resultaten der bisherigen Wissenschaft, sondern seien wir dessen eingedenk, daß dem unaufhörlich sich erneuernden Recht auch eine in stetem Fluß befindliche Theorie entspricht! Das lebendige Recht verlangt eine lebendige Wissenschaft.

¹ Diese Fähigkeit bewährt gerade in unseren Tagen jener Zweig der Rechtswissenschaft, der von jeher für alle anderen vorbildlich war: die Wissenschaft des römischen Rechts. Die Romanisten sind zu der Erkenntnis gelangt, daß das römische Recht „auch nicht annähernd so, wie es überliefert ist, je in den Grenzen des römischen Reichs gegolten hat“ (E h r l i c h, Freie Rechtsfindung, S. 6). Es handelt sich heute darum, das national-römische Recht „von der byzantinischen Inkrustation zu befreien“, und hierbei stehen wir, wie der jüngste Bearbeiter des römischen Privatrechts sagt, „zum großen Teil noch am Anfang“ (M i t t e i s, Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, I. Bd., S. VII). „Die älteren Werke sind überholt und muten in ihrem orthodoxen Echtheitsglauben fast befremdend an“ (ebd., S. VIII). Der Eifer, der jetzt der Erforschung des *wirklichen* römischen Rechts gewidmet wird, kann und muß dazu anspornen, auch das *geltende* Recht nicht bloß durch das Medium des Gesetzes zu beobachten.

III. Entwürfe und Gesetze. (1913).

Unsere Zeit ist reich an säkularen Erinnerungen. Die blutige Auseinandersetzung mit Napoleon, welche vor einem Jahrhundert unsere Vorfahren in Atem gehalten hat, beansprucht in diesen Jahren auch unser lebhaftes Interesse. Haben wir 1909 das Andenken an die ruhmvolle Schlacht bei Aspern, in welcher sich die Besiegbarkeit des Korsen zum erstenmal erwiesen hat, gefeiert, so ist es heuer der deutsche Befreiungskrieg, dessen erhebenden Verlauf wir uns ins Gedächtnis zurückerufen. Neben solchen allgemeinen Jubiläen, die das ganze Volk angehen, haben nun wir Rechtsbessenen unsere besonderen Gedenktage. Für die Franzosenzeit hat der Satz *inter arma silent leges* jedenfalls nicht gegolten. Denn die Erlassung unseres bürgerlichen Gesetzbuchs, dessen Jubelfeier die österreichischen Juristen vor nicht ganz zwei Jahren würdig begangen haben, fällt gerade in die Jahre zwischen dem Sieg bei Aspern und der Leipziger Völkerschlacht. Der Gesetzgeber hat also trotz der Ungunst der Verhältnisse seine Stimme ziemlich kräftig vernehmen lassen. Halten wir heute Rückschau, so erscheint uns die Kodifikation des Zivilrechts in Preußen, Frankreich und Österreich als eine der erfreulichsten Erscheinungen jener bewegten Zeit. Es war zweifellos ein Glück für alle drei Staaten, daß sie ein *certum ius* erhielten, eine feste Grundlage für den Rechtsverkehr und die Rechtsprechung. Die Zeitgenossen allerdings waren nicht durchaus dieser Meinung. Über die Frage, ob ein Zivilgesetzbuch erwünscht sei oder nicht, entspann sich eine literarische Fehde, die im Jahre 1813 eingeleitet wurde¹

¹ Ende 1813 erschien Rehbergs Werk „Über den Code Napoléon und dessen Einführung in Deutschland“ (Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 3. Abt., 2. Halbb., Text S. 78), welches von Thibaut alsbald in den Heidelbergischen Jahrbüchern der Literatur eingehend besprochen wurde. Im Anschlusse daran publizierte Thibaut 1814 seine Schrift „Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland“, gegen die sich eben Savignys „Beruf“ wendete. Thibaut hat sodann den „Beruf“ und andere einschlägige Schriften in der genannten Zeitschrift rezensiert. Gegen Savigny wiederum Gönner, Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit, 1815. (Vgl. unten S. 82 ff.). Nur zum Teil gehört das von Savigny zitierte Buch von Schmid, Deutschlands Wiedergeburt, 1814, in diesen Zusammenhang. Als Abschluß der ganzen Gelegenheitsliteratur kann Savignys Abhandlung „Stimmen für und wider neue Gesetzbücher“ im 3. Bd. der Zeitschr. für geschichtliche Rechtswissenschaft (1816, wieder abgedruckt in der 3. Auflage des „Berufs“ S. 163 ff.) gelten. Wie schon der

und im folgenden Jahre in Savignys berühmter Schrift „Vom Beruf unsrer Zeit zur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ zwar nicht ihren Abschluß, aber doch unzweifelhaft ihren Höhepunkt erreichte. Mit dieser Schrift ist bekanntlich die Begründung der historischen Rechtsschule, welche für die Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts richtunggebend geworden ist, eng verknüpft. Wir haben darum allen Grund, das Jahrhundertjubiläum der berühmten Polemik zwischen Savigny und Thibaut dadurch zu feiern, daß wir die von ihnen behandelten Probleme, denen ja neben der aktuellen auch eine dauernde Bedeutung für alle Zeiten zukommt, neuerlich erörtern und als bescheidenes Präludium hiezu können vielleicht die folgenden Erörterungen gelten.

Während Thibaut die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs für Deutschland betont, hält Savigny seine Zeit nicht für reif zu einem so großen Werk. Weder stehe die Rechtswissenschaft auf der erforderlichen Höhe, noch besitze man in der deutschen Sprache, die überhaupt nicht juristisch und am wenigsten für Gesetzgebung ausgebildet sei, ein taugliches Instrument¹. Die edle und einfache Sprache unseres bürgerlichen Gesetzbuchs hat also Savigny offenbar nicht imponiert². Aber auch mit seinem Inhalt war er nicht zufrieden. Ein gutes Drittel seiner Schrift ist der Kritik der drei neuen Gesetzbücher gewidmet, und dabei kommt auch das österreichische Gesetzbuch schlecht weg³. Da wir uns gerade jetzt mit seiner

Titel der Rehbergschen Schrift zeigt, reißt sich diese Literatur nicht bloß zeitlich der Franzosenherrschaft in Deutschland und den Befreiungskriegen an. Sie ist durch diese Ereignisse geradezu veranlaßt. Thibaut (Über die sog. historische und nicht-historische Rechtsschule, S. 6 f.) berichtet, sein Geist sei im Jahre 1814, als er viele deutsche Soldaten, welche auf Paris marschieren wollten, mit frohen Hoffnungen im Quartier hatte, sehr bewegt gewesen. „Viele Freunde meines Vaterlandes lebten und webten damals mit mir in dem Gedanken an die Möglichkeit einer gründlichen Verbesserung unseres rechtlichen Zustandes, und so schrieb ich — höchstens nur in vierzehn Tagen — recht aus der vollen Wärme meines Herzens eine kleine Schrift über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland.“ Aber schon die Auseinandersetzungen von Almenningen über den Code Napoléon „sind wie ein entfernter Vorklang derjenigen, die dann Savigny gegen Thibaut geben sollte.“ (Landsberg a. a. O. Noten S. 51.)

¹ S. 48 ff., 91. In den „Stimmen“ wird noch ein drittes Moment hervorgehoben, das politische: Infolge der französischen Revolution und des Despotismus Bonapartes sei eine allgemeine Ungewißheit eingetreten. „Bürgerliche und kirchliche Verfassung sind aus allen Fugen gewichen, und auch die ordnende Sitte der Privatverhältnisse hat dem allgemeinen Schwanken nicht entgehen können.“ „Und einen solchen Zustand des Übergangs wollten wir durch geschriebene Buchstaben fixieren auf Jahrhunderte?“ („Beruf“ S. 174.)

² Es ist aber bezeichnend, daß Savigny wohl die Sprache des preussischen Landrechts bemängelt, aber zur Sprache des österreichischen Gesetzbuchs nichts bemerkt.

³ Nach Landsberg (Text, S. 203) ist die Kritik der Gesetzbücher das „empfindlich schwächste“ Kapitel im „Beruf“. Man kann dieses Urteil dahin vervollständigen, daß die Kritik der deutschen Gesetzbücher noch schwächer ist, als die des französischen. Die

Revision beschäftigen, so ist es von Interesse festzustellen, was Savigny gegen das Gesetz vorbringt. Sollte der Begründer der historischen Rechtsschule vorahnend schon unserer Revision die Wege gewiesen, sich also ebenso sehr als Prophet wie als Historiker bewährt haben? Dem ist nun allerdings nicht so. Die Einwendungen Savignys beziehen sich auf einige allgemeine Begriffsbestimmungen, so z. B. auf den Sachbegriff, auf die Unterscheidung von Fruchtziehung und Gebrauch, von Vormundschaft und Kuratel. Es handelt sich dabei weniger um die Bedenklichkeit der gesetzgeberischen Anordnung, als um die Richtigkeit der Formulierung. Zu ängstlicher Anschluß an römisches Recht und zwar an mißverständenes römisches Recht ist es, was er dem Gesetzgeber zum Vorwurf macht¹. Und nur zum Belege dafür hebt er auch ein praktisches Moment hervor, nämlich wie bedenklich es sei, dem zum Vormund bestellten nächsten Verwandten des Kindes zugleich die Sorge für die Person des Mündels zu übertragen, obzwar er doch als gesetzlicher Erbe geradezu an dem Tode seines Mündels interessiert sei, ein Bedenken, welches uns, trotzdem es dem römischen Recht entnommen ist, nach den Erfahrungen eines Jahrhunderts seltsam anmutet². Im ganzen sind Savignys Ausstellungen recht harmlos. Seine Gegner stehen denn auch in dieser Hinsicht auf einem anderen Standpunkt. Thibaut gibt seiner „innigsten Überzeugung“ Ausdruck, daß gerade das österreichische Gesetzbuch durch seine Bündigkeit und seine einfachen, kräftigen, eigentümlichen Ansichten höchst merkwürdig sei und als Grundlage der Diskussion bei einem neuen Gesetzbuch unvergleichliche Dienste leisten könnte, und Gönner rühmt an ihm die Klarheit, Kraft, Kürze und Würde des Ausdrucks³. Der literarische Streit endete mit dem unzweifelhaften Siege Savignys. Nicht nur erlangte die von ihm begründete historische Schule maßgebende Bedeutung, sondern es unterblieb damals auch jeder Schritt zur Herstellung der deutschen Rechtseinheit und zur Schaffung eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs⁴.

Verwerfung des Codes kommt dem Verfasser, wenn sie auch nicht an das wichtige, markige Urteil Thibauts (in der Rezension von Rehberg) heranreicht, sichtlich aus dem Herzen, während die den heimischen Gesetzen gewidmeten Ausführungen mehr den Eindruck des Gezwungenen machen.

¹ So Savigny selbst in der Zeitschr. f. gesch. RW., 1. Bd., S. 403.

² Vgl. Montesquieu, De l'esprit des lois, l. 19 ch. 24: Zur Zeit, als die römischen Sitten bewundernswert waren, „on ne erut point la vie du pupille en danger, quoiqu'elle (la tutelle) fût mise entre les mains de celui à qui sa mort devoit être utile. Mais lorsque les mœurs changèrent à Rome, on vit les législateurs changer aussi de façon de penser.“

³ Thibaut, Notwendigkeit eines allg. bürgerl. R., Ausgabe von 1840, S. 97 (Rezension von Savigny), Gönner S. 151. An einer späteren Stelle (S. 284) spricht Gönner von der „Klarheit, Würde und Präzision des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuchs“.

⁴ Allerdings wäre gerade hier die Schlussfolgerung post hoc, ergo propter hoc sehr bedenklich. Vgl. Savigny selbst in den „Stimmen“ („Beruf“ S. 168 f.) und Jhering in seinen Jahrbüchern 5. Bd. S. 362. Nach Bülow, Heitere und ernste Betrachtungen, S. 132, „mochte die Abmahnung Savignys anfänglich, in der dem Napoleonischen Zeit-

Aber allerdings haben sich seither die Verhältnisse gründlich geändert. Thibauts lebhafter Wunsch ist noch vor dem Jahrhundertende in Erfüllung gegangen. Deutschland erfreut sich jetzt des längst ersehnten bürgerlichen Gesetzbuchs. Aber auch abgesehen hiervon hat die Gesetzgebung seit Savigny eine geradezu unheimliche Tätigkeit entfaltet. Auf allen Gebieten des Rechtslebens begegnen wir mehr oder minder umfangreichen Gesetzen¹. Unübersehbar sind die Vorschriften, die nicht als Erzeugnis des „Volksgeistes“ organisch entstanden sind, sondern dem Staat ihre Geltung verdanken. Und kaum ein Jurist kann sich einer umfassenden Gesetzeskenntnis in dem Sinne rühmen, daß er mit dem Inhalt aller in seinem Staate geltenden Gesetze vertraut wäre. Müßig wäre es, unserer Zeit den Beruf zur Gesetzgebung abzuspochen: Die Gesetzgebung gehört zu unseren primitivsten staatlichen und sozialen Bedürfnissen, sowie Essen, Trinken, Schlafen zu unseren leiblichen Bedürfnissen. Wir haben uns daran gewöhnt, die unausgesetzte Tätigkeit der Gesetzgebungsmaschine als Regel anzusehen, und empfinden es als einen unangenehmen und auf die Dauer sogar unerträglichen Zustand, wenn der Apparat infolge der — bei uns leider landesüblichen — parlamentarischen Obstruktion nicht tadellos funktioniert. Trotzdem läßt es sich kaum leugnen, daß wir manchmal das Gefühl der Übersättigung haben. Namentlich in den Kreisen der juristischen Praxis zeigt sich eine gewisse Gesetzesmüdigkeit, die nicht nur in der Massenhaftigkeit des Gesetzesstoffs, sondern namentlich auch in der Unzufriedenheit mit den Werken der Gesetzgebung ihren Grund hat. Die neuen Gesetze erregen häufig das Mißfallen der Juristen und, wer aufmerksam hinhorcht, kann oft genug das Urteil hören, unsere Zeit habe die Fähigkeit verloren, gute Gesetze zu machen. Es handelt sich da weniger um die gesetzgeberischen Gedanken, als um ihren Ausdruck, also um die technische Güte der Gesetze. Wir können uns für ein Gesetz begeistern, welches neue Ideen zur Geltung bringt und glücklich durchführt, wie es unseren Zivilprozessgesetzen geglückt ist. Aber die Alltagsgesetze, wenn ich mich so ausdrücken darf, finden nicht unseren Beifall. Hielt Savigny seine Zeit noch nicht für reif zur Gesetzgebung, so betrachten wir uns als Epigonen glücklicherer Vorfahren: In der guten alten Zeit verstand man sich noch auf das Gesetzgebungshandwerk, wir sind Stümper geworden und bringen nichts Rechtes zustande².

alter folgenden politisch dumpfen Zeit den Regierungen mehrerer deutscher Staaten einen nicht unwillkommenen Grund gewähren, den Gang der Gesetzgebung zu verlangsamen, namentlich mit kodifikatorischen Unternehmungen noch eine Weile zurückzuhalten.“ Brauchten denn die Regierungen überhaupt einen Vorwand?

¹ Darüber kann wohl am besten der Verwaltungsrechtslehrer Auskunft geben, der alle Mühe hat, seine Vorlesungen in Übereinstimmung mit der Gesetzgebung zu erhalten.

² Wenigstens die eine Hälfte dieses Urteils bringt Wellspacher (Festschrift zur Jahrhundertfeier des abGW. 1. Bd. S. 183) zum Ausdruck, indem er sagt, „daß kaum irgendeine andere Zeit so viel Beruf zur Gesetzgebung gehabt hat, wie die Zeit des ausgehenden Naturrechts, und daß Savigny in einem schweren Irrtum über Zweck und Aufgaben der Gesetzgebung befangen war, als er seiner Zeit den Beruf zur Gesetzgebung abspach.“

Es ist das eine Erscheinung, die zu denken gibt. Warum befriedigen uns die modernen Gesetze nicht und warum ziehen wir ihnen die alten vor? Am nächsten liegt die Annahme, daß wir es verlernt haben, uns richtig auszudrücken, und das ist denn auch eine weit verbreitete Ansicht. Die alten Gesetze sagen klar und deutlich, was Rechtens sein soll. Den neuen Gesetzen mit ihren zahl- und endlosen Paragraphen und handwurmartigen Perioden muß man ein sehr aufmerksames Studium widmen, wenn man ihren Sinn enträtseln will, und auch dann ist man des Erfolgs nicht sicher. Ich bin nicht dieser Meinung. Zwar will ich den Unterschied in der Diktion der alten und der neuen Gesetze nicht in Abrede stellen — ich werde darauf noch zurückkommen —, ich will ferner die heutigen Gesetze auch nicht vom ästhetischen Standpunkt aus in Schutz nehmen. Aber trotzdem halte ich es für durchaus verfehlt, anzunehmen, daß wir in bezug auf die juristische Ausdrucksweise irgendwelche Rückschritte gemacht haben. Die Sprache des Gesetzes ist keine andere, als die des Juristen überhaupt. Würde die Fähigkeit, sich genau und richtig auszudrücken, abgenommen haben, so müßte sich das auch in der juristischen Literatur, es müßte sich insbesondere auch in der juristischen Praxis äußern. Wir können aber im Gegenteil feststellen, daß wir heute eine viel entwickeltere Rechtsprache haben, als je eine Zeit vor uns. Nicht nur ist die Zahl der Sachausdrücke unausgesetzt im Wachsen begriffen, auch die Fertigkeit, die juristische Sprache zu handhaben, hat außerordentlich zugenommen. Halten wir uns doch nur vor Augen, wie sehr sich der Kreis jener Materien erweitert hat, über welche wir Rechtsurkunden aufnehmen! Unsere Verträge betreffen die aller verschiedenartigsten Gegenstände, die oft große Anforderungen an die sprachliche Formulierung stellen, wie z. B., wenn es sich um die Verwertung von Naturkräften handelt oder um die Sicherung und Ausnutzung von Urheberrechten aller Art oder um die Abgrenzung von geschäftlichen Interessensphären oder um neue Versicherungszweige usw. Wenn hier auch die Neuheit oder Schwierigkeit der Sache zu vorsichtigem, tastendem Vorgehen nötigt, so scheitert doch der Vertragsabschluß niemals daran, daß die Sprache die Rechtsverhältnisse, die begründet werden sollen, nicht auszudrücken vermag. Vergleichen wir unsere juristische Literatur mit den Werken aus der Kongregzeit, so werden wir nicht einen Augenblick daran zweifeln, daß unsere Rechtsprache seither knapper, schärfer, reicher geworden ist. Mit welcher behaglichen Breite wurden früher Auseinandersetzungen gebracht, für die uns heute einige wenige bezeichnende Worte genügen. Und umgekehrt: für feine kriminalpsychologische Untersuchungen etwa, wie sie die strafrechtliche Literatur unserer Tage mit Leichtigkeit hervorbringt, hätte den Vätern unseres Strafgesetzes vor allem die Sprache, der Ausdruck gefehlt. Ich will damit keineswegs die Gegenwart auf Kosten der Vergangenheit rühmen; denn es handelt sich ja nur um die Feststellung der selbstverständlichen Tatsache, daß die Arbeit eines Jahrhunderts nicht vergeblich gewesen ist. So wie der Klavierspieler durch Übung zum Virtuosen wird, so haben wir uns eben auch unausgesetzt in der Handhabung der Rechtsprache geübt und dadurch eine größere Fertigkeit erlangt, als unsere Vorgänger.

Müssen wir uns mithin nach einem anderen Erklärungsgrund für die Minderwertigkeit der heutigen Gesetze umsehen, so richtet sich unsere Aufmerksamkeit auf ihren Entstehungsprozeß. Die alten Gesetze waren Schöpfungen aus einem Guffe. Noch bestand nicht der Reibungswiderstand der parlamentarischen Verhandlungen. Gewiß nahm auch der absolute Monarch die Mithilfe anderer Persönlichkeiten bei der Gesetzgebung in Anspruch. Aber das waren eben Sachverständige, es waren Juristen, die auf der Höhe der zeitgenössischen Sachbildung standen, nicht Laien, wie die Parlamentarier der Jetztzeit. Nach dieser durchaus nicht seltenen Auffassung wäre also die Volksvertretung das Hemmnis einer guten Gesetzgebung¹. Der Konstitutionalismus, der dem Gesetz eine überragende Bedeutung zuerkennt, hätte der Güte der Gesetze Abbruch getan. Die parlamentarischen Gesetze stünden von vornherein zurück hinter den bloß bürokratisch vorbereiteten, oktroyierten, absolutistischen Gesetzen. Aber auch da bin ich anderer Ansicht. Gewiß! Wer wollte es leugnen, daß die parlamentarische Behandlung eine Gefahrenquelle für das Gesetz darstellt, daß durch irgendeinen ungeschickten, nicht reiflich überdachten Beschluß der Entwurf eines Gesetzes verschlechtert werden kann und auch mitunter verschlechtert wird? Viele Röhre verderben den Brei, und der Einfluß auf die Gesetzgebung, den man der Volksvertretung einräumt, kann sich natürlich nicht bloß im guten, sondern auch im schlechten Sinne äußern. Aber eben darauf kommt es an, daß die Bewertung dieses Einflusses nicht von vornherein feststeht. So wie der Entwurf durch das Parlament verschlechtert werden kann, so kann er auch gerade durch die Mitarbeit der Volksvertretung eine Verbesserung erfahren. Nun ist es natürlich sehr schwer, eine Statistik über die parlamentarischen Schicksale der Gesetzentwürfe aufzustellen. Aber ich glaube, daß im großen und ganzen die Änderungen, die die Gesetzentwürfe im Parlament erfahren, ziemlich geringfügig sind. Es besteht auf Seite der Abgeordneten und Herrenhausmitglieder wenig Neigung, sich mit der technischen Seite der Gesetzgebung zu beschäftigen. Wer jemals Veranlassung gehabt hat, der Entstehung von Gesetzen nachzugehen, wird zugeben, daß das Studium der Materialien zumeist eine Enttäuschung bereitet². Man forscht nach dem Willen des Gesetzgebers. Man möchte wissen, warum gerade diese Wendung gebraucht wurde, was ein bestimmtes Wort des Gesetzes zu bedeuten hat, wie sich der Verfasser des Gesetzes die Rechtslage vorgestellt hat, und wenn man nun die Reichsrats- oder Landtagsdebatten liest, so findet man nichts darüber. Die Reden, die gehalten wurden, befassen sich — wenn sie überhaupt sachlich gehalten sind — mit den Prinzipien des Gesetzes. Die Redner sprechen, wie es ja der Geschäftsordnung entspricht, pro oder contra, aber das juristische Detail erfreut sich keiner übermäßigen Beachtung, und wenn man darin vielleicht einen Nachteil erblicken kann, so wird dieser eben dadurch

¹ Vgl. Biermann, Die Gründe der Zweifelhaftigkeit rechtlicher Ergebnisse, S. 5 f.

² Das gilt nicht etwa bloß von der unmittelbaren Gegenwart, sondern schon von der Blütezeit des Parlamentarismus, insbesondere auch für die so wichtigen Gesetze der sechziger Jahre.

wieder aufgewogen, daß der Entwurf in der Regel, wenn schon nicht verbessert, so doch wenigstens nicht verschlechtert wird. Daß ein Gesetzentwurf durch Häufung frivoler Abänderungsbeschlüsse unbrauchbar wird, ist doch nur ein seltener Ausnahmefall. Auf der anderen Seite dürfen wir aber nicht übersehen, daß auch die Gesetze der absolutistischen Ära vielfach kollegial verhandelt, überprüft und umgearbeitet wurden und dabei nicht immer besser, sondern mitunter auch schlechter geworden sind. Manche Unebenheiten, Unklarheiten und Widersprüche erklären sich auf diese Weise. *Savigny* hat die Materialien unseres bürgerlichen Gesetzbuchs nicht gekannt. Er hätte, wenn sie ihm zugänglich gewesen wären, wahrscheinlich anders und günstiger geurteilt. Aber gerade an der Hand der Materialien können wir wahrnehmen, wie ab und zu auch hier der gute Homer geschlafen hat, wie Beschlüsse gefaßt wurden, die miteinander nicht im Einklange stehen, und wie darunter der Gesetzestext gelitten hat.

Ich will diesen Vergleich nicht weiter ausführen. Denn ich glaube, daß wir einen untrüglichen Beweis dafür haben, daß unsere Parlamente an den Mängeln der Gesetze unschuldig sind. Wäre dem nämlich nicht so, so müßten uns doch die aus den Ministerialbüros hervorgehenden Gesetzentwürfe, die noch keine Spuren parlamentarischer Einwirkung zeigen, eine helle Freude bereiten. Und doch weisen schon diese Entwürfe jene Züge auf, die auch die sanktionierten Gesetze charakterisieren, und es setzt auch, sobald ein irgendwie bedeutsamer Entwurf veröffentlicht wird, die fachmännische Kritik ein, die den Entwurf schonungslos zerpflückt. Es ist nicht nur an sich interessant, sondern gerade für unser Thema von wesentlicher Bedeutung, diese Entwurfskritik näher ins Auge zu fassen. Wenn an der Verfassung des Entwurfs Professoren beteiligt waren, und nun andere Professoren als Kritiker auftreten, die zu den Entwurfsarbeiten nicht herangezogen worden sind, so könnte man ja ihr Urteil in der Erwägung leicht nehmen, daß da eben Eifersüchteleien im Spiel sind, wie sie bei Gelehrten nicht minder häufig vorkommen als in anderen Kreisen. Aber für so einfach würde ich die Sache doch nicht halten. Denn von allem anderen abgesehen ist die Entwurfskritik zum Teile auch *Selbstkritik*. Die Verfasser des Entwurfs selbst gehen ängstlich zu Werke. Sie sind mit ihrer Arbeit nicht leicht zufrieden, und man kann die Spuren einer solchen Selbstkritik oft in den Entwürfen nachweisen. Es muß sich also doch um etwas anderes handeln als um Äußerungen von Neid und Mißgunst. Betrachten wir einmal die Entwurfskritiker bei ihrer Arbeit! Ich bemerkte von vornherein, daß ich dabei nicht an eine Kritik der *Prinzipien* des Gesetzes denke. Ein Freund der Gewerbefreiheit wird selbstverständlich einen Entwurf verdammen, der auf zünftlerischer Grundlage aufgebaut ist. Soll das Cherecht in freiheitlichem Sinne reformiert werden, so wird ebenso selbstverständlich der kirchlich oder konservativ Gesinnte dagegen Stellung nehmen. Hier handelt es sich um einen Kampf der Meinungen, möglicherweise sogar der Weltanschauungen, der zwischen den Parteien ausgetragen werden muß. Verschieden davon ist die Prüfung des Gesetzentwurfs in technischer Hinsicht.

Gewiß kommt es auch hier auf die ganze Denkweise und auf die Weltanschauung des Kritikers an. Aber in erster Linie steht doch die Untersuchung, ob der Entwurf die gesetzgeberischen Gedanken in klarer, einwandfreier und zuverlässiger Weise ausdrückt. Der Entwurf wird also dann bemängelt, wenn seine Bestimmungen nicht so gefaßt sind, daß der Wille und die Absicht des Gesetzes deutlich zu entnehmen sind, wenn verschiedene Bestimmungen des Entwurfs einander widersprechen, wenn er lückenhaft ist, wenn die Möglichkeit offen gelassen ist, das Gesetz zu umgehen und auf diese Weise den Zweck einer gesetzlichen Bestimmung zu hintertreiben, oder wenn gar die Auslegung des Gesetzes einen Unsinn ergibt. Der stärkste Trumpf, den die Entwurfskritiker ausspielen, ist der Nachweis von Absurditäten. Ein absurdes Gesetz ist selbstverständlich unannehmbar.

Ich möchte nun eine paradoxe Behauptung wagen. Wenn ein Gesetz keinen anderen Fehler hat, als, daß es einen oder den anderen Unsinn enthält, so ist das ein sehr geringer Mangel. Denn der Unsinn wird durch entsprechende Auslegung alsbald aus dem Gesetz ausgeschieden und damit unschädlich gemacht. Das bekannte Dichterwort läßt glücklicherweise auch eine Umkehrung zu: Unsinn wird Vernunft¹. Ich sage nicht: Ein absurdes Gesetz ist unannehmbar, sondern es ist *unannehmbar*. Wenn also das Gesetz angewendet werden soll, so muß die Absurdität beseitigt werden. Die Gesetzesauslegung ist das genaue Gegenstück der Entwurfskritik. Ich denke da an die Auslegung durch einen inländischen Juristen, dessen Bestreben es ist, auf das Rechtsleben selbst Einfluß zu nehmen, nicht durch einen ausländischen Gelehrten, für den das Gesetz eines anderen Staates bloß ein theoretisches Interesse hat und der darum diesem Gesetze nicht anders gegenübersteht als einem Entwurf. Wie stellt sich nun unser Inländer zu dem Gesetze? Vielleicht denkt auch er die Mängel des Gesetzes ohne Rückhalt auf. Aber damit wird er seine Tätigkeit nicht für abgeschlossen halten. Es genügt nicht, daß er das Gesetz, wenn auch mit vollem Recht als unklar hinstellt². Er muß trotzdem, wenn es sich nicht um eine ganz untergeordnete Frage handelt, zu einer brauchbaren Deutung des Gesetzeswillens kommen. Wenn das Gesetz Widersprüche enthält, so muß er sich für die eine oder andere Bestimmung oder vielleicht für eine vermittelnde Lösung entscheiden³. Die Lücken des Gesetzes muß er durch vernünftige Auslegung

¹ Vgl. *Rraus*, Das Recht zu strafen, S. 56.

² So kann es wohl nicht befriedigen, wenn *Bernhilt* in der Studienausgabe österreichischer Gesetze (Die österr. Verfassungsgesetze, 2. Aufl., S. 411) erklärt, daß man die Aufzählung der dem Reichsrat im § 11 des Grundgesetzes über die Reichsvertretung zugewiesenen Gesetzgebungsmaterien „mit demselben Recht als taxative wie als demonstrative betrachten kann“. Die Frage Quid iuris wird hier offen gelassen, nicht beantwortet.

³ Die Lehre, daß im Falle einer Antinomie keine der widerstreitenden Bestimmungen gelte, ist praktisch wohl kaum je zur Geltung gelangt. Sie erinnert lebhaft an *Buridans Esel*, der zwischen zwei Heubündeln verhungert. Ein lebendiger Esel wird, wenn ihm zwei Heubündel winken, niemals verhungern. Schon rein mathematisch wird der Fall, daß ihm die Bündel gleich nahe sind und daß sie die gleiche Beschaffenheit aufweisen,

auszufüllen trachten, dem *agere in fraudem legis* wenn möglich einen Niegel vorschieben¹, die Absurditäten, die sich etwa in das Gesetz eingeschlichen haben, aus der Welt schaffen. So wie für die Grunddienstbarkeiten die Regel gilt, daß sie civiliter ausgeübt werden müssen, so gilt auch für die Auslegung der Gesetze die Forderung der Loyalität. Wir sehen also: Ein und derselbe Text wird verschieden behandelt, je nachdem er Entwurfs- oder Gesetzestext ist. Die Interpretation ist in beiden Fällen eine tendenziöse, und die Tendenz ist jedesmal eine andere. Der Entwurfskritiker will vor allem die Mängel des Textes hervorheben. Er steht ihm gegenüber wie der Staatsanwalt dem Angeklagten. Der Gesetzesausleger bemüht sich um eine *benigna interpretatio*. Er trachtet die *Vorzüge* des Textes zur Geltung zu bringen. Er verhält sich zu ihm, wie ein Verteidiger zu seinem Klienten. Sehen wir aber genauer zu, so verschwindet der scheinbar schroffe Gegensatz dieser Tendenzen. Es handelt sich in beiden Fällen in Wahrheit um die *gleiche* und zwar löbliche Tendenz, einen möglichst günstigen Rechtszustand zu erzielen oder zu sichern. Nur ist der Entwurf hierfür das *Mittel*, das Gesetz aber die *Grundlage*. Der Entwurf kann noch geändert werden, er soll also so geändert werden, daß er auf das Rechtsleben den gewünschten Einfluß nimmt. Das Gesetz ist bereits Rechtsquelle, sein Text steht endgültig fest und kann nur durch ein neues Gesetz geändert werden. Mit dem Gesetz muß sich darum der Jurist abfinden. Er muß nicht nur einen *modus vivendi*, sondern einen *modus bene vivendi* suchen, er muß das Beste aus dem Gesetze herausholen, das darin verborgen ist².

nicht leicht vorkommen. Aber selbst wenn dem so wäre, wird doch *psychologisch* keine Gleichheit vorliegen. Im entscheidenden Augenblick wird ihm eines der beiden Bündel näher vorkommen oder sonst begehrenswerter erscheinen. Ganz so verhält es sich bei der Antinomie. Schon daß sich zwei Bestimmungen eines Gesetzes *vollkommen* widersprechen, wird sich selten ereignen. Sie stehen doch an verschiedenen Stellen des Gesetzes, in verschiedenem Zusammenhang usw. Selbst wenn sich hieraus aber kein Argument für die eine oder andere Ansicht ergibt, wird doch der *Ausleger* Anhaltspunkte haben, die eine Lösung der anderen vorzuziehen. (Vgl. auch *Pfaff-Hofmann*, Kommentar zum öst. abGB. 1. Bd. S. 193).

¹ Dabei muß immer erwogen werden, ob es nicht vorzuziehen ist, im Interesse der Geltung des Gesetzes das *agere in fraudem legis* in Kauf zu nehmen. So würden die verfassungsmäßigen Freiheitsrechte zweifellos entwertet werden, wenn man einen Kampf gegen ihre mißbräuchliche Ausübung eröffnen wollte. Gewiß handelt in *fraudem legis*, wer für einige Tage konfessionslos wird, um während dieser Zeit eine Ehe zu schließen, der sonst das Ehehindernis der Religionsverschiedenheit im Wege stünde. Wir würden aber eine Gesetzesauslegung, die solchem Beginnen steuern wollte, als eine unerträgliche Verletzung der Freiheitsrechte empfinden.

² Eine Gesetzesauslegung, die dieses Ziel nicht verfolgt, empfinden wir als unbefriedigend. So z. B. wenn *Bernaßki* (a. a. O. S. 374) eine kleine Lücke des Ministerverantwortlichkeitsgesetzes (nämlich den Mangel einer Bestimmung über die Veranlassung der Wahl des Staatsgerichtshofsvorsitzenden) dazu benutzte, um das ganze Gesetz für unanwendbar zu erklären: „So lange diese Bestimmung nicht geändert ist, wird der Staatsgerichtshof niemals in Tätigkeit treten können, weil er ohne Berufung durch den

Liegen die Dinge so, dann ist das kritische Verfahren, dem die Gesetzentwürfe unterzogen werden, an sich gewiß nicht zu bemängeln. Es ist ein durchaus berechtigtes und dankenswertes Bestreben, die Entwürfe tunlichst zu verbessern. Was Bedenken hervorruft, ist nicht die Art, sondern das Maß, das *Uebermaß* der Kritik. Es scheint, daß dabei zwei wichtige Tatsachen nicht genügend beachtet werden: die Unvollkommenheit aller menschlichen Werke, die auch darin zum Ausdruck kommt, daß *jedes* Gesetz Mängel aufweist, und die Unmöglichkeit, die Wirkungen des Gesetzes im Vorhinein exakt festzustellen. Vergleicht man einen Entwurf mit einem bereits seit längerer Zeit geltenden Gesetze, so ist man geneigt, die Güte des Gesetzes zu überschätzen. Es ist viel deutlicher, klarer, einleuchtender als der Entwurf. Dieses Urteil ist *osteris paribus* darauf zurückzuführen, daß einem das Gesetz vertraut ist, daß man sich an dessen Bestimmungen schon gewöhnt hat und daß sich seine Anordnungen dem Rechtsleben bereits so angepaßt haben, wie ein länger getragenes Kleidungsstück dem Körper. Bekannt ist die Antwort, die ein zaghafter und unentschlossener Sohn dem Vater gibt, der ihn zum Heiraten drängt und darauf hinweist, daß ja auch er seinerzeit den folgenschweren Entschluß fassen mußte, eine Ehe einzugehen: „Ja, das war etwas ganz anderes! Du hast die Mutter geheiratet, ich aber soll eine ganz fremde Person nehmen.“ So wie der Sohn nicht begreifen kann, daß auch die Mutter einmal als Fremde in die Familie gekommen ist, so wie uns allen die Züge der Eltern so lieb und vertraut sind, daß wir gar nicht die Frage aufwerfen, ob sie schön oder häßlich sind, so geht es uns auch mit den alten Gesetzen. Sie sind uns lieb und wert mit allen ihren Schwächen und Fehlern, ja wir bemerken oft die Schönheitsfehler gar nicht, die einem Fremden sofort in die Augen springen. Auch wissen wir schon, daß es sich mit dem Gesetz leben läßt, während wir dem Entwurf

Vorsitzenden nicht fungieren kann.“ Das ist ein Argument der Entwurfskritik, nicht der Gesetzesauslegung. Die *Praxis* würde, wenn es zu einer Ministeranklage käme, ganz gewiß anders vorgehen. Oder sollte wirklich ein Kollegium von 24 hervorragenden Männern ohne eine gesetzliche Verfahrensvorschrift nicht das zuwege bringen, was jedem Balkomtee ohne Schwierigkeit gelingt, nämlich, sich zu konstituieren? Muß man nicht vielmehr sagen, daß, wenn das Gesetz keine Bestimmung darüber trifft, *jede* Konstituierung gesetzmäßig ist, mag sie nun von einem Alterspräsidenten eingeleitet werden oder mag irgendein Mitglied des Gerichtshofs (etwa durch die Zeitung) den Anstoß dazu geben, daß sich die Mitglieder an einem bestimmten Orte versammeln, oder mögen sie sich auf schriftlichem Wege auf einen Vorsitzenden einigen? Der Präsident des Hauses, der nichts täte, um seine Pflicht, die Anklage dem Vorsitzenden des Staatsgerichtshofes mitzuteilen, erfüllen zu können, und sich bloß auf die Nichtexistenz eines solchen Vorsitzenden beriefe, würde sicherlich gesetzwidrig handeln. (Vgl. auch unten: „Zur Lückenlehre.“) Ganz anders verfährt *Bernaßki* (S. 388) bei der Auslegung des § 4 des Verfassungsgesetzes. Hier korrigiert er den Text. „Denn zur Zeit der ausgeschriebenen Wahlen dürften Besprechungen mit den gewählten Abgeordneten schwerlich möglich sein!“ Hier wird also die Unmöglichkeit, das Gesetz, so wie es lautet, anzuwenden, für die Interpretation verwertet, die Anwendung des Ministerverantwortlichkeitsgesetzes wird aber gerade durch die Interpretation unmöglich gemacht.

gegenüber das Gefühl der Unsicherheit haben¹. Darum verlieren auch die unzweifelhaften Mängel des Gesetzes wesentlich an Bedeutung. Sie sind, wie schon erwähnt, durch die Rechtsanwendung paralytisch oder wenigstens abgeschwächt worden. Ich erinnere etwa an § 8 unseres Strafgesetzes, der zweifellos einen Widersinn enthält. Schon der Versuch einer Übeltat — heißt es hier — ist das Verbrechen, sobald der Bösgewisse eine zur wirklichen Ausübung führende Handlung unternommen hat. Die Versuchshandlung soll also eine zur wirklichen Ausübung führende Handlung sein. Das ist unmöglich. Führt die Handlung wirklich zur Ausübung, dann ist das Verbrechen nicht bloß versucht, sondern vollbracht worden. Ist es aber beim Versuch geblieben, so liegt das Charakteristische gerade darin, daß die Handlung nicht zur wirklichen Ausübung geführt hat². Aber die Absurdität der Versuchsdefinition ist ohne jeden Einfluß auf die Praxis geblieben. Niemand ist es eingefallen, zu sagen, daß der Versuch nach Artikel IV des Rundmachungspatents straflos bleiben müsse, weil es keine dem § 8 entsprechende Versuchshandlungen gibt³. Man ist einfach über die unrichtige Kennzeichnung der Versuchshandlung hinweggegangen und hat jenen Versuchs begriff akzeptiert, der dem Sprachgebrauch und der Theorie entspricht. Interessant ist es nun, daß sich auch der Entwurf des neuen Strafgesetzes den Fehler des geltenden zu eigen macht. Als Versuchstäter wird hier behandelt, „wer mit dem Vorsatz, eine strafbare Tat zu begehen, eine unmittelbar zu ihrer Ausübung führende Handlung vornimmt“. Die erläuternden Bemerkungen führen aus, daß es bei den großen gesetztechnischen Schwierigkeiten, die sich einer erschöpfenden Begriffsbestimmung des Versuchs entgegenstellen, zweckmäßig erscheine, den Anschluß an das geltende Recht auch in der äußeren Form zum Teile beizubehalten. Auf diesem Wege könnten die bewährten Traditionen der Rechtsprechung erhalten werden,

¹ Die diesem Gefühl entspringende Angst vor neuen Gesetzen spielt in der Praxis eine große Rolle. So hat man sich in Oesterreich in den neunziger Jahren vor dem mündlichen Zivilprozeß (vgl. Spiegel, Verwaltungsrechtswissenschaft, S. 204) und ein Jahrzehnt später vor dem allgemeinen Wahlrecht ganz unnötig gefürchtet. In der augenblicklich lebhaft diskutierten Frage der Abschaffung der Todesstrafe ist es gleichfalls die Angst, die mehr als alle sonstigen Erwägungen die Reihen der Anhänger der Todesstrafe verstärkt. Jung, Problem, S. 161, erwähnt die Befürchtungen, die man in Preußen an die Abschaffung der Folter knüpfte. Andererseits knüpfen sich freilich auch mitunter übertriebene Hoffnungen an ein neues Gesetz.

² Jankó-Kallina, Das österr. Strafrecht, S. 124: „Die tatsächliche Beziehung zwischen Handlung und Verbrechenserfolg, welche das Gesetz wörtlich verlangt, besteht in keinem Versuchsfalle . . . Das Gesetz würde also, wörtlich genommen, den strafbaren Versuch, den es doch gerade behauptet und bezeichnen will, ausschließen.“

³ Auch in anderen Hinsichten wird durch die Auslegung ungeachtet des Satzes nullum crimen sine lege über den Wortlaut des Gesetzes hinausgegangen, so, indem § 89 StG. (boshafte Beschädigungen oder Störungen am Staatstelegraphen) auf Telephonanlagen ausgedehnt wird. (Vgl. unten: „Zur Lückenlehre.“) Vgl. auch Kraus in Grünhuts Zeitschr., 32. Bd., S. 627 (Bestrafung von Unterlassungsdelikten trotz mangelnder Ursachlichkeit) und Jung, Problem, S. 184.

weil für die Auslegung des neuen Gesetzes auch der Vergleich mit dem geltenden Rechte sehr maßgebend sein werde¹. Es kommt hier zweifellos ein richtiger Gedanke zum Ausdruck. Die Fehler des geltenden Gesetzes sind durch die Anwendung gewissermaßen amortisiert, während die Wirkungen einer neuen Textierung nicht vorhergesehen werden können.

Diese Beobachtung führt aber auch zu der Erkenntnis, daß die Wirkung eines Gesetzes nicht von seinem Text allein abhängt. Gewiß ist der Gesetzestext von hervorragender Bedeutung. Es wäre ganz verfehlt, ihn sorglos zu behandeln, weil sich ja die Dinge ohnedies nach ihren inneren Gesetzen entwickeln und weil ein unbequemes Gesetz einfach beiseite geschoben wird. Das wäre das andere Extrem, das ebenso falsch ist, wie die Annahme, daß das Gesetz der alleinige Faktor ist, von dem das geltende Recht abhängt. Die Wahrheit liegt wie so oft auch hier in der Mitte. Unter den das Rechtsleben bestimmenden Faktoren nimmt das Gesetz zwar eine hervorragende Stelle ein, aber es ist eben nur ein Faktor neben manchen anderen. Schon die Tatsache, daß ein und dasselbe Gesetz in verschiedenen Staaten² und zu verschiedenen Zeiten verschieden angewendet wird, belehrt uns darüber, daß der Zustand des lebendigen Rechts nicht auf das Gesetz allein zurückzuführen ist. Man wird dieser Erscheinung nicht gerecht, wenn man sagt, die Rechtsprechung weiche vom Gesetze ab oder sie widerspreche gar dem Gesetze, sie setze sich über das Gesetz hinweg. Damit konstatiert man nur ganz grobe, in die Augen springende Gegensätze zwischen dem Gesetz und dem tatsächlich angewendeten Recht und erweckt den Anschein, als würde es sich in solchen Fällen immer nur um unerfreuliche, pathologische Zustände handeln. Auch ist es unzutreffend, den Nachdruck auf die Rechtsprechung zu legen, als ob das wirkliche Recht nur im Gerichtssaal zu finden wäre. Die Rechtsprechung ist doch nur ein kleiner Ausschnitt aus der Rechtsübung. Man kommt dem richtigen Sachverhalt auch nicht näher, wenn man, wie es die Theorie zu tun liebt, dem Gesetzesrecht als eine hiervon scharf geschiedene Masse das Gewohnheitsrecht gegenübergestellt und dieses nach irgendwelchen stereotypen Merkmalen charakterisiert³. Da ergibt sich dann leicht der Satz, daß das Gesetz die höhere Rechtsquelle sei und daß sich Gewohnheitsrecht contra legem überhaupt nicht, praeter legem aber nur nach Zulass des Gesetzes bilden dürfe.

¹ Nr. 90 Beil. zu den sten. Prot. d. Herrenhauses, 21. Sess. 1912. § 13 Entw. Erläuternde Bemerkungen S. 38. Der Entwurf setzt es sich zur Aufgabe, „die für den Umfang der Strafbarkeit grundlegenden Begriffe des Strafrechts“ zu umschreiben, „wenn auch erschöpfende Begriffsbestimmungen nicht gegeben werden können.“ (S. XI). Das ist vollständig richtig. Nur folgt daraus, daß der § 1 (Von den Gerichten darf nur bestraft werden, wer eine Handlung begeht, die ein Gesetz mit Strafe bedroht) eum grano salls zu verstehen ist.

² Auch im selben Staat ist eine örtlich verschiedene Gesetzesauslegung möglich, wenn nicht durch eine einheitliche Gerichts- und Behördenorganisation die Gleichmäßigkeit gewährleistet wird.

³ Vgl. Verwaltungsrechtswissenschaft S. 176 ff.

Diese Auffassung beruht auf einer ganz falschen Beobachtung. Das ungeschriebene Recht entwickelt sich nicht notwendig in scharfem Gegensatz zum Gesetz, sondern es ist schon da, wenn das Gesetz erscheint. Wer immer einen Gesetzentwurf verfaßt, hat ganz bestimmte Rechtsanschauungen, die er doch nur unvollkommen in das Gesetz hineinarbeitet, und ebenso treten diejenigen, an die sich das Gesetz wendet, mit ihren Rechtsanschauungen an die Lektüre des Gesetzes heran oder sie sind wenigstens durch ihre Denk- und Anschauungsweise dazu disponiert, den Text in einer bestimmten Weise zu lesen und zu verstehen. Es handelt sich da nicht etwa bloß um die Auslegung undeutlicher Bestimmungen des Gesetzes, obzwar sich auch schon hier zeigt, daß ein außerhalb des Gesetzes befindlicher Faktor auf die Gestaltung des Rechts einwirkt. Auch ganz klare gesetzliche Bestimmungen werden ohne das geringste Bedenken den herrschenden Anschauungen angepaßt. Es laufen hier also Auslegungen secundum und contra legem parallel.

Einige Beispiele! Wenn es das allgemeine Beste erheischt, muß nach § 365 abGB. ein Mitglied des Staates gegen eine angemessene Schadloshaltung selbst das vollständige Eigentum einer Sache abtreten. Enteignet können also werden Mitglieder des Staates. Wenn man zu ihnen nicht bloß die Staatsbürger, die ganz unzweifelhaft „Mitglieder des Staates“ sind, sondern auch die im Staatsgebiet befindlichen juristischen Personen zählt, so mag man damit die undeutliche Ausdrucksweise des Gesetzes präzisieren. Wenn man aber, wie wir es für ganz selbstverständlich halten, auch *Ausländer* expropriert, so geht man über den klaren Text des Gesetzes hinaus, mag man sich noch so sehr auf die Absicht des Gesetzgebers berufen können. Denn es ist doch herrschende Lehre, daß es nur darauf ankommt, was das Gesetz sagt, und nicht, was es möglicherweise sagen wollte. Wenn also ein Rechtsatz zur Anwendung kommt, der nicht im Gesetze selbst steht, sondern von dem nur mit größerer oder geringerer Sicherheit angenommen wird, daß er dem Willen des Gesetzgebers entspricht, so gehört dieser Rechtsatz eben dem ungeschriebenen Recht an. Die Frage, ob physische und juristische Personen und ob Inländer und Ausländer gleich zu behandeln sind, spielt auch bei der Auslegung des Staatsgrundgesetzes über die allgemeinen Rechte der „Staatsbürger“ eine große Rolle. Die eine Bestimmung ist wirklich bloß auf Staatsbürger zu beschränken, eine andere auch auf juristische Personen auszudehnen, während bei einer dritten die staatliche Zugehörigkeit überhaupt nicht in Betracht kommt, so daß die Ausländer den Inländern gleichgestellt werden. Auch abgesehen davon ist das genannte Staatsgrundgesetz ein gutes Beispiel dafür, wie viel mitunter nicht im Gesetze steht. Wüßten wir nicht aus der Verfassungsgeschichte, was die einzelnen Freiheitsrechte bedeuten: der Text unseres Gesetzes würde uns sehr wenig Aufschluß gewähren. Die schlagwortartige Formulierung der Freiheitsrechte ist eben nur so zu erklären, daß das, was die konstitutionelle Doktrin fordert, vom Gesetz als bekannt vorausgesetzt wird. Da aber Schlagworte immer nur innerhalb gewisser Grenzen zutreffen, so erfordert jeder einzelne Artikel des Staatsgrundgesetzes eine sorgfältige Auslegung. Bald

ist er zu eng, bald zu weit gefaßt. Mitunter enthält er eine schroff hingestellte Regel, die aber, ohne daß das Gesetz es zu sagen für nötig findet, verschiedene Ausnahmen erleidet. Kurz, wer sich auf das, was im Staatsgrundgesetz steht, verlasse und seine Bestimmungen wörtlich nähme, würde sich das wirkliche Recht ganz verkehrt vorstellen. Auch die Frage, ob das Staatsgrundgesetz sofort eine Änderung des früheren Rechtszustandes herbeigeführt oder nur Prinzipien aufgestellt hat, die noch eines Ausführungsgesetzes bedürfen, wird für die verschiedenen Artikel verschieden beantwortet. Während z. B. der Auswanderungsfreiheit sofortige Geltung zugesprochen wurde, obzwar ein Gesetz, welches den Verlust der Staatsbürgerschaft regelt, nicht nur nützt, sondern auch vom Staatsgrundgesetz geradezu in Aussicht gestellt worden ist, wird aus dem Grundsatz, daß der Genuß der bürgerlichen und politischen Rechte vom Religionsbekenntnis unabhängig ist, nicht die Konsequenz gezogen, daß das Ehehindernis der Religionsverschiedenheit hinfällig geworden ist¹. Diese eigentümliche Erscheinung läßt sich nur so erklären, daß das Gesetz von vornherein in einer bestimmten Weise verstanden wurde, und hiefür waren eben die Rechtsvorstellungen der Gesetzesverfasser und der Gesetzesadressaten maßgebend.

Besonders deutlich läßt sich das an dem ersten Satz unseres Wehrgesetzes demonstrieren: „Die Wehrpflicht ist eine allgemeine und muß von jedem Staatsbürger persönlich nach den Bestimmungen dieses Gesetzes erfüllt werden.“ Es unterliegt keinem Zweifel, daß das Wort „Staatsbürger“ hier wörtlich zu nehmen ist. Die Wehrpflicht trifft nur physische Personen und zwar die österreichischen Staatsbürger, oder — wenn wir berücksichtigen, daß gleichartige Gesetze auch in Ungarn und Bosnien gelten — die Wehrpflicht trifft alle österreichischen und ungarischen Staatsbürger und alle bosnisch-herzegovinischen Landesangehörigen. Diese staatliche Zugehörigkeit ist aber nach den §§ 14 und 15 des Wehrgesetzes auch eine Voraussetzung für den freiwilligen Eintritt in die Wehrmacht. Die allgemeinen Eintrittsbedingungen sind nämlich Staatsbürgerschaft, geistige und körperliche Eignung und ein Alter von mindesten 17 Jahren. Wäre nun das Gesetz allein maßgebend, so könnte es keinem Zweifel unterliegen, daß auch Frauen wehrpflichtig und zum freiwilligen Eintritt in die Armee berechtigt sind. Ihre Wehrpflicht könnte man vom Standpunkt des Gesetzes nur dann in Abrede stellen, wenn man unter den Staatsbürgern des § 1 bloß männliche Staatsbürger versteht, den „Staatsbürgern“ also die Staatsbürgerinnen gegenüberstellen wollte. Es wäre das sicherlich ganz falsch. Denn sonst dürfte man ja auch das Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger nicht auf die Staatsbürgerinnen

¹ Und doch bereitet die staatsgrundgesetzlich zugestandene Glaubens- und Gewissensfreiheit und die damit im Zusammenhang stehende Möglichkeit der Konfessionslosenerklärung bei der Auslegung der Worte „Christen“ und „Personen, welche sich nicht zur christlichen Religion bekennen“, große Schwierigkeiten. In beiden im Text erwähnten Fällen ist bezeichnenderweise gerade die vom juristischen Standpunkt unbestimmte Interpretation gewählt worden.

beziehen. Allein selbst diese schwache Handhabe versagt bei den §§ 14 f. Denn hier wird als Eintrittsbedingung nicht die Eigenschaft eines Staatsbürgers, sondern Staatsbürgerschaft hingestellt, und diese kommt ganz zweifellos auch den Frauen zu. Auch darauf kann man sich nicht berufen, daß den Frauen die nötige geistige oder körperliche Eignung zum Heeresdienste fehlt. Denn die Frage der Eignung wird doch erst auf dem Affentplatz erledigt. (§ 16.) Das Gesetz selbst spricht sich über die Eignung der Staatsbürger überhaupt nicht aus. Es gibt keine Klasse von Staatsbürgern, die von vornherein ungeeignet wäre. Die Frauen wären also nach dem Gesetze wenigstens stellungspflichtig¹. Wenn es uns trotzdem nicht einfällt, sie für stellungspflichtig zu erklären, so bringen wir damit eine Rechtsüberzeugung zur Geltung, die so stark ist, daß sie durch einen allgemein lautenden Satz des geschriebenen Rechts nicht entkräftet werden kann. Wir sagen nicht: Frauen sind wehrpflichtig, weil sie das Gesetz von dieser allgemeinen staatsbürgerlichen Pflicht nicht befreit, sondern wir schließen gerade umgekehrt: Frauen sind nicht wehrpflichtig, weil es das Gesetz unterlassen hat, sie expressis verbis für wehrpflichtig zu erklären. Wir dürfen uns aber über den logischen Fehler dieser Schlussfolgerung nicht täuschen. Denn mit demselben Recht könnten etwa die Adelligen ihre Wehrpflicht leugnen, weil ja von ihnen im Wehrgesetz auch nicht die Rede ist. Die Wahrheit ist vielmehr die, daß die Freilassung der Frauen von der Wehrpflicht ein Satz des ungeschriebenen Rechts ist und daß wir uns in der Anwendung dieses Rechtsfaktes durch den Text des Gesetzes nicht beirren lassen, oder richtiger ausgedrückt, daß uns der Gegensatz zwischen geschriebenem und ungeschriebenem Recht gar nicht einmal zum Bewußtsein kommt².

¹ In § 24 der Wehrvorschriften, 1. Teil, also in einer Verordnung, wird bestimmt, daß in die von den Matrikenführern für Stellungszwecke anzufertigenden Auszüge Personen männlichen Geschlechts einzutragen sind. Hier wird also davon ausgegangen, daß nur Männer wehrpflichtig sind. Schmid, Das Heeresrecht der österr.-ungarischen Monarchie, S. 39, definiert ohne Berufung auf eine Gesetzesstelle die allgemeine Wehrpflicht als die „kraft des Gesetzes allen männlichen Staatsbürgern obliegende Verpflichtung zum Eintritt in das Heer.“ Das Kriegsleistungsgesetz vom 26. Dezember 1912 Nr. 236 RGBL. legt in § 4 die Pflicht zu persönlichen Dienstleistungen für Kriegszwecke ausdrücklich allen arbeitsfähigen männlichen Zivilpersonen auf, die das 50. Lebensjahr noch nicht zurückgelegt haben.

² Ein anderes Beispiel: Die Morddefinition (Wer gegen einen Menschen in der Absicht, ihn zu töten usw.) paßt auch auf den Selbstmord. Solange auch dieser im Strafgesetz behandelt wurde, war die einschränkende Auslegung der Morddefinition zur Vermeidung eines Widerspruchs geboten. Heute entspringt sie nur unserem Rechtsgefühl und unserer Rechtserschaffung. (Vgl. Rittler in der Schweiz. Ztschr. f. Strafrecht, 13. Bd. S. 238 f. Nach dem Entwurf § 285 ist Mörder, „wer einen anderen tötet“. Dasselbst auch ein Delikt „Teilnahme am Selbstmord“ § 290.) — Mitunter nimmt das Gesetz selbst auf eine ungeschriebene Rechtsnorm Bezug, so die Diätengesetze vom 7. Juni 1861 Nr. 63 RGBL. und vom 19. März 1874 Nr. 22 RGBL., welche den Reichsratsabgeordneten die Reisekosten für die Fahrt nach und von Wien zuerkennen. Hier sowie im Gesetz vom 11. März 1875

Was ich nun hier an einem krassen Fall gezeigt habe — es ist ja begreiflich, daß man sich für Demonstrationszwecke die dankbarsten Objekte aussucht —, das trifft auch in unzähligen anderen Fällen zu. Der Jurist arbeitet unausgesetzt am Gesetz herum. Er formuliert Regeln und Ausnahmen, er interpretiert einschränkend und ausdehnend, er beruft sich das eine Mal auf den „Geist des Gesetzes“, auf die „Natur der Sache“, während er in einem anderen Fall wiederum glaubt, den Buchstaben des Gesetzes ohne Rücksicht auf seine Konsequenzen zur Geltung bringen zu müssen. *Lex dura, sed ita scripta!* Und schließlich handelt es sich immer nur darum, geschriebenes und ungeschriebenes Recht miteinander in Einklang zu bringen. Eine große Menge von Rechtsvorstellungen lebt in uns, die wir an das Gesetz heranbringen und nicht aus ihm selbst entnehmen. Man hat in neuester Zeit das Verfahren der Juristen, das ich zu kennzeichnen versucht habe, nicht nur analysiert, was ich für ganz richtig und erspriesslich halte, sondern auch getadelt¹. Dieser Tadel ist aber nur zum Teil berechtigt. Er trifft nur insofern zu, als sich der Jurist sein Verhältnis zum Gesetz nicht klar macht und in dem Glauben unverbrüchlicher Gesetzestreue befangen ist. Aber unrichtig ist es, das Auslegungsverfahren als willkürlich hinzustellen, wie wenn der Ausleger seine individuellen Anschauungen denen des Gesetzes gegenüberstellte². Es handelt sich gar nicht um den Gegensatz zwischen dem Gesetz und dem einzelnen Menschen, sondern dem Gesetz stehen die Anschauungen der Bevölkerung gegenüber, wenn auch möglicherweise die Bevölkerung selbst in verschiedene Lager geteilt ist. Nicht immer sind alle eines Sinnes, wie in der Frage der Frauenwehrpflicht. Oft sind verschiedene Parteien, verschiedene Gesellschaftsschichten verschiedener Ansicht. Dann ist aber auch die Gesetzesauslegung keine gleichmäßige, keine einheitliche, und es kommt darauf an, welche Auslegung eben die herrschende ist³. Die unangenehmsten und un-

Nr. 23 RGBL. wird eben als selbstverständlich vorausgesetzt, daß der Reichsrat in Wien tagt. Lejner, Die Volksvertretung, S. 441, meint allerdings: „Die Einberufung nach Wien ist nur Übung, nicht Recht.“ Verfassungsmäßig dürfte der Reichsrat auch anderswohin berufen werden (S. 635). Man stelle sich aber nur vor, daß eine Regierung darauf verfiel, den Reichsrat abwechselnd nach Wien, Prag und Lemberg einzuberufen. Es würde das sicherlich von den betroffenen Kreisen als Rechtsverletzung und von Tschechen und Polen als willkommene Rechtsänderung empfunden werden. Die Einberufung nach Wien ist Rechtsübung, ungeschriebenes Recht. Vgl. ferner das böhmische Landesgesetz vom 24. Juni 1890 Nr. 46 RGBL., welches von „sogenannten Minoritätsschulen“ spricht, also eine Einrichtung akzeptiert, die nur durch die Praxis geschaffen wurde und somit dem ungeschriebenen Recht entstammt.

¹ Vgl. die oben S. 28 bezogene Literatur.

² Das kann natürlich auch vorkommen, spielt aber eine verhältnismäßig untergeordnete Rolle. Vgl. auch oben S. 45.

³ Nicht für ganz glücklich halte ich es, wenn Lutz (Festschrift für Paul Laband, 1. Bd. S. 401) von einer sozialen Durchschnittsauffassung spricht. Wenn einander Auffassungen schroff gegenüberstehen, gibt es keinen „Durchschnitt“. Es ringt sich eine Auffassung zur Herrschaft durch oder es behauptet sich eine der verschiedenen Auffassungen. In der

fruchtbarsten juristischen Kontroversen beziehen sich auf solche Fragen, wo die bewusste oder unbewusste Parteizugehörigkeit des Auslegers seine Stellungnahme beeinflusst und erklärt¹.

Wir sehen also, daß geschriebenes und ungeschriebenes Recht nebeneinander vorkommen, daß das Gesetz niemals in einen luftleeren Raum eintritt, sondern stets eine Verbindung mit dem ungeschriebenen Recht eingeht, in der es sich nicht unverfehrt behauptet. Zu diesem Nebeneinander kommt nun noch das viel deutlichere und darum auch bekanntere *Nebeneinander*. Das Recht ist, wie jede soziale Erscheinung, einem unaufhörlichen Wechsel unterworfen, und dieser Wechsel kommt in der niemals abschließenden und kaum je aussehenden Gesetzgebung nur unvollkommen zum Ausdruck. Denn die Gesetzgebung arbeitet ruckweise, stoßweise, während die Rechtsentwicklung keine Intervalle kennt und verträgt. Daraus ergibt sich schon, daß sich der Gegensatz zwischen geschriebenem und ungeschriebenem Recht während der Geltungsdauer eines Gesetzes verschärft², daß die Rechtsübung mit der Zeit immer mehr vom Gesetz abweicht, daß sie dem Gesetz mitunter über den Kopf wächst. Der Wege, auf denen diese Rechtsübung zu finden ist, gibt es mancherlei. Es kommen in Betracht der Rechtsverkehr und die öffentliche Verwaltung, die Rechtsprechung und die behördliche Praxis, die juristische Literatur und die große Zahl der staatlichen Anordnungen minderen Ranges, nämlich die

Sache selbst dürfte Lukas, auf dessen Ausführungen unten (S. 100 ff.) näher eingegangen werden wird, derselben Meinung sein wie ich.

¹ Nach § 122 d StG. begehrt Religionsstörung, „wer Unglauben zu verbreiten oder eine der christlichen Religion widerstrebende Irrlehre auszustreuen sucht“. Das Gesetz vom 25. Mai 1868 Nr. 49 RGBl. erklärt „die Verfügungen des § 122 lit. c und d StG., womit derjenige, welcher . . . eine der christlichen Religion widerstrebende Irrlehre auszustreuen sucht, eines Verbrechens schuldig erklärt wird“, für aufgehoben. In dem mit „womit“ beginnenden Relativsatz sind die Worte „Unglauben zu verbreiten“ nicht enthalten. Infolgedessen besteht Streit darüber, ob die ganze lit. d aufgehoben ist oder bloß der zweite mit „oder“ beginnende Teil. (Vgl. F i n g e r, Das [österreich.] Strafrecht, 2. Aufl., 2. Bd., S. 462 ff.) Entscheidend ist hier die Bedeutung des „womit“. Heißt „womit“ so viel wie „insoweit“? Ist also „womit“ einschränkend zu verstehen? Sicherlich eine rein philologische Frage und eigentlich sollte man Germanisten als Sachverständige zu Rate ziehen. Dagegen würden sich aber selbstverständlich die Juristen mit der Begründung verhalten, es komme nicht darauf an, wie die Sprachwissenschaft, sondern wie der Gesetzgeber selbst das „womit“ verstanden habe. *Grammatici non supra Caesarem!* Wieso kommt es aber, daß man mit ziemlicher Sicherheit annehmen kann, daß sich ein liberaler Jurist für die eine und ein klerikaler für die andere Auffassung des „womit“ entscheiden werde, obwohl das Sprachgefühl von der Weltanschauung ganz unabhängig ist?

² Ausnahmsweise kann allerdings auch das Umgekehrte eintreten, die Praxis kann sich mit der Zeit dem Gesetze selbst anpassen. Ein charakteristisches Beispiel bietet die Haftung für Bergschäden. Während man früher eine solche Haftung nur im Falle eines rechtswidrigen Verhaltens der Bergbautreibenden annahm, bringen gegenwärtig Literatur und Praxis die dem Berggesetze selbst zugrunde liegende Auffassung zur Geltung, daß es bloß auf die Verursachung des Schadens ankommt. (F r a n k l im Ost. StWB. 1. Bd. S. 472.)

Verordnungen, Ministerialerlässe, Normalien usw.¹ Daß die juristische Theorie das Recht nicht bloß feststellt, sondern geradezu *gestaltet*, so daß die gesetzlichen Anordnungen unter ihren Händen unversehens Änderungen erfahren, hat J u s t i n i a n richtig erkannt. Er hat darum verboten, Digestenkommentare zu schreiben und dadurch den Erfolg seiner Kodifikation zu sichern versucht². Sollte irgendetwas zweifelhaft sein, so werde der Kaiser selbst die richtige Entscheidung treffen, denn ihm allein sei die Auslegung gesetzlich gestattet³.

¹ Man kann hier allerdings nicht von *ungeschriebenem* Recht im wörtlichen Sinn sprechen. Aber ich verstehe hier eben unter „*ungeschriebenem* Recht“ alles das, was nicht Gesetzesrecht ist. — Lehrreiche Aufschlüsse über Differenzen zwischen Gesetz und Durchführungsverordnung, also über gesetzwidrige Bestimmungen von Durchführungsverordnungen sind dem Motivenbericht zum Wehrgesetz von 1912 zu entnehmen. Es ist daraus zu ersehen, daß es sehr leicht ist, den Satz aufzustellen, daß die Verordnung dem Gesetze nicht widersprechen dürfe, daß es aber mitunter schwer ist, diesen Satz zu befolgen. Bei der Aufteilung einer Materie auf Gesetz und Verordnung handelt es sich zunächst um einen Versuch. Die Durchführung lehrt erst, ob der Versuch gelungen ist. Eine Reihe von Bestimmungen des neuen Wehrgesetzes war schon *contra legem* vorher angewendetes Recht. Das neue Gesetz paßt sich dem gegenwärtigen gesetzwidrigen Zustand an, den es auf solche Weise saniert. Ein interessantes Beispiel für das „von oben“ geschaffene, aber nicht auf dem Gesetz selbst beruhende Recht bietet die Einrichtung unserer Grundbuchsmappen. Das Grundbuch besteht nach § 1 des GdbGes. aus dem Hauptbuch und aus der Urkundensammlung. Eine Mappe kennt das Gesetz nicht. Man sollte meinen, daß die Einführung von Mappen nur im Wege des Gesetzes möglich wäre. Handelt es sich doch im Grundbuchsrecht um rein formalrechtliche Bestimmungen. Tatsächlich sind aber die Mappen sozusagen von selbst entstanden und der (im RGBl. nicht publizierte) Ministerialerlass vom 11. April 1878 B. 3676 macht die Gerichte in naiver Weise darauf aufmerksam, „daß die Tragweite des § 74 des allg. GdbGes. sich in Ansehung der neuen Grundbücher dadurch geändert hat, daß nach der Einrichtung dieser Bücher die Mappe zu einem integrierenden Bestandteil des Grundbuchs geworden ist.“ (Vgl. R r a i n z - E h r e n z w e i g, System des österr. allg. Privatrechts, 5. Aufl., 1. Bd., S. 530, ferner R a n d a, Eigentumsrecht, 2. Aufl., 1. Hälfte, S. 463 u. 480.) In diesem Zusammenhang mag auch auf die Kriegeministerialverordnung vom 14. März 1861 Nr. 30 RGBl. hingewiesen werden, welche sich mit dem Wahlrecht der Militärpersonen, also mit einer Materie beschäftigt, deren Regelung der Verordnungsgewalt sicherlich nicht zusteht.

² I. 2 § 21 C. de vetero iure evocando 1, 17.

³ Das ist überhaupt die Auffassung der absolutistischen Zeit. So sagt R. S. J a c h a r i a e, Versuch einer allg. Hermeneutik des Rechts, 1805, S. 161 ff., daß das Recht zur Auslegung der Gesetze „ein Teil der gesetzgebenden Gewalt ist“. „Da die Auslegung der Gesetze allemal eine Art der Gesetzgebung selbst ist, so kann dieses Geschäft nicht einem jeden Beamten, sondern nur derjenigen Behörde übertragen werden, für welche die Abfassung der Gesetze selbst gehört.“ Eine Ausnahme gelte nur bezüglich der grammatischen Auslegung. Wenn allerdings die Gesetze unvollkommen sind, so sei es von Vorteil, auch die logische Auslegung den Rechtsgelehrten zu überlassen. „Denn so kann die Gesetzgebung eines Volkes unmerklich mit dem Geiste der Zeit, mit der Vervollkommnung der Rechtswissenschaft und mit den Veränderungen der Verfassung fortschreiten, so kann sie sich allmählich zu einem zweckmäßigen Ganzen runden, ohne daß sich der Staat den Gefahren, die er von einer plötzlichen Veränderung der Gesetze zu fürchten hat, auszusetzen brauchte.“

In gleicher Weise wurden noch vor hundert Jahren Kommentare zum bayrischen Strafgesetzbuch von 1813 verboten¹. Bei uns brauchte der Absolutismus ein solches Verbot nicht, weil die Einrichtung der Zensur die Literatur ohnedies in den von den Zentralstellen gewünschten Schranken hielt². Aber den Gefahren der Interpretation suchte Josef II. gerade so zu begegnen wie Justinian. Sein bürgerliches Gesetzbuch von 1786 erklärt niemand für berechtigt, sich einer „rechtskräftigen“ Auslegung anzumäßen und unter dem Vorwand eines Unterschieds zwischen den Worten und dem Sinne der Gesetze solche zu erweitern oder einzuschränken. Hat der Richter Zweifel, ob ein vorkommender Fall im Gesetze begriffen ist oder nicht, oder scheint ihm das Gesetz dunkel, so soll die Belehrung allezeit vom Landesfürsten gesucht werden. Schon unter Leopold II. wurde aber der schroffe Standpunkt wieder verlassen³, und das bürgerliche Gesetzbuch von 1811 verweist den Richter, wenn die Gesetzgebung gar keinen Anhaltspunkt für die Entscheidung eines Rechtsfalls gibt, auf die „natürlichen Rechtsgrundsätze“.

Halten wir uns von dem Irrtum frei, daß die Worte des Gesetzes für sich allein das Rechtsleben bestimmen, so werden wir nicht bloß die geltenden Gesetze, sondern auch die Entwürfe mit anderen Augen ansehen. Ich bemerkte nochmals, um Mißverständnissen vorzubeugen, daß ich durchaus nicht für ein lazes Vorgehen bei Verfassung von Gesetzentwürfen eintrete. Im Gegenteil: Die Schaffung eines Gesetzes gehört nach meiner Überzeugung zu den verantwortungsvollsten Aufgaben des öffentlichen Lebens. Wenn ich trotzdem darauf hinweise, daß man die Bedeutung des Textes nicht überschätzen darf, daß man sich immer dessen bewußt bleiben muß, von wie vielen, zum Teil unberechenbaren Faktoren die Wirkung eines Gesetzes abhängt, so tue ich es gerade im Interesse einer sorgfältigen, e r f o l g r e i c h e n Gesetzgebung⁴.

¹ Vgl. das Zitat in Savignys „Stimmen“ (Beruf S. 188). Sö n n e r allein durfte das Gesetz kommentieren.

² Der Denkweise des Polizeistaates entspricht es durchaus, daß man im Vormärz die Bestimmung des § 7 abGB. über das Naturrecht als eine Verweisung auf Z e i l l e r s Buch über das Naturrecht auffaßte. Vgl. S c h u s t e r, Theoretisch-prakt. Kommentar über das abGB., 1818, I. Bd. S. 156: „Der unerforschliche Vernunftkodex ist daher bei uns als ein Subsidiarrecht angenommen, und in dieser Absicht wird das vorgeschriebene Lehrbuch des Naturrechts jederzeit hauptsächlich von den Gerichtsstellen gewürdigt werden müssen.“

³ Vgl. unten in der Abhandlung über den *référé législatif*.

⁴ Würde ein Gesetz immer so wirken, wie es wirken will, dann wäre es immer erfolgreich. Dann wäre aber auch die Gesetzgebungskunst viel leichter, als sie es tatsächlich ist. In Wirklichkeit muß sich der Gesetzgeber nicht bloß die Frage vorlegen, welche Folgen die Bestimmungen des Gesetzes haben, wenn sie befolgt werden, sondern auch, ob und in welchem Maße sie Aussicht haben, befolgt zu werden. Genau die gleichen Fragen ergeben sich auch bei Verfassung von Verträgen und sonstigen Rechtsurkunden. Der einsichtsvolle Praktiker wird sich nicht bemühen, einen Text zu verfassen, der alle Zweifel ausschließt — denn das ist unmöglich —, sondern er wird trachten, die P r i n z i p i e n richtig zu formulieren, und im übrigen auf eine vernünftige Auslegung vertrauen. Wenn

Denn es gilt hier der Satz: *Incidit in Scyllam qui vult vitare Charybdim*. So löblich auch das Bestreben ist, ein Gesetz zu verfassen, welches keinem Zweifel Raum gibt, welches eindeutig und lückenlos ist, so kann doch die einseitige Verfolgung dieses Ziels leicht die gegenteilige Wirkung haben. Daß die Tendenz der Lückenlosigkeit dazu führt, die Bestimmungen des Gesetzes immer mehr zu häufen, versteht sich von selbst. In demselben Sinne wirkt aber auch die Besorgnis, das Gesetz werde mißverstanden werden oder zu Zweifeln Anlaß geben. Um nur ja nicht verschiedene Deutungen zu ermöglichen, wird das Gesetz immer wortreicher, seine Bestimmungen werden immer zahlreicher, immer detaillierter. Und der Erfolg ist das genaue Gegenteil von dem, den man herbeiführen wollte¹. Denn je mehr Bestimmungen ein Gesetz enthält, desto mehr bedarf es der Auslegung, desto größer wird darum auch die Wahrscheinlichkeit, daß die Auslegung an die Stelle des Gesetzes tritt, daß sich Rechtsfälle zur Geltung bringen, die dem Gesetze widersprechen. Es ist ja ganz klar, daß die Gefahr der Grenzstreitigkeiten um so größer ist, je länger die Grenzlinien sind und je komplizierter sie verlaufen. Aufgabe des Gesetzes ist es, Grenzen zu ziehen, Schranken aufzurichten, und je komplizierter und detaillierter es ist, desto zahlreicher sind darum die Zweifel, zu denen es Anlaß gibt. Wenn nun ein sorgfältig vorbereitetes Gesetz, das mit aller Energie Vollständigkeit und Deutlichkeit anstrebt, dieses Ziel nicht erreicht, so wird dieser Mißerfolg leicht darauf zurückgeführt, daß es immer noch zu wenig des Guten getan hat, immer noch zu wenig Paragraphen, zu wenig Anordnungen enthält. Dann trachtet man das nächste Mal den Rekord zu schlagen, das Gesetz wird immer länger, immer wortreicher und — immer undeutlicher und schlechter². Man bewegt sich also auf einer schiefen Ebene. Das ist nun die Krankheit, an der wir leiden. Unsere Gesetze sind mißgestaltet, hypertrophisch. Wir finden uns in ihrem Labyrinth nicht mehr zurecht. Ein Übermaß von Normen stürmt mit jedem neuen Gesetz auf uns ein, und, je weniger wir diesem Ansturm gewachsen sind, desto größer wird natürlich die Gefahr, daß sich das Gesetz nicht durchsetzt, daß gar viele seiner Bestimmungen auf dem Papier stehen bleiben oder in der Anwendung eine veränderte Gestalt erhalten. Der Bogen ist zu straff gespannt: das Gesetz hat sich zu viel zugemutet und büßt dadurch an seiner Wirkungsfähigkeit erheblich ein. Mit der Tendenz, das Gesetz möglichst

die Wahrnehmung gemacht worden ist, daß die schlechtesten Testamente von Juristen (als Erblassern) herrühren, so ist das nur darauf zurückzuführen, daß der Rechtskundige, der über seinen Nachlaß verfügt, alle Quellen des Zweifels verstopfen will, deshalb die Bestimmungen häuft und erst recht Zweifel verschuldet, während der naive Testator seinen Willen schlicht und infolgedessen leichter erkennbar formuliert. — Ganz oder teilweise erfolglose Gesetze hat es auch zur Zeit des Absolutismus gegeben, z. B. die Verfügungen Josephs II. über das Beerdigungswesen. Draßliche Beispiele aus der neueren Zeit liefern die Gemeindegesetze und die Anordnungen über die Gewerbegeoffenschaften.

¹ Selbstverständlich können sich auch bei zu großer Kürze des Gesetzes die gleichen Mißstände ergeben: *Breviis esse laboro, obscurus flo.*

² Als Paradigma kann in gewisser Hinsicht unsere Gewerbegesetzgebung dienen. Prager Untersuchungen. Heft 1: Spiegel.

eindeutig zu formulieren, hängt eine zweite zusammen, die in gleicher Weise geeignet ist, das Gesetz unübersichtlich und unpraktikabel zu machen, die Spezialisierungs- oder Differenzierungstendenz. In dem Bestreben, alle erdenklichen Umstände zu berücksichtigen, jeden möglichen Fall in der gerechtesten oder billigsten Weise zu entscheiden, wird das Gesetz immer redseliger und weit-schweifiger¹. Entweder stellt es eine Reihe von Regeln nebeneinander auf, oder es enthält so viel Ausnahmen von der Regel und dann wieder Ausnahmen von den Ausnahmen, daß diejenigen, an die es sich wendet, nicht mehr ein und aus wissen und sich vom Gesetz emanzipieren, und so wird auch hier wieder die redliche Absicht des Gesetzes vereitelt: anstatt alle Anforderungen zu befriedigen, bleibt es selbst hinter den e r r e i c h b a r e n Zielen zurück.

Wenn ich nun als letzte Ursache dieses unerfreulichen Zustands die falsche Annahme bezeichne, daß das Gesetz allein das Rechtsleben zu bestimmen vermöge oder, was dasselbe bedeutet, daß wir das geltende Recht irrtümlich mit dem Gesetzesrecht identifizieren, und wenn ich damit einen Vorwurf gegen unsere Rechtswissenschaft erhoben habe, so muß ich nun allerdings, um gerecht zu sein, erwähnen, daß sich die schlechtesten Gesetze gerade auf Gebieten finden, die von der Rechtswissenschaft vernachlässigt werden. Unsere Justizgesetze sind weit besser als die Verwaltungsgesetze, zu denen natürlich auch die Finanzgesetze zu zählen sind. Ich möchte damit nicht sagen, daß der Tiefstand der Verwaltungsrechtswissenschaft an den Mängeln der Verwaltungsgesetze schuld ist. Das wäre doch eine zu voreilige Schlussfolgerung. Eher dürfte das Entgegengesetzte zutreffen: Die Hypertrophie der Verwaltungsgesetzgebung schreckt von der wissenschaftlichen Durchforschung ihrer Normen ab. Wie dem aber auch sei: Tatsache ist, daß gerade die Verwaltungsgesetze am ärgsten gegen die Gebote einer vernünftigen Normgebung sündigen. Ich brauche zum Belege dafür nur an unser Gebührenrecht zu erinnern, welches derart verwickelt und detailliert ist, daß kaum jemand behaupten kann, seine Bestimmungen genau zu kennen. Wir haben einen großen Beamtenkörper, der sich ausschließlich mit der Gebührenbemessung beschäftigt. Aber jeder einzelne Gebührenbeamte beherrscht doch nur einen kleinen Teil dieses Rechtsgebiets. Man würde gar nicht glauben, wieviel dazu gehört, auch nur einige Tarifposten des Gebührengesetzes tabellos zu handhaben². Die Zahl der Vorschriften ist hier geradezu Legion, und sie wächst von Jahr zu Jahr in

¹ D a f ü r möchte ich allerdings unsere parlamentarischen Institutionen mitverantwortlich machen. Die Abgeordneten suchen den verschiedenartigsten Interessen gerecht zu werden, sie wollen für ihre Wähler etwas erzielen und drängen auf die Spezialisierung des Gesetzes.

² Ist es nicht eine Kraftverschwendung, wenn es bei den Gebührenämtern besondere „Konvertierungsreferenten“ gibt oder wenn die Handhabung des Gesetzes über die Gebührenbefreiung von Gemeindeforderungen (25. März 1902 Nr. 70 RGBl.) eine intensive Verwaltungstätigkeit erfordert? Hier handelt es sich nicht einmal darum, dem Staat Einnahmen zu verschaffen, sondern im Gegenteil um die Verminderung dieser Einnahmen.

erschreckendem Maße. Hier wird einmal ein großer Rehrbesen kommen müssen, der all den unnützen Kleinkram mit den haarspalterischen Auslegungen, die daran hängen, wegfegt und auf solche Weise einen erträglichen Rechtszustand ermöglicht. Wenn der Staat dadurch Einnahmen verlieren wird, so wird dieser Verlust durch die Ersparung von Verwaltungsauslagen zu einem erheblichen Teil wieder wettgemacht werden.

Wollen wir uns über die Ursachen klar werden, warum unsere Gesetze immer detaillierter und komplizierter werden, so müssen wir übrigens auch berücksichtigen, daß das Rechtsleben nur ein Teil des sozialen Lebens überhaupt ist, und wir dürfen darum die Beziehungen und Zusammenhänge mit den übrigen Faktoren nicht übersehen. Und da läßt es sich nun nicht leugnen, daß das Bestreben, die Gesetze so exakt als möglich zu formulieren, zugleich eine Äußerung des Genauigkeitsbedürfnisses ist, das unsere Zeit kennzeichnet. Wir sind viel genauer als unsere Väter und Großväter waren, und zwar aus verschiedenen Gründen. Die dichte Bevölkerung unserer Städte und das reiche Tagesprogramm, das wir abzuwickeln haben, zwingen uns zu genauen Raum- und Zeitangaben¹. Die Geldwirtschaft, die immer mehr die Alleinherrschaft

¹ Auf das Bedürfnis nach genauer Abgrenzung der Grundstücke ist ja die bereits erwähnte Einrichtung der Grundbuchsmappen zurückzuführen. Allenthalben besteht das Bestreben, die ehemals beliebten natürlichen Grenzen durch künstliche zu ersetzen, was nichts anderes bedeutet, als, daß man sich mit minder genauen Abgrenzungen, wie sie die Natur meist bietet, nicht mehr begnügt. — Das Gesetz schreibt die Durchführung der Volkszählung nach dem Stande vom 31. Dezember vor. Diese Zeitangabe genügt uns nicht. Die Stichtzeit darf nicht einen ganzen Tag umfassen. Darum wird in den Durchführungsvorschriften auf die Mitternacht des 31. Dezember Gewicht gelegt. (Vgl. M a y r h o f e r v. G r ü n b ü h e l, Die Volkszählung in Österreich, 1898, S. 61.) Besonders charakteristisch ist die Geschichte der Anordnung einer Tagssatzung darin, daß den Parteien Tag, Stunde und Ort zum Erscheinen bestimmt werden. Hierzu erließ 1784 (Nr. 336 JGS.) folgende Resolution: „Da der § 29 (recte 19) der Gerichtsordnung k l a r v e r m a g, wienach bei Anordnung einer Tagssatzung der Partei Tag, Stunde und Ort zum Erscheinen bestimmt werden müsse, soll jeder Partei d i e g a n z e b e s t i m m t e S t u n d e zugute gelassen, folglich sie nur dann ausgeblieben zu sein geachtet werden, wenn sie in der g a n z e n ihr zur Erscheinung bestimmten Stunde sich nicht eingefunden hätte.“ Es handelt sich hier zwar um eine authentische, aber immerhin bloß um eine Interpretation des Gesetzes: Da dieses von der S t u n d e des Erscheinens spricht, so steht der Partei eine ganze Stunde zur Verfügung. Ist die Tagssatzung auf 8 Uhr angeordnet, so erscheint die Partei rechtzeitig, solange die achte Stunde nicht vorbei ist, solange es also nicht 9 geschlagen hat. 8 Uhr ist es so lang, bis es 9 Uhr ist. Diese gemüthliche Auffassung hat nicht bis zur neuen Zivilprozessordnung vorgehalten. Es wurde darum in den letzten Jahrzehnten der Geltung der Josephinischen Gerichtsordnung die Bestimmung der Resolution einfach dahin verstanden, daß man zu der im Tagssatzungsbescheid angegebenen Stunde eine weitere hinzuzählen müsse. Wollte der Richter, daß die Parteien um 9 Uhr erscheinen, so setzte er die Tagssatzung eben auf 8 Uhr fest. Er trug auch kein Bedenken, die Tagssatzung etwa auf ½9 (lies ½10) Uhr anzuordnen, obwohl das dem Gesetz widersprach. Denn diesem zufolge ist die „Stunde“ eine bestimmte, nicht weiter zu teilende

erlangt, ermöglicht und veranlaßt exakte Wert- und Preisberechnungen. Die Fortschritte der Naturwissenschaften und die damit zusammenhängende Entwicklung der Technik führen zu präzisen Messungen von Naturkräften und Naturerscheinungen, die man ehemals nur gefühlsmäßig oder nach dem Augenmaß gewertet hat. So ist es eigentlich eine auffallende Ungenauigkeit, wenn man heute von einem warmen Abend spricht, ohne zu sagen, in welcher Minute man die Temperatur festgestellt und wie viel Grad man vom Thermometer abgelesen hat. Diese beiden Momente, das soziale und das wissenschaftliche, verstärken sich gegenseitig. Die wirtschaftlichen Verhältnisse haben zur Maschinenarbeit geführt, und die Maschine erzieht den Arbeiter zu genauer Beobachtung und ökonomischer Zeitausnutzung. Die Fahrpläne der Eisenbahnen nötigen die Bevölkerung, mit der Minute zu rechnen, so daß ein moderner Horaz nicht den Rat geben dürfte: *Carpō diō m*, sondern „nütze die Minute aus“. Es ist darum begreiflich, daß auch unsere Gesetze im Laufe der Zeit genauer geworden sind, und sicherlich können wir auch weit genauere Gesetze vertragen als unsere Vorfahren. Aber doch nur bis zu einem gewissen Grade!¹ Denn das Gesetz ist keine Maschine und wirkt nicht wie eine Maschine. Die Wirkungen, die es erzielen will und erzielt, gehen durch das Individuum hindurch oder richtiger durch eine große Zahl von verschieden gestalteten, verschieden reagierenden Individuen. Alle die Umstände, von denen die tatsächlichen Wirkungen des Gesetzes abhängen, muß der Gesetzgeber in Betracht ziehen, und wenn er es tut, so wird er sich darüber klar, daß er seine Befehle in vernünftigen Grenzen halten muß. Gerade die Genauigkeit, mit der wir heute beobachten, nötigt zur Aufstellung dieser Forderung. In früheren Zeiten konnte man die großen Abweichungen zwischen dem Gesetz und seiner Anwendung übersehen, und man hat sie auch übersehen. Man konnte, auch wenn man sich vom Gesetz noch so weit entfernte, noch immer glauben, ihm treu zu sein, es mit Hilfe der juristischen Interpretationsregeln auszulegen. Heute ist unser Blick ge-

Tagesstunde, nicht ein beliebiger Zeitraum von 60 Minuten. Es gab damals im gerichtlichen Verfahren eine doppelte Möglichkeit der Zeitbestimmung. 9 Uhr konnte man entweder, wie gesagt, mit 8 Uhr oder auch mit „präzise 9 Uhr“ ausdrücken. Die Resolution von 1784 hat ihre Geltung mit der neuen Zivilprozessordnung eingebüßt. Diese aber spricht genau so wie ihre Vorgängerin von der Festsetzung von Ort, Tag und *Stunde* der Tagsatzung (§ 130). Der Wortlaut ist der gleiche, aber der Sinn ist ein anderer. 9 Uhr bedeutet nach heutiger Auffassung 9 Uhr 0 Minuten. Für die Tagsatzung ist nicht bloß, wie das Gesetz sagt, Tag und Stunde, sondern auch (nach ungeschriebenem Recht) die Minute von Bedeutung. Der Sprachgebrauch hat mit der fortschreitenden Genauigkeit der Zeitbestimmung nicht Schritt gehalten. Wir vereinbaren mit einem Freunde die „Stunde“ der Zusammenkunft und denken nicht entfernt daran, eine ganze Stunde zu warten. Seine Rechtfertigung findet dieser Sprachgebrauch in der Bevorzugung runder Ziffern.

¹ Das wird z. B. von den Urhebern von Proportionalwahlvorschlügen gern übersehen. Komplizierteren Wahlsystemen gegenüber trifft der bekannte Einwand durchaus zu, daß man ein Wahlrecht für Juristen brauche, nicht für Mathematiker.

schärft, wir lassen uns nicht so leicht ein X für ein U vormachen¹. Wir empfinden deutlich den Gegensatz zwischen geschriebenem und ungeschriebenem Recht und müssen ihn zu mildern trachten. Wir können ihn aber nur dadurch mildern, daß wir uns der Schranken der Gesetzgebung bewusst werden, nicht etwa durch eine sich immer mehr ins Minutiöse verlierende Gesetzgebung.

Denn es besteht die Gefahr, daß eine so geartete Gesetzgebung nicht bloß, wie schon erwähnt, das Ziel verfehlt, das sie erreichen will, sondern auch — und das ist eine sehr ernste Sache — das Recht s e f ü h l zurückdrängt, welches doch für ein gesundes Rechtsleben unerlässlich ist. Sobald man sich auf den Standpunkt stellt, daß alles Recht im Gesetze niedergelegt ist, läuft jede Rechtsfrage darauf hinaus: Was verlangt das Gesetz? Welche Bestimmungen enthält das Gesetz? Die Rechtsfrage wird dadurch verwandelt in eine historisch-philologische Frage und sie wird darum auch mit den Mitteln der Geschichts- und Sprachwissenschaft zu beantworten gesucht. Das hat unzweifelhaft sein Gutes. Die Leidenschaften werden zurückgedrängt, der Rechtsfall wird *o b j e k t i v* erledigt, die Gerechtigkeit gefördert. Aber doch nur, wenn das Gesetz eine Lösung für diesen Fall wirklich enthält. Dann bewährt sich eben die Arbeitsteilung. Das Rechtsgefühl leitet den *G e s e t z g e b e r* bei der Aufstellung seiner Normen, die *P r a x i s* hält sich einfach an das Gesetz. Nun gibt es aber unzählige Fälle, in welchen das Gesetz für sich allein zur Lösung einer Rechtsfrage nicht ausreicht, die man also auf Grund des Gesetzes so oder anders entscheiden kann². Zwischen den verschiedenen Lösungen, die mit mehr oder weniger Berechtigung auf das Gesetz gegründet werden können, muß man eine Auswahl treffen. Man muß sich für eine bestimmte Lösung entscheiden, und zwar für jene, die als gerecht empfunden wird, die unser Rechtsgefühl befriedigt. Das Rechtsgefühl ist aber nicht ein unverlierbarer Besitz des Juristen, sondern es geht gleich den Servituten durch Nichtgebrauch zugrunde oder es verliert wenigstens, wenn es nicht sorgfältig gepflegt wird, jene Empfindlichkeit, welcher es unbedingt bedarf, um als Zünglein an der Wage wirken zu können³. Wie soll nun der Jurist sein Rechtsgefühl lebendig erhalten und stetig verfeinern, wenn er glaubt, daß das Gesetz als die alleinige Rechtsquelle alle Rechtsfälle, deren die Praxis bedarf, in sich schließt? Ein solcher Jurist wird im Gegenteil sein Rechtsgefühl bei der Entscheidung von Rechtsfällen, soweit es nur irgend angeht, ausschalten suchen. Immer nur darauf bedacht, den Willen des Gesetzes zu erforschen, verliert er an einer *g e r e c h t e n* Lösung des Streitfalls das Interesse. Ihm ist die eine Lösung genau so willkommen wie die andere, wenn sie nur dem

¹ Darum ist die Fiktion, die ehemals eine so große Rolle in der Jurisprudenz gespielt hat, aus der heutigen Rechtswissenschaft so gut wie verschwunden. Vgl. auch oben S. 36.

² Vgl. *J u n g*, Problem, S. 130 f.

³ Wenn ich hier vom Rechtsgefühl spreche, so verkenne ich selbstverständlich nicht, daß dieses Wort selbst wieder einen ganzen Fragenkomplex einschließt. Allein es ist für die Zwecke meiner Untersuchung eine Analyse dessen, was man unter Rechtsgefühl versteht und wodurch es erzeugt wird, nicht notwendig.

Gesetze entspricht. Diese Interesseloseigkeit, welche die orthodoxe Zivilistik charakterisiert, ist, wie ich glaube, die größte Gefahr für die Rechtswissenschaft¹. Denn sie verleitet dazu, die Entscheidung zweifelhafter Fälle von äußerlichen, nebensächlichen, zufälligen Momenten abhängig zu machen. Sie ist auch der Grund für die oft so geistlose Behandlung der Materialien als einer maßgebenden Rechtsquelle². Was irgend jemand bei irgend einem Anlaß im Zuge der Redaktionsarbeiten oder der parlamentarischen Verhandlungen gesagt hat, wird so verwertet, als würde es vom Imperativ des Gesetzes mitumfaßt werden und irgendeinen Vorrang vor

¹ Ich sage mit Vorbedacht „orthodoxe Zivilistik“. Denn es gibt auch in der Zivilrechtswissenschaft eine immer wachsende Zahl von Schriftstellern, gegen die der Vorwurf der Interesseloseigkeit nicht erhoben werden kann, und außerhalb des Zivilrechts hat die bloß auf das Gesetzeswort gestützte Jurisprudenz niemals eine ähnliche Rolle gespielt. So ist es ein besonderer Vorzug der Strafrechtswissenschaft, daß sie den Gesetzesstoff sorgfältig wertet. Einzelne Entgleisungen können dennoch vorkommen, wie der folgende, sicherlich drastische Fall beweist. Das Gesetz über die Zwangsarbeitsanstalten vom 24. Mai 1885 Nr. 89 RGBl. stellt eine Reihe von Deliktstatbeständen auf und erklärt (§ 7), daß die Untersuchung und Bestrafung dieser Delikte „sowie die Untersuchung und Bestrafung der Übertretung des § 3 des Gesetzes vom 10. Mai 1873 Nr. 108 RGBl.“ durch die Gerichte stattfindet. „Das Gericht kann im Falle der Verurteilung im Urteil die Zulässigkeit der Anhaltung in einer Zwangsarbeitsanstalt aussprechen.“ Der bezogene § 3 untersagt die Ausstellung von Zeugnissen über Unglücksfälle oder Armut, welche bestimmt sind, zum Betteln im Herumziehen von Ort zu Ort gebraucht zu werden. Es ist nun von vornherein klar, daß es nicht nur keinen Sinn hat, den Aussteller eines Bettelpasses in einer Zwangsarbeitsanstalt anzuhalten oder (wozu die Verwaltungsbehörde dann nach § 14 des Gesetzes von 1873 auch berechtigt wäre) unter Polizeiaufsicht zu stellen, sondern daß eine derartige Maßregel ganz unerhört wäre. Die Bezugnahme auf § 3 d. l. soll bloß die gerichtliche Kompetenz feststellen, und wenn nach dem Wortlaut des Gesetzes die Zulässigkeit der Anhaltung in einer Zwangsarbeitsanstalt gewiß auch auf dieses Delikt zu beziehen ist, so liegt eben ein Redaktionsversehen vor, das die Rechtsanwendung zu berichtigen hat. Trotzdem führt Finger (Strafrecht, 3. Aufl., 1. Bd., S. 761) expressis verbis die Ausstellung von Bettelzeugnissen unter jenen Übertretungen an, die für die Anhaltung in einer Zwangsarbeitsanstalt in Betracht kommen. Ebenso Lamassé, Grundriß des Strafrechts, 4. Aufl., S. 59. Weniger klar ist Fingers Ansicht im 2. Bd. (2. Aufl.) S. 632. Vgl. die richtigen Ausführungen von Mayrhofer, Handb. für den polit. Verwaltungsdienst, 5. Aufl., 3. Bd., S. 631.

² Vgl. Saxl, Materialien und Gesetz, 2. Aufl., 1907. Der Jurist, der dem Gesetze blind gehorcht, sieht sich eben, wenn das Gesetz versagt, nach einer ähnlichen Grundlage für seine Entscheidung um. Ist es nicht das Gesetz selbst, so sind es doch die Vorarbeiten, die ihm das bieten, was er sucht, nämlich die Entlastung von eigener Verantwortlichkeit. Wie man sich im Vormärz half, als man die Materialien zum abGB. noch nicht kannte, zeigt folgender Satz aus dem schon erwähnten Kommentar von Schuster (S. 169): „Da aber eine Privatperson mit Geist und Absicht des Gesetzes unmöglich vertrauter sein kann, als dieser Kommentator (nämlich Zeiller), so wäre es Vermessenheit, den von ihm angezeigten Absichten widersprechen zu wollen; man müßte denn nur wider alles Vermuten imstande sein, durch überwiegende Gründe eine angemessenere Absicht zu beweisen.“

unseren eigenen Ansichten genießen¹. Entscheidungen auf solcher Grundlage sind immer willkürlich, jedenfalls willkürlicher als Entscheidungen, die, wenn sie auch nicht auf rein deduktivem Wege aus dem Gesetz abgeleitet werden, doch einem lebendigen Rechtsempfinden entstammen und Rechnung tragen. Demjenigen, der über ein solches Rechtsempfinden nicht verfügt, der also in sich selbst kein Mittel findet, um über die rationes dubitandi hinwegzukommen, ist natürlich auch das umfangreichste Gesetz immer noch zu kurz. Er verlangt

¹ Vgl. die Ausführungen von Krasnopolski (Lehrb. d. öst. Privatrechts, 4. Bd., S. 272 f.) über die Frage, ob uneheliche Kinder mit Bewilligung des Vaters auf dessen Namen in das Tauf- oder Geburtsbuch eingetragen werden dürfen. „Zwecks Beantwortung dieser Frage müssen wohl die Beratungsprotokolle herangezogen werden.“ Aus den Protokollen ergibt sich nun, daß die Frage in der Kommission erörtert wurde und daß der Vizepräsident zwischen den (gegenwärtigen) §§ 164 und 165 abGB. einen Widerspruch zu finden glaubte. „Die übrigen Stimmbenden meinten jedoch diesen Anstand“ durch Interpretation zu heben. „Somit dürfte die oben aufgeworfene Frage im Hinblick auf die Ansicht der Majorität der Gesetzgebungskommission zu bejahen sein“. Machen wir uns den Sachverhalt klar! Das Gesetz selbst gibt zu einem Zweifel Anlaß. Auch in der Kommission bestand eine Meinungsverschiedenheit. Und uns soll in einem solchen Fall die Ansicht der Majorität binden! Als ob die Kommission das Recht gehabt hätte, im Wege einer Abstimmung bindende Grundsätze für die Auslegung des Gesetzes aufzustellen! Gesetzgeber war doch der Kaiser und nicht die Kommission. Und woher wissen wir überhaupt von den Vorgängen in der Sitzung? Können wir uns unbedingt auf das Resümee des Protokolls verlassen? Wie, wenn das Protokoll, das ja gar nicht zur Veröffentlichung bestimmt war, geheim geblieben oder verloren gegangen wäre? Hätten wir dann überhaupt keinen Anhaltspunkt für die Beantwortung einer Frage, die doch uns selbst angeht? In der Tat haben wir solche Anhaltspunkte. Es handelt sich um eine Frage des Matrikenrechts. Wir sind in Matrikenfragen sehr empfindlich und, wenn irgendein Zweifel darüber besteht, ob der uneheliche Vater über den Namen des Kindes disponieren kann, so müssen wir ihm das Dispositionswort absprechen. Es ist gewiß auffallend, daß Krasnopolski die Grundsätze des Matrikenrechts nicht verwertet hat. Lesen wir nun aber, wie die Kommissionsmajorität den vermeintlichen Widerspruch zwischen den beiden Paragraphen beheben wollte, so finden wir, daß sie nicht (wie man vermuten würde) ausdrücklich gesagt hat, der Vater dürfe dem Kinde seinen Namen beilegen, sondern nur, daß „der Vater als Erzeuger des Kindes genannt, dieses aber noch nicht die Verbindlichkeit mit sich brächte, das Kind öffentlich und mit der Wirkung der Namenstragung als sein Kind zu erklären“, eine Meinung, die sich, wie ich glaube, viel besser gegen als für die von Krasnopolski vertretene Meinung werten läßt. (Die Einschreibung „des väterlichen Namens“ im § 164 bedeutet nämlich nur, daß der väterliche Name als solcher, d. h. nicht als Name des Kindes, sondern als der des Vaters angegeben wird. Dadurch wird eben „der Vater als Erzeuger des Kindes“ genannt. Das Kind führt aber nach § 165 den Geschlechtsnamen der Mutter.) Indessen kommt es ja hier auf die Richtigkeit der einen oder anderen Anschauung gar nicht an, sondern darauf, daß der Verfasser den Versuch macht, eine unklare Bestimmung des Gesetzes durch eine gleichfalls unklare Äußerung der Protokolle zu erklären. Wenn ich hier gerade eine Stelle aus Krasnopolskis Lehrbuch angeführt habe, so ist das nur deshalb geschehen, weil er eben zu den hervorragendsten und verdienstvollsten Anhängern der von mir als orthodox bezeichneten Schule gehört.

immer eingehendere, immer mehr spezialisierende Gesetze, und so ist der Mangel an Rechtsgefühl nicht nur eine Folge, sondern zugleich auch wieder die Ursache einer zu weit getriebenen Gesetzgebung. Die Ausarbeitung von Gesetzentwürfen wird immer schwieriger und undankbarer, je mehr man vom Gesetz erwartet und je weniger berechtigt und erfüllbar die Anforderungen sind, die man an das Gesetz stellt.

Macht man sich diesen Zusammenhang klar, so wird man die literarische Bewegung, welche sich gegen die Überschätzung des Gesetzesrechts wendet, anders und richtiger würdigen, als es gewöhnlich geschieht. Der schwerste Vorwurf, der gegen die moderne Richtung erhoben wird, ist der, daß sie die Gesetzestreue und damit das Fundament eines befriedigenden Rechtszustandes untergräbt. Die herrschende Rechtsquellentheorie nimmt alle Ethik für sich in Anspruch¹. Sie steht auf dem Boden des Gesetzes, dessen unverbrüchliche Befolgung sie verlangt². Ihre Gegner dagegen öffnen der Willkür Tür und Tor. Sie geben die Rechtsicherheit preis und lehnen sich auf gegen den Staat und seine Befehle. Dieses Urteil wäre berechtigt, wenn die Gesetzestreue das zu leisten vermöchte, was man ihr zutraut, wenn es möglich wäre, durch schlichte Befolgung des Gesetzes über alle Rechtsfragen hinwegzukommen. Das ist aber, wie nachgerade immer deutlicher erkannt wird, nicht der Fall. Das Gesetz ist gewiß ein willkommener und auf einer gewissen Kulturstufe unbedingt notwendiger Wegweiser, aber es macht das juristische Orientierungsvermögen, als welches wir das Rechtsgefühl bezeichnen können, keineswegs entbehrlich. Ein Jurist ohne Rechtsgefühl wird nicht minder im Dunkeln tappen, wie jemand, der zwar einen hochentwickelten Sinn für Recht und Unrecht hat, aber nicht über Gesetzeskenntnisse verfügt. Gesetze zu schaffen, die keine Lücken enthalten und keinen Zweifeln Raum geben, ist schlechterdings unmöglich, und doch braucht man solche Gesetze, wenn einmal das Rechtsgefühl, das juristische *iudicium* abhanden gekommen ist. So gelangt man schließlich zu einem Zustand, der dem eines Morphinsten nicht unähnlich ist. Sein Körper kann große Mengen Morphin nicht mehr ertragen, und er kann sie doch auf die Dauer nicht vertragen. Er geht langsam, aber sicher zu-

¹ Dichterisch verherrlicht wird die buchstabenmäßige Befolgung des Gesetzes in Schillers „Kampf mit dem Drachen“. Aber ohne die (doch nur schwach motivierte) Begnadigung des Drachentöters, der sich gegen das Gesetz vergangen hat, würde das Gedicht kaum einen befriedigenden Eindruck hinterlassen.

² Indessen darf nicht übersehen werden, daß sich auch die herrschende Auslegungstheorie seit dem Beginn des 19. Jahrhunderts in dem Sinne geändert hat, daß die Forderung der unverbrüchlichen Gesetzestreue wesentlich herabgemindert worden ist. Savigny hat noch die Verwertung der *ratio legis* bei der Auslegung der Gesetze bedenklich gefunden und große Vorsicht für geboten erklärt. (System des heutigen röm. Rechts, I. Bd., S. 220.) Heute machen wir uns nicht mehr solche Skrupel. Damit hängt es jedenfalls zusammen, daß die juristische Hermeneutik, wie Krass (Grünhuts Jtschr., 32. Bd., S. 613) feststellt, in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts nicht mehr gepflegt wurde. Eine dogmengeschichtliche Darstellung der Auslegungslehre seit der Kodifikationszeit wäre sehr zu wünschen und würde zur Klärung der Streitfragen wesentlich beitragen.

grunde. Derjenige Jurist, der das Gesetz zur alleinigen Richtschnur seines Handelns nimmt, stellt immer größere Ansprüche an die Gesetzgebung, und je mehr ihm die Gesetzgebung entgegenkommt, desto größer wird sein Hunger, sein Bedarf an Gesetzesparagrafen, und jeder neue Paragraph schafft neue Zweifel, neue Bedenken. So kann man denn sagen, daß die slavische Gesetzesstreue schließlich zum Ruin der Gesetzgebung führt.

Das Bild, das ich eben in düsteren Farben gemalt habe, entspricht glücklicherweise nicht der Wirklichkeit. Denn noch sind wir von einem solch traurigen Zustand weit entfernt. Noch verfügen die Juristen, mögen sie Theoretiker oder Praktiker sein, zumeist über ein sicheres Urteil, das ihnen auch über die Lücken und Unklarheiten der Gesetzgebung hinweghilft. Aber sie haben dieses Urteil gewissermaßen nur *per nescias*¹, nur deshalb, weil die herrschende Rechtsquellentheorie zum großen Teil bloß auf dem Papier steht, weil sich das Dogma, daß alles Recht im Gesetz niedergelegt sei, in der Praxis — und zu dieser Praxis zähle ich auch die juristische Literatur, soweit sie sich mit den einzelnen Rechtsercheinungen und nicht mit der theoretischen Grundlegung des Rechts beschäftigt, — nur zum geringen Teil durchgeführt hat. Aber es ist an der Zeit, diesem Dogma auch theoretisch zu Leibe zu rücken, damit Unheil verhütet werde. Und tatsächlich geschieht das seit einer Reihe von Jahren von den verschiedensten Seiten. Immer zahlreicher werden die Angriffe auf die überkommenen Anschauungen von dem Verhältnis, in welchem Gesetz und Recht zu einander stehen. Die Verstaatlichung des Rechts gehört zu den bedeutendsten Erscheinungen der sozialen Geschichte. Unter den Funktionen, die der sich immer machtvoller entfaltende Staat an sich gezogen hat, spielt die Rechtsetzung eine wichtige Rolle. Der absolutistische Staat hat sich als die Quelle alles Rechts betrachtet. Er hat durch umfassende Kodifikationen das Gesetz an die Stelle des ungeschriebenen Rechts treten lassen. Er hat durch seine Befehle Rechtseinrichtungen geschaffen oder verbürgt, durch seine Gerichte dem staatlichen Recht die Alleinherrschaft sichern wollen, und er hat in allen diesen Hinsichten zweifellos sehr segensreich gewirkt. Gerade jene Theorie, welche die Interessen des Volks in den Vordergrund stellte, die Rechtsstaatstheorie, hat diesem Bestreben des Staats das größte Verständnis und Interesse entgegengebracht. Sie sah den Rechtszweck als den alleinigen Staatszweck an. Der Staat soll sich jeder Wohlfahrtspflege enthalten. Er soll sich nicht vermessen, die Glückseligkeit seiner Bürger zu befördern. Dafür werde schon jeder einzelne am besten sorgen. Er solle vielmehr seine ganze Kraft auf die Rechtsetzung und auf die Rechtsprechung konzentrieren. Kant definiert geradezu den Staat als Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen. Diese Rechtsstaatstheorie können wir heute nicht mehr als richtig anerkennen. Sie verlangt vom Staate zu wenig, indem sie die so wichtige und unentbehrliche Wohlfahrtspflege aus der Reihe der staatlichen Zwecke ausschleudet. Sie mutet ihm aber auch zu viel zu, wenn sie glaubt, daß alles Recht in den Staatsgesetzen niedergelegt werden könne. Die Verstaatlichung

¹ Vgl. oben S. 35.

des Rechts läßt sich nur innerhalb gewisser Grenzen, nur bis zu einem bestimmten Sättigungspunkt durchführen. Das wirkliche Rechtsleben bestimmt sich nicht ausschließlich nach den staatlichen Normen. Die Rechtsüberzeugungen der Bevölkerung sehen sich elementar durch, neben dem staatlichen Gesetz, gegen das staatliche Gesetz. Erweist sich so das Rechtsgefühl als ein rechtsbildender Faktor, so ist es auch von hervorragender Bedeutung für die Erkenntnis und Anwendung des geltenden Rechts, für die Rechtsübung. Rechtsbildung und Rechtsübung lassen sich ja gar nicht scharf von einander trennen. Indem das Recht geübt wird, wird es zugleich auch in bestimmter Weise gestaltet, also geändert. Diese Tatsache, die sich nun einmal nicht beseitigen läßt, darf auch von den Juristen nicht übersehen werden, soll die Rechtswissenschaft nicht Schaden leiden, sie darf insbesondere auch vom Gesetzgeber nicht übersehen werden. Weit entfernt davon, das Rechtsleben durch seine starren Normen unterbinden zu wollen, muß es sich der Staat zum Ziel setzen, die Voraussetzungen für eine gesunde, zweckentsprechende Rechtsentwicklung zu schaffen. Nicht das Rechtsgefühl zu zerstören, sondern es im Gegenteil zu schärfen und zu verfeinern, muß seine Aufgabe sein. Darum muß aber das Gesetz ein besonderes Gewicht auf die Herausarbeitung seiner Prinzipien legen. Kennt man die Tendenzen eines Gesetzes, erfährt man seinen „Geist“, so findet man sich auch in den vom Gesetz nicht behandelten Fragen leichter zurecht. Die Anpassung der Rechtsätze an die Bedürfnisse des täglichen Lebens wird dann auch dem Gesetz mehr entsprechen, als wenn dieses eine verwirrende Fülle von Detail bringt, das vielleicht nicht einmal nach einheitlichen Gesichtspunkten behandelt wird. In der absolutistischen Zeit war der Monarch nicht so sehr Gesetzgeber als unumschränkter Herr. Für ihn galt der Satz der Digesten: quod principi placuit, legis habet vigorem. Darum war es unter seiner Würde, seine Entscheidungen zu begründen¹. Ging er im Einzelfall vom Gesetz ab, so konnten die Behörden nicht wissen, ob er damit eine neue Regel aufstelle oder bloß für diesen Fall eine Ausnahme eintreten lasse. Die moderne Auffassung ist eine andere. Für uns ist das Recht nicht ein Befehl der Obrigkeit, sondern eine Ordnung der Rechtsverhältnisse, die auch die Obrigkeit bindet. Wir wollen nicht bloß die einzelnen Anordnungen kennen, um uns darnach zu richten, sondern auch die Prinzipien und Absichten des Gesetzes, um das Recht zu begreifen. Wir wollen dem Gesetz nicht blind gehorchen, sondern seiner Führung folgen. Denn ewig wahr bleibt der Satz des Celsus: Scire leges non hoc est, verba earum tenere sed vim ac potestatem. Als vis ac potestas legum aber fasse ich nicht die Geltung des Gesetzes als solche auf — denn diese hat mit der Gesetzeskenntnis nichts zu tun — und auch nicht bloß die Bedeutung der verba legum — denn das ließe auf eine Trivialität hinaus —, sondern vor allem seine lebendige, treibende Kraft, seine Macht und Fähigkeit, das Rechtsleben zu bestimmen, der Rechtsentwicklung neue Bahnen zu weisen.

Aufsätze.

¹ (Hartig) Genesis der Revolution in Osterreich, 2. Aufl., S. 36 f.