

Hans Mokre

# Theorie des Gewohnheitsrechts. Problementwicklung und System

# THEORIE DES GEWOHNHEITSRECHTS

PROBLEMENTWICKLUNG UND SYSTEM

VON

**HANS MOKRE**

DR. JUR. ET RER. POL. ET PHIL.  
PRIVATDOZENT AN DER UNIVERSITÄT GRAZ



Springer-Verlag Berlin Heidelberg GmbH  
1932

**ISBN 978-3-7091-2115-3      ISBN 978-3-7091-2159-7 (eBook)**  
**DOI 10.1007/978-3-7091-2159-7**

**ERWEITERTER SONDERABDRUCK AUS „ZEITSCHRIFT FÜR  
ÖFFENTLICHES RECHT“, BAND XII, HEFT 2 UND 3**

**ALLE RECHTE, INSBESONDERE DAS DER ÜBERSETZUNG  
IN FREMDE SPRACHEN, VORBEHALTEN**

**MEINEN ELTERN  
IN DANKBARKEIT GEWIDMET**

## Inhaltsübersicht.

	Seite
<b>Einleitung</b> .....	1
<b>Philosophie und Einzelwissenschaft</b> .....	1
Philosophie als Universalwissenschaft. — Ablösung der Einzelwissenschaften. Entstehung von „Spezialphilosophien“. — Die Grundlagenforschung.	
<b>Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft</b> .....	3
Naturrecht. — Grundlagenforschung. — Rechtswertlehre.	
<b>Problementwicklung</b> .....	6
<b>Allgemeines</b> .....	6
Die Gewohnheitsrechtstheorien bis zur historischen Schule.	
<b>Die historische Schule</b> .....	7
<b>Geistesgeschichtliche Voraussetzungen</b> .....	7
Die Romantik; ihre Verbindung mit der Aufklärung. — Fichte. — Schelling. — Gesellschaftliche Verhältnisse.	
<b>Die Lehre vom Gewohnheitsrecht in der historischen Schule</b> .....	12
Hugo. — Savigny. — Puchta; seine Begriffe von Volk und Recht im allgemeinen; seine Gewohnheitsrechtstheorie.	
<b>Kritik der Gewohnheitsrechtstheorie der historischen Schule</b> .....	24
Der Rechtsbegriff. — Der Volksgeist. — Gewohnheitsrecht und Übung. — Gewohnheitsrecht und Verfassung.	
<b>Die Fortentwicklung der historischen Schule</b> .....	27
Savigny. — Scheuerl. — Beseler. — Stahl. — Vangerow, Wächter. — Gierke, Schreuer, Sohm. — Harum, Kohler, Dernburg, Reichel. — Bruns. — Schuppe. — Anderssen, Reichel.	
<b>Der Positivismus</b> .....	31
<b>Geistesgeschichtliche Voraussetzungen</b> .....	31
Das Absterben der historischen Schule: Kuntze, Kirchmann. — Hegel. — Die Hegelianer: Stahl, Gans, Christiansen, Kierulff. — Fries. — Die Friesianer: R. Schmid, Nelson. — Der Einfluß der Naturwissenschaften: Ihering, Zitelmann.	

	Seite
Die positivistischen Lehren vom Gewohnheitsrecht .....	42
Die Gestattungstheorien .....	43
Bruns, Kierulff, R. Schmid, Lasson, M. Seydel, Herzfelder, Binding, Laband, B. Schmidt. — Gmür. — Nawiasky, W. Jellinek.	
Die Faktizitätstheorien .....	54
E. Meier. — Lüders, Goldschmidt, Eisele, G. Seidler. — Zitelmann. G. Jellinek. — G. Rümelin, M. Rümelin.	
<b>Der Naturalismus</b> .....	67
Geistesgeschichtliche Voraussetzungen .....	67
Der Einfluß der Naturwissenschaften. — Kirchmann, Ehrlich, Ihering, Frenzel, A. Sturm, Thöl, Ahrens, Lüders, Leist. — Psychologismus und Soziologismus. — Sinzheimer.	
Der Psychologismus .....	74
Frenzel, A. Sturm.	
Der Soziologismus .....	79
Kornfeld, Ehrlich. — Dniestrzański, Hatschek.	
<b>Der juristische Modernismus</b> .....	88
Geistesgeschichtliche Voraussetzungen .....	88
Theologischer Modernismus. — Kirchmann, Ihering, Adickes, Schloß- mann, G. Rümelin, M. Rumpf.	
Freirecht und Interessenjurisprudenz .....	93
Ehrlich, Kantorowicz, Jung, Heck.	
Die Lückenfrage .....	102
Zitelmann, Somló. — Die beiden Lager.	
<b>Die Lehre vom Richterrecht</b> .....	106
Die deutsche Lehre vom Richterrecht .....	107
Kierulff, Thöl, Adickes. — S. Schultze, Bülow. — Danz, Oertmann, Kiss.	
Die englische Lehre vom Richterrecht .....	119
Austin, Markby, Brown.	
<b>System</b> .....	129
<b>Allgemeine Rechtstheorie</b> .....	129
Philosophische Voraussetzungen .....	129
Idealismus und Objektivismus. Gegenstandstheorie.	
Das Sollen .....	133
Sein — Denken. Sollen — Begehren. Wert — Fühlen. Das Recht als Sollen.	
Die Form des Rechts .....	136
Recht und Naturrecht. Recht und positives Recht. Die Sanktion im Recht. Der Rechtssatz. Rechtssätze in Entwürfen, Spielen usw.	
Das Positivitätsproblem .....	140
Ideale Gegenstände und Erfassen. Zeitgeist, Volksgeist usw. — Tat- sächlichkeit und Wirklichkeit. Sollen und Wirklichkeit. — Geben und Gelten als Elemente der Positivität.	

	Seite
<b>Die Gegebenheit des Rechts</b> .....	144
Die Unerläßlichkeit der Gegebenheitsfrage. — Akt und Inhalt. Der Ernstcharakter als Aktmoment. — Die Delegation. Das Delegationssystem.	
<b>Die Geltung des Rechts</b> .....	149
Unzulänglichkeit der Machttheorien. Die Befolgung des Rechtssatzes. „Erborgte“ Geltung.	
<b>Theorie des Gewohnheitsrechts</b> .....	154
<b>Gewohnheit, Brauch, Sitte, Sittlichkeit</b> .....	154
Faktische Regel und normative Regel. Tatsächliches Sollen.	
<b>Die Form des Gewohnheitsrechts</b> .....	159
Recht und Sitte. Definitionsfreiheit. Sollensmodalitäten.	
<b>Die Gegebenheit des Gewohnheitsrechts</b> .....	162
Geschriebenes und ungeschriebenes Recht. Stillschweigende und ausdrückliche Normgebung. Das Mitmeinen und das Mitwollen. — Die opinio necessitatis. Indirektes Geben durch Übung und durch Anwendung. — Ungesetztes Recht und Gewohnheitsrecht. Gewohnheitsrecht und Interpretation.	
<b>Gewohnheitsrecht und Rechtssystem</b> .....	172
Deduktionssystem und Delegationssystem. — Positivität und Systemzugehörigkeit: Kelsen, Merkl, Verdross, Sander, Ross. — Unabhängigkeit von Rechtsqualität und Systemzugehörigkeit. Rechtmäßiges und rechtswidriges Recht. — Formen der Rezeption.	
<b>Die Geltung des Gewohnheitsrechts</b> .....	190
Zusammenfallen von Geben und Gelten. Rezeption extrasystematischen Rechts durch den „Fehlerkalkül“.	
<b>Namenverzeichnis</b> .....	195

## Einleitung.

### Philosophie und Einzelwissenschaft.

Auch eine monographische wissenschaftliche Arbeit soll sich ihres systematischen und wissenschaftshistorischen Standortes bewußt sein. Bei einer Arbeit, die als rechtsphilosophische auf der Grenzscheide von Philosophie und Einzelwissenschaft steht, ist es insbesondere erforderlich, über das Verhältnis dieser beiden Gebiete Klarheit zu schaffen. Andeutungen in dieser Richtung wollen die folgenden Zeilen geben.

In der Frühzeit abendländischer Wissenschaft, am Morgen hellenischer Geistesgeschichte, heißt jeder, der sich irgendwie theoretisch oder praktisch wissenschaftlich beschäftigt, ein σοφός oder φιλόσοφος<sup>1)</sup>, gleichviel ob er sich für die Beziehung der Erde zu den Gestirnen, für die Entstehung der verschiedenen Lebewesen, für die beste Einrichtung des Gemeinwesens oder für Mathematik interessiert<sup>2)</sup>. Alle diese Einzelfragen wurden in philosophischem Geiste angefaßt — man denke etwa an die jonische Naturphilosophie oder an die pythagoräische Schule — und häufig vereinigte sogar ein φιλόσοφος gleichsam in Personalunion die verschiedenartigen Wissenschaftsgebiete in sich; das großartigste Beispiel bietet dafür im Altertum wohl Aristoteles.

Diese Zusammenfassung aller Wissenschaften in der Philosophie löste sich zunächst auf unter dem Einfluß rein praktischer Bedürfnisse. Es ist verständlich, daß die Antike, die ein gegen heute außerordentlich stärkeres Interesse dem Staat entgegenbrachte, die den Einzelnen im Gemeinwesen schier aufgehen ließ, zunächst zur Abspaltung der sich mit Staat und Recht beschäftigenden Disziplinen führte. Aber selbst die hochentwickelte römische Jurisprudenz, die gewiß kaum als spekulativ angekränkt bezeichnet werden kann, war sich noch immer ihres genetischen Zusammenhanges mit der Philosophie bewußt, ja hatte sogar den jugendlichen Ehrgeiz, als die eigentliche Philosophie gelten zu wollen. So glaubte z. B. Ulpian für die Juristen sagen zu können: „Justitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo

<sup>1)</sup> Vgl. auch Friedrich Ueberweg, Grundriß der Geschichte der Philosophie, I. Teil (herausgegeben von Karl Praechter), 1926, S. 1f.

<sup>2)</sup> Darum sprach man nicht nur von φιλοσοφία, sondern auch von φιλοσοφίαι. Vgl. Wilhelm Windelband-Albert Gödeckemeyer, Geschichte der abendländischen Philosophie im Altertum (Hdb. der Altertumswissenschaft, herausgegeben von Walter Otto, V/I/1), S. 1, 1923.

seperantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.“<sup>1)</sup>)

Ein ähnlicher Vorgang spielte sich ab beim Eintritt des Christentums in die antike Welt. Anfangs noch ungeschieden, seit der patristischen Zeit immer deutlicher erkennbar, sondert sich von der Philosophie eine selbständige Theologie ab, auch hier anfangs in kämpferischer Stellung und später mit dem Anspruch, die einzig wahre Philosophie zu sein.

Als sich dann später im Mittelalter auf italienischem Boden auch die Medizin — bezeichnenderweise wieder eine praktische Disziplin — verselbständigte, war jene Scheidung grundgelegt, die organisatorisch bis auf den heutigen Tag erkennbar ist. Die praktischen Wissenschaften Theologie, Jurisprudenz und Medizin bilden eigene Fakultäten, ihnen gegenüber steht die philosophische, in der alle theoretischen Wissenschaften zusammengefaßt sind.

Und innerhalb dieser in der philosophischen Fakultät nur mehr organisatorisch vereinigten Wissenschaften vollzieht sich nun abermals ein ähnlicher Prozeß. Auch hier eine Aufspaltung in Sonderwissenschaften, die gleichsam nur als Restgebiet die „reine Philosophie“ übrig lassen. Wie stark aber auch diesmal der Zusammenhang der Einzelwissenschaften mit der Philosophie gefühlt wurde, mag man daraus entnehmen, daß noch im Jahre 1687 Newton den Titel „*Philosophiae naturalis principia mathematica*“ einem Werke gab, das wir heute eindeutig der theoretischen Physik — also sogar einem Sondergebiet einer Sonderwissenschaft — zuweisen würden. Immerhin war man noch geneigt, gewisse letzte und allgemeinste Fragen der Einzelwissenschaften als philosophische zu betrachten. So entstanden „Spezialphilosophien“. Die Probleme der geschichtlichen Entwicklung und ihres Sinnes etwa wies man einer Geschichtsphilosophie zu, die Probleme der Materie, des Lebens usw. einer Naturphilosophie. Wie hoch man später diese Probleme hinsichtlich ihrer wissenschaftlichen Ergiebigkeit einschätzte, kann man daraus entnehmen, daß man ihnen meist gleich auch die Parole des „*Ignoramus et ignorabimus*“ mitgab. Und erst, was von diesen Spezialphilosophien wieder an allgemeinsten Problemen gleichsam in letzter Verdünnung übrig blieb, überließ man der „reinen Philosophie“. Der Zusammenhang mit ihr geht mit den immer mehr sich steigernden Erfolgen der Einzelwissenschaften mehr und mehr verloren und mehr und mehr beginnen die Einzelwissenschaften — insbesondere die Naturwissenschaften — auf die gleichsam nur „übrig bleibende“ Philosophie herabzusehen.

Nun aber setzt eine interessante Gegenbewegung ein. Sie läßt sich besonders schön am Beispiel der Mathematik verfolgen, einer Wissenschaft, die wohl vom Verdacht, zu einer philosophischen Mystik zu neigen, am allerweitesten entfernt ist. Mit dem sicheren Blick des Genies

<sup>1)</sup> Am Anfang der Pandekten.

hatten Leibniz und Newton die Differential- und Integralrechnung begründet und mit einem bewundernswerten wissenschaftlichen Takt ihnen folgend die französischen Analytiker die höhere Mathematik zu einer virtuoson Vollendung von höchster Eleganz geführt. Aber auch nur solcher intuitiver Sicherheit war diese Vollendung ungeachtet der dürftigen Grundlagen möglich gewesen. Es waren dann vor allem deutsche Theoretiker, die diese krisenhafte Situation in der höheren Analysis und später besonders in der Mengenlehre aufzeigten. Durch die nun einsetzende Grundlagenforschung<sup>1)</sup> wurde jetzt eine völlig neue und wichtige Verbindung mit der Philosophie hergestellt, denn erst durch die Hilfsmittel der modernen Logik wurde es möglich, die Schwierigkeiten zu überwinden. Grundlagenforschung ist aber überhaupt die Gegenwarts-signatur in den Einzelwissenschaften. Die Frage nach dem „Fundament der Volkswirtschaftslehre“ gehört ebenso hieher, wie die Relativitätstheorie oder die Forschungen über den Zahlbegriff.

### Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft.

In den so skizzierten allgemeinen Entwicklungsgang der Wissenschaften fügt sich nun mühelos auch die Rechtswissenschaft ein. Auch ihr war es in der Zeit, da die römischen Juristen mit glänzender Routine sie beherrschten, ähnlich ergangen wie der Mathematik in der Zeit nach Leibniz und Newton. Beidemale hatte diese Hochblüte der Routine einerseits die brüchigen Grundlagen verdeckt, andererseits gingen jene genialen Juristen und Mathematiker mit gleichsam nachtwandlerischer Sicherheit auch ohne diese Grundlagen ihren Weg<sup>2)</sup>.

Wieder wurden auch hier die letzten und allgemeinsten Fragen einer speziellen Rechtsphilosophie zugewiesen. Sofern es die letzten waren, meinte man meist eine Rechtswertlehre, wie sie von der antiken Philosophie angefangen durch die Zeit des theologischen und humanistischen Naturrechts hindurch bis in unsere Tage Gegenstand wissenschaftlicher Behandlung ist. Diese Strömung — besonders als naturrechtliche — war so mächtig, daß die Beschäftigung mit den allgemeinsten Fragen, sofern man darunter rein theoretische Probleme versteht, kaum dagegen aufkommen konnte. Und es ist kein Zufall, daß gerade Bergbohm, der sich die Zerstörung des Naturrechts zum Ziel gesetzt hatte, auch die Forderung nach einer „allgemeinsten“ Rechtslehre erhob<sup>3)</sup>.

Abermals in völligem Parallelismus mit der allgemeinen wissenschaftlichen Situation stehen in neuerer Zeit die Grundlagenfragen an bevor-

---

<sup>1)</sup> Vgl. etwa Alfred North Whitehead and Bertrand Russell, *Principia Mathematica*, I, 1925<sup>2</sup>. Die philosophisch bedeutsame Einleitung dieses Werkes liegt nun in meiner deutschen Übersetzung vor unter dem Titel: Russell-Whitehead, Einführung in die mathematische Logik, 1932.

<sup>2)</sup> Vgl. ganz ähnliche Äußerungen über die römische Jurisprudenz schon bei J. F. Kierulff, *Theorie des gemeinen Civilrechts*, I., S. XXIII, 1839.

<sup>3)</sup> Karl Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, I, S. 96, 1892.

zugter Stelle rechtstheoretischer Arbeit. Neben dem schon erwähnten Karl Bergbohm muß hier unter den Begründern dieser Disziplin in der deutschen Rechtswissenschaft vor allem Bierling genannt werden. Schon 1877 setzte seine theoretische Arbeit mit einer „Kritik der juristischen Grundbegriffe“ ein. Sein Hauptwerk, die „Juristische Prinzipienlehre“, deren bändeweises Erscheinen von den neunziger Jahren bis nach dem Kriege sich hinzog, begleitet gleichsam die rechtstheoretische Forschung von ihren Anfängen bis in die neueste Zeit<sup>1)</sup>.

In dieser neuesten Zeit lassen sich auf dem Gebiete der juristischen Grundlagenforschung zwei Hauptströmungen unterscheiden: der Neukantianismus, der sich wieder in zwei Richtungen — charakterisiert durch die Namen Rudolf Stammler und Hans Kelsen — teilt, auf der einen Seite; die phänomenologische Schule auf der anderen Seite. Als der Begründer der phänomenologischen Rechtstheorie kann Adolf Reinach gelten. Eine Verbindung zwischen der Phänomenologie und der neukantischen Richtung in der Form der Wiener Schule stellt Fritz Schreier und besonders Felix Kaufmann her.

Dazu tritt ein auf merkwürdigem Umweg vermittelter Einfluß der englischen analytischen Schule auf die deutsche Rechtstheorie. Sie wirkte zunächst mehr auf die ungarische Rechtsphilosophie ein. Deren bedeutendster Vertreter Felix Somló trug dann durch sein deutsch geschriebenes Hauptwerk „Juristische Grundlehre“ (1917<sup>1)</sup>, 1927<sup>2)</sup>) die Gedanken John Austins auch in die deutsche Rechtstheorie.

Freilich hat sich gerade in allerneuester Zeit das Interesse abermals verschoben. Der in der ganzen Philosophie der Nachkriegszeit verspürbaren wertphilosophischen und metaphysisch-religiösen Welle konnte sich auch die Rechtsphilosophie nicht entziehen. Man sprach, so wie von einer Wiedergeburt der Metaphysik, auch von einer Renaissance des Naturrechts. Schon Stammlers Frage nach dem „richtigen Recht“ war im Grunde eine naturrechtliche Problemstellung. Bewußt zu einer Rechtswertphilosophie suchte besonders die an die südwestdeutsche Richtung des Kantianismus anschließende rechtsphilosophische Richtung von Emil Lask, Max Ernst Mayer und Gustav Radbruch vorzudringen, der in diesem Betracht auch Julius Binder zugerechnet werden kann. Die Schule katholischer Rechtsphilosophie hat, einer alten Tradition folgend, den Gedanken des Naturrechts nie aufgegeben und konnte, durch eine ebenso alte logische Schulung behütet, ihn vielleicht am ungefährdetsten ins moderne Problembewußtsein einschmelzen<sup>3)</sup>.

Denn von einer gewissen Gefahr darf bei diesen Versuchen doch wohl gesprochen werden. Das geschieht nicht aus einer unangebrachten Verehrung für ein — falsches — Ideal von wertfreier Wissenschaft. Nein, die Wertfrage ist durchaus legitim. Das haben uns in der Sprache der

<sup>1)</sup> Ernst Rudolf Bierling, Juristische Prinzipienlehre, I, 1894; II, 1898; III, 1905; IV, 1911; V, 1917.

<sup>2)</sup> Vgl. das dieser Richtung gewidmete Heft des Archivs für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, 16. Bd., 1922/23.

Gegenwart die grundlegenden Forschungen von Max Scheler und Nicolai Hartmann neuerdings überzeugend gelehrt. Ja, sie ist wohl wirklich die letzte, wobei diesmal das Wort entgegen dem sonstigen Sprachgebrauch eine besonders hohe Rangstufe bezeichnet. Aber sie ist auch die letzte der methodischen Reihenfolge nach. Der unbesonnene Versuch, den zweiten Schritt vor dem ersten zu tun, einen noch logisch nicht bestimmten Gegenstand schon axiologisch bestimmen zu wollen, wäre nicht nur methodisch verfehlt, sondern würde auch eine ernste Kompromittierungsgefahr für die erst so jung wieder rehabilitierte Wertwissenschaft selbst bedeuten.

Daß aber diese logische Bestimmung an dem Gegenstand Recht und seinen verschiedenen Sonderformen schon hinreichend geleistet sei, wird niemand behaupten können. Und da ist es wohl erlaubt, wenn nicht gar geboten, bei voller Anerkennung der Berechtigung der Wertfrage und bei uneingeschränkter Aufgeschlossenheit für das Reich der Werte sich zunächst den rein theoretischen Grundlagenfragen zuzuwenden. Wohl mögen sie gegenüber letzten Fragen nur Vorfragen sein, gerade als solche aber sind sie nicht minder brennend als jene.

Der monographischen Behandlung einer solchen Grundlagenfrage, dem Problem des Gewohnheitsrechts, ist die vorliegende Arbeit gewidmet. Daß es sich dabei wirklich um eine Grundlagenfrage handelt, die mit der Gesamtheit rechtstheoretischer Probleme eng verflochten ist, zeigt schon ihr regelmäßiger Wandel mit dem Wandel der zugrunde liegenden allgemeinen Rechtstheorie. Gleichsam empirisch in der geistesgeschichtlichen Entwicklung des Problems versucht das die folgende lehrgeschichtliche Darstellung zu zeigen. Der systematische Teil will diesen Zusammenhang auch innerlich verständlich machen und eine Eingliederung des Problems in den heutigen Stand rechtstheoretischer Forschung versuchen.

## Problementwicklung.

### Allgemeines.

Es ist nicht Aufgabe dieser Arbeit, eine vollständige lehrgeschichtliche Darstellung zu geben, will sie doch nicht eine Geschichte der Lehre vom Gewohnheitsrecht, sondern einen Beitrag zu dieser Lehre selbst liefern. Bei der immerhin unvermeidlichen Auseinandersetzung mit bereits vertretenen Standpunkten ist daher eine zweifache Beschränkung möglich. Einerseits genügt es, Auffassungen zu berücksichtigen, die in ausgebildeterer Form aufgetreten sind und irgendwie fruchtbar oder doch wenigstens als Ansatzpunkte einer Kritik von Einfluß geworden sind. Andererseits ist auf literargeschichtliche Akribie weniger Wert zu legen als vielmehr darauf, daß die verschiedenen Auffassungen aus ihren allgemein philosophischen und speziell rechtstheoretischen Voraussetzungen, sowie aus ihrer ganzen geistesgeschichtlichen Umgebung heraus, begriffen werden.

Aus dem ersten Grunde erübrigt sich ein näheres Eingehen auf die Lehre vom Gewohnheitsrecht im Altertum und im Mittelalter. Nicht als ob man sich damals über das Gewohnheitsrecht keine Gedanken gemacht hätte. Es ist vielmehr schon damals zu beobachten, daß die Lehre vom Gewohnheitsrecht ein treuer Spiegel der allgemeinen Rechtstheorie ist, soweit man von einer solchen überhaupt bereits reden kann.

Im römischen Recht wird das Gewohnheitsrecht auf „tacitus consensus“ gegründet<sup>1)</sup> und seine Kraft an der normalen *lex* gemessen<sup>2)</sup>. Im kanonischen Recht des Mittelalters tritt bezeichnenderweise das schon im römischen Recht anklingende Erfordernis der Rationabilität<sup>3)</sup> deutlich hervor. Gegen das *jus naturale* oder das *jus divinum* wird Gewohnheitsrechtsbildung als unzulässig erklärt. Das ist nicht etwa ein Ausfluß ungemessenen kirchlichen Machtstrebens, zumal es ja nicht nur für Gewohnheits-, sondern auch für (sogar kirchliches) Gesetzesrecht gilt, sondern eine selbstverständliche Folge der grundsätzlichen Verankerung des Kirchenrechts in der christlichen Ethik; aber noch allgemeiner des

---

<sup>1)</sup> Vgl. Siegfried Brie, Die Lehre vom Gewohnheitsrecht, I, S. 16ff., 1899.

<sup>2)</sup> A. a. O., S. 33ff.

<sup>3)</sup> A. a. O., S. 67f. und 180f.

durchaus material gefaßten Rechtsbegriffes jener Zeit, der im Kirchenrecht naturgemäß eben die Form eines theologischen Naturrechts annimmt. Wenn einzelne Glossatoren im Anklang an die römische Lehre vom *tacitus consensus die consuetudo einem pactum gleichstellten*<sup>1)</sup>, so präjudierten sie damit bereits der Vertragstheorie, die das spätere Naturrecht beherrschte und die dem Gewohnheitsrecht so ungünstig gegenüberstand. Daß das übrigens nicht eine allgemeine Erscheinung war, beweisen etwa die in der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts erschienenen Observationen von Mynsinger und Gail<sup>2)</sup>, zwei angesehene Werke, die dem Gewohnheitsrecht durchaus gerecht werden.

Das eigentlich goldene Zeitalter der Lehre vom Gewohnheitsrecht aber ist die Zeit der historischen Rechtsschule. Auf sie und ihre geistesgeschichtlichen Voraussetzungen ist darum zunächst einzugehen.

## Die historische Schule.

### Geistesgeschichtliche Voraussetzungen.

Die Zeit Savignys und Puchtas, auf die es hier hauptsächlich ankommt, war von einer Bewegung beherrscht, die einen ursprünglich von der Literatur herkommenden Namen trägt: der Romantik<sup>3)</sup>. Diese Bewegung war zwar in erster Linie auf literarischem oder doch künstlerischem Gebiet beheimatet, ihre Einflüsse aber reichten weit darüber hinaus. Man kann von einer romantischen Wissenschaft, Staatskunst, ja überhaupt von einem romantischen Lebensstil sprechen. Stimmungsmäßig ist die Romantik eine Reaktionsbewegung gegen die Aufklärung. Gegenüber deren überhellen Bewußtheit und platten Vernünftigkeit sehnte sich die Romantik nach geheimnisvoll-mystischem Halbdunkel, nach Zeiten einer taufrischen Ursprünglichkeit. Darum ist sie die Zeit in der — wie wir heute sagen würden — die Intellektuellen das „Volk“, und zwar im Sinn von *natio* und von *vulgus* entdecken, in der man sich aus der prosaischen Gegenwart in die „romantische“ Welt des Mittelalters zurücksehnt. Nicht nur theoretisch, sondern auch praktisch, indem man z. B. in sozialer Hinsicht einmal für patriarchalische Herrschaftsformen, ein andermal — bereits unter Rousseauischem Einfluß — für die völlige Ungebundenheit eines glücklichen Naturzustandes schwärmt. Aus dieser Sehnsucht nach der Vergangenheit entspringt auch die

<sup>1)</sup> A. a. O., S. 101.

<sup>2)</sup> Vgl. Rudolf Stintzing, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, I, S. 501, 1880.

<sup>3)</sup> Für die Geistesgeschichte der Romantik vgl. etwa Hartmann: *Die Philosophie des deutschen Idealismus*, I. Bd., 1923; Fichte, Schelling und die Romantik, S. 186ff.; Joël: *Wandlungen der Weltanschauung*, 2. Bd., 1929, S. 300ff.; Knittermeyer: *Schelling und die romantische Schule*, *Geschichte der Philosophie in Einzeldarstellungen*, Abt. 7, *Die Philosophie der neuesten Zeit* I, Bd. 30—31, 1929.

lebendige Einfühlung in sie, das verfeinerte historische Verständnis, das sich von dem ganz unhistorischen Rationalismus der Aufklärung so vorteilhaft abhebt. Rationaler Sinn sieht aufs Allgemeine, historischer Sinn aufs Einzelne. So hängt mit dem historischen Sinn der Romantik auch ihre Vorliebe fürs Individuelle und Konkrete, besonders für das geniale Individuum zusammen. In merkwürdigem Selbstwiderspruch verfielt man das Recht des Individuums auf kraftgenialische Überschreitung sittlicher Grenzen und schwärmt dabei gleichzeitig in religiöser, insbesondere oft katholischer Stimmung. Aber Selbstwiderspruch scheut man sozusagen grundsätzlich nicht. Ja man meint überhaupt nicht mit der dürftigen Logik die unerschöpfliche Vielfalt des Lebens oder die *complexio oppositorum* des Geistes — was hier nicht etwa Intellekt bedeutet — umfassen zu können. In genialischer Verachtung des bewußten Kunstschaffens und des systematischen Denkens wendet man sich vom „tintenklecksenden Säkulum“ zum Volkslied, von der messenden Naturwissenschaft zur sinnenden Betrachtung magnetischer und hellseherischer Naturerklärung, die die Natur mehr als Gestalt und Bedeutung denn als dynamisch-kausalen Zusammenhang faßt. Nicht abstrakte Gesetze, sondern der lebendige Geist in der Natur und der Geist in der Geschichte, die schließlich beide in einer geheimnisvollen Weltseele in eins zusammenfallen, sind die Ziele romantischen Denkens. Daher überall die Tendenz, zu vereinheitlichen, alles Einzelne — so sehr man es als Einmaliges in seiner ausgeprägten Individualität liebt — doch als Auswirkung eines großen, mystisch verehrten Weltprinzips zu fassen.

Es ist interessant, die geistesgeschichtliche Entwicklungslinie der Romantik zurückzuverfolgen und zu beobachten, wie sie letzten Endes von Männern ausgeht, die noch mitten in der Aufklärungszeit stehen, aber freilich auch schon die Überwindung ihres Geistes anbahnen. Es ist für die philosophische Linie der Romantik Kant, für die historische Lessing.

Kant, in seinem ganzen Lebensstil und in manchen Teilen seiner Lehre — z. B. gerade in seiner Rechtsphilosophie — noch ganz ein Kind der Aufklärungszeit, hatte in den drei Kritiken die Grundlagen der selbstsicheren Wissenschaft dieser Periode zu erschüttern unternommen und es klingt gar nicht aufklärerisch, wenn er es als die Tendenz seiner Philosophie bezeichnet, „das Wissen aufzuheben, um zum Glauben Platz zu bekommen“<sup>1)</sup>. Freilich wirkte Kant nicht unmittelbar, sondern durch Vermittlung Fichtes auf die Romantik.

Ähnlich Lessing. Auch in ihm ist noch „etwas von dem Wolffschen Bedürfnis nach Klarheit und Deutlichkeit der Begriffe“<sup>2)</sup>, aber hell-

<sup>1)</sup> Vorrede zur 2. Auflage der Kritik der reinen Vernunft, 1787, Ausgabe von Raymund Schmidt, Bd. 37a der Philosophischen Bibliothek, 1926, S. 28.

<sup>2)</sup> Windelband: Die Geschichte der neueren Philosophie, 2. Bd., 7. und 8. Aufl., 1922, S. 546.

sichtig knüpft er nicht an Wolff, sondern an Leibniz an, dessen damals eben posthum erschienene „Nouveaux Essais“ er sofort zu übersetzen begann. Hier aber war durch den Gedanken einer Entwicklung der *verités éternelles* aus den *verités de fait* der Grund zu einer historischen und zugleich teleologischen Weltauffassung gelegt worden, wie sie dann Lessing seiner „Erziehung des Menschengeschlechtes“ (1780) zugrunde legte. Freilich darf nicht übersehen werden, daß hier eigentlich nur eine Art stimmungsmäßiger Zusammenhang besteht, denn die erwähnte „Entwicklung“ kann bei Leibniz nur als ein ideeller, nicht als ein historischer, zeitlich verlaufender Prozeß gedeutet werden.

Aber wieder war es nicht Lessing selbst, sondern Herder, durch den diese Gedanken auf die Romantik wirkten<sup>1)</sup>. Die historische Linie führt er fort durch seine „Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit“ (1784 bis 1791). In unserem Zusammenhang noch wichtiger als dieser Versuch einer universalen Entwicklungsgeschichte der Menschheit ist seine Arbeit über den „Ursprung der Sprache“ (1772), worin er für natürliche Ursachen der Entstehung und Entwicklung der Sprache eintritt gegenüber der etwa noch von Hamann angenommenen Hypothese eines göttlichen Ursprungs der Sprache. Zum liebevollen Verständnis der Romantik für nationale Poesie leitet er hinüber durch seine Volksliedersammlung und es ist dabei wieder bezeichnend, daß der Begriff des Volksliedes von ihm viel weiter gefaßt wird, als es unsere moderne Sprachwissenschaft tut. Auch Dichterpersönlichkeiten, wie Shakespeare und Goethe, sind darin gleichsam als Repräsentanten ihrer Nation mit volkstümlich anmutenden Gedichten vertreten.

Auch Wilhelm von Humboldts sprachphilosophische Arbeiten wurden bedeutsam. Hier liegt eine Hauptquelle der Volksgeistlehre, denn die Sprache wird stets als eine Art Vorbild für alle sonstigen Erscheinungen der Volksseele genommen. Mit ihrer Entwicklung parallelisiert man auch diese<sup>2)</sup>.

Genauer ist auf die philosophischen Voraussetzungen des romantischen Geistes einzugehen. Die Romantik empfing die Philosophie des deutschen Idealismus aus der Hand Fichtes. Fichte hatte den kantischen Gedanken vom Primat der praktischen Vernunft bis zur äußersten Konsequenz vorgetrieben<sup>3)</sup>. Nicht irgendwelche Grundsätze

<sup>1)</sup> Vgl. Lamprecht: Herder und Kant als Theoretiker der Geschichtswissenschaft, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, 3. Folge, 14. Bd., 1897, S. 161ff.

<sup>2)</sup> Zur Geschichte der Volksgeistlehre vgl. von Moeller: Die Entstehung des Dogmas von dem Ursprung des Rechts aus dem Volksgeist, Mitteilungen des Instituts für österreichische Geschichtsforschung, 30. Bd., 1909, S. 1ff. Ferner Kantorowicz: Volksgeist und historische Rechtsschule, Historische Zeitschrift, 108. Bd., 1912, S. 295ff.

<sup>3)</sup> In den verschiedenen oft geänderten Bearbeitungen seiner „Wissenschaftslehre“ (1794f.).

oder Kategorien, sondern eine „Tathandlung“ steht im Kernpunkt aller Philosophie. Ja noch mehr, das unendliche Streben des Subjektes, das als ethischer Trieb gefaßt wird, könnte sich ohne Widerstand nicht betätigen und so schafft sich dieser Trieb des Ich selbst eine Welt als Material der sittlichen Betätigung. Da das Ich aber im Erkennen diese Welt als Objekt vorfinden soll, kann ihre Schöpfung nicht wieder in einem erkennenden Akt geschehen sein, sondern nur unbewußt und grundlos. Man versteht, wie diese dunkle Urkraft des Ich der romantischen Grundauffassung entgegenkam und sie noch weiter zu führen geeignet war. Fichte hatte damit — freilich in prinzipiell anderer Art — den Gedanken des unbewußten Psychischen aufgenommen, der bereits bei Leibniz in der Form der *petites perceptions* aufgetreten war. Es steht also, wie man sieht, Leibniz mit der Romantik in zweifacher, einmal durch Herder und zum anderen durch Fichte vermittelter Verbindung.

An Fichte selbst läßt sich das Hineinwachsen in die romantische Welt besonders an seiner Staatslehre deutlich verfolgen. Während sein „*Naturrecht*“ (1796) noch völlig im Bann der Aufklärung und ihrer Lehre von Staatsvertrag und Volkssouveränität steht und deutlich kosmopolitische Züge zeigt, ist Fichte in dem vier Jahre später erschienenen „*Geschlossenen Handelsstaat*“ vom individualistischen zum universalistischen Standpunkt übergegangen. Ja, unter dem Eindruck der Zeitereignisse, aber durchaus im Zusammenhang mit Gedanken, die schon in seinen Schriften „*Über die Bestimmung des Menschen*“ (1808) und über die „*Grundzüge des gegenwärtigen Zeitalters*“ (1806) ausgesprochen waren, kam er zur Auffassung, daß nicht nur die Einzelnen, sondern auch ganze Nationen ihre historische Bestimmung haben, eine Auffassung, die, bezogen auf die deutsche Nation, zum gewaltigen nationalen Pathos der „*Reden an die deutsche Nation*“ (1808) führte. Und wie um das ganze Spektrum des romantischen Geistes darzustellen, mündet zugleich seine so titanisch begonnene Philosophie der Tathandlung unter dem Eindruck der letzten Periode der Schellingschen Philosophie in den religiösen Frieden, in dem sich das Ich mit dem Bild des Absoluten identifiziert, wie es in der „*Anweisung zum seligen Leben*“ (1806) ausgesprochen wird.

Der eigentlich repräsentative Philosoph der Romantik ist jedoch Schelling. War bei Fichte die Natur vernachlässigt worden — sie sollte ja nur Material des Widerstandes für den sittlichen Trieb sein —, so trug Schelling das praktische und teleologische Prinzip der Fichteschen Philosophie auch in die Philosophie der Natur hinein<sup>1)</sup>. Nicht nur

<sup>1)</sup> Hauptsächlich in den Werken „*Ideen zur Philosophie der Natur*“ (1797), „*Von der Weltseele*“ (1798), „*Entwurf eines Systems der Naturphilosophie*“ (1799) und in vielen Zeitschriftenaufsätzen. Für seine Geschichtsphilosophie sind von Wichtigkeit seine „*Vorlesungen über die Methode des akademischen Studiums*“ (gehalten im Sommersemester 1802), die jetzt in einer bequemen Ausgabe vorliegen: Schroeter: Schellings Schriften zur

in der Geschichte, wie bei Fichte, auch in der Natur gibt es teleologisch bestimmte Entwicklungsstufen. An der Realisierung des theoretischen Ich als Vorbedingung fürs praktische als seinem höchsten Zweck soll nun die gesamte Natur teilnehmen. Sie ist in allen ihren Teilen werdendes Bewußtsein, das sich aus den Individuen anorganischer oder organischer Art emporringt, die selbst nicht Zweck, sondern nur Mittel im Prozeß dieser geistigen Naturentwicklung sind. Diese Entwicklung ist aber auch hier nicht als zeitlich-geschichtliche Entwicklung in dem Sinn gemeint, wie es etwa die moderne Deszendenztheorie tut. Sie ist nur das ideelle Verhältnis der verschiedenen Entwicklungsstufen oder Potenzen der „Weltseele“, des „Riesengeistes“. Enthält doch jedes einzelne Ding in polarer Spannung beide Komponenten — Natur und Geist — in sich, deren letzte Synthese erst im Universum zu erblicken ist<sup>1)</sup>.

In der proteusartigen Verwandlungsfähigkeit des Schellingschen Geistes wurden aber diese realen Potenzen bald verdoppelt zu Ideen des Absoluten. Nun entstand das Problem, wie sich diese Ideen aus dem Absoluten heraus verselbständigen. Dieses zunächst von einem seiner Schüler, Eschenmayer<sup>2)</sup>, gestellte Problem beantwortete Schelling durch eine theosophische Wendung<sup>3)</sup>. Aus dem Urrund des Absoluten suchen sich die Ideen in einer Art hoffärtigen Sündenfalls loszulösen und zu verselbständigen. Dieser Kampf des göttlichen Universalwillens und des schuldhaften — im Menschen zu bewußter Empörung gekommenen — Individualwillens ist das Thema der gesamten Geschichte. Die Aufgabe des sittlichen Lebens ist, daß der Individualwille wieder den Universalwillen in sich aufnehme. Für die endliche — auch „negativ“ genannte — Philosophie aber ist es eine unerklärliche Urtatsache, daß es überhaupt zum Abfall der Ideen gekommen ist, eine Tatsache, die sie nicht als notwendig deduzieren, sondern nur durch eine Wendung zur „positiven“ Philosophie in metaphysischer Erfahrung zur Kenntnis nehmen kann. Mit dieser letzten Wendung zur Philosophie der Offenbarung ist auch hier der romantisch-religiöse Abschluß wie bei Fichte erreicht<sup>4)</sup>.

Damit sind die Bausteine zusammengetragen, aus denen das romantische Geistesleben im allgemeinen und insbesondere auch seine juristische Spielart, das Lehrgebäude der historischen Rechtsschule, aufgeführt ist. Auf die Streitfrage, ob es sich bei Savigny und Puchta um eine un-

---

Gesellschaftsphilosophie, Die Herdflamme, herausgegeben von Othmar Spann, 12. Bd., 1926.

<sup>1)</sup> Hierzu und zum nächsten Entwicklungsstadium „Bruno“ (1802).

<sup>2)</sup> In seiner Schrift „Die Philosophie in ihrem Übergang zur Nichtphilosophie“ (1803).

<sup>3)</sup> In seinem Werk „Philosophie und Religion“ (1804).

<sup>4)</sup> Besonders in Schellings Berliner Vorlesungen „Philosophie der Mythologie und Offenbarung“ (1841).

mittelbare und bewußte Übernahme von Gedanken der Philosophen ihrer Zeit oder nur um eine Beeinflussung durch den allgemeinen Zeitgeist handelt<sup>1)</sup>, geht diese Arbeit, die keine historische sein will, nicht ein. Sie begnügt sich, die sachlichen Zusammenhänge aufgezeigt zu haben. Man könnte unter diesen geistigen Voraussetzungen die Gedanken Hegels vermissen. In der Tat aber wird sich zeigen<sup>2)</sup>, daß der Volksgeist der historischen Schule mit der Geistlehre Hegels nichts zu tun hat. Wir sahen, wie die romantischen Gedanken aus der Gedankenwelt der Aufklärung hervorgegangen waren und sich generationenweise immer mehr davon emanzipiert hatten. Daß daneben aber noch eine breite, aus der Aufklärung stammende naturrechtliche Unterströmung in der historischen Schule verläuft, hat Bergbohm<sup>3)</sup> ausführlich gezeigt.

Zu diesen rein geistesgeschichtlichen Einflüssen kommen aber noch solche aus der politischen Geschichte jener Zeit hinzu. Die französische Revolution hatte überall eine mächtige Freiheitssehnsucht geweckt und die Wertschätzung des Volkes ungeheuer gesteigert. Noch dazu war mit dieser Bewegung eine gewisse Vorliebe für primitive ursprüngliche Verhältnisse verbunden, wie sie typisch durch Jean Jacques Rousseau vertreten wird. War schon diese allgemeine politische Stimmung dem Gedanken der historischen Rechtsschule, daß alles Recht aus Gewohnheitsrecht hervorgehe, günstig, so kamen noch rein faktische Umstände hinzu. Die vielen Duodezstaaten des damaligen Reiches boten schon infolge ihrer Kleinheit eher Gelegenheit zur Ausbildung eines auf ihrem Gebiet einheitlichen „Volksrechts“, als dies in einem geeinten großen Reich möglich gewesen wäre.

### Die Lehre vom Gewohnheitsrecht in der historischen Schule.

Die romantische Grundhaltung der historischen Rechtsschule zeigt sich in ihrer Vorliebe für jene Form der Rechtsentstehung, die etwas eigentümlich Unterirdisches, Geheimnisvolles, Organisches und noch dazu Nationales an sich zu haben scheint: das Gewohnheitsrecht. Ja noch mehr, diese Art der Rechtsentstehung wird von ihr als die eigentlich primäre aufgefaßt. Die Rechtsentstehungslehre der historischen Schule ist grundsätzlich eine Lehre vom Gewohnheitsrecht.

<sup>1)</sup> Darüber etwa Landsberg: Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, III. Abt., 2. Halbbd. (Text), 1910, S. 200ff.; Loening: Die philosophischen Ausgangspunkte der rechtshistorischen Schule, Internationale Wochenschrift für Wissenschaft, Kunst und Technik, herausgegeben von Hinneberg, 4. Bd., 1910, S. 65f. und 115f.; Brie: Der Volksgeist bei Hegel und in der historischen Rechtsschule, 1909. Vgl. auch oben S. 275, Anm. 2.

<sup>2)</sup> Vgl. unten S. 26 und 35.

<sup>3)</sup> Bergbohm: Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, 1. Bd., 1892, S. 480—531.

Dies tritt erstmals deutlich hervor in Hugos Aufsatz „Die Gesetze sind nicht die einzige Quelle der juristischen Wahrheiten“<sup>1)</sup>, wenn es etwa heißt: „Beides, das öffentliche und das private Recht, machen sich auch von selbst, wie die Sprache und wie die Sitten, d. h. auch ohne Verabredung und ohne Befehle. Schon dadurch, weil die Umstände es mit sich bringen, weil man Andere es so halten sah und weil zu zehn Regeln, die man auf diese Art bekommen hat, diese bestimmte elfte eher paßt als ihr Gegenteil“<sup>2)</sup>. Und nicht nur die Überzeugung, daß sich die Rechtsbildung auf diesem natürlichen Weg tatsächlich vollziehe, sondern auch die Anschauung vom Wert dieser Rechtsquelle wird bereits von Hugo ausgesprochen: „... insofern wenigstens kann man jede Regierung als die Stellvertreterin des ganzen Volkes ansehen. Es ist aber nicht nötig, daß irgend etwas gerade durch den Stellvertreter geschehe; das Volk kann auch manches selbst tun und der Stellvertreter freut sich darüber, daß ihm damit die Mühe und die Verantwortlichkeit — zwar keine juristische, aber doch die moralische, er habe unklug oder unsittlich gehandelt — erspart wird. Höchstwahrscheinlich paßt für die gegenwärtige Lage eines Volkes dasjenige, was sich so von selbst macht, besser, als was irgendeine Regierung sich fürs Volk ausdenkt“<sup>3)</sup>.

Dies klingt schon ganz so, wie es später Savigny allerdings mit Beschränkung auf „Völker edler Stämme“ formuliert hat: „Wo wir zuerst urkundliche Geschichte finden, hat das bürgerliche Recht schon einen bestimmten Charakter, dem Volke eigentümlich, so wie seine Sprache, Sitte, Verfassung. Ja, diese Erscheinungen haben kein abgesondertes Dasein, es sind nur einzelne Kräfte und Tätigkeiten des einen Volkes, in der Natur untrennbar verbunden und nur unserer Betrachtung als besondere Eigenschaften erscheinend. Was sie zu einem Ganzen verknüpft, ist die gemeinsame Überzeugung des Volkes, das gleiche Gefühl innerer Notwendigkeit, welches allen Gedanken an zufällige und willkürliche Entstehung ausschließt“<sup>4)</sup>. „Allein jene geistigen Funktionen bedürfen eines körperlichen Daseins, um festgehalten zu werden. Ein solcher Körper ist für die Sprache ihre stete, ununterbrochene Übung, für die Verfassung sind es die sichtbaren öffentlichen Gewalten, was vertritt aber diese Stelle beim bürgerlichen Rechte?“<sup>5)</sup> Während es da heute „ausgesprochene Grundsätze, durch die Schrift und mündliche Rede mitgeteilt“<sup>6)</sup>, sind, waren es ursprünglich symbolische Handlungen.

<sup>1)</sup> Civilistisches Magazin, 4. Bd., 1815, S. 89f.; der Zeitschriftenband ist von 1815 datiert, der Aufsatz aber wird schon 1814 in Savignys Abhandlung „Vom Beruf unserer Zeit“ angeführt. Es ist vielleicht von Interesse, daß derselbe Hugo, der als Begründer der historischen Schule gelten kann, noch selbst ein „Lehrbuch des Naturrechts“ geschrieben hat, das noch 1819 (in 4. Aufl.) erschien.

<sup>2)</sup> a. a. O., S. 121.

<sup>3)</sup> a. a. O., S. 130.

<sup>4)</sup> Von Savigny: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1840, S. 8.

<sup>5)</sup> a. a. O., S. 9.

<sup>6)</sup> a. a. O., S. 10.

Mit steigender Arbeitsteilung aber sondert sich ein eigener Juristenstand aus dem Volk ab. „Das Dasein des Rechts ist von nun an künstlicher und verwickelter, indem es ein doppeltes Leben hat, einmal als Teil des ganzen Volkslebens, was es zu sein nicht aufhört, dann, als besondere Wissenschaft in den Händen der Juristen“<sup>1)</sup>. Und schließlich: „Die Summe dieser Ansicht also ist, daß alles Recht auf die Weise entsteht, welche der herrschende, nicht ganz passende Sprachgebrauch als Gewohnheitsrecht bezeichnet, d. h., daß es erst durch Sitte und Volksglauben, dann durch Jurisprudenz erzeugt wird, überall also durch innere stillwirkende Kräfte, nicht durch die Willkür eines Gesetzgebers“<sup>2)</sup>.

Nimmt man dazu die Betonung der immanenten und doch die Freiheit nicht völlig aufhebenden Notwendigkeit in der Rechtsentwicklung, wie sie mit besonderer Schärfe in Savignys Programmaufsatz ausgesprochen ist<sup>3)</sup>, so hat man eigentlich schon das Hauptmaterial beisammen, aus dem die Rechtsentstehungslehre der historischen Schule gebildet ist. Man sieht aber auch auf den ersten Blick den starken Einschlag typisch romantischen Gedankengutes in diesen Überlegungen. Unverkennbar ist der Einfluß der Herderschen Sprachphilosophie in den Parallelisierungen der Entwicklung des Rechts mit der der Sprache. Weiter bemerkt man die romantische Vorliebe für Vereinheitlichung, die sich hier darin äußert, daß alle verschiedenen Betätigungen des geistigen Lebens auf die „gemeinsame Überzeugung des Volkes“<sup>4)</sup> zurückgeführt werden. Bezeichnend ist auch Hugos Hochschätzung für die ursprüngliche Rechtsschöpfung durch das Volk und die Betonung der organischen „still wirkenden Kräfte“<sup>4)</sup> bei Savigny. Und Savigny spricht auch schon das zwar als „nicht ganz passend“ erklärte Wort „Gewohnheitsrecht“ aus und weist dem Gewohnheitsrecht seine für die ganze Schule charakteristische Stelle im Zentrum der Rechtsentstehung an. Nebenbei sei auch darauf hingewiesen, wie das ganze Problem des Gewohnheitsrechts rein privatrechtlich gesehen wird. Die „Verfassung“ wird kaum als Recht, sondern wie eine Art reines Gewaltverhältnis aufgefaßt. Auch dieser zivilistische Zug ist der Lehre vom Gewohnheitsrecht lange verblieben.

<sup>1)</sup> a. a. O., S. 12.

<sup>2)</sup> a. a. O., S. 14.

<sup>3)</sup> Da wird der geschichtliche dem ungeschichtlichen Standpunkt gegenübergestellt. Wohl interessiere sich auch der ungeschichtliche für die Geschichte als eine „moralisch-politische Beispielsammlung“, meine aber, das Genie könne ihrer auch entraten. „Wer“ aber auf dem „geschichtlichen Standpunkt steht, urteilt über das entgegengesetzte Verfahren also: Es ist nicht etwa die Rede von einer Wahl zwischen Gutem und Schlechtem, so daß das Anerkennen eines Gegebenen gut, das Verwerfen desselben aber gleichwohl möglich wäre. Vielmehr ist dieses Verwerfen des Gegebenen der Strenge nach ganz unmöglich. Es beherrscht uns unvermeidlich und wir können uns nur darüber täuschen, nicht es ändern“. Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, 1. Bd., 1815, S. 3f.

<sup>4)</sup> Vgl. oben.

Der Hauptvertreter der Gewohnheitsrechtstheorie der historischen Schule ist aber Georg Friedrich Puchta<sup>1)</sup>. Ist Savigny überwiegend der Historiker der Schule, so Puchta ihr großer Systematiker. Systematische Betrachtung und Kritik wird daher vornehmlich bei ihm einzusetzen haben.

Gleich anfangs stellt Puchta grundlegend fest: „Es gibt eine Form der Rechtsentstehung, welche die unmittelbare genannt werden kann, insofern das Recht hier wirklich die nationale Überzeugung über die rechtliche Freiheit ist, diese also für sich und ohne ein künstliches Medium wirksam wird. Dieses natürliche Recht, wie man es deshalb nennen könnte, macht sich auf ebenso natürlichem Wege geltend, nämlich durch den Einfluß, welchen die Volksüberzeugung auf die Handlungen der einzelnen Glieder des Volkes ausübt. Diese Handlungen heißen, insofern sie durch diesen Einfluß bedingt werden, Sitte; und jenes unmittelbare natürliche Recht pflegen wir, da es sich zunächst durch diesen Einfluß äußert, Gewohnheitsrecht zu nennen“<sup>2)</sup>.

Diese Definition soll nun in ihren einzelnen Teilen analysiert werden.

Was versteht Puchta unter Volk? „Der Begriff des Volkes hat die natürliche Grundlage der gemeinsamen Abstammung“<sup>3)</sup>. In Anbetracht der gemeinsamen Abstammung der gesamten Menschheit aber begnügt sich Puchta nicht mit dieser natürlichen Verwandtschaft als Grundlage des Volkes, sondern faßt weiterhin das Volk als eine Kulturgemeinschaft auf. Aber auch diese geistige Einheit denkt er sich wieder auf natürlichem Weg durch räumliche Absonderung usw. entstanden. Aus dieser „nationalen Verbindung“ geht dann — noch immer als „allgemeiner Wille“ — der spezielle Verfassungswille hervor. Er schafft „die Verfassung, welche das Volk zur bürgerlichen Gesellschaft, zum Staat macht und dadurch über den Charakter einer bloß natürlichen Vereinigung erhebt“<sup>4)</sup>. So entsteht noch ein Begriff „Volk“, der „den Inbegriff der Regierten gegenüber der Regierung“<sup>5)</sup> meint.

Das natürliche Volk nun kann als solches nicht handeln — das kann nur der Einzelne oder (infolge einer Fiktion) ein organisiertes Ganzes —, seine „Tätigkeit ... kann also nur in einem unsichtbaren, durch einen Begriff, nämlich jene Verwandtschaft selbst, gegebenen Einfluß auf die ihm angehörigen Glieder bestehen. Von den Tätigkeiten des Volkes oder, was dasselbe ist, von den verschiedenen Richtungen des Volksgeistes gehört nur eine hieher, das Recht“<sup>6)</sup>. Im natürlichen Volk ist in ganz besonderem Sinn „die Volksverbindung der Boden fürs Recht, indem in ihr einesteils eine gemeinsame Überzeugung, andernteils ein der rechtlichen Freiheit entsprechendes Verhältnis der Glieder zu

<sup>1)</sup> Durch sein zweibändiges Werk: Das Gewohnheitsrecht, 1. Bd., 1828, 2. Bd., 1837.

<sup>2)</sup> a. a. O., 1. Bd., S. 9f.

<sup>3)</sup> a. a. O., 1. Bd., S. 134.

<sup>5)</sup> a. a. O., 1. Bd., S. 136.

<sup>4)</sup> a. a. O., 1. Bd., S. 135.

<sup>6)</sup> a. a. O., 1. Bd., S. 138.

finden“ ist<sup>1)</sup>. Das entsprechende Verhältnis ist damit gegeben, „daß dem Willen des Menschen ein anderer Wille gegenübersteht, welchen er teils als einen anderen ihm äußerlichen, als den Willen eines anderen eines eigenen Willens fähigen freien Subjektes, teils aber auch als den seinigen, nämlich insofern erkennt, als dieser Wille auf eine ihm ebenfalls angehörige Überzeugung sich gründet“<sup>2)</sup>. Das so auf der gemeinsamen Überzeugung beruhende Recht habe nun zwei Seiten. „Die eine besteht in der Überzeugung von dem, was Recht ist, die andere in der Geltendmachung dieser Überzeugung“<sup>3)</sup>. Soll diese Geltendmachung nicht bloß zufällig und durch rohe Gewalt geschehen, so muß sie sich Organe schaffen, in der Verfassung und im Staat. So sind Recht und Verfassung aufeinander angewiesen, ohne daß doch eins aus dem anderen hervorginge. Warum der Weg der „rohen Gewalt“ abgelehnt wird, erfährt man erst an einer viel späteren Stelle. Eine solche Staatsgewalt „würde nicht verdienen, daß man sie, etwas völlig Unvernünftiges, als den rechtlichen Grund irgendeines anderen ansehe“<sup>4)</sup>. Man erkennt hier deutlich, daß es Puchta nicht um eine bloße Erklärung der Rechtsentstehung, sondern um eine Rechtfertigung des Rechtes zu tun ist. Als solche Rechtfertigung aber scheint Puchta die Zurückführung auf den Volksgeist völlig ausreichend, denn ganz im Sinn der nationalen Mystik der Romantik wird das Volk — wenigstens auf dem Gebiet des Rechts — für irrtumslos angesehen<sup>5)</sup>. Später tritt an die Stelle dieser nationalen eine ausgesprochen religiöse Rechtfertigung, indem das menschliche Recht teils auf Offenbarung, teils auf göttliche Eingiebung zurückgeführt wird<sup>6)</sup>.

An dieser Stelle sei auch auf eine andere Wandlung Puchtas hingewiesen, die zwar schon an einigen Stellen des „Gewohnheitsrechts“ angedeutet ist<sup>7)</sup>, vollendet aber auch erst im „Cursus der Institutionen“ vorliegt. Während früher fast immer nur von „Volksgeist“, „Rechtsbewußtsein“, „Nationeller Überzeugung“ usw. die Rede war, heißt es nunmehr: „Das Recht besteht aus Vorschriften, es fordert, daß etwas getan oder unterlassen werde; das Rechtsbewußtsein ist daher zugleich der Wille, daß, was dem Recht gemäß sei, geschehe“<sup>8)</sup>. An die Seite des Überzeugungs- tritt also das Willensmoment. Oder gegenständiglich gewendet: Während der Romantik das Recht ein Sein, ein Element am metaphysischen Volksgeist ist, bricht hier die Erkenntnis vom Recht als normativem, als Sollensgegenstand andeutungsweise durch.

Ist so der Volksgeist — mag man ihn so oder so fassen — gleichsam das Grundwasser, so entspringt aus ihm das Recht in drei Quellen<sup>9)</sup>.

1) a. a. O., 1. Bd., S. 140.

2) a. a. O., 1. Bd., S. 139.

3) a. a. O., 1. Bd., S. 141.

4) a. a. O., 1. Bd., S. 210.

5) a. a. O., 2. Bd., S. 65f.

6) Vgl. Cursus der Institutionen, 1. Bd., 9. Aufl., 1881, S. 14; die erste Auflage erschien 1841.

7) z. B. 1. Bd., S. 139.

8) Cursus der Institutionen, a. a. O., S. 16.

9) Gewohnheitsrecht, 1. Bd., S. 78 und 143ff.

Mit diesen Entstehungsquellen „soll die Art und Weise angegeben werden, wie die Volksüberzeugung das Recht erzeugt, die Wege, auf welchen dasselbe aus der Volksüberzeugung hervorgeht, die Formen, in denen es entsteht“<sup>1)</sup>. Als erste und unmittelbare Rechtsquelle wird das Volk selbst angeführt. Als Organ des Volkes, somit als abgeleitete Rechtsquelle, kommt in Betracht einerseits die Gesetzgebung, andererseits die Wissenschaft. Durch drei Erkenntnisquellen, Sitte, Urkunde und System, wird das Recht in seinen Formen als Gewohnheitsrecht, promulgiertes Recht und Juristenrecht erkannt<sup>2)</sup>.

Es sollen nun zunächst die beiden übrigen Entstehungsarten ausgedehnt werden, damit allein das Gewohnheitsrecht im engeren Sinn übrig bleibe, mit dem wir uns vornehmlich zu beschäftigen haben.

Zunächst ist zu sagen, daß gegenüber dem Gesetzesrecht die Theorie vom Ursprung aus der Volksüberzeugung zugegebenermaßen zu einer bloßen Fiktion herabsinkt, denn „das Wesen der Staatsgewalt besteht darin, daß dasjenige, was sie unter den verfassungsmäßigen Voraussetzungen als allgemeinen Willen erkennt, auch als solcher gilt, ohne daß hier erst eine materielle Untersuchung stattfindet, neben welcher keine Staatsgewalt, da sie eben das Höchste sein soll, bestehen könnte“<sup>3)</sup>. Mit anderen Worten: Auch wenn die, wie früher erwähnt, wegen ihrer Unvernünftigkeit abgelehnte rohe Gewalt Gesetze macht, so werden sie doch als der Volksüberzeugung entsprungen fingiert. Natürlich verliert damit die Volksgeistlehre für diesen Fall ihre erklärende Funktion, denn erklären kann man durch Fiktionen nicht.

In Sachen des Juristenrechts ist bei Puchta eine deutliche Wandlung vom ersten bis zum zweiten Band des „Gewohnheitsrechts“ zu beobachten. Im ersten Band kennt er nur eine Art von Juristenrecht: „Die Juristen müssen . . . als Repräsentanten des Volkes verfahren, wenn sie . . . Einfluß aufs Recht üben wollen. — Eine juristische Ansicht . . . ist dann recht, wenn sie wissenschaftlich begründet, also, wenn sie wahr ist. Um dies zu sein, muß sie ins System eingefügt, d. h. eben innerlich begründet, und sie muß dem Volksgeist angemessen sein“<sup>4)</sup>. Der letztere Umstand ist daraus zu erkennen, daß sich eine solche wissenschaftliche Überzeugung „wirklich geltend gemacht hat, teils in der Überzeugung der Juristen, teils in der Anwendung vor Gericht“<sup>4)</sup>. Die Wahrheit der betreffenden juristischen Meinung soll hier einerseits aus der Einfügung ins System und andererseits daraus erkannt werden, daß sie sich durchgesetzt hat. Das ist ein durch das zweite Erfordernis kaum verhülltes Naturrecht, weil dieses Erfordernis gleichsam als eine Folge der „Wahrheit“ des betreffenden Rechtssatzes aufgefaßt wird. So sind beide Erfordernisse in merkwürdige Verbindung gebracht, obwohl sie doch voneinander offenbar unabhängig sind. Denn es ist sehr wohl möglich, daß sich ein systemfremder Rechtssatz durchsetzt, ein mit dem System harmonischer dagegen nicht.

<sup>1)</sup> a. a. O., 1. Bd., S. 144.

<sup>2)</sup> a. a. O., 1. Bd., S. 78.

<sup>3)</sup> a. a. O., 1. Bd., S. 145.

<sup>4)</sup> a. a. O., 1. Bd., S. 166.

Tatsächlich wird im zweiten Band diese Verbindung auch fallen gelassen und eine zweifach verschiedene Art von Juristenrecht angenommen. „Gewohnheitsrecht und gesetzliches Recht haben das miteinander gemein, daß sie vermöge der äußeren Autorität gelten, welche der gemeinsamen Volksüberzeugung, der gesetzgebenden Gewalt, zukommt. Wie nun durch wissenschaftliche Behandlung die Prinzipien zum Bewußtsein gebracht werden, auf denen die durch diese Rechtsquellen gegebenen Rechtssätze beruhen, so wird es durch sie auch möglich, aus denselben Prinzipien noch andere Gesetze auf dieselbe Weise, wie jene schon bestehenden fließen, zu folgern, Sätze, welche neu sind, insofern sie erst durch die Wissenschaft aus dem bestehenden Recht, in welchem sie als Keime allerdings schon liegen, hervorgetrieben werden“<sup>1)</sup>. „Dieses Recht gründet sich nicht auf eine äußere Autorität, sondern lediglich auf die innere der wissenschaftlichen Wahrheit, ein solcher Satz gilt nur, insofern er wahr ist“. Nur eine Vermutung für seine Wahrheit ergibt sich aus der *communis opinio*<sup>2)</sup>. Auch hier ein unklares Schillern der Ausdrücke und wohl auch des Gedankens. Es ist klar, daß die Schlußfolgerung, auf der das Verfahren beruhen soll, gültig, also in diesem Sinn das Ergebnis wahr sein muß. Aber woraus wird gefolgert? Darauf enthält ein und derselbe Satz verschiedene Antwortmöglichkeiten: Einerseits die „Prinzipien, auf denen die durch diese Rechtsquelle<sup>3)</sup> gegebenen Rechtssätze beruhen“<sup>4)</sup>. Mit diesen Prinzipien kann nur der „Volksgeist“ gemeint sein, bevor er sich noch in Gewohnheit oder Gesetz geäußert hat. Das wäre blankes Naturrecht, denn ob allgemeine, unpositive Rechtsprinzipien im Volksgeist, im göttlichen Gesetz, in der Natur der Menschen überhaupt oder wo sonst noch gesucht werden, macht dafür keinen Unterschied. Einen Anhaltspunkt für eine andere Auslegung ergibt eine andere Stelle im selben Satz, wo die Rede ist von jenen deduzierten Sätzen, „welche neu sind, insofern sie erst durch die Wissenschaft aus dem bestehenden Recht, in welchem sie als Keime allerdings schon liegen, hervorgetrieben werden“. Bevor durch diesen Prozeß ein Juristenrecht etwa in dem eben erwähnten naturrechtlichen Sinn entstanden ist, kann „bestehendes Recht“ nur ein aus den Quellen Gewohnheit oder Gesetzgebung fließendes sein. Dann bedeutet die wissenschaftliche Tätigkeit der Juristen nur ein Deduzieren von Folgerungen, die *implicite* eben schon in diesem Recht enthalten sind.

An die Seite dieses Juristenrechts — gefaßt als Ergebnis einer Deduktion aus naturrechtlichen Prinzipien oder aus dem bestehenden Recht — tritt nun aber das sogenannte Recht der Praxis. Das ist eine bloße Unterart des Gewohnheitsrechts; nur sind nicht alle Volksglieder die Ausübenden, was auch gar nicht nötig ist, „da eine Volksüberzeugung nicht dadurch bedingt ist, daß alle dieser Überzeugung *actu* teilhaftig

---

1) a. a. O., 2. Bd., S. 15.

2) a. a. O., 2. Bd., S. 16.

3) Nämlich Volksüberzeugung und Gesetzgebung.

4) a. a. O., 2. Bd., S. 15.

und sich ihrer bewußt sind<sup>1)</sup>, sondern bloß die fachlich vorgebildeten Juristen, da sie bei weiter getriebener Arbeitsteilung gleichsam „das Organ werden, in welchem sich die gemeine nationale Rechtsansicht ausspricht, und die gemeinsame Überzeugung des Juristenstandes dieselbe Stelle, wie die Überzeugung der Glieder der Nation überhaupt einnimmt“<sup>2)</sup>. Hier handelt es sich auch nicht „um einen wissenschaftlich zu begründenden Satz . . ., welcher nur um seiner Wahrheit willen gilt“<sup>2)</sup>.

Man kann also, die Unterscheidungen Puchtas verschärfend, sagen, sein Juristenrecht ist entweder Naturrecht oder Gewohnheitsrecht, oder es besteht nur aus Folgerungen aus gewohnheits- oder gesetzesrechtlichen Sätzen.

Nummehr ist der Weg freigemacht, der von der allgemeinen Rechtsentstehungslehre Puchtas zu seiner Lehre vom Gewohnheitsrecht im besonderen führt. Ist man sich über diesen Zusammenhang klar, so versteht man auch den großen Apparat an grundsätzlichen Erwägungen, der zur Grundlegung des Gewohnheitsrechts verwendet wird. Eigentlich scheint ja das Gewohnheitsrecht bereits charakterisiert zu sein, denn unter den drei Formen von Recht, die Puchta als die einzigen ansieht, Gewohnheitsrecht, promulgiertes Recht und Juristenrecht, ist das erstere dadurch bestimmt, „daß es unmittelbar vom Volke ausgeht“<sup>3)</sup>, während Gesetzgeber und Juristen nur Repräsentanten des Volkes sind. Die weitere Bestimmung, „es existiere in der Sitte des Volkes“<sup>3)</sup>, legt nur mehr die Erscheinungsform positiv fest, die durch den Gegensatz zu den beiden anderen Rechtsentstehungsformen negativ bestimmt worden war.

Festzuhalten ist aber hierbei, daß es sich nur um eine Erscheinungsform, eine Äußerung eines schon von der Volksüberzeugung erfaßten Rechtssatzes handeln soll. Nicht die Sitte schafft das Recht, sondern das Recht die Sitte. Freilich kann man von Sitte zunächst auch noch in einem weiteren, gar nicht juristischen Sinn sprechen. „Sitte und Gewohnheit kommen darin miteinander überein, daß durch diese Prädikate der Charakter einer Handlung ausgedrückt wird, wonach sie wegen einer ihr zugrunde liegenden, und zwar inneren und stillschweigenden Bestimmung des Willens unter gleichen Umständen wiederkehren wird“<sup>4)</sup>. Dabei wird „Gewohnheit“ für den Einzelnen, „Sitte“ aber für „eine Familie, ein Volk oder volksmäßigen Inbegriff“<sup>5)</sup> verwendet. Zu diesem äußeren, sprachgebräuchlichen Unterschied aber kommt noch ein innerer, der freilich damit zusammenhängt. Die stillschweigende Willensbestimmung für die Gewohnheit eines Einzelnen kann „auch in der Gewöhnung liegen, d. h. eine Handlung kann zur Gewohnheit werden, nicht allein,

1) a. a. O., 2. Bd., S 217.

2) a. a. O., 2. Bd., S. 20.

3) a. a. O., 1. Bd., S. 148.

4) a. a. O., 1. Bd., S. 167.

5) a. a. O., 1. Bd., S. 168.

weil der Handelnde durch ein Gefühl ihrer ausschließenden Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit geleitet wird, sondern auch bloß, weil er dieselbe Handlung unter gleichen Umständen schon mehrmals getan hat und so dieses Wiederkehren selbst und für sich der Grund der weiteren Wiederholung wird<sup>(1)</sup>.

Anscheinend besteht diese Möglichkeit aber auch bei der Sitte. Puchta bringt selbst ein Beispiel. In einer Stadt habe man Mietverträge gewöhnlich mit vierteljährlicher Kündigung geschlossen, dann brauche es bald nur mehr einen Hinweis auf die „gewöhnliche Kündigungszeit“ und endlich verstehe sich auch das von selbst. Aber auch hier hatte nicht die Sitte das Gewohnheitsrecht geschaffen, denn die vorausgehenden Handlungen seien nur Handlungen Einzelner und darum in Wirklichkeit überhaupt nicht Sitte, was freilich nur eine Wiederholung der Voraussetzung ist. Man könne höchstens annehmen, daß durch solche wiederholte Einzelhandlungen eine gemeinsame Überzeugung entstehe, aus der dann die eigentliche Sitte und damit das Erkenntnismittel des Gewohnheitsrechts hervorgehe. Dieser Gedanke wird jedoch abgelehnt mit der universalistischen Wendung: „Undenkbar aber ist es, daß durch Wiederholung bloßer Einzelhandlungen, denen nicht Gemeinsames zugrunde liegt, eine gemeinsame Überzeugung erst entstehe, so wie es undenkbar ist, daß das Volk durch Einzelne, der Leib durch seine Glieder gemacht werde“<sup>(2)</sup>. Daß auch hier in Wahrheit nicht eine wirkliche Undenkbarkeit der Grund für die Ablehnung ist, entnimmt man einer unscheinbaren Bemerkung an viel späterer Stelle: „Wer von der Vorstellung okkupiert ist, daß die Gewohnheit Quelle des Gewohnheitsrechts sei, für den bleibt es ein unauf lösliches Problem, das Resultat, daß Handlungen einzelner Personen für Dritte verbindlich werden können, zu rechtfertigen“<sup>(3)</sup>. Auch hier geht es also nicht um rechtstheoretische Erklärung, sondern um den Grund einer moralischen Verbindlichkeit, um eine naturrechtliche Rechtfertigung des Rechts. Aus den angeführten Gründen glaubt Puchta annehmen zu müssen, daß schon die ersten Mietverträge über vierteljährliche Kündigung Ausdruck einer gemeinsamen Überzeugung, also Sitte waren, „die nachher, wie die Überzeugung von der Angemessenheit und Zweckmäßigkeit in eine rechtliche übergang, zu einer Rechts-sitte wurde“<sup>(4)</sup>.

Ja, die gemeinsame Überzeugung ist viel wichtiger als die Wiederholung, so daß, streng genommen, eine aus solcher Überzeugung hervorgehende einzige Handlung schon Sitte heißen müßte. Die Entstehung der Sitte ist also etwas noch ganz Vorjuristisches, ein Einfluß des Volksgeistes, der allerdings nur in einem volksmäßigen Inbegriff möglich ist. „Während dem natürlichen Ganzen keine andere Tätigkeit möglich ist, als diejenige, welche in dem Einfluß des Volksgeistes auf die Einzelnen besteht, also eine innere, ist umgekehrt das durch den Willen Geordnete nur einer äußeren Tätigkeit fähig. Mit anderen Worten: Das Volk in

1) a. a. O., 1. Bd., S. 167f.

2) a. a. O., 2. Bd., S. 215.

3) a. a. O., 1. Bd., S. 170.

4) a. a. O., 1. Bd., S. 171.

der natürlichen Bedeutung kann keine Beschlüsse fassen, weder ausdrücklich noch stillschweigend, der Staat dagegen, das geordnete Volk, kann keine Sitte begründen<sup>(1)</sup>).

Freilich muß man sagen, daß die Sitte als Erkenntnismittel für die dahinterstehende rechtliche Überzeugung von recht problematischem Wert ist. Denn erstens muß man sich vom Vorhandensein einer Volksüberzeugung bereits vergewissert haben, um eine Sitte annehmen zu können — sonst liegt ja nach Puchta nur zufällige Wiederholung vor —, und zweitens muß man eine so etwa gefundene Volksüberzeugung erst als eine rechtliche erkennen. Mit anderen Worten, man ist auf den Begriff des Rechtes zurückverwiesen. Die dürftigen Aussagen Puchtas darüber aber laufen alle mehr oder minder hinaus auf die Zirkeldefinition: Recht ist der Inhalt des rechtlichen Volksbewußtseins<sup>(2)</sup>. Das mag man bei der unklaren Formulierung freilich zunächst nur auf das Gewohnheitsrecht beziehen. Es gewinnt aber allgemeine Bedeutung, weil ja, ganz wie für Savigny, auch für Puchta das Gewohnheitsrecht „in der Tat die Grundlage des gesamten Rechts“<sup>(3)</sup> ist.

Lehrreich ist auch die Abgrenzung des Gewohnheitsrechts gegen Autonomie und Ausübung eines (subjektiven) Rechts. Die Autonomie kann nur Untertanen zustehen, ist also „eine Befugnis gegenüber einer höheren Gewalt“<sup>(4)</sup>. „Das autonome ist ... ein mit Willen gesetztes Recht, sei es nun in der Form ausdrücklicher Dispositionen oder stillschweigender Übereinkunft (Observanz), weil der einzelne Wille als solcher nur auf diese Weise tätig sein kann. In allem diesem ist das Gewohnheitsrecht von jenem gänzlich verschieden. Es wird nicht von den Einzelnen, sondern von einem Ganzen, einer nationalen Verbindung, hervorgebracht, es geht eben deshalb nicht von den Untertanen als solchen aus, und endlich ist es nicht ein gesetztes, sondern ein sozusagen eingeborenes, auf der natürlichen Verwandtschaft der Überzeugungen beruhendes Recht. ... Die Staatsverfassung hat ... ursprünglich dieselbe Quelle wie das Gewohnheitsrecht“<sup>(5)</sup>. „Das Unterscheidende der Observanz liegt also nicht, wie man nach der gewöhnlichen Darstellung der Sache erwarten sollte, in den Subjekten, die bei der Übung tätig sind, sondern in denen, von welchen das Recht selbst ausgeht, also nicht in einem äußeren Moment, sondern in einem inneren, welches hier nicht, wie beim Gewohnheitsrecht, in einer unmittelbaren Volksüberzeugung, sondern in einem autonomen Recht besteht“<sup>(6)</sup>.

Freilich bleibt dieses innere Moment prinzipiell unerkennbar, denn die Äußerung einer Observanz ist — auch nach Puchta<sup>(7)</sup> — ganz ebenso *consuetudo* wie beim Gewohnheitsrecht. Es ist nicht abzusehen, wie

<sup>1)</sup> a. a. O., 1. Bd., S. 151.

<sup>2)</sup> Selbst das ist schon eine geläuterte Formulierung; a. a. O., 2. Bd., S. 125, etwa wird das Recht mit der rechtlichen Überzeugung geradezu identifiziert.

<sup>3)</sup> a. a. O., 2. Bd., S. 185.

<sup>4)</sup> a. a. O., 1. Bd., S. 159.

<sup>5)</sup> a. a. O., 1. Bd., S. 160.

<sup>6)</sup> a. a. O., 2. Bd., S. 108.

<sup>7)</sup> a. a. O., 2. Bd., S. 109.

sich „ein mit Willen gesetztes Recht . . . in der Form . . . stillschweigender Übereinkunft (Observanz)<sup>1)</sup> von dem durch die „stillwirkende“ Tätigkeit des Volksgeistes geschaffenen Gewohnheitsrecht erkennbar unterscheiden soll. Das ist ein Punkt, an dem die Gemeinschaftsmystik Puchtas besonders scharf hervortritt. Wer auch in dem Gemeinschaftshandeln, das ein Gewohnheitsrecht begründet, nur die Handlungen verbundener Einzelner sieht, der sieht selbstverständlich auch in diesem Falle bei jedem Einzelnen einen Willen, der nur nicht gerade unmittelbar auf Rechtsschöpfung gerichtet sein muß, also eine bloß stillschweigende Rechtsschöpfung. Für ihn verschwindet auch der prinzipielle Unterschied dieses Falles und des Falles der Observanz. Darum auch mußte Puchta so überaus scharf gegen eine analoge Anschauung August Wilhelm Schlegels über die Entstehung von Volkssagen polemisieren<sup>2)</sup>.

Schon gar nicht kann Puchta damit einverstanden sein, gewohnheitsrechtliche Gedanken auf noch tiefer liegende Rechtsschichten, nämlich auf das Rechtsgeschäft selbst, anzuwenden, fehlt doch hier offenbar die „nationale Rechtsüberzeugung“. Er berichtet bloß darüber, man habe „in unseren Tagen . . . versucht, die Grundsätze von der *consuetudo* als Erkenntnismittel von Rechtssätzen auf die Ausübung rechtlicher Befugnisse zu übertragen und von einer *consuetudo inter partes* gesprochen, welche ebenso zu beurteilen sei, wie eine Gewohnheit für ein ganzes Land, Distrikt oder Stadt“<sup>3)</sup>.

Zu dieser Ablehnung eines Gewohnheitsrechts, das seine Geltung von einem übergeordneten Recht ableitet, paßt es auch, wenn es heißt, es „kann in der Tat gar nicht die Frage entstehen, ob und aus welchem Grunde das Gewohnheitsrecht gültig sei? Denn es läßt sich keine andere Antwort darauf geben als die: das Gewohnheitsrecht besteht und gilt aus dem Grunde, aus welchem Recht überhaupt gilt, ferner aus dem Grunde, aus dem es eine Volksüberzeugung gibt, aus dem Grunde endlich, aus welchem überhaupt Völker existieren“<sup>4)</sup>. Das Gewohnheitsrecht im Sinn Puchtas ist also ein originäres, unmittelbar aus der Volksüberzeugung entstandenes und in der Sitte sich äußerndes Recht.

Damit hat Puchta den einheitlichen Standpunkt gewonnen, von dem aus er an die Behandlung von Einzelfragen herangehen konnte.

So läßt sich die ganze Lehre von den Erfordernissen der Gewohnheit zusammendrängen in den Satz: „Es muß eine Übung des Satzes vorliegen, diese Übung muß von der Beschaffenheit sein, welche uns berechtigt, den geübten Satz als einen in der gemeinsamen Volksüberzeugung gegebenen zu betrachten“<sup>5)</sup>. Die ganze Lehre von der Wiederholung und Gleichförmigkeit der Übung sowie von ihrer Zeitdauer erscheint so in einem neuen Lichte und wird einfach, klar und durchsichtig.

<sup>1)</sup> a. a. O., 1. Bd., S. 160.

<sup>2)</sup> a. a. O., 1. Bd., S. 153.

<sup>3)</sup> a. a. O., 2. Bd., S. 115. Es wird verwiesen auf Duroi: *Specimen observationis de jure in re*, 1812, S. 56ff., und *Archiv für die civilistische Praxis*, 6. Bd., 1823, S. 287, und *Cropp: Heidelberger Jahrbücher*, 1817, Nr. 36.

<sup>4)</sup> a. a. O., 1. Bd., S. 180f.

<sup>5)</sup> a. a. O., 2. Bd., S. 29.

Auch die Frage nach der Kraft des Gewohnheitsrechts scheint nach Puchta eigentlich verfehlt, da Gewohnheitsrecht nur das Herkommen aus einer besonderen Quelle bedeute, von der Quelle aber nicht die Kraft des Rechtes abhängt. Darum habe auch „auf die Beurteilung seiner Kollision mit gesetzlichem Recht seine Eigenschaft als Gewohnheitsrecht keinen Einfluß. Diese Kollision ist vielmehr ganz ebenso anzusehen, wie wenn sie zwischen Rechtssätzen derselben Quelle einträte“<sup>1)</sup>. Auch einer Verfassung gegenüber, die eine qualifizierte Abänderungsmodalität vorschreibt, ist es nicht anders. Denn diese Bestimmung „würde doch auch nichts als ein Bestandteil der bisherigen Verfassung sein, sie würde also selbst einer Abänderung unterliegen und mithin durch eine der Gesetzgebung gleichstehende Quelle aufgehoben werden können“<sup>2)</sup>.

Eine merkwürdige Einschränkung erfährt die Allmacht des Gewohnheitsrechts durch das Erfordernis der Rationabilität. Aus diesem Grund ist kein Gewohnheitsrecht anzunehmen, „wenn das Gesetz, von dessen Übung es sich handelt, überhaupt kein Rechtssatz sein kann, sei es überall nicht, oder nur nicht unter den vorliegenden Verhältnissen“<sup>3)</sup>. Das ist natürlich vollkommen richtig, nur ist aber zu dieser Entscheidung ein klarer Rechtssatzbegriff nötig, den man bei Puchta vergeblich sucht. Neben dieses logisch-erkenntnistheoretische Erfordernis, das freilich kaum als solches erkannt sein dürfte, treten nun aber einige ganz offenbar naturrechtliche Gedanken. So werden göttliches Gesetz, gute Sitten und höhere Rechtsprinzipien als Rationabilitätsgrenzen des Gewohnheitsrechts angeführt<sup>4)</sup>. Mit den höheren Rechtsprinzipien ist der immanente Sinn von Rechtsinstituten gemeint, dem entgegen kein Gewohnheitsrecht sich bilden könne, aber auch so massiv materiale Gesichtspunkte, wie „Aufrechterhaltung der Ordnung im bürgerlichen Gemeinwesen“<sup>5)</sup>. „So wird z. B., solange die Verfassung eines Staates auf dem monarchischen Prinzip beruht, jede mit ihm unverträgliche Gewohnheit ausgeschlossen sein“<sup>6)</sup>. Man weiß nicht recht, ist es ehrlicher Konservatismus oder bloße Vorsicht, womit diese Worte niedergeschrieben wurden, denn andererseits findet sich die Bemerkung: „Eine ganz andere Frage ist . . . die: inwiefern eine bestehende Ordnung durch Gewohnheitsrecht abgeändert werden kann? Zu deren Beantwortung hier nicht der Ort ist“<sup>7)</sup>.

Im Kirchenrecht, in dem es mangels der Grundlage einer „nationellen“ Überzeugung überhaupt eigentlich nur auf dem Gebiet des heute sogenannten Staatskirchenrechts Gewohnheitsrecht geben könne, ist natürlich das jus divinum und jus naturale eine unübersteigliche Schranke<sup>8)</sup>. Auf dem eigentlich kirchenrechtlichen Gebiet aber gebe es überhaupt kein Gewohnheitsrecht, sondern nur Observanz. Denn das Verhältnis zwischen Christus und der Kirche einerseits, der Kirche und ihren einzelnen Gliedern

<sup>1)</sup> a. a. O., 2. Bd., S. 215.

<sup>2)</sup> a. a. O., 2. Bd., S. 235f. Vgl. darüber auch unten S. 27.

<sup>3)</sup> a. a. O., 2. Bd., S. 49.

<sup>4)</sup> a. a. O., 2. Bd., S. 54ff.

<sup>5)</sup> a. a. O., 2. Bd., S. 59.

<sup>6)</sup> a. a. O., 2. Bd., S. 236.

<sup>7)</sup> a. a. O., 2. Bd., S. 59, Anm. 70.

<sup>8)</sup> a. a. O., 2. Bd., S. 290f.

andererseits wird als ein Autonomieverhältnis aufgefaßt, womit von vornherein auch die Beschränkung der Rechtssetzungsbefugnis mitgegeben ist<sup>1)</sup>.

### Kritik der Gewohnheitsrechtstheorie der historischen Schule.

Die Lebendigkeit der Savigny-Puchtaschen Konzeption läßt sich nicht verkennen. Viel weniger freilich kann der sachliche Gehalt befriedigen. Der am schwersten wiegende Mangel ist das Fehlen eines klaren Rechtsbegriffes, ohne den das ganze Gebäude eigentlich haltlos ist<sup>2)</sup>. Wenn das Recht einmal mit dem rechtlichen Volksbewußtsein identifiziert wird<sup>3)</sup>, so ist das keine Erklärung oder eine offenbar zirkelhafte. Wenn es ein andermal als eine Tätigkeit des Volksgeistes erklärt wird<sup>4)</sup>, so müßte erst gesagt werden, welche der verschiedenen Tätigkeiten gemeint ist, und überdies wird durch Zurückführung auf den Volksgeist nur *ignotum per ignotum* erklärt.

Denn auch dieser Volksgeist ist ein recht rätselhaftes Gebilde. Als eine psychische Realität kann er schon darum nicht gefaßt werden, weil von ihm oft und oft hervorgehoben wird, daß das einzelne Individuum nicht sein Träger sei; die Psychologie aber kennt kein Psychisches, das nicht individuell wäre. Ihn aber als bloßes Abstraktum, als Typus von individuellem Psychischen<sup>5)</sup> innerhalb einer Gemeinschaft aufzufassen, scheint sich dadurch zu verbieten, daß dem Volksgeist wie einem realen Etwas Wirkungen und Betätigungen zugeschrieben werden. Es zeigt sich freilich, daß es sich dabei nicht um kausaldynamische Wirkungen handeln kann, denn diese können nicht durch gedankliche Beziehungen ersetzt oder fingiert werden, wie es bei der Einwirkung des Volksgeistes auf die Gesetzgebung möglich sein soll<sup>6)</sup>. Die diesbezüglichen Behauptungen werden erst verständlich, wenn man sich klar macht, daß Betätigung eben nicht immer als kausal-dynamisches Eingreifen gedacht wurde. Schon bei Aristoteles findet sich die Bemerkung, der erste Bewegter, der selbst unbewegt ist (*τὸ κινεῖν ἀκίνητον*) bewege das All *ὡς ἐρώμενον*, so wie der Gegenstand der Liebe auf den Liebenden anziehend wirkt<sup>7)</sup>. Dies führt auf den Begriff der Finalursache, der auch

<sup>1)</sup> a. a. O., 2. Bd., S. 273f.

<sup>2)</sup> Vgl. darüber auch Bergbohm: *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1. Bd., 1892, S. 489f., und Stammler: *Über die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie*, Festgabe zu Bernhard Windscheids 50jährigem Doctorjubiläum, 1. Bd., 1888, S. 1ff.

<sup>3)</sup> a. a. O., 2. Bd., S. 125.

<sup>4)</sup> a. a. O., 1. Bd., S. 138.

<sup>5)</sup> Vgl. darüber meine Abhandlung: *Gegenstandstheoretisches zum Begriff des Irrealen bei Nicolai Hartmann*, *Philosophischer Anzeiger*, 4. Jahrg., 1930, S. 169ff., bes. S. 179f.

<sup>6)</sup> Vgl. oben S. 17.

<sup>7)</sup> *Aristotelis Opera*, ed. Acad. Regia Borussica, vol. secundum (recogn. Immanuel Bekker), vol. posterius, Berlin, 1831: *τῶν μετὰ τὰ φυσικά* λ 7, p. 1072b 3. In der Übersetzung von Rolfes, *Philos. Bibliothek*, 3. Bd., 1904, S. 95 (Metaphysik, 12. Buch, 7. Kapitel).

der ganzen auf Aristoteles aufbauenden scholastischen Philosophie geläufig ist. Solche teleologische Gedanken auch für die Naturerklärung werden aber gerade in der Romantik wieder aufgenommen, insbesondere durch Schelling. Es ist darum begreiflich, daß eine so aufgefaßte Volksgeistlehre ganz ebenso zum Requisite romantischer Rechtsphilosophie gehört<sup>1)</sup> wie Schellings Weltgeistlehre zu seiner Natur- und Geschichtsphilosophie. Ja es läßt sich dafür, daß Puchta der Gedanke der *causa finalis* wohl bekannt gewesen sein dürfte, noch die Stelle anführen, wo er auf den Parallelausdruck der *causa instrumentalis* als auf einen „alten, bequem bezeichnenden“ ausdrücklich Bezug nimmt<sup>2)</sup>. Auch lassen die Idealisierung des Volksgeistes zu einem irrtrumsunfähigen Gebilde sowie das leichte Umschlagen des ganzen Gedankens in eine religiöse Form im „Cursus der Institutionen“<sup>3)</sup> erkennen, daß man es beim Volksgeist mit einem irrationalen Gebilde zu tun hat.

Nun werden auch die naturrechtlichen Elemente verständlich. Als Naturrecht werden dabei alle unpositiven Elemente eines Rechts verstanden. Naturrechtlich ist jede Auffassung, nach der ein Recht gilt, weil es in irgendeinem Sinn richtig ist. Damit soll die Frage nach der (axiologischen) Richtigkeit eines Rechts, nach seiner Bewertung nicht als unberechtigt beiseite geschoben werden. Sie ist als nachträgliche Beurteilung eines vorgegebenen Rechts durchaus berechtigt. Naturrecht aber ist es, wenn man von ihrer Beantwortung es abhängig machen will, ob die betreffenden Normen den Charakter geltenden Rechts haben.

Wenn der Volksgeist — wie ausgeführt — ein halb religiöses und teleologisches Urprinzip ist, erscheint es auch nicht so systemfremd, wenn mit der Rationalität eine Orientierung am *jus divinum* und an anderen höheren Rechtsprinzipien gefordert wird. Diese naturrechtlichen Elemente sind nun nicht von außen ans Recht herangetragene Forderungen, nach denen es sich gleichsam nachträglich zu richten hätte, sondern sie stecken als wert- und sollensmäßiger Grund des Rechts im Volksgeist, dem Ursprung alles Rechts selbst. So ist diese Entstehungslehre des Rechts tatsächlich zugleich eine Rechtfertigungslehre des Rechts. Natürlich bleibt darum noch immer der naturrechtliche Charakter erhalten, es ist aber nicht ein dualistisches, sondern ein gleichsam immanentes Naturrecht. Damit hängt es auch zusammen, daß das alte Naturrecht im allgemeinen theologisch oder humanistisch war und damit eine Neigung zum Kosmopolitischen, zum Weltrecht, zeigte, während die Rechtsentstehungslehre der historischen Schule ausgesprochen nationaler Natur ist.

Eine Folge der Hochschätzung des Volksgeistes einerseits und ein Kennzeichen des naturrechtlichen Charakters in der Puchtaschen Theorie andererseits ist auch die geringe Bedeutung der Übung für das

<sup>1)</sup> Vgl. Binder: Philosophie des Rechts, 1925, S. 1006f., derselbe auch schon im Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, 9. Bd., 1915/1916, S. 26.

<sup>2)</sup> „Gewohnheitsrecht“, 1. Bd., S. 140.

<sup>3)</sup> Vgl. oben S. 16.

Gewohnheitsrecht. Sie soll nur zur Erkennung, nicht zur Bewährung des Rechts dienen. Auch das noch gar nicht geäußerte, im Volksgeist ruhende Recht erscheint als fertiges Recht und bedarf keines Positivierungsprozesses. Aber selbst wenn man zugibt, daß die Übung, auch sofern sie bloß Ausdruck des Rechtswillens ist, ein Positivierungsmittel darstellt, so ist sie doch nur ein solches. Die andere Funktion der Übung, nämlich Befolgung der Norm und damit zweite Positivierungsphase zu sein<sup>1)</sup>, wird nicht gewürdigt. Ja, da beide Phasen in der Übung zusammenfallen, Puchta aber die Erkennung des Volkswillens auch durch andere Mittel als die Übung zuläßt, entfällt damit unter Umständen diese zweite und unerläßliche Positivierungsphase vollkommen.

Nicht der teleologische Anstrich, wohl aber die Betonung des „Stillwirkenden, Unbewußten“ bei der Rechtsentstehung aus dem Volksgeist zeigt nun auch, daß diese Volksgeistlehre nichts mit der Philosophie Hegels zu tun hat, obwohl auch bei ihm dieser Ausdruck eine Rolle spielt. Hegel ist es aber nicht um das natürliche, durch Abstammung und Kulturgemeinschaft verbundene Volk, sondern um das Staatsvolk zu tun. Der Staat selbst als absolute Vernunft, als „das sich wissende, wollende Göttliche“ ist Hegels Volksgeist<sup>2)</sup>. In schärfstem Gegensatz dazu sieht Puchta die Verfassung als ein reines Machtverhältnis an. Sie ist ihm nicht inneres, sondern äußeres Moment, gleichsam Verleiblichung, äußere „Geltendmachung“ des Rechts<sup>3)</sup>. Folgerichtig findet sich bei Hegel auch eine Höherwertung des Gesetzesrechts gegenüber dem Gewohnheitsrecht, während die historische Schule umgekehrt im Sinn der Würde des Gesetzes gerade dadurch zu handeln glaubte, wenn sie auch es auf Gewohnheitsrecht zurückführte.

Nur einmal ist eine seltsame Parallelbehandlung von Gewohnheitsrecht und Gesetzesrecht festzustellen, noch dazu an einer Stelle, wo man es nicht erwarten sollte. Man erinnere sich an die scharfe Ablehnung des Versuchs, gewohnheitsrechtliche Gedanken auf autonomisches Recht oder auf die *lex contractus* anzuwenden<sup>4)</sup>. Das ist verständlich; denn wenn das Wesen des Gewohnheitsrechts in seinem inneren Moment, in der rechtlichen Überzeugung liegt, kann es nur auf „volksmäßige Inbegriffe“ angewendet werden. Das ist aber noch nicht der ganze Grund, denn dann könnte es noch Gewohnheitsrecht etwa in einer autonomen Stadt geben. Wir haben ja gesehen, daß die Unterscheidung von Observanz und Gewohnheitsrecht auf rein inneren, nicht überprüfbaren Momenten beruhen soll.

Man könnte freilich das Erfordernis, daß die Volksüberzeugung unmittelbare Rechtsquelle sein soll, auch anders deuten. Innerhalb des autonomen Rechtskreises erscheint alles Recht als „Befugnis gegen eine

<sup>1)</sup> Vgl. meine Abhandlung: *Gegenstandstheorie und Reine Rechtslehre*, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 9. Bd., 1930, S. 321 ff. Auch unten S. 143 f.

<sup>2)</sup> Vgl. Loening: *Die philosophischen Ausgangspunkte der rechts-historischen Schule*, a. a. O., S. 82 ff.

<sup>3)</sup> „Gewohnheitsrecht“, 1. Bd., S. 141.

<sup>4)</sup> Vgl. oben S. 21 f.

höhere Gewalt<sup>1)</sup> und darum als von oben delegiert. Gewohnheitsrecht wäre demgegenüber „eingeborenes Recht“ im Sinn originären, nicht weiter abgeleiteten Rechts. Es ist nun eigentümlich, daß gar kein Unterschied gemacht wird zwischen einem Gewohnheitsrecht, das einem Gesetz, und einem, das der Verfassung derogiert. Die Erkenntnis, daß die Verfassung sich zum Gesetz ganz ebenso verhält wie dieses zu den autonomen Normen eines untergeordneten Rechtskreises, ist noch nicht gewonnen, Verfassung und Gesetz werden beide als „Gesetz“ bezeichnet, das durch eine dem Gesetz gleichstehende Rechtsquelle, wie das Gewohnheitsrecht, aufgehoben werden könne, und zwar ganz ebenso, als handelte es sich dabei in jedem Falle um ein und dieselbe Rechtsquelle, so daß der Satz von der *lex posterior* anwendbar ist. Daß aber nach diesem Prinzip ein Gesetz die Verfassung nicht aufheben kann, daß daher dem verfassungsändernden Gewohnheitsrecht mindestens Verfassungsrang zugesprochen werden müßte, ist nicht erkannt. In der Tat aber wird es bei Puchta so behandelt, als habe es sogar mehr als Verfassungsrang<sup>2)</sup>, nämlich die Kraft, Verfassungsrecht zu schaffen. Und das ganz mit Recht eben deshalb, weil das Gewohnheitsrecht ein Fall originärer Rechtsbildung ist oder doch wenigstens sein kann. In diesem Fall aber gilt das Prinzip der *lex posterior* nicht, sondern einzig entscheidend ist, welche von zwei originären Rechtsschöpfungen sich durchsetzt.

### Die Fortentwicklung der historischen Schule

Puchtas Theorie vom Gewohnheitsrecht war, wie ausgeführt, in der allgemeinen Rechtsentstehungslehre Savignys schon keimhaft angelegt. Kein Wunder darum, daß sie von Savigny fast ohne alle Einschränkung übernommen wurde. Wohl macht er der herrschenden Lehre, die nicht die Rechtsüberzeugung, sondern die Gewohnheit als Entstehungsgrund des Gewohnheitsrechts ansieht, eine kleine Konzession, indem er für „manche ins Einzelne gehenden Bestimmungen, welche an sich ein weniger sicheres Dasein haben“, annimmt, „daß sie durch öftere Übung dem Volke selbst zu bestimmterem Bewußtsein gebracht werden“<sup>3)</sup>. Daß Savigny sich mit diesem halben Entgegenkommen begnügte, indem er grundsätzlich doch an der Gewohnheit als bloßem Erkenntnis-mittel festhielt und keine Bewährung des Rechtssatzes durch Übung verlangte, hängt wohl mit seinem mangelhaften Positivitätsbegriff zusammen, der das Moment der Bewährung überhaupt nicht enthält: „In Beziehung auf diese Beschaffenheit des allgemeinen Rechts, nach

1) „Gewohnheitsrecht“, 1. Bd., S. 159.

2) Verfassungsrang haben Normen, die Recht von der Stufe einfacher Gesetze zu schaffen vermögen. Vgl. dazu auch meinen Aufsatz: Zum Begriff der Verfassung im materiellen und im formellen Sinn, Archiv des öffentlichen Rechts, 60. Bd., N. F. 21. Bd., 1932, S. 222 ff.

3) System des heutigen römischen Rechtes, 1. Bd., 1840, S. 35f. Dieser Gedanke wurde später von Böhlau: Mecklenburgisches Landrecht, 1. Bd., 1871, S. 326, noch weiter ausgeführt.

welcher es in jedem gegebenen Zustand, in welchem es gesucht werden kann, als ein Gegebenes schon wirkliches Dasein hat, nennen wir es positives Recht<sup>1)</sup>. Andererseits hat er sich im „System“, seinem Spätwerk, selbst einigermaßen von der Volksgeisttheorie entfernt. Neben der nationalen nimmt er auch eine religiöse Gemeinüberzeugung an, auf welche er das Völkerrecht gründet<sup>2)</sup>, wohl angeregt durch die Form des an dieser Stelle von ihm selbst erwähnten römischen *jus feciale*. Auch er betrachtet die Wirkung des derogierenden Gewohnheitsrechts ganz nach Analogie der *lex posterior*<sup>3)</sup>.

In naheliegender Anderswendung des Gedankens einer religiösen Geistesgemeinschaft, die auch zur Begründung eines gemeinsamen Rechtsbewußtseins taugte, hatte Anton Scheurl sich gegen Puchtas künstliche Konstruktion einer kirchenrechtlichen, bis auf Christus zurückführenden Observanz gewendet und war für „Kirchliches Gewohnheitsrecht“<sup>4)</sup> eingetreten. Freilich glaubt auch er noch, „der menschliche Rechtssinn überhaupt konnte sich nur entwickeln als Äußerung der natürlichen Geistesgemeinschaft, welche durch das Volkstum gegeben ist“. Dieser allgemeine Rechtssinn habe dann nur eine kirchliche Färbung angenommen, ähnlich wie — ein altes und in der Romantik beliebtes Vergleichsbeispiel taucht damit wieder auf — die nationale Sprache zur Kirchensprache werden kann<sup>5)</sup>.

Hatten so diese Kritiker das nationale Moment für den Begriff des Gewohnheitsrechts schon mehr oder weniger fallen gelassen, so stimmt Georg Beseler zwar darin mit ihnen überein, formt aber andererseits aus diesem Moment einen neuen, sich mit dem bisherigen Begriff von Gewohnheitsrecht nicht mehr ganz deckenden Begriff des Volksrechts<sup>6)</sup>. Das Juristenrecht ist überhaupt keine besondere Rechtsquelle, sondern nur ein bestimmter Zustand des Rechts, der mit seiner wissenschaftlichen Verarbeitung gegeben ist<sup>7)</sup>. Mit Ironie spricht er von Puchtas These, daß die Juristen als Repräsentanten des Volks tätig und darum mittelbare Organe des Volksgeistes seien. Der wahre Grund sei vielmehr, „daß die Juristen das moderne deutsche Rechtswesen fast unbeschränkt beherrscht haben und daß daher, was sie für positives Recht hielten und als solches anwendeten, auch wirklich zur Geltung kam. So ist das römische Recht rezipiert, modifiziert, so sind ganze Rechtslehren abgeschafft, umgeändert, neu begründet worden. Die Gewohnheit hat diesem Treiben der Juristen die rechtliche Sanktion gegeben“<sup>8)</sup>. Das ist möglich, weil für Beseler die Gewohnheit nicht mehr „ein bloßes Kennzeichen des Rechts ist, sondern dieses selbst produzieren hilft, und zwar oft im Gegensatz zum

1) a. a. O., 1. Bd., S. 14.

2) a. a. O., 1. Bd., S. 33.

3) a. a. O., 1. Bd., S. 194.

4) Die gleichnamige Abhandlung steht in der „Zeitschrift für Kirchenrecht“ (herausgegeben von Dove), 2. Bd., 1862, S. 184f.

5) a. a. O., S. 196.

6) Volksrecht und Juristenrecht, 1843.

7) a. a. O., S. 86.

8) a. a. O., S. 88.

Geist des Volkes und der Vernunft der Dinge<sup>1)</sup>. Nur ein Teil des Gewohnheitsrechts verdient den auszeichnenden Namen „Volksrecht“<sup>2)</sup>. Und diesem Teil gegenüber bringt Beseler dieselbe weihevollte Stimmung auf, wie nur irgendein Romantiker: „Die Art und Weise dieser Rechtsbildung läßt sich nur mit der schöpferischen Tätigkeit der Natur vergleichen; es ruht darüber ein gewisses Geheimnis, welches sich der unmittelbaren Anschauung nie vollständig erschließt, wie lange auch die sinnende Betrachtung bei der äußeren Erscheinung weilt“<sup>3)</sup>.

Immerhin war damit eine Bresche in die Lehre der Romantiker geschlagen. Sie wurde noch vergrößert durch Julius Stahl, der durchaus nicht — wie man es häufig lesen kann — ganz auf dem Boden der historischen Schule steht, sondern vielmehr scharfsinnige Kritik an ihr übt<sup>4)</sup>. Wohl ist es mehr Ausdruck seiner eigenen Meinung als historisch zutreffend, wenn er schreibt: „Die Lehre der historischen Schule besteht in ihrem innersten Motive nicht darin, daß die Geltung des Rechts vom Volkswillen, sondern daß der Inhalt des Rechts vom Volksbewußtsein ausgehe“<sup>5)</sup>. Die historische Schule kennt einen scharfen Begriff der Geltung des Rechts überhaupt nicht. Aber er selbst hat damit die maßgebende Unterscheidung getroffen. Klar spricht er es aus: „Das Recht entsteht erst durch Aufrichtung als äußere Ordnung im Leben der Gemeinschaft, das bloße Rechtsbewußtsein im Volk hat noch nicht die bindende Kraft des Rechts, solange es nicht ins äußere Leben übergegangen, hier zu Ausdruck und Gestalt gekommen ist“<sup>6)</sup>. „Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts hat nach diesem ihren Ursprung und Sitz in den beiden Momenten: dem Rechtsbewußtsein (*opinio necessitatis*) und der Beobachtung infolge desselben. Diese ohne jenes ist bedeutungslos; aber auch jenes ohne diese hat keine Geltung, ist noch nicht Recht“<sup>7)</sup>. Auch er aber betrachtet das Gewohnheitsrecht als Voraussetzung des Gesetzesrechts<sup>8)</sup>.

Denselben Gedanken sprachen auch schon Vangerow<sup>9)</sup> und Wächter<sup>10)</sup> in ihren Pandektenwerken aus. Auch Gierke<sup>11)</sup>, Schreuer<sup>12)</sup> und Sohm<sup>13)</sup> rechnen außer der Überzeugung auch die Übung zu den Entstehungsgründen des Gewohnheitsrechts. Aber auch wo man das

1) a. a. O., S. 77.

2) a. a. O., S. 80f.

3) a. a. O., S. 84. — Vgl. zum Ganzen auch Puchta: Kritik von Georg Beselers Volksrecht und Juristenrecht, Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik, 1844 (Sonderabdruck).

4) Landsberg: Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, III. Abteilung, 2. Halbband (Text), 1910, S. 371.

5) Philosophie des Rechts, 2. Bd., 4. Aufl., 1870, S. 240f.

6) a. a. O., 2. Bd., S. 235.

7) a. a. O., 2. Bd., S. 238.

8) a. a. O., 2. Bd., S. 237.

9) 1. Bd., 1863, § 14, Anm. 2.

10) 1. Bd., 1880, S. 104.

11) Deutsches Privatrecht, 1. Bd., 1895, S. 164.

12) Deutsches Privatrecht, 1921, S. 30.

13) Sohm-Mitteis-Wenger: Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 17. Aufl., 1923, S. 22f.

Gewohnheitsrecht auf die Überzeugung zurückführt, läßt man mit wenigen Ausnahmen<sup>1)</sup> die nationale Wendung des Gedankens fallen; die Überzeugung wird zur bloßen opinio necessitatis. Spöttisch fragt z. B. Peter Harum: „Wie stünde es überhaupt nach dieser Anschauung mit dem Recht in einem Land, wo es fünf bis sechs Volksgeister gibt?“<sup>2)</sup>. Nicht als Organik des Willens, wie Savigny und Puchta, sondern als Mechanik des Willens betrachtet er die Entstehung der opinio necessitatis, auf die außer dem nationalen noch viele andere Faktoren einwirken<sup>3)</sup>. Auch Kohler spricht nur mehr davon, daß „man etwas nicht bloß als gebräuchlich, sondern als etwas sein Sollendes betrachtet“<sup>4)</sup>. Dernburg<sup>5)</sup> wendet sich, wo er von opinio necessitatis spricht, ausdrücklich gegen das Erfordernis der Volksüberzeugung und Reichel spricht statt von der nationalen von der „Rechtsüberzeugung der sozialen Gemeinschaft“<sup>6)</sup>, Kohler in einer Art Mischausdruck von „sozialer Ordnungstätigkeit des Volks“; er führt auch aus, wie man sich den historischen Übergang von Gewohnheitsrecht zu Gesetzesrecht zu denken haben mag<sup>7)</sup>.

Bruns dreht die Lehre vom Volksgeist gleichsam um. Er bemerkt, daß es auch durch Eroberer und Usurpatoren aufgedrungene Rechtsätze gebe und daß vor allem niemals eine Überprüfung des Rechts auf seine Übereinstimmung mit dem Volksgeist zulässig sei. „Die Rechtsgewohnheit beruht nicht auf einer Macht des Volks über das Recht, sondern umgekehrt, auf einer Macht des Rechts über das Volk. Sie besteht sonach weder darin, daß aus äußerem Tun ein Recht wird, noch darin, daß ein fertiges Recht zu äußerem Tun führt, sondern darin, daß ein Rechtssatz zu einer objektiven, idealen Macht im Volk wird und tatsächlich die Einzelnen beherrscht und zur unwillkürlichen Befolgung und Ausübung treibt“<sup>8)</sup>. Er steht damit an der äußersten Grenze der Schule und überschreitet sie offenbar, wenn er vom Gewohnheitsrecht meint: „Seine formell zwingende Kraft aber hat es durch Anerkennung und Beschützung vom Staat“<sup>9)</sup>.

In umfänglichen Erörterungen hatte dagegen Wilhelm Schuppe den Grundgedanken der rechtshistorischen Schule zu retten versucht, wobei er ihn freilich auch arg verdünnte. Der Volksgeist ist ihm nur mehr gemeinsamer Wille und gemeinsame Überzeugung<sup>10)</sup>, welche beide er

<sup>1)</sup> Thöl: Einleitung in das deutsche Privatrecht, 1851, S. 130f. (Überhaupt einer der orthodoxesten Nachfolger Puchtas.) Roth: System des deutschen Privatrechts, 1. Bd., 1880, S. 260.

<sup>2)</sup> Von der Entstehung des Rechts, 1863, S. 29.

<sup>3)</sup> a. a. O., S. 19.

<sup>4)</sup> Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 1904, S. 107f.

<sup>5)</sup> System des römischen Rechts, 1. Bd., 8. Aufl., 1910, S. 43f.

<sup>6)</sup> Gesetz und Richterspruch, 1915, S. 102.

<sup>7)</sup> Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 1917, S. 87.

<sup>8)</sup> Das heutige römische Recht, Holtzendorffs Enzyklopädie, 1. Bd., 1882, S. 396f.

<sup>9)</sup> Ebendort: Anklänge an diese Gestattungstheorie hatten sich schon bei Wächter: Pandekten, 1. Bd., 1880, S. 108, gefunden.

<sup>10)</sup> Das Gewohnheitsrecht, 1890, S. 34.

überhaupt als praktisch ungeschieden betrachtet<sup>1)</sup>. Weiter unterscheidet er einen primären, speziellen Rechtswillen, der auf die Regelung eines konkret vorliegenden Verhältnisses geht<sup>2)</sup>. Auf ihm beruhe das Gewohnheitsrecht<sup>3)</sup>. An seine Stelle aber kann ein bloß sekundärer Rechtswille treten, der darauf geht, daß Organe da seien, um den primären zu realisieren<sup>4)</sup>, während dieser letztere in der Gemeinschaft sich zu einem bloß generellen<sup>5)</sup> verflüchtigen kann. Ein von außen aufgedrungenes Recht wird dann eben mit diesem weitmaschigen generellen Rechtswillen anerkannt<sup>6)</sup>. Wo Gewohnheitsrecht einem Gesetz derogiert, ist das nur ein Schein, weil hinter dem Gesetz eben nicht mehr der generelle Rechtswille steht<sup>7)</sup>. Das also war aus dem erhabenen Urprinzip des Puchta-Savignyschen Volksgeistes geworden.

Aber man suchte eben nicht mehr nach einer Rechtfertigung des Gewohnheitsrechts, sondern interessierte sich nur mehr für seine Geltung. Hatte schon Bruns eine Art ideale Machttheorie entwickelt, so erklärt Anderssen<sup>8)</sup> das derogierende Gewohnheitsrecht zwar für unberechtigt, aber doch wirksam und Reichel spricht von einer einfachen „Machtfrage . . . , welche der beiden Normen im Gemeinschaftsleben die stärkere Überzeugungskraft entfaltet. Diese sozialpsychologische Tatsache und sie allein ist entscheidend“<sup>9)</sup>.

Damit ist der Grundgedanke der historischen Rechtsschule aufgegeben und die Richtung eingeleitet, die sie ablösen sollte: die positivistische Theorie.

## Der Positivismus.

### Geistesgeschichtliche Voraussetzungen.

Die historische Schule war ein Kind der Romantik. Sie hat ohne den Mutterboden, auf dem sie erwachsen war, nicht weiterleben können. Nicht nur, daß die Häupter der Schule nacheinander ins Grab sanken, nachdem meist schon lange die Zeit ihres Glanzes dahin war, auch literarische Organe der Bewegung starben dahin oder zeigten jenes langsame Forttröpfeln in mühsam zusammengebrachten einzelnen Heften, wie es für das Hinsiechen einer Zeitschrift immer typisch ist. „Zwei Zeitschriften waren es, in welchen die einzelnen Wellen der organisierten Doktrin wie zu einem Strome sich sammelten und welche recht eigentlich der Spiegel unserer Wissenschaft während dieser Zeit waren. Die eine dieser Zeitschriften aber ist ins Grab gestiegen, ihre Endschaft machte Aufsehen in der Juristenwelt; mancher weissagte daraus der Rechtswissenschaft nichts Gutes. Ich meine die kritischen Jahrbücher (be-

<sup>1)</sup> a. a. O., S. 18.

<sup>2)</sup> a. a. O., S. 31.

<sup>3)</sup> a. a. O., S. 104.

<sup>4)</sup> a. a. O., S. 52.

<sup>5)</sup> a. a. O., S. 59.

<sup>6)</sup> a. a. O., S. 66.

<sup>7)</sup> a. a. O., S. 136.

<sup>8)</sup> Das Gewohnheitsrecht, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht, 36. Bd., 1910, S. 367.

<sup>9)</sup> Gesetz und Richterspruch, 1915, S. 133.

gründet von Richter, fortgesetzt von Schneider), welche, obgleich von den tüchtigsten Kräften unterstützt, im Jahre 1848, das so manchen Lebensfaden zerschnitten hat, aufgegeben wurden. Die andere Zeitschrift ist diejenige, in welcher wir unmittelbar und ganz vorzüglich die Prinzipien unserer Wissenschaft in der letzten fünfzigjährigen Entwicklung vertreten fanden und welche wir mit ganz besonderer und gerechter Pietät anzuschauen gewöhnt worden, die Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. Sie war seit 1815 ohne namhafte Unterbrechung erschienen und jetzt hat sie bereits mehrere Jahre lang (seit 1850) ihren Mund verstummen lassen; ob für immer? Wir wissen es nicht; dieses Schweigen aber, das wissen wir, klingt fast wie das wehmütige Echo einer ‚kaiserlosen Zeit‘ und es ist ein Ereignis in der Juristenwelt.“ Als Johann Emil Kuntze dies schrieb<sup>1)</sup>, lebte noch Savigny, der Begründer dieser klassischen Zeitschrift. Auch er wurde 5 Jahre später der juristischen Welt entrissen. „Die Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft“ hatte tatsächlich „mit ihrem 15. Band ihr Erscheinen eingestellt, nachdem dieser Band es 1848 bis 1850 nur zu je einem Hefte bringen können“<sup>2)</sup>. Aber eigentlich hatte auch vorher keine Hoffnung mehr bestanden, daß der stolze Bau gerettet werden könnte. „Es ist ein stillwirkendes Scheidewasser, welches sich in diesen, durch die Kräfte der historischen Schule gezimmerten Bau hineinfrißt; nur hier und da wird es wahrgenommen und doch dringt es in alle Zellen und Poren ein. Der Glaube an die bisherige Grundlage ist uns geraubt. Wir fühlen den Bau erschüttert und wir schwanken und zittern in und mit ihm. Wie vom Herbstwind aufgeschreckt flattern die ‚kritischen Blätter‘ über die Schwelle der ‚historischen Schule‘.“<sup>3)</sup> Überall flatterten in diesem Herbstwind die „Sturmvoegel“, kleinere kritische und methodologische Schriften, von denen der charakteristischsten eine die angeführte von Kuntze ist.

Die Lehre vom jugendfrischen und still wirkenden Volksgeist, selbst noch in stimmungsmäßigem Zusammenhang mit Rousseauischer Naturschwärmerei und mit den Idealen der Französischen Revolution stehend, hatte allen Anklang verloren. Der überall neu erstarkende Absolutismus fand den Volksgeist gefährlich, wie alle Zusammensetzungen mit „Volk“. Er machte sich an umfassende Kodifikationen, die von naturrechtlichem, nicht von romantischem Geiste getragen waren. Im Zusammenhange damit steht das nüchterne Eingehen auf die Praxis, statt auf kühne Spekulationen, wofür als monumentalstes Zeichen Johann Adam von Seufferts im Jahre 1847 begründetes „Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten“ gelten kann. Im Volke selbst fand jetzt nicht mehr der betrachtende Geist seine Freude im träumenden Sinnen über die Vergangenheit

<sup>1)</sup> Der Wendepunkt der Rechtswissenschaft. Ein Beitrag zur Orientierung über den gegenwärtigen Stand- und Zielpunkt derselben, S. 4f., 1856.

<sup>2)</sup> Ernst Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, III. Abteilung, 2. Halbband (Text), S. 732, 1910.

<sup>3)</sup> J. E. Kuntze, Der Wendepunkt der Rechtswissenschaft, S. 7, 1856.

des deutschen Volkes, sondern es bildete sich ein starker revolutionärer Wille, gerichtet auf die Zukunftsgestaltung des deutschen Staates. Der Quietismus der historischen Schule hatte völlig ausgespielt. Eine polizeistaatliche Überfülle von Normierungen kam von oben, von unten aber drängte ein völlig Neues empor. Und der viel zu früh aufgestandene Bannerträger und Märtyrer dieses Neuen war Julius Hermann von Kirchmann. Wenn er in seinem berühmt gewordenen Vortrag über „Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“ (1848) fordert, daß man das Recht den Händen der Juristen entziehe, die „zu Würmern geworden, die nur von dem faulen Holze leben“<sup>1)</sup>, und daß man es dem Volke gebe, dem nur „noch die klare Einsicht“ fehle<sup>2)</sup>, so ist das nicht romantisch, sondern demokratisch gemeint. Wir werden noch an mehr als einer Stelle den Gedanken dieses universalen Kopfes begegnen. Hier bedeutet er nur ein Symptom, seine Hauptbedeutung kommt ihm für eine spätere Periode zu<sup>3)</sup>.

So kann man gewiß sagen, daß der Umschwung in der Luft lag, aber es sind doch nicht nur anonyme gesellschaftliche Mächte in ihm wirksam. Der geistige Quellpunkt der neuen Entwicklung ist eine mächtige Persönlichkeit, durch die diese Entwicklung mit dem bisherigen Geistesgut in engem Zusammenhang steht: Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Uns Heutigen, die wir gerne vom Dreigestirne der nachkantischen Philosophie, Fichte-Schelling-Hegel, sprechen, scheint dieser Zusammenhang noch viel inniger, als er damals gefühlt wurde. Es ist wie bei einer Berglandschaft, die dem Betrachter aus der Ferne ein einheitliches, von ein paar Gipfeln überhöhtes Massiv zeigt; ihre Bewohner aber sehen die tiefen Schluchten und die breiten Täler, die sich zwischen jene Gipfel legen.

Hegel, dessen System man einen Panlogismus genannt hat, mußte in Gegensatz zu den unklaren Träumereien der Romantik geraten. Tatsächlich hat er sich auch von ihrem Irrationalismus und Quietismus, sowie von ihrer Volksmystik mit einer Schärfe distanziert, die an Deutlichkeit nichts zu wünschen übrig läßt. In der Vorrede zu seinen „Grundlinien der Philosophie des Rechts“ (1821)<sup>4)</sup> schreibt er etwa: „Ohnehin hat die sich so nennende Philosophie es ausdrücklich ausgesprochen, daß das Wahre selbst nicht erkannt werden könne, sondern daß dies das Wahre sei, was jeder über die sittlichen Gegenstände, vornehmlich über Staat, Regierung und Verfassung sich aus seinem Herzen, Gemüt und Begeisterung aufsteigen läßt. Was ist darüber nicht alles der Jugend insbesondere zum Munde geredet worden? Die Jugend hat es sich denn auch wohl gesagt sein lassen. Den Seinen gibt er's schlafend (Ps. 127,2) — ist auf die Wissenschaft angewendet worden und damit hat jeder

<sup>1)</sup> Kirchmann, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, S. 23, 1848.

<sup>2)</sup> A. a. O., S. 37. — Die Sperrung von mir.    <sup>3)</sup> Vgl. unten S. 68 u. S. 89.

<sup>4)</sup> Hier wird nach der Ausgabe von Georg Lasson in der Philosophischen Bibliothek (Bd. 124), 1911, zitiert.

Schlafende sich zu den Seinen gezählt; was er so im Schlaf der Begriffe bekommen, war dann freilich auch Ware danach.“<sup>1)</sup> Er tadelt jene Richtung, „daß sie da, wo sie am geistlosesten ist, am meisten vom Geist spricht, wo sie am totesten und ledernsten redet, das Wort Leben und ins Leben einführen, wo sie die größte Selbstsucht des leeren Hochmuts kundtut, am meisten das Wort Volk im Munde führt.

Das eigentümliche Wahrzeichen aber, das sie an der Stirne trägt, ist der Haß gegen das Gesetz. Daß Recht und Sittlichkeit und die wirkliche Welt sich durch den Gedanken erfaßt, durch Gedanken sich die Form der Vernünftigkeit, nämlich Allgemeinheit und Bestimmtheit gibt, dies, das Gesetz, ist es, was jenes sich das Belieben vorbehaltende Gefühl, jenes das Rechte in die subjektive Überzeugung stellende Gewissen mit Grund als das sich Feindseligste ansieht. Diese Form des Rechten als einer Pflicht und als eines Gesetzes wird von ihm als ein toter, kalter Buchstabe und als eine Fessel empfunden; denn er erkennt in ihm nicht sich selbst, sich in ihm somit nicht frei, weil das Gesetz die Vernunft der Sache ist und diese dem Gefühle nicht verstattet, sich an der eigenen Partikularität zu wärmen. Das Gesetz ist darum, wie im Laufe dieses Lehrbuches angemerkt worden (§ 258 Anm.), vornehmlich das Schiboeth, an dem die falschen Brüder und Freunde des sogenannten Volkes sich abscheiden.“<sup>2)</sup> Es ist, als hätte man hier den Kampf zwischen Savigny und Thibaut um die Kodifikation ins Philosophische gewendet vor sich. Hegel hat diesen Kampf sicher gekannt; welche Stellung er dazu eingenommen hat, kann man dem Ende des § 211 seiner „Rechtsphilosophie“ entnehmen, wo er schreibt: „Einer gebildeten Nation oder dem juristischen Stande in derselben, die Fähigkeit abzusprechen, ein Gesetzbuch zu machen — da es nicht darum zu tun sein kann, ein System ihrem Inhalt nach neuer Gesetze zu machen, sondern den vorhandenen gesetzlichen Inhalt in seiner bestimmten Allgemeinheit zu erkennen, d. i. ihn denkend zu fassen — mit Hinzufügung der Anwendung aufs besondere —, wäre einer der größten Schimpfe, der einer Nation oder jenem Stande angetan werden könnte.“<sup>3)</sup>

Auch Hegels Philosophie ist in einem gewissen Sinne ein Identitätssystem, aber nicht im Sinne eines Zusammenfallens verschiedener Naturpotenzen, wie es sich Schellings intuitionistische Naturphilosophie gedacht hatte. Bei Hegel handelt es sich vielmehr um eine rationalistische, durch die Arbeit des Begriffes gewonnene Identität von Denken und Sein<sup>4)</sup>. Ihm ist „die Philosophie, weil sie das Ergründen des Vernünftigen ist,

1) A. a. O., S. 8.

2) A. a. O., S. 10.

3) A. a. O., S. 171 (§ 211 am Ende).

4) Vgl. z. B. Richard Falckenberg, Geschichte der neueren Philosophie von Nikolaus von Kues bis zur Gegenwart, 1927, 9. Aufl., S. 457: „Bei Hegel ... ist Subjekt und Ziel der Entwicklung der Begriff, seine Philosophie ist, mit Hagen zu reden, eine ‚Logisierung‘ der Welt, ein logischer Idealismus ... Während ... Schelling ... Reales und Ideales als einander gleichberechtigt behandelt, stellt Hegel die Fichtesche Unterordnung der Natur unter den Geist wieder her, ohne doch Fichtes Naturverachtung zu teilen.“

eben damit das Erfassen des Gegenwärtigen und Wirklichen, nicht das Aufstellen eines Jenseitigen, das, Gott weiß wo, sein sollte — oder von dem man in der Tat wohl zu sagen weiß, wo es ist, nämlich in dem Irrtum eines einseitigen leeren Rasonnierens<sup>1)</sup>. So ergibt sich der Sinn des viel berufenen Satzes „Was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernünftig.“<sup>2)</sup>

Dem entspricht auch das Verhältnis von Volk und Recht bei Hegel. Freilich werden auch „die Gestirne usw., wie auch das Vieh nach Gesetzen, und zwar gut regiert — Gesetze, welche aber in diesen Gegenständen nur innerliche, nicht für sie selbst, nicht als gesetzte Gesetze sind“<sup>3)</sup>. Der Unterschied dagegen ist, „daß der Mensch dieses ist, sein Gesetz zu wissen, und daß er darum wahrhaft nur selbstgewußten Gesetzen gehorchen kann, wie sein Gesetz nur als gewußtes ein gerechtes Gesetz sein kann, sonst aber schon nach dem wesentlichen Inhalt Zufälligkeit und Willkür, oder wenigstens damit vermischt und verunreinigt sein muß“<sup>3)</sup>. Der wahre Volksgeist ist nicht die stillwirkende Kraft, wie in der Romantik, sondern „das sich wissende und wollende Göttliche“<sup>4)</sup> im Staat als der „selbstbewußten sittlichen Substanz“<sup>5)</sup>. Vor dem Staat fehlt dem Volke noch „Objektivität“ und „feste Vernünftigkeit“<sup>6)</sup>. Da herrscht noch nicht der „Volksgeist“ im obigen Sinn, sondern erst die „Penaten, die inneren, unteren Götter“<sup>7)</sup>. Aber der Volksgeist verliert auch noch in anderer Hinsicht von seiner Würde. Nicht nur daß er, wie gesagt, im Grunde nur der Geist eines im Staate organisierten Volkes ist. Die verschiedenen Volksgeister sind selbst nur Durchgangsstadien, Momente im Prozeß der Dialektik, „aus welcher der allgemeine Geist, der Geist der Welt, als unbeschränkt ebenso sich hervorbringt, als er es ist, der sein Recht — und sein Recht ist das allerhöchste — an ihnen in der Weltgeschichte als dem Weltgerichte ausübt“<sup>8)</sup>. Der enge Raum, der „nationellen Abteilung“ Puchtas ist verlassen, jener enge Raum, der eine Bildung von Völkerrecht oder Kirchenrecht eigentlich prinzipiell verhindert hatte.

Bedenkt man, wie in der historischen Schule die Theorie des Gewohnheitsrechts aus der allgemeinen Theorie der Rechtsentstehung herauswächst, so ist mit dieser Polemik gegen das unbewußte Entstehen des Rechts aus dem Volksgeist auch die spezielle Lehre vom Gewohnheitsrecht mit betroffen. Aber Hegel hat sich auch ausdrücklich zu diesem Punkt ausgesprochen und dabei ist naturgemäß seine Wertung der beiden

<sup>1)</sup> Grundlinien der Philosophie des Rechts (Ausgabe Lasson), S. 13.

<sup>2)</sup> A. a. O., S. 14.

<sup>3)</sup> Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundriß, § 529. Herausgegeben von Georg Lasson in der Philosophischen Bibliothek (Bd. 33), S. 438, 1905 (2. Aufl.).

<sup>4)</sup> Rechtsphilosophie, § 257 (Ausgabe Lasson, S. 195).

<sup>5)</sup> Enzyklopädie, § 335 (Ausgabe Lasson, S. 442).

<sup>6)</sup> Rechtsphilosophie, § 349 (Ausgabe Lasson, S. 274).

<sup>7)</sup> Rechtsphilosophie, § 257 (Ausgabe Lasson, S. 195).

<sup>8)</sup> Rechtsphilosophie, § 340 (Ausgabe Lasson, S. 271); ähnlich auch Enzyklopädie, § 548 (Ausgabe Lasson, S. 457).

Rechtsquellen gerade umgekehrt, wie in der historischen Schule. „Gewohnheitsrechte selbst, da nur die Tiere ihr Gesetz als Instinkt haben, nur die Menschen aber es sind, die es als Gewohnheit haben, enthalten das Moment, als Gedanke zu sein und gewußt zu werden. Ihr Unterschied von Gesetzen besteht nur darin, daß sie auf eine subjektive und zufällige Weise gewußt werden, daher für sich unbestimmter sind und die Allgemeinheit des Gedankens getrübt, außerdem die Kenntnis des Rechts nach dieser und jener Seite und überhaupt ein zufälliges Eigentum Weniger ist.“<sup>1)</sup> Noch schärfer ist der Zusatz, den Eduard Gans aus Vorlesungsnachschriften hinzugefügt hat: „Die Sonne, wie die Planeten haben auch ihre Gesetze, aber sie wissen sie nicht; Barbaren werden durch Triebe, Sitten, Gefühle regiert, aber sie haben kein Bewußtsein davon. Dadurch, daß das Recht gesetzt und gewußt ist, fällt alles Zufällige der Empfindung, des Meinens, der Form der Rache, des Mitleides, der Eigensucht fort und so erlangt das Recht erst seine wahrhafte Bestimmtheit und kommt zu seiner Ehre.“<sup>2)</sup>

Übrigens darf man sich aber keiner Täuschung hingeben, die Hochschätzung des gesetzten Rechtes gegenüber dem Gewohnheitsrecht bedeutet bei Hegel nicht etwa eine klare Erkenntnis der Positivität des Rechts. Es finden sich da noch ganz an naturrechtliche Gedanken anklingende Wendungen, wie daß sich Naturrecht zu positivem Recht verhalte, wie Institutionen zu Pandekten<sup>3)</sup>; und die eigentliche Domäne des positiven Rechts sind ihm im Grunde nur Zahlbestimmungen und Ähnliches, Gebiete, die schon Savigny<sup>4)</sup> der rechtsbildenden Gewohnheit zugerechnet hatte<sup>5)</sup>.

Es war mehr der Grundzug seines Systems auf Geist und Vernunft hin und vor allem seine Hochschätzung des Staates, was die ihm folgende Rechtstheorie stark im positivistischen Sinne beeinflusste. Mißtraut doch der Staat so gerne dem Gewohnheitsrecht als einem Recht „aus wilder Wurzel“. Es ist aber nicht zu verkennen, daß auch in der Rechtsphilosophie die Wirkung Hegels eine dialektische war, ähnlich wie sich besonders auf dem Boden der Religionsphilosophie eine Hegelsche Rechte und Linke bildete. So wie hier aus Hegels Lehre einerseits eine gegen früher höhere Schätzung des theoretischen Moments der Religion, aber andererseits auch ein Skeptizismus sich herausbilden konnte, sowie in seiner Gesellschaftslehre keimhaft sowohl Universalismus als auch Sozialismus angelegt war<sup>6)</sup>, so ist er auch in der Rechtsphilosophie für die Einen der Philosoph der Restauration, für die Anderen der Befreier des Geistes vom romantischen Dämmerchein geworden.

<sup>1)</sup> Rechtsphilosophie, § 211 (Ausgabe Lasson, S. 170).

<sup>2)</sup> A. a. O., S. 340 (Zusatz 132).

<sup>3)</sup> A. a. O., S. 21.

<sup>4)</sup> Vgl. oben S. 27.

<sup>5)</sup> A. a. O., S. 173.

<sup>6)</sup> Vgl. Johann Eduard Erdmann, Grundriß der Geschichte der Philosophie (neu bearbeitet von Ferdinand Clemens), 1930, S. 640.

Die ersten stehen begreiflicher Weise der historischen Schule verhältnismäßig näher. Zu ihnen gehört vor allem Julius Stahl. Und es wird nun auch seine, bereits an früherer Stelle angedeutete eigentümliche Nahestellung und doch Spannung zur historischen Schule verständlich. Die andere Richtung ist die eigentlich positivistische, die sich mit revolutionärem Ungestüm gegen den Quietismus der historischen Schule wendet. Man darf aber natürlich nicht glauben, diese Richtung stünde so da, als hätte es nie eine historische Schule gegeben. Die Abkehr richtet sich weniger gegen das Historische, als vielmehr gegen das Romantische an ihr. Das Verständnis fürs Historische am Recht blieb ein unverlierbarer Besitz der Rechtswissenschaft und ebenso der Glaube an die endgültige Überwindung des Naturrechts, wenn das letztere auch vielfach — wieder ein mit der historischen Schule gemeinsamer Zug — nur ein Glaube war.

In schärfster Formulierung findet sich die Absage der Rechtsphilosophie Hegelscher Richtung an die historische Rechtsschule vielleicht bei Eduard Gans. Er hatte sich eingehend mit der Hegelschen Philosophie vertraut gemacht, auch einige der Hegelschen Werke herausgegeben und durch eigene Kolleghefte ergänzt. Ein Menschenalter lang hat er gegen die noch auf dem Gipfelpunkt ihrer Macht stehende historische Schule gekämpft. Die rastlose Kampfnatur wandte sich gegen den Quietismus der historischen Schule: „Alles, was hervorgebracht ist in einem Zeitalter und in einem Volk ist hervorgebracht durch seine Einsicht und durch seine Kraft. Es würde wahrlich ein schlechtes Surrogat sein, wenn es diese Einsicht und diese Kraft gegen die Chronikbücher der Vergangenheit oder gegen die Codices der historischen Schule vertauschen wollte.“<sup>1)</sup> Und weiter in echt Hegelschem Gedankengang: „Jede Vergangenheit ist für die Gegenwart ein schlechtweg Totes, nicht aber das ist tot, was in der Gegenwart wie in der Vergangenheit die Substanz bildet, nämlich die göttliche Vernunft. In den einzelnen Volkgeistern offenbart sich diese Vernunft in stufenmäßiger Entwicklung und es ist das Geschäft des subjektiven Geistes, diese Vernunft anzuerkennen, zu ehren und zu begreifen. Und so wären wir zu dem Punkt gelangt, wo der Grundirrtum jener historischen Schule da, wo sie herausgehend aus sich philosophieren will, seinen Hauptsitz hat. Es hat etwas von der Identität von Freiheit und Notwendigkeit auch bei den Historikern verlautet und ohne zu wissen, was es eigentlich damit für eine Bewandnis habe, haben sie sich nicht gescheut, diesen Satz an die Spitze ihres Systems zu stellen. Daraus ist nun das Resultat erfolgt, daß ihnen eine Freiheit erwachsen ist, welche nicht das Kräftige will und die Hervorbringung der Zeit in der Zeit, sondern das Rückwärtsgekehrte und das Lesen des toten Buchstabens der Vergangenheit; eine Notwendigkeit aber, welche nicht die zu begreifende Vernunft ist und ihre Offenbarung in der Zeit, so daß jeder Volksgeist von ihr seine Berechtigung, welches sein Prinzip ist, empfängt, sondern eine blinde Notwendigkeit, die Äußer-

<sup>1)</sup> Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung, I, S. XII, 1824.

lichkeit des erscheinenden Kausalnexus, auf welchen als aufs Höchste alles bezogen wird.“<sup>1)</sup> Diese Stelle liest sich wie ein Kommentar zu den oben wiedergegebenen Gedanken Hegels über die Rolle der Volksgeister in der Weltentwicklung. Es dürfte aber auch eine der ersten Stellen sein, die das typische Mißverständnis gegenüber dem Notwendigkeitsgedanken der historischen Schule zeigt. Geht man von den Grundlagen der romantischen Philosophie besonders in der Schellingschen Form aus — was man freilich in transzendenter Kritik ablehnen kann — so erhält, wie früher ausgeführt, das Ineinander von Notwendigkeit und Freiheit seinen guten Sinn. Verläßt man diesen Ausgangspunkt und deutet man die Notwendigkeit kausal, wie es so oft bis in die jüngste Zeit geschehen ist, so klafft der offene Widerspruch.

Ist Gans beispielhaft für die unter dem Einfluß Hegelscher Philosophie erfolgte Abwendung eines Juristen von der historischen Schule, so stellt J. Christiansen das positive Programm des strengsten Positivismus auf. Seine philosophische Beziehung zu Hegel zeigt sich äußerlich freilich auch noch in einem Stil, der womöglich noch schwerer lesbar ist als der seines Meisters. Die Rechtswissenschaft müsse ein Ineinander von Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie sein. Rechtsgeschichte ohne Rechtsphilosophie wäre ein „caput mortuum“<sup>2)</sup>, Rechtsphilosophie ohne Rechtsgeschichte aber „ein irrender unwirklicher Geist, ein Gespenst“<sup>2)</sup>. Die Rechtsphilosophie ist auch „keine Wissenschaft von etwas, das sein wird oder sein sollte oder sein müßte“<sup>3)</sup>. Das ist eine ausdrückliche Ablehnung der naturrechtlichen Problemstellung, wobei schließlich bei konsequenter Durchführung von der Rechtsphilosophie eben das übrig bliebe, was in neuerer Zeit als Rechtstheorie bezeichnet wurde. Ja es ist sogar eine entgegengesetzte Grenzüberschreitung angedeutet, wenn ein so ausgesprochen ethischer Begriff wie „gerecht“ rein positiv-rechtlich gedeutet wird: „Also darüber müssen wir uns einig sein, daß nur die Rede sein soll von dem Rechte, welches ist, und daß es nur von dem eine Wissenschaft geben kann. Das wirkliche Recht ist das positive Recht, also gibt es nur eine Wissenschaft von dem positiven Recht. Diese kann man nun auch Wissenschaft des Gerechten nennen; denn mir ist in der Sprache kein Unterschied von Recht und Gerech bekannt; nur ist jenes, soviel ich weiß, unklarer. Wenn ich nun das römische Recht weiß, so weiß ich, was römisch gerecht, d. h. was römisch Recht ist und kann von jedem Urteil, wenn es nicht gerade in eine Kontroverse hineinschlägt, wo zwei Ansichten gleich gut sind, sagen, ob es nach meiner Ansicht gerecht ist. Was es aber heißen soll, ob das römische oder irgendein anderes Recht gerecht ist, verstehe ich nicht. . . . Kurz, ich sehe nicht ein, wie die Wissenschaft des Gerechten etwas anderes sein kann, als die Wissenschaft eines oder aller positiven Rechte, wer Zeit

<sup>1)</sup> A. a. O., S. XIII f.

<sup>2)</sup> Die Wissenschaft der römischen Rechtsgeschichte im Grundriß, I, S. 13 der allgemeinen Einleitung, 1838.

<sup>3)</sup> A. a. O., S. 14.

und Kopf dazu hat, die Sache so weit zu treiben. . . . Das sehe ich sehr gut ein, daß man von der Unzweckmäßigkeit und der Nichtsittlichkeit eines Rechtes für diese Zeit, überhaupt von der Nichtpolitik eines Rechtes sprechen kann, d. h. daß es in der Politik eines bestimmten Staates unharmonisch ist<sup>1)</sup>. Es könnte scheinen, als ob dadurch, daß ein Urteil über „Nichtsittlichkeit“ eines Rechts zugelassen wird, ein rechtstranszendenter Beurteilungsstandpunkt eingeführt würde. Man muß sich aber den auch von Christiansen adoptierten Hegelschen Sprachgebrauch vor Augen halten, nach dem die Vollendung der Sittlichkeit doch wieder im Staat liegt.

In engem Zusammenhang mit Christiansen steht auch J. F. Kierulff. Weniger rein philosophisch angelegt als der erstgenannte führt er den Stoß gegen die Romanistik der historischen Schule aus der eigentlich positivistischen Position heraus, indem er ihr vorwirft, sie „vergißt, daß eben dieses Recht nur durch die Praxis in Deutschland Eingang gefunden und nur so, wie es die Praxis gestaltet und nur das, was durch sie lebendes Recht geworden ist“<sup>2)</sup>. Hier, wo es sich nur um die prinzipiellen Grundlagen der positivistischen Richtung handelt, soll nicht weiter auf Kierulff eingegangen werden. Wir werden seinen Ausführungen zur Lehre vom Gewohnheitsrecht noch später begegnen<sup>3)</sup>.

Der Schwerpunkt der gegen die historische Schule gerichteten Bewegung lag ganz überwiegend bei Hegel und seiner Schule. Ganz kurz aber soll auch eine philosophische Richtung gestreift werden, die von einem anderen Ausgangspunkte aus in derselben Richtung vorging. Sie fußt viel unmittelbarer auf Kant als die Hegelsche Philosophie, aber was in der Kantischen Philosophie die transzendente Deduktion ist, das wird in dieser Richtung zu einer psychologischen Deutung. Nicht eine erkenntnistheoretische Begründung des apriori wird gesucht, sondern seine empirisch-psychologischen Grundlagen in einer „psychischen Anthropologie“. So nennt auch der Begründer dieses Psychologismus, Jakob Friedrich Fries, sein 1820 erschienenes Werk, in dem er die schon 1807 begonnene „Neue Kritik der Vernunft“ fortsetzt. Die Rechtslehre wird für Fries im wesentlichen zu einem Stück — psychologisiert gefaßt — Ethik.

An ihn knüpft Reinhold Schmid an. Er wirft Savigny vor, daß er sich nur um die Entwicklung des positiven Rechtes aus der Rechtsüberzeugung, nicht aber um die Bildung dieser Rechtsüberzeugung selbst gekümmert habe<sup>4)</sup>. Statt dessen nehme die historische Schule einfach den „Begriff eines objektiven Willens, eines sittlichen Organismus an, indem sie den Volksgeist personifizierte und so den Grund des Ethos und der geschichtlichen Bewegung außer dem Menschen und seinem Denken suchte“<sup>5)</sup>. Savigny „betrachtet das Volk nicht als einen

1) A. a. O., S. 15f.    2) Theorie des gemeinen Civilrechtes, I, S. XX, 1839.

3) Vgl. unten S. 43.

4) Theorie und Methodik des bürgerlichen Rechts, S. 170, 1848.

5) A. a. O., S. 173f.

Inbegriff einzelner Wesen, die durch eine gemeinsame Abstammung, Sprachgeschichte usw. verbunden sind, also als ein bloßes Gedankending, eine Abstraktion, sondern schreibt ihm im eigentlichen Sinne eine Individualität mit eigentümlichen Funktionen zu und er versteht unter Volksgeist nicht bloß eine gemeinsame Eigenschaft der Geistesbildung der Glieder eines Volkes, sondern eine ursprüngliche Wesenheit in ähnlicher Weise, wie z. B. Schelling die Eigenschaften des menschlichen Geistes, die wir unter dem Ausdruck Vernunft begreifen, in seiner ‚allgemeinen Vernunft‘ zu einem selbständigen Wesen erhob<sup>1)</sup>. Es ist das eine der allerklarsten Einsichten, die je über das Wesen der historischen Volksgeistlehre ausgesprochen wurden. Es ist ihr voller Sinn, aber auch ihre verborgene Schwäche erfaßt. Reinhold Schmid verlangt nun die Erforschung der „Gesetze der Ausbildung unserer rechtlichen Überzeugungen aus der Natur des menschlichen Geistes“; die Rechtstheorie wird also zu einer „Frage... der psychischen Anthropologie“<sup>2)</sup>. Die Durchführung im einzelnen ist nicht weiter von Interesse, aber die allgemeine psychologistische Einstellung hat sich erhalten und taucht z. B. in der Problembehandlung Zitelmanns und anderer wieder auf, insbesondere aber ist darauf hinzuweisen, daß in neuerer Zeit die Friesische Schule eine Art Renaissance erlebt hat. Die umfänglichen rechtsphilosophischen Arbeiten von Leonard Nelson gehören hierher. Neben den naturrechtlichen Anklängen, die sich die Schule bis heute bewahrt hat, tritt darin besonders ein scharfer Logismus zutage.

Die psychologistische Grundrichtung verrät den Einfluß naturwissenschaftlicher Denkweise. Diese war an Stelle der in Mißkredit geratenen Philosophie immer beherrschender für das ganze Geistesleben geworden und beeinflusste auch deutlich spürbar die Rechtstheorie. Doch äußert sie sich hier in verschiedener Weise. Naturwissenschaft ist der Gegenwart zugewandt. Wer ein Physikbuch aufschlägt, findet darin nur selten Notizen darüber, wie der geschichtliche Hergang bei der Entdeckung eines Naturgesetzes war. Dieser unhistorische Zug des naturwissenschaftlichen Denkens führt auf dem Gebiete der Rechtswissenschaft dazu, daß man sich von der Betrachtungsweise der historischen Rechtsschule, von ihrem Pseudoevolutionismus, abwendet und mehr die Bedeutung der Dogmatik des gegenwärtigen Rechtes betont. Auch durch ihren Tatsachensinn und ihre exakte Methode wurden die Naturwissenschaften zum viel beneideten Vorbild. Man kann sich mit einiger Ungenauigkeit vielleicht so ausdrücken: Diese Art des Methodenparallelismus zwischen Naturwissenschaft und Rechtswissenschaft ist orientiert am Vorbild der Physik und Chemie, der sogenannten exakten Naturwissenschaften. Das ist eine der Wurzeln des juristischen Positivismus. Daneben aber waren in der naturwissenschaftlichen Arbeitsweise auch die Keime für eine andere Einflußnahme auf die Rechtswissenschaft gelegt,

---

1) A. a. O., S. 174.

2) A. a. O., S. 179.

die erst viel später, in der folgenden Epoche des eigentlichen Naturalismus aufgehen sollten, weshalb auch erst dort davon ausführlicher die Rede sein soll.<sup>1)</sup>

Bezeichnend für den Einfluß der ersten Art sind Äußerungen gegen den rein antiquarischen Historismus wie die folgende: „Wir sind über das Werden belehrt und wollen nun auch übers Gewordene etwas Näheres hören. Es gilt jetzt die dogmatische Tragweite eines Gedankens zu ermitteln, welcher bis dahin nur für historische Dimensionen und Evolutionen verwendet worden ist“<sup>2)</sup>.

Ganz an den Übergang von den „verstehenden“ Methoden der Geisteswissenschaften zu den intellektualisierenden und objektivierenden naturwissenschaftlichen Methoden erinnert es, wenn Rudolf von Ihering schreibt: „Der Fortschritt des Rechts besteht in der Zerstörung jener natürlichen Zusammenhänge und in unausgesetzter Trennung und Isolierung.“<sup>3)</sup> Wie fern sind die Tage Puchtas, wo nach dem Wesen des Rechts fragen soviel hieß, wie nach dem Wesen des Volkes überhaupt fragen! Oder: „Die Tendenz des Rechts nach Selbständigkeit und Objektivität, als deren Ausfluß das Gesetz erscheint, hat ja von vornherein zum Zweck die Herrschaft des Gefühls im Recht zu brechen.“<sup>4)</sup> „Der positive Fortschritt, den das Recht mit seiner Aufzeichnung macht, läßt sich mit einem Worte bezeichnen als Übergang von der subjektiven Innerlichkeit zur objektiven Äußerlichkeit.“<sup>5)</sup> Der mystische Volksgeist und die Hochschätzung des Gewohnheitsrechtes sind dahin, Äußerliches, empirisch Feststellbares, wird dem geheimen Weben der Volksseele vorgezogen.

Noch viel später, bei Ernst Zitelmann, der ja überhaupt eine Mittelstellung zwischen der Periode des Positivismus und der Folgezeit einnimmt, erkennt man deutlich den Einfluß naturwissenschaftlicher Methode, wenn er mit einfacher Handbewegung die Frage nach dem Verpflichtungsgrund des Gewohnheitsrechtes beiseite schiebt und schlicht fragt, was es bedeutet und woher wir überhaupt wissen, daß Gesetze gelten<sup>6)</sup>. Man wird an Gustav Kirchhoff erinnert, der die Naturwissenschaft unter Verzicht auf alle Erklärung durch virtutes oder qualitates occultae als bloße Beschreibung auffaßt, indem er in einer berühmten gewordenen Stelle erklärt: „Die Mechanik ist die Wissenschaft von der Bewegung; als ihre Aufgabe bezeichnen wir: die in der Natur vor sich gehenden Bewegungen vollständig und auf die einfachste Weise zu beschreiben.“<sup>7)</sup>

1) Vgl. unten S. 67 f.

2) J. E. Kuntze, Der Wendepunkt der Rechtswissenschaft, S. 60, 1856. Vgl. auch oben S. 32 f.

3) Der Geist des römischen Rechts, II, S. 27, 1854.

4) A. a. O., S. 32.

5) A. a. O., S. 33.

6) „Gewohnheitsrecht und Irrtum“ im Archiv für die zivilistische Praxis, 66. Band, S. 323 ff., bes. S. 452, 1883.

7) Vorlesungen über mathematische Physik: Mechanik, S. 1, 1876.

### Die positivistischen Lehren vom Gewohnheitsrecht.

Das Verhältnis zwischen den geistesgeschichtlichen Voraussetzungen des Positivismus und seinen speziellen Gewohnheitsrechtstheorien ist gerade umgekehrt als wir es bei der historischen Schule fanden. Dort waren die geistesgeschichtlichen Voraussetzungen in der allgemeinen romantischen Grundstimmung gegeben, wie sie die ganze Zeit in allen Äußerungen ihres Geisteslebens erfüllte. Philosophie und Sprachwissenschaft, Naturwissenschaft und Rechtswissenschaft, aber auch das öffentliche Leben trugen den Stempel der romantischen Grundhaltung und es war schwer, eine einzige Persönlichkeit als ihren Repräsentanten zu betrachten. Und die Persönlichkeit, die etwa als solcher gelten kann, Schelling, wie jugendlich eruptiv, wie vielseitig und wandelbar war er selbst, wie rasch aber durchläuft er seine Entwicklung, um in späteren Jahren fast nichts mehr zu produzieren. Dagegen drängte sich ein solcher Repräsentant für die Theorie des Gewohnheitsrechts in der Person Puchtas sofort auf. Mit Savigny der Begründer der historischen Rechtsschule und mehr als Savigny ihr großer, konsequenter Systematiker, ist er jener Theoretiker des Gewohnheitsrechts, der alle Gedanken seiner Nachfolger, soweit sie der Schule angehören, eigentlich schon vorweg nimmt. Das System war so geschlossen, daß jedes Abweichen davon auch den Schulzusammenhang zerstörte und nicht nur von der Meinung des Meisters weg, sondern auch aus der Schule herausführte.

Wie ganz anders bei der positivistischen Richtung. Hier ist es ein großer Denker, der die geistigen Voraussetzungen unstreitig beherrscht: Hegel. Ein Menschenalter widmet er der Vorbereitung. Dafür aber enthält auch schon sein erstes Werk, die „Phänomenologie“ (1807), eine fast schon vollständige Darstellung seines Systems. Die Grundlinien waren damit bereits endgültig gezogen und in nur drei weiteren großen Werken, „Logik“ (1812—1816), „Enzyklopädie“ (1817) und „Rechtsphilosophie“ (1821), vervollständigt Hegel gleichsam nur den Grundriß. Wohl konnten wir neben Hegels Philosophie noch zwei Wurzeln des Positivismus im Staatsabsolutismus und in der immer mehr erstarkenden naturwissenschaftlichen Denkweise bloßlegen. Aber in einem gewissen Sinne kann es von beiden gelten, daß Hegels energische Betonung der Wirklichkeit, sowie seine daraus erfließende Hochschätzung des Staates an ihrem Anfang steht.

Mit diesen zwei Momenten, Staatsvergötterung und Wirklichkeits-sinn, sind aber auch die beiden Hauptzweige charakterisiert, die die positivistische Gewohnheitsrechtslehre aus sich hervorgetrieben hat. In einem Fall, der Gestattungstheorie, wird das Gewohnheitsrecht ganz und gar vom Staat abhängig gemacht, im anderen, der Faktizitätstheorie als ein irgendwie faktisch Bestimmtes aufgefaßt. Es ist nicht möglich, hier und dort einen großen repräsentativen Kopf namhaft zu machen. Eine Plejade von Autoren steht auf jeder Seite und natürlich fehlen auch jene vorsichtigen Vermittler nicht, die man nicht ganz zur

einen und nicht ganz zur anderen zählen kann. Selbstverständlich kann hier nur eine Auswahl aus beiden Gruppen behandelt werden.

### Die Gestattungstheorien.

Einleitend sei an eine typische Übergangerscheinung von der historischen Schule zur positivistischen erinnert, an Bruns, der in unserer Darstellung zwar noch unter die historische Schule eingereiht wurde, auf dessen Anklänge an die Gestattungstheorie aber schon damals aufmerksam zu machen war<sup>1)</sup>.

Es wundert uns nicht, wenn der Hegel-Schüler Kierulff gleich am Anfang der „allgemeinen Lehre“ gleichsam definitiv feststellt: „Das wirkliche Recht ist der natürlich wirkliche Wille des Staates“<sup>2)</sup>. Von einer Art Definition darf gesprochen werden, denn fast jedes Wort ist hier von besonderer Bedeutung, die auch noch weiter erklärt wird. Nur die Position seiner Willenstheorie gegen die Überzeugungstheorie der historischen Schule zu verteidigen, scheint Kierulff gar nicht der Mühe wert zu sein; mit keinem Worte wird auf diese Differenz eingegangen. Genau aber wird unterschieden: „Der Wille des Staates als solcher ist die Form des Rechts; da, was von ihm gewollt wird, ist der Inhalt des Rechts“<sup>3)</sup>. Darin, daß das Recht der Wille eines ganz bestimmten Staates ist, scheint ihm die Garantie gegen naturrechtliche Spekulationen geben und darum formuliert er scharf: „Wirkliches Recht ist nur ein positives als das Recht eines bestimmten historisch wirklichen Staates und außer dem positiven gibt es keines“<sup>4)</sup>. Und „natürlich wirklich“ heißt „nicht der Wille, welcher richten soll, sondern der ausgeführte, welcher effektiv in den Gerichten eines Staates angewendet wird“<sup>5)</sup>. Interessant ist hier die Bezugnahme auf die Gerichte, ein hier nur ganz nebenbei geäußertes Gedanke, der später von weitestragender Bedeutung werden sollte.

All diese allgemeinen Merkmale des Rechts müssen natürlich beim Gewohnheitsrecht wiederkehren. Gewohnheit aber bestimmt er im Gegensatz zur historischen Schule als „wiederholtes gleichmäßiges Verhalten“<sup>6)</sup>. Sie setzt nicht schon ein irgendwie bestimmtes Gesamtbewußtsein voraus. Ein solches Bewußtsein mag ihr folgen, darf aber nicht einmal vorhergehen, sonst handelte es sich gar nicht mehr um Gewohnheit, sondern um freien Willen. „Als allgemein herrschende, die normierbaren Verhältnisse eines Volkes bestimmende Gewohnheit ist sie Gewohnheitsrecht“<sup>7)</sup>. „Es ist die wirkliche Identität von Tatsache und Recht, denn die Tatsache ist hier nicht eine gleichgültige, bedeutungslose, sondern Ausdruck eines inneren Gehaltes (einer Regel) und wiederum

1) Vgl. oben S. 30.

2) Theorie des gemeinen Civilrechts, S. 1, 1839.

3) A. a. O., S. 2.

4) A. a. O., S. 3.

5) A. a. O., S. 4.

6) A. a. O., S. 7.

7) A. a. O., S. 8.

das Recht ist hier nur als allgemeine Tatsache und nicht vor ihr vorhanden<sup>1)</sup>. Mit deutlicher Polemik wendet er sich gegen die historische Schule, der die Übung nur ein Erkenntnisgrund fürs Vorhandensein von Gewohnheitsrecht war und die seine eigentliche Bedingung im Volksbewußtsein allein erblickte. Denn, wie „jenes formlose Wesen das Rechtsbewußtsein entsteht. . . ., darüber kann sie keine Rechenschaft geben, es wäre denn, daß das Vorgeben eines mystischen, plötzlichen gemeinsamen Ergriffenseins der Nation eine wirkliche Erklärung enthielte“<sup>2)</sup>.

Das sieht alles bisher so aus, als steuere der Autor auf eine Faktizitätstheorie zu. Sagt er doch, Gewohnheitsrecht ist, „ohne spezieller gesetzlicher Bestimmung zu bedürfen, gültig und hat selbst derogierende Kraft gegen bestehendes Gesetz“<sup>3)</sup>. In unvermittelter Wendung aber heißt es darauf, daß doch „die Legislation die praktische Gültigkeit des Gewohnheitsrechts beliebig einschränken könne. Hierin spricht sich das allgemein herrschende Dogma aus, daß nach dem Geist des heutigen Staates die Urquelle der praktischen Kraft des Gewohnheitsrechts in dem stillschweigenden Willen der Gesetzgebung liege, d. h. daß, wo das Gewohnheitsrecht in anerkannter praktischer Wirksamkeit bestehe, dies eben Wille der Gesetzgebung sei“<sup>4)</sup>.

Dieses Abhängigkeitsverhältnis des Gewohnheitsrechts von der Gesetzgebung, der doch wieder durch Gewohnheitsrecht derogiert werden kann, ist freilich unbegreiflich, und es wird nicht klarer durch die Bemerkung in der Note zu dieser Stelle, wo es heißt: „Das im Texte Gesagte ist nur nicht im Sinne einer theoretischen Forderung zu verstehen, als wenn eine ausdrückliche allgemeine oder spezielle gesetzliche Bestätigung der Gewohnheit erfolgen müßte. Die nähere Deduktion der Notwendigkeit des von uns behaupteten Verhältnisses des Gesetzes- und Gewohnheitsrechts gehört der Wissenschaft an und kann nicht von der Theorie ausgehen.“ Reinhold Schmid, der sicher noch viel vertrauter mit der damaligen Terminologie war, als wir es heute sind, nahm schon an dieser geheimnisvollen Stelle Anstoß und bemerkte: „Wenn ich ihn recht verstehe, will er damit sagen, die Genehmigung der gesetzgebenden Gewalt sei nicht als eine Bedingung der Entstehung einer rechtlichen Gewohnheit zu betrachten, müsse aber wissenschaftlich doch als Dogma angenommen werden, weil es im entwickelten Staat einen höchsten legislatorischen Willen gebe, auf den deshalb alles Recht im Staate als letzte Quelle zu beziehen sei“<sup>5)</sup>.

Wenn das zutrifft, so scheint sich hier — übrigens beiden Autoren nicht voll bewußt — schon so etwas wie das Bedürfnis nach der Einheitsbeziehung allen Rechts im Staate geregt zu haben. Dafür spricht auch die Begriffsbestimmung der Rechtstheorie in der „Allgemeinen Einleitung“ zu Kierulffs Werk, wo es heißt: „Die Theorie des Rechts hat zum Objekt die in einem bestimmten Staate zu einer bestimmten Zeit

1) A. a. O., S. 8.

2) A. a. O., S. 9\*.

3) A. a. O., S. 12.

4) A. a. O., S. 13.

5) Theorie und Methodik des bürgerlichen Rechts, S. 233, 1848.

herrschenden Rechtsgrundsätze, d. h. diejenigen allgemein anerkannten einfachen und höchsten Normen, von welchen das gesamte Recht, welches in diesem Staate praktisch zur Anwendung kommen soll, ausgehen muß. Es sind die ersten juristisch nicht deduzierbaren Sätze (Prinzipien), welche den Grund bilden zu dem Detail des Rechts, welches zur Entscheidung wirklicher Rechtsstreitigkeiten dient<sup>1)</sup>. Ein solcher Satz ist für ihn wohl auch die Beziehung des Gewohnheitsrechts auf die Gesetzgebung. Er ist innerhalb der Theorie nicht deduzierbar und seine Ableitung ist als Sache einer — unklar gefaßten — Wissenschaft jenseits der Theorie gedacht. Es wird also — modern gesprochen — in einer Art Als-ob-Betrachtung auch das Gewohnheitsrecht auf die einzige Rechtsquelle der staatlichen Gesetzgebung bezogen.

Reinhold Schmid's Polemik gegen die geistigen Grundlagen der historischen Schule wurde bereits in der geistesgeschichtlichen Einleitung zu diesem Abschnitt behandelt<sup>2)</sup>. Hier ist speziell auf seine Gewohnheitsrechtstheorie einzugehen. Vorher aber muß noch dessen gedacht werden, was er an die Stelle des „Volksrechts“ der historischen Schule zu setzen unternimmt. Schon Beseler hatte das Zusammenfallen von Gewohnheitsrecht und Volksrecht bestritten, freilich mehr mit historischen als mit theoretischen Argumenten. Den theoretischen Versuch dieser Unterscheidung unternimmt nun R. Schmid. Wohl sei es richtig, daß, wie Savigny bemerkte, „überall, wo ein Rechtsverhältnis zur Frage und zum Bewußtsein kommt, eine Regel für dasselbe schon längst vorhanden, also jetzt erst zu finden weder nötig noch möglich ist“. Allein es ist damit noch gar nicht erwiesen, daß diese Beurteilungsregeln positiven Rechts seien<sup>3)</sup>. Wohl beruhe jede Betätigung der Privatwillkür in einem Vertragsabschluß in ihrer rechtlichen Wirksamkeit „auf der rechtlichen Anerkennung des Vertragsrechts“<sup>4)</sup> und „in einem gewissen Sinne kann man . . . unsere ganze rechtliche Ordnung positiver Natur nennen“<sup>4)</sup>. Doch müssen Sätze, wie der allgemeine Satz von der Bindung durch Verträge, nicht ausdrücklich gesetzlich festgelegt sein, sondern brauchen nur „als sich von selbst verstehend vorausgesetzt werden, weil sie die natürlich notwendige Bedingung einer jeden rechtlichen Ordnung sind“<sup>4)</sup>. Das bedeutet noch kein Naturrecht, denn, wie Schmid theoretisch vollkommen richtig ausführt, sind solche Bedingungen konstitutiver und nicht, wie naturrechtliche Regeln, regulativer Natur. Man bemerkt dabei übrigens auch die Anlehnung des Fries-Schülers an die Terminologie der Transzendentalphilosophie. Soll eine gegenseitige Erklärung von Vertragswillen überhaupt einen rechtlichen Sinn haben, so kann bei dem Fehlen eines gesetzlich formulierten Vertragsrechtssatzes nur „die Privatwillkür in Verbindung mit denjenigen

1) Theorie des gemeinen Civilrechts, S. XXIV, 1839.

2) Vgl. oben S. 39f.

3) Theorie und Methodik des bürgerlichen Rechts, S. 199, 1848.

4) A. a. O., S. 200.

allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die als Ausfluß der absoluten Prinzipien der Gerechtigkeit keiner ausdrücklichen Anerkennung bedürfen, um den Charakter eines positiven Rechtes zu erhalten, der einzig mögliche Entstehungsgrund eines Rechtsverhältnisses“ sein<sup>1)</sup>. Man sieht übrigens unschwer, wie hier durch das Hereinziehen eines material gefaßten Gerechtigkeitsprinzips doch wieder offenbar naturrechtliche Gedanken eingeschmuggelt werden. Zur Ergänzung der Willenserklärung könne das Herkommen oder die Natur der Sache — wieder ein naturrechtliches Element — herangezogen werden<sup>2)</sup>. Ein Gefühl dafür, daß hiemit der Boden des positiven Rechts verlassen ist, hat wohl auch Schmid, denn gelegentlich entschlüpft ihm geradezu die Bemerkung, „daß sich die rechtserzeugende Kraft des Volkes unmittelbar gar nicht im Gebiete des positiven Rechts betätigen kann und das, was man Volksrecht nennt, vielmehr dem Gebiete des gewillkürten Rechts angehört“<sup>3)</sup>. Damit spricht offenbar er selbst dem gewillkürten Recht den Charakter des positiven ab.

Wohl seien Herkommen und Gewohnheitsrecht verwandt, sie unterscheiden sich aber durch den Grund ihrer Autorität und der Gewohnheitsrechtstheorie der historischen Schule gegenüber müsse gefragt werden: „Wie kann die rechtliche Überzeugung eines Volkes die Autorität und verbindende Kraft eines positiven Rechts erhalten?“<sup>4)</sup> Dazu kann kein hypostasierter Volksgeist helfen. „Der Volksgeist, wie wir ihn verstehen<sup>5)</sup>, wirkt allerdings bestimmend auf den Inhalt unseres Rechts ein, denn die Auffassung der Grundsätze der Gerechtigkeit und die Würdigung der verschiedenen Lebensverhältnisse hängt wesentlich von den eingewöhnten Lebensansichten eines jeden Volkes ab. Aber die leitenden rechtlichen und politischen Grundsätze, die auf diese Weise zur Herrschaft kommen, haben nicht durch sich selbst einen äußeren Bestand, der ihnen den Charakter positiver Rechtsregeln gäbe; es müssen erst noch die formellen Bedingungen der Gültigkeit hinzukommen. Daß dazu nun beim Gewohnheitsrecht auch tatsächliche Anerkennung desselben von seiten der Staatsgewalt gehöre“<sup>6)</sup>, dürfe nicht, wie in der historischen Schule „als eine Folge des durch den nationalen Willen an und für sich schon begründeten Gewohnheitsrechts“<sup>7)</sup>, sondern müsse als „eine Bedingung der Entstehung desselben“<sup>7)</sup> angesehen werden. Denn sobald einmal ein Staat entstanden ist, habe er „die rechtserzeugende Kraft des Volkes, durch welche der Staat selbst ins Dasein gerufen wurde, absorbiert“<sup>8)</sup>. „Die Staatsgewalt ist die einzige mögliche Quelle alles positiven Rechts. Damit ist indessen nicht gesagt, daß alles Recht auch seinem Inhalte nach vom Staat ausgehen müsse.“<sup>9)</sup>

Die Anerkennung „kann ausdrücklich ausgesprochen werden oder auch stillschweigend durch Handlungen erfolgen, welche auf den Willen,

1) A. a. O., S. 204.

3) A. a. O., S. 208.

5) Vgl. oben S. 40.

7) A. a. O., S. 225.

9) A. a. O., S. 236.

2) A. a. O., S. 206.

4) A. a. O., S. 218.

6) A. a. O., S. 224.

8) A. a. O., S. 229.

einer Rechtsregel verbindende Kraft zu geben, schließen lassen. Mag aber das Eine oder das Andere der Fall sein, immer muß gerade die Rechtsregel, welche verbindende Kraft haben soll, anerkannt sein. Denn jede generelle Anerkennung, die sich nicht auf ein (abgeleitetes) Recht der Autonomie bezieht, würde die Staatsgewalt, welcher die Vollziehung des Rechts obliegt, einer fremden Gewalt unterwerfen, also mit dem Wesen des Staates, welches in der Einheit einer höchsten unabhängigen Gewalt besteht, in Widerspruch treten<sup>(1)</sup>. Es ist hier klar ausgesprochen, daß es, solange man überhaupt auf juristisch erfaßbarem Gebiete bleiben will, nur abgeleitetes Gewohnheitsrecht geben kann. Denn auch spezielle Anerkennung muß als Ableitung vom staatlichen Willen aufgefaßt werden. Es ist vom Standpunkt des stillschweigenden consensus specialis durch Unterlassung eines Eingriffes aus nur konsequent, die Öffentlichkeit der Rechtsübung zu fordern, damit sie zur Kenntnis des Staates kommen könne<sup>(2)</sup>. Weil er aber sowohl Bildung einer gemeinsamen Überzeugung als auch Genehmigung durch den Staat fordert, so glaubt Schmid, daß sich Gewohnheitsrecht aus dem ersten Grunde nur in einer natürlichen Gemeinschaft bilden könne, die aus dem zweiten Grunde zugleich organisiert ist. In der Derogationsfrage wird der Satz von der lex posterior angewendet, mit der ausdrücklichen Begründung, „da das Gewohnheitsrecht ja die gleiche Quelle mit dem gesetzlichen hat“<sup>(3)</sup>. Sieht man von der halb naturrechtlich gefärbten Lehre vom gewillkürten Recht und Herkommen ab, so kann man sagen, daß hier eine ganz scharfe und präzise Formulierung einer Gewohnheitsrechtstheorie gegeben ist, die überhaupt noch innerhalb der staatlichen Rechtsordnung bleiben und rechtswidrige revolutionäre Änderungen außer Betracht lassen will. Besonders hervorzuheben werden muß auch das Bewußtsein, daß Voraussetzung des Satzes von der lex posterior die Einheit der Quelle ist.

Ganz auf dem Boden der Anerkennungstheorie steht naturgemäß der orthodoxe Hegelianer Adolf Lasson. „Das Recht ist seinem Begriffe nach der Wille des Staates, sofern derselbe sich in der Form allgemeiner Bestimmungen fürs Handeln ausdrückt. Es gibt daher nur eine eigentliche Rechtsquelle, nämlich eben den Willen des Staates und das Recht wird ohne alle Ausnahme oder Einschränkung daran erkannt, daß der Staat es anerkennt und mit seiner Macht durchsetzt“<sup>(4)</sup>. Während es so „für die Rechtsform nur eine einzige Quelle, den Staatswillen, gibt, entstammt der Inhalt der Rechtssätze teils der ausdrücklichen gesetzgebenden Tätigkeit des Staates, die er durch seine dazu ausdrücklich bestimmten Organe in der durchs Recht vorgeschriebenen Weise übt und das Recht erscheint dann in der Gestalt vom formulierten Gesetze; teils stammt dieser Inhalt aus anderen Quellen: der Gewohnheit, der Autonomie, dem Gerichtsgebrauch, der Autorität der Rechtsgelehrten“<sup>(5)</sup>.

1) A. a. O., S. 236.

2) A. a. O., S. 239.

3) A. a. O., S. 241.

4) System der Rechtsphilosophie, S. 412, 1882.

5) A. a. O., S. 413.

So sind die Rechtsquellen der historischen Schule wohl ungefähr erhalten geblieben, aber ihr gegenseitiges Verhältnis ist verschoben. Das Gewohnheitsrecht ist zum Stiefkind der Rechtsquellenlehre geworden, denn „es liegt etwas Unangemessenes darin, daß der Staat den Inhalt seines Willens gewissermaßen von außen empfängt und dabei an eine Art von Zufälligkeit des Beliebens und der Meinung der Vielen gebunden bleibt“<sup>1)</sup>. Zu diesem Inhalt der Gewohnheit kommt erst „die Rechtsform hinzu, indem der Staat das von ihr Bestimmte anerkennt und zur Verwirklichung des durch Gewohnheit erzeugten Inhaltes in der Beherrschung der Lebensverhältnisse seinen Arm leiht“<sup>1)</sup>. Es ist kein Zufall, daß der Hegelianer neben der Anerkennung ausdrücklich die Hilfe des Staates zur Verwirklichung des Rechts betont.

Eine gewisse Vergröberung hat diese Anerkennungstheorie erfahren, indem ihr rechtstheoretischer Charakter fast übersehen und sie zu einer rechtshaltlichen und damit von der positiven Regelung der Staatsform abhängig gemacht wurde. Es ist das rechte Spiegelbild der absolutistischen Zeitstimmung, wenn Max Seydel für Monarchie und Demokratie verschiedene Gewohnheitsrechtslehren fordert<sup>2)</sup> und später fürs bayrische Staatsrecht schreibt: „Der Herrscher ist es, der den durch Gewohnheit gebildeten Rechtssatz zum Gesetz erhebt, indem er ihn ausdrücklich anerkennt und ihm zwingende Kraft beilegt.“<sup>3)</sup>

Felix Herzfelder übernimmt vorbehaltlos diesen Gedanken und fügt als weiteres Argument noch hinzu: „In der Tat ist es unwiderleglich, daß der Herrscher das Gewohnheitsrecht nicht ‚aufheben‘, ausschließen könnte, wenn es nicht den Grund seiner Geltung in seinem Willen hätte!“<sup>4)</sup>, ein Gedanke, gegen den schon Puchta bemerkt hatte, das sei so, als ob ein Mensch die Ursache des anderen heißen könne, weil er ihn auch totschiagen kann.

Das schwierigste Problem für die Gestattungstheorie ist die Frage, ob Gewohnheitsrecht einem Gesetz zu derogieren vermag. Es war kein Zufall, daß gerade an diesem Punkt bei Kierulff eine Unklarheit auftauchte. Erst eine Form der Gestattungstheorie, die mit lauter speziellen, wenn auch stillschweigenden Genehmigungen des Gewohnheitsrechts operiert, vermag den Satz von der *lex posterior* gefahrlos anzuwenden. Eine bloß generelle Genehmigung birgt immer die von Reinhold Schmid klar erkannte Möglichkeit einer Abdankung des Staates vor den Kräften der freien gesellschaftlichen Rechtsbildung in sich und widerspricht damit den innersten Tendenzen gerade der Gestattungstheorie. Die Annahme lauter spezieller Genehmigungen wieder schien doch allzusehr

<sup>1)</sup> A. a. O., S. 418.

<sup>2)</sup> Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre, 1853.

<sup>3)</sup> Bayrisches Staatsrecht, II<sup>2</sup>, S. 310, 1896.

<sup>4)</sup> Gewalt und Recht. Eine Untersuchung über den Begriff des Gewaltverhältnisses. Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Rechts- und Staatslehre, S. 150, 1890.

den Tatsachen des Rechtslebens zu widersprechen. So ist es verständlich, daß der Versuch gemacht wurde, einen Weg zu finden, der auch unter der Annahme genereller Genehmigung die Verdrängung von Gesetz durch Gewohnheit jeweils auf den Willen des Staates zurückführen könnte. Das konnte freilich nur durch eine Fiktion oder durch die Zerstörung des Gewohnheitsrechtsgedankens überhaupt geschehen. Den ersten Weg geht Binding, den zweiten Laband.

Karl Binding geht wohl von speziell strafrechtlichen Interessen aus, seine Ergebnisse aber gewinnen allgemeinere Bedeutung. Er hat ein besonderes Interesse für das Problem des ungesetzten Rechtes, denn er glaubt, daß, besonders im Gebiete des Strafrechtes, die „Norm“ — das ist der Gebotsteil des Strafrechtssatzes — häufig unausgesprochen und nur aus dem „Strafgesetz“ — so nennt er den Sanktionsteil — zu erschließen ist. In allen diesen Fällen sei also die „Norm“ ungesetztes Recht<sup>1)</sup>. Genauer gesprochen: Der Rechtsgedanke ist hier nicht gesetzt, er wird aber von der Rechtsquelle durchs Strafgesetz approbiert, so daß der Rechtswille gesetzt ist<sup>2)</sup>. Diesem latenten Recht aber steht ein anderer Fall gegenüber, wo weder Rechtsgedanke noch Rechtswille von der Rechtsquelle ausgesprochen ist, wo aber doch die Privaten Geschäfte schließen und der Richter Urteile darüber fällt, indem er „kraft der ihm vom Gesetzgeber erteilten Vollmacht den vermuteten Willen der Rechtsquelle seinem Urteil zugrunde“ legt<sup>3)</sup>. Nun kann aber der Satz, der dieser Übung zugrunde liegt, „von der Rechtsquelle stillschweigend gebilligt werden und sie manifestiert diese Billigung durch Duldung der weiteren Anwendung des Satzes, dadurch, daß sie der Übung, obgleich sie ihr bekannt ist, nicht entgegentritt. Erst durch diese Approbation kann der Satz der Übung die gemeinverbindliche Kraft erhalten, die ihm weder die größte Zahl der an der Übung teilnehmenden Privaten noch die Richter zu geben vermöchten“<sup>3)</sup>. Gesetzliche Verbote des Gewohnheitsrechtes bedeuten dann einfach die Erklärung des Gesetzgebers, „er werde einer Übung die stillschweigende Approbation nie erteilen“, eine Erklärung, die er wieder durch Gesetz oder auch „durch ein Vorgehen im einzelnen Fall“ aufheben kann<sup>4)</sup>. Die Derogation eines Gewohnheitsrechtes gegenüber einem Gesetz aber vollzieht sich dadurch, daß der Richter, ähnlich wie er im früheren Fall, gleichsam zur Gewohnheit den Willen des Gesetzgebers hinzuvermutet hatte, nunmehr zur Vermutung kommt, daß hinter dem Gesetz der Wille des Gesetzgebers nicht mehr stehe, und freispricht. „Findet er Nachfolger und wendet mit der Zeit die Praxis einmütig dem toten Gesetzesbuchstaben den Rücken, ohne daß der Gesetzgeber widerspricht, so ist jetzt dessen Rücktrittswille, der vielleicht vor dem ersten abweichenden Urteil schon bestand, aber noch unerklärt war, zur nötigen

1) Handbuch des Strafrechts, I (Bindings Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, 7. Abteilung, I. Teil, 1. Bd.), S. 201, 1885.

2) A. a. O., S. 199.

3) A. a. O., S. 202.

4) A. a. O., S. 204.

Erklärung gekommen und das Strafgesetz muß als abgeschafft betrachtet werden.“<sup>1)</sup> So hat Binding den Widerstreit zwischen Gesetzgeberwille und Gewohnheitsrecht dadurch aus der Welt geschafft, daß er den ersteren durch seine Fiktion dem letzteren gefügig machte.

Paul Laband geht umgekehrt vor. Axiomatisch stellt er an die Spitze der Erörterung den Satz: „Aus dem Begriffe des Gesetzes folgt, daß im Prinzip dem Gewohnheitsrecht derogatorische Kraft nicht zukommt. Solange der Staat seinen Befehl, daß ein gewisser Rechtssatz gelten soll, aufrecht erhält, können Untertanen und Behörden diesen Befehl nicht unbeachtet lassen und noch weniger ihn durch Nichtbefolgung aufheben.“<sup>2)</sup> Setzt sich trotzdem eine entgegenstehende Gewohnheit durch, so ist das nur ein Zeichen dafür, daß sich die Voraussetzungen des staatlichen Gesetzesbefehls geändert haben, mit den früheren Voraussetzungen aber ist auch der Gesetzesbefehl weggefallen, während er für die neuen „überhaupt niemals vorhanden war und deshalb auch nicht aufgehoben zu werden braucht. Die sogenannte derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts reduziert sich daher auf eine Interpretation des Gesetzes und auf die Regel, daß das Gesetz auf solche Fälle nicht anzuwenden ist, auf welche es selbst nicht angewendet werden will“<sup>3)</sup>. Eine Art Beispielsammlung für solche Fälle auf dem Gebiete des Staatsrechts gab Laband selbst in seinen „Wandlungen der deutschen Reichsverfassung“ (1895).

Bruno Schmidt geht von öffentlichrechtlichen Betrachtungen aus. Wohl stellt er „den allgemeinen Satz an die Spitze, daß objektives Recht der Inbegriff der von einem willensfähigen Verband an seine Mitglieder gerichteten Verhaltensvorschriften ist“<sup>4)</sup>. Dann aber geht er merkwürdig bedenkenlos von diesem theoretischen Ausgangspunkt zu einer reinen Zweckmäßigkeitüberlegung über. Daraus, daß das „Heil der Gesellschaft, die *salus publica* . . . objektiv der Zweck der Tätigkeit aller Organe“<sup>5)</sup> ist, schließt er, „daß der Eintritt besonderer, von der allgemeinen Norm nicht vorhergesehener Verhältnisse auch eine regelwidrige Aktion der staatlichen Unterbehörden erlaubt, bzw. selbst gebietet“<sup>6)</sup>.

Er sieht klar, daß ein solches Vorgehen rechtswidrig ist<sup>7)</sup>. Was soll dann aber juristisch sein „Gebotensein“ bedeuten? Offenbar gar nichts; es kann sich nur um eine unter Umständen freilich zuzugebende moralische Verpflichtung handeln. Das Organ hat dabei ein gefährliches Spiel gespielt, denn der Staat kann es ohne weiteres desavouieren und wegen seiner Rechtsverletzung zur Verantwortung ziehen. Es kann aber auch vorkommen, daß das unterbleibt. Zunächst einmal, weil vielleicht eine

<sup>1)</sup> A. a. O., S. 210.

<sup>2)</sup> Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, II<sup>4</sup>, S. 69, 1901.

<sup>3)</sup> A. a. O., S. 70.

<sup>4)</sup> Das Gewohnheitsrecht als Form des Gemeinwillens, S. 2, 1899.

<sup>5)</sup> A. a. O., S. 17.

<sup>6)</sup> A. a. O., S. 21.

<sup>7)</sup> A. a. O., S. 18.

Ausnahme gemacht wird, dann vielleicht öfter. „Hat dieses Verhalten längere Zeit hindurch sich faktisch behaupten können, so ist das ein Beweis dafür, daß es im Einklang mit den derzeitigen Bedürfnissen des Gemeinschaftslebens steht und deshalb von der im Staate zur Willensfähigkeit organisierten Gemeinschaft selber stillschweigend anbefohlen ist; es bildet sich in den betreffenden Organen die wohlbegründete Überzeugung, daß sie mit der Handlungsweise einem Befehl der letzteren gehorchen und damit ist die Verwandlung der bloßen Tatsache zum Recht vollzogen, das psychologische Phänomen der *opinio necessitatis* aus der Beobachtung der faktisch gegebenen Verhältnisse heraus und in Anlehnung an sie entstanden.“<sup>1)</sup> Es ist bemerkenswert, daß hier die sonst als Erfordernis des Gewohnheitsrechts angesehene *opinio necessitatis* erst nachträglich als Folge, nicht als Bedingung der einzelnen Gewohnheitsrechtsfälle entstehen soll. In ganz analoger Weise soll auch in der privatrechtlichen Sphäre Nichteingreifen des Staates in eine in Ausbildung begriffene Gewohnheit eine staatliche Genehmigung bedeuten.

Doch scheint Schmidt die positive Beantwortung der Frage, „ob und eventuell warum auch eine Unterlassung kausal zu wirken vermag“<sup>2)</sup>, doch nicht gesichert genug, und er sucht nach positiven Ursachen<sup>3)</sup>. Es ist überaus bezeichnend, wie hier die ganze Frage in naturwissenschaftlich-kausalem Geiste behandelt wird, wenngleich auch noch die volle Sicherheit in der Anwendung dieser Methode fehlt. Positiv als „Ursache“ des Gewohnheitsrechts könnte der Staat aufgefaßt werden, „wenn er gesetzlich die zur Entstehung desselben erforderliche und ausreichende Bedingung genau fixiert hat... Dann ist das Verhältnis so zu denken, daß er im voraus die Befolgung einer Regel vorschreibt, die sachlich erst später und nicht von ihm selber bestimmt wird, d. h. er erläßt für sich nur den Rechtsbefehl, während die Ausfüllung desselben mit dem entsprechenden Inhalt von ihm seinen Bürgern überlassen wird. Dabei ist es klar, daß er, obwohl ein bloßes Blankettgesetz erlassend, doch jedenfalls seinerseits die Regel mit verbindender Kraft ausstattet, ihr das verleiht, was sie überhaupt erst zur Rechtsregel macht.“<sup>4)</sup> Hier ist mit voller Klarheit das Delegationsverhältnis erfaßt und wir erkennen darin den noch unvollkommeneren Gedanken Reinhold Schmidts vom abgeleiteten Gewohnheitsrecht wieder.<sup>5)</sup> Diese Ableitung kann auch durch konkludente Handlungen stillschweigend erfolgen.

Äußert sich aber der Staat gar nicht (weder ausdrücklich noch stillschweigend) über das Gewohnheitsrecht oder verbietet er es gar, so kann er sich „doch gegebenenfalls gegen die Macht der Tatsachen nicht behaupten“<sup>6)</sup>. Dann nimmt auch der einzelne Richter, vor den ein solcher Fall kommt, nicht mehr an, daß der das Gewohnheitsrecht ausschließende Staatswille noch bestehe, sondern daß der Staat „mit der früher verbotenen Anwendung gewohnheitsrechtlicher Sätze einverstanden sein werde und

1) A. a. O., S. 29.

3) A. a. O., S. 34.

5) Vgl. oben S. 47.

2) A. a. O., S. 31.

4) A. a. O., S. 34.

6) A. a. O., S. 36.

erkennt deshalb auf Grund und in Gemäßheit dieses präsumptiven Staatswillens<sup>1)</sup>. Und nun wiederholt sich das frühere Spiel vom unerlaubten Organhandeln. Schon vor dem ersten Richterurteil wird man ein Gewohnheitsrecht anzunehmen haben, wenn auch „eventuelle staatliche Realisierung des Gewohnheitsrechts“<sup>2)</sup> anzunehmen ist. „Vorher läßt sich als allgemeine Regel nur soviel behaupten, daß ein faktisch geübter Satz dann juristisch gilt, wenn der korrekt denkende Beobachter ihn der ganzen Sachlage nach als den Intentionen der Gemeinschaft konform annehmen wird und sich in dieser seiner Vermutung nicht getäuscht hat.“<sup>3)</sup> Das ist nur eine überflüssige psychologische Umschreibung für die schlichte Behauptung, ein Rechtssatz gelte, wenn er den Intentionen der Gemeinschaft konform ist. Genau so könnte man ja auch sagen „(4 · 5 = 20) gilt, wenn ein korrekt Urteilender es als den mathematischen Gesetzen gemäß annimmt und sich darin nicht getäuscht hat“. Denn wenn er sich darin nicht getäuscht hat, so heißt das eben „(4 · 5 = 20) ist den mathematischen Gesetzen gemäß“.

Zu beachten ist einmal, daß an Stelle des Staatswillens die Intentionen der Gemeinschaft getreten sind, also an Stelle eines juristisch Faßbaren — etwa der Legislative, deren Eingreifen von Schmidt ausdrücklich abgelehnt wird<sup>4)</sup> — etwas Soziologisches. Ferner, daß sich auch sonst das ganze Gebäude als eine Art Gestattungstheorie im status evanescens darstellt. Aus dem positiven Befehl des Staates ist die negative Duldung geworden und selbst die kann durch die Macht der Tatsachen erzwungen werden. Die Theorie stellt somit einen ausgesprochenen Übergang zur Faktizitätstheorie dar<sup>5)</sup>.

An dieser Stelle mag auch Gmür erwähnt werden. Führt er doch theoretisch zwar „die Verbindlichkeit der in Gewohnheit und Übung liegenden Regeln, also ihre Erhebung zu Rechtssätzen“ auf ihre „Anerkennung durchs Gesetz“ zurück<sup>6)</sup>, erklärt aber andererseits die Frage, „ob sich noch usuelles, d. h. die Gesetzesvorschriften bindend Erläuterndes oder sogar derogierendes Gewohnheitsrecht (bzw. Gewohnheit) bilden kann, als eine Macht- und nicht eine Rechtsfrage“<sup>7)</sup>. Erwähnenswert ist auch die Bedeutung, die er der richterlichen Feststellung für die Gestaltung des Gewohnheitsrechts zuweist<sup>8)</sup>.

Bevor wir aber uns endgültig den Faktizitätstheorien zuwenden, seien noch zwei Autoren erwähnt, deren Äußerungen zwar auch noch in der Richtung der Gestattungstheorien liegen, die dahinter aber noch eine tiefer gehende, bisher nur da und dort angeklungene, rechtstheoretische

1) A. a. O., S. 39.

2) A. a. O., S. 47.

3) A. a. O., S. 48.

4) A. a. O., S. 55f.

5) Schmidt selbst betrachtet sie als ein Verbindungsglied zur Theorie der historischen Schule; insoweit mit Recht, als in deren Theorie selbst ungeläuterte faktische Elemente enthalten waren.

6) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, I<sup>2</sup>, S. 44, 1919.

7) A. a. O., S. 46.

8) A. a. O., S. 45.

Auffassung erkennen lassen. Es ist der klar gefaßte Gedanke des Einheitsbezuges der Rechtsordnung durch den Staat, den wir schon hin und wieder auftauchen sahen, der aber eine klare Prägung erst in neuerer Zeit gefunden hat.

Im Zusammenhang mit unserem Thema zeigt sich das z. B. bei Nawiasky. Die Anerkennung eines vom Staat unabhängigen Gewohnheitsrechtes würde einen unerträglichen Rechtsdualismus schaffen. „Rechtssätze...“, die auf verschiedene Autoritäten zurückgehen, können unmöglich einem Rechtssystem angehören. Sie haben vielmehr systematisch nichts miteinander gemein; sie ergänzen sich weder, noch schließen sie einander aus, sie stehen überhaupt in gar keiner Berührung. Soll daher das Gewohnheitsrecht wirklich Recht im staatlichen Sinne sein, so muß es irgendwie mit der Autorität des Staates in Beziehung gesetzt werden, und das kann wieder in keiner anderen Form geschehen, als in der der Ermächtigung, Verweisung, Zulassung zur Ausfüllung eines Blankettrechtssatzes... Soll daher Gewohnheitsrecht tatsächlich gelten, so muß eine solche Norm nachgewiesen werden können, sei es als ausdrückliches Gesetzesgebot, sei es als stillschweigende aus anderen Bestimmungen zu erschießende Voraussetzung.“<sup>1)</sup> Daß diese Norm als staatliche Norm gedacht ist, geht nicht nur aus diesem Zusammenhang hervor, sondern auch aus einer früheren Stelle, wo die Parallelisierung der Theorie vom Gewohnheitsrecht und von der gelungenen Revolution abgelehnt wird. Es ist also die staatliche Rechtsordnung gemeint, wenn es heißt: „Ein Gewohnheitsrechtssatz ist... ein Rechtssatz nur um des willen, weil die Rechtsordnung — gleichgültig ob ausdrücklich oder implicite — bestimmt, daß ein Rechtssatz auf diese Weise entstehen kann. Die tatsächlichen Vorgänge sind niemals als solche Quelle der Rechtsbildung, sondern einfach Erfüllung der Voraussetzungen, an die die Rechtsordnung die Rechtsbildung knüpft.“<sup>2)</sup> Alle Gestattungstheoretiker haben eine gewisse Abneigung gegen das Gewohnheitsrecht. Bei Nawiasky steigert sie sich (ähnlich wie schon bei Laband) zu seiner völligen Leugnung: „Das sogenannte Gewohnheitsrecht kann nach den heutigen Verfassungen überhaupt gar nicht mehr als Rechtsquelle im strengen Sinne angesehen werden, es stellt vielmehr, soweit es nach Zulassen des positiven Rechtes überhaupt in Frage kommt, eine außerrechtliche Beurteilungsnorm, wie z. B. die Natur der Sache, die Verkehrssitte u. dgl. dar.“<sup>3)</sup>

Walter Jellinek betrachtet das, was Nawiasky, der auch auf ihn verweist, als Tatsache behauptet, nur als Möglichkeit<sup>4)</sup>. Im übrigen glaubt er, daß es Gewohnheitsrecht noch gibt auf Grund eines „Macht

1) Bayrisches Verfassungsrecht, S. 341, 1923.

2) A. a. O., S. 20.

3) A. a. O., S. 342.

4) Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, S. 92, 1913.

verleihenden Rechtssatzes“. „Der Macht verleihende Rechtssatz geht aber nicht von einem der zahlreichen Gesetzgeber aus; denn der hätte keine größere Macht, als das Gewohnheitsrecht selbst; sondern der Staat ist seine unmittelbare Rechtsquelle; der Staat verweist aufs Gewohnheitsrecht ebenso unmittelbar, wie aufs Gesetzesrecht.“<sup>1)</sup>

Will man diese noch unbestimmte Ausdrucksweise bestimmter machen, so wird man die Norm angeben müssen, die aufs Gesetz und eventuell auch aufs Gewohnheitsrecht verweist. Das ist die Verfassung. Da aber auch sie gewohnheitsrechtlichen Änderungen unterliegt, müssen wir im Stufenbau der Rechtssätze noch weiter hinaufgehen und kommen so wohl schließlich zum Rechtssatz, den Walter Jellinek als den „obersten Satz aller Rechtsordnungen“<sup>2)</sup> bezeichnet, ohne ihn in diesem Zusammenhang heranzuziehen. „Angenommen, es gäbe nur befehlende Rechtssätze, so sagt er ganz allgemein: ‚wenn in einem menschlichen Gemeinwesen ein höchster Gewalthaber (sei es das Volk, sei es der Monarch, sei es eine besondere Gesellschaftsklasse usw.) vorhanden ist, so soll das, was er anordnet, befolgt werden‘. Der Satz hat die gleiche Unverbrüchlichkeit, wie das Naturgesetz; wie dieses ist er unabhängig von der Wirklichkeit; die Wirklichkeiten sind nur Anwendungsfälle des allgemeinen Satzes; Revolutionen, Staatsbildungen, Staatsvernichtungen, Verfassungsgesetze u. dgl. sind Tatbestände, an die der höchste Rechtssatz Wirkungen anknüpft“<sup>3)</sup>.

Es sei nochmals ausdrücklich darauf hingewiesen, daß W. Jellinek diese Überlegungen selbst nicht macht. Sie sollten nur zeigen, wie eine konsequente Verfolgung der Gestattungstheorie schließlich über sie selbst hinausführen muß. Sie sollte ursprünglich, ausgegangen von Hegelscher Staatsvergötterung, alles Recht aus dem Staat und seiner Gestattung ableiten. Konsequent fortgebildet aber treibt sie aus sich selbst die Frage hervor, woher die staatliche Rechtsordnung selbst abgeleitet ist und mediatisiert so schließlich nicht nur das Gewohnheitsrecht, sondern den Staat selbst, mediatisiert sie freilich unter einer letzten Norm, die selbst wie ein Faktum hinzunehmen ist. Wer Freude an geschichtsphilosophischen Anmutungen hat, mag darin selber wieder einen Fall dialektischer Entwicklung erblicken.

#### Die Faktizitätstheorien.

Die historische Schule hatte das Gewohnheitsrecht über das Gesetz gestellt, ja das letztere gleichsam als einen Spezialfall des ersteren aufgefaßt. Die Gestattungstheorie hatte das Gewohnheitsrecht aus dem Gesetz abgeleitet und ihm damit untergeordnet. Die prinzipielle Gleichstellung ist in diesem Punkte für die Faktizitätstheorie bezeichnend.

Durch dieses Merkmal gehört die Gewohnheitsrechtslehre von Ernst Meier hierher, obwohl sie im übrigen noch manchen Zusammenhang

<sup>1)</sup> A. a. O., S. 175.

<sup>2)</sup> A. a. O., S. 27.

<sup>3)</sup> A. a. O., S. 28.

mit der Gestattungstheorie zeigt. E. Meier untersucht ganz allgemein die Rechtsbildung in Hinsicht ihres Subjektes, ihres Inhaltes und ihrer Form und ist der Meinung, „daß es eine eigene Theorie des Gewohnheitsrechts gar nicht gibt, daß vielmehr alle Rechtsbildung bis zu dem Augenblick, wo sie entweder als Gesetz oder als Gewohnheit sich manifestiert durchaus denselben Grundsätzen unterliegt und daß daher der ganze Unterschied zwischen Gesetz und Gewohnheit in der Tat nur auf die Form sich bezieht“<sup>1)</sup>. Das wird von ihm, was das Subjekt betrifft, dahin gedeutet, „daß eine Rechtsbildung auf dem Weg der Gewohnheit nur da möglich ist, wo auch von denselben Organen aus eine Rechtsbildung in der Form des Gesetzes stattfinden könnte“<sup>1)</sup>. Man wird in dieser Einschränkung ein Restelement der Gestattungstheorie erkennen, die die Neigung hatte, auch das Gewohnheitsrecht *sub specie legis* zu betrachten. Das analoge Prinzip hinsichtlich des Inhaltes ist nicht als Einschränkung des Gewohnheitsrechts, sondern eher als seine relative Befreiung gedacht, Befreiung von den vielerlei Erfordernissen der Rationabilität, die man wohl für Bildung von Gewohnheitsrecht, nicht aber für die Gesetzgebung aufgestellt hatte. Nach Meier soll das Gewohnheitsrecht, das „auf den höchsten Träger der Rechtsbildung zurückgeführt werden muß“<sup>2)</sup>, inhaltlich völlig unbeschränkt sein, während in untergeordneten Rechtskreisen allerdings die Gewohnheit, aber ganz ebenso auch die Gesetzgebung inhaltlichen Beschränkungen von Seite der übergeordneten Rechtsquelle unterliegt. Das Charakteristische des Gewohnheitsrechts ist einzig und allein seine „formlose Entstehung“<sup>3)</sup>. Es handelt sich nur darum, „ob ein rechtsbildender Wille auf diesem Wege zu einem Ausdruck gebracht sei, ob also die Lebensverhältnisse ganz ohne weitere Formulierung sich der Herrschaft desselben unterworfen haben“<sup>4)</sup>. Diese relativ unbefangene Behandlung des Gewohnheitsrechts kann freilich nicht verhindern, daß Meiers Wertschätzung des Gesetzes weit höher ist als die der Gewohnheit. Von einer Genehmigung des Gewohnheitsrechts durch die Gesetzgebung ist aber nicht mehr die Rede.

Die eigentlichen Faktizitätstheorien werden eingeleitet durch Wilhelm Lüders. Grundlegend ist seine Scheidung von Recht und Faktum. „Die durch Zwang an den Lebensverhältnissen durchzuführende notwendige Ordnung wird als Recht im Gegensatz zum Faktum bezeichnet.“<sup>5)</sup> „Faktum sind die unendlich mannigfaltigen ökonomischen Interessen, die geistigen Anschauungen, die gemütlichen Affekte des Menschen und die aus allen mit Naturnotwendigkeit entspringende Tätigkeit des Menschen, sowie die Gesetze, nach welchen diese sich regelt.“<sup>6)</sup> „Für die gesetzgebende Gewalt wird die Scheidung zwischen Recht und Faktum insbesondere wichtig. Hier ist das gesetzgebende Organ, seine rechtliche

<sup>1)</sup> Die Rechtsbildung in Staat und Kirche, S. 28, 1861.

<sup>2)</sup> A. a. O., S. 29.

<sup>3)</sup> A. a. O., S. 28.

<sup>4)</sup> A. a. O., S. 32.

<sup>5)</sup> Das Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete der Verwaltung, S. 33, 1863.

<sup>6)</sup> A. a. O., S. 34.

Struktur, die Formen, in welchen seine Tätigkeit sich äußern muß, scharf zu trennen von dieser Tätigkeit selbst, welche sowohl nach ihren Beweggründen als nach ihrer weiteren Entwicklung bis dahin, wo als Resultat der Rechtssatz erscheint, lediglich faktischer Natur ist.“<sup>1)</sup> Das ist ein Satz, wie er auch von der modernsten Rechtstheorie nicht besser geprägt werden könnte. Von dieser Position aus wird der eigentliche positivistische Hauptschlag gegen die historische Schule geführt. Daß der Volksgeist ein „erdachtes Subjekt“, eine unberechtigte Hypostasierung ist, das hatten andere auch schon gelehrt. Lüders weist mit überraschend nüchternem Blick auch die tatsächlichen Elemente, die zum Volksgeist hypostasiert wurden, aus dem Gebiete des Rechts hinaus. „Nach unserer Ansicht gehören die nationalen Rechtsüberzeugungen lediglich zu den faktischen Einflüssen, welche die Tätigkeit der Einzelnen neben anderen sehr wichtigen Momenten bestimmen.“<sup>2)</sup>

Und bei dieser streng juristischen Einstellung doch ein von jedem Formalismus freier Blick für das wirkliche Rechtsleben, für das so manchen Juristen etwas verdächtige Phänomen des Gewohnheitsrechts. „Positive Rechtsbestimmungen sind nach dem in Deutschland geltenden Recht nicht allein aus den Akten der gesetzgebenden Gewalt, sondern auch aus den Handlungen einzelner zu erkennen. Wo ist hier das Organ, welches das Bedürfnis nach einem neuen Rechtssatz befriedigt? Die sinnlich unmittelbare Anschauung bezeichnet uns als solches Organ nur die Einzelnen. Diese äußerst einfache Tatsache des wirklichen Lebens hat man bisher übersehen und statt dessen nach einem erdachten Subjekt der Rechtsüberzeugung gegriffen. Der Rechtssatz muß, wenn er als solcher gelten soll, durch die Handlungen der Einzelnen vermittelt sein. Auf diese beiden, gewiß sehr einfachen prinzipiellen Sätze reduziert sich die ganze juristische Theorie des Gewohnheitsrechts; die übrigen wenigen Rechtssätze, welche diesen Gegenstand betreffen, lassen sich daraus ohne Umschweife ableiten. Man hat an die so kunstlose rechtliche Struktur dieses selbständigen rechtschaffenden Organs noch die Einwilligung des Staatsoberhauptes anschließen wollen; wogegen die historische Schule, wenn auch mit falscher Begründung, so doch im Resultat richtig sich verwahrt hat.“<sup>3)</sup>

Alles andere gehört ins Gebiet des rein Faktischen: die verschiedenen auf die Rechtsbildung einwirkenden Lebensbedürfnisse und sonstigen — etwa politischen — Einflüsse; lokale und nationale Eigenheiten des Volkes; besondere juristische Fachbildung rechtsbildender Organe als angebliche Grundlage eines Juristenrechts; ferner die Frage, ob Rechtsüberzeugung der Gewohnheit vorhergehe oder ihr folge<sup>4)</sup>. Ja es ist überhaupt belanglos, ob die das Gewohnheitsrecht begründenden Handlungen von einer Rechtsüberzeugung begleitet werden, denn die Handlungen sind „das notwendige und einzige Mittel“<sup>5)</sup> der Bildung von Gewohn-

1) A. a. O., S. 35.

2) A. a. O., S. 39.

3) A. a. O., S. 36.

4) A. a. O., S. 36f. und 48f.

5) A. a. O., S. 52.

heitsrecht. Mit der Volksgeistlehre ist aber auch die Anschauung über Bord geworfen, daß sich Gewohnheitsrecht überwiegend nur in primitiven Zeiten prälogischen Denkens bilde. Nichts steht im Wege, daß das auch noch heute und auf rationalem Wege geschehe. Ob es freilich der Fall ist, ist Tatsachenfrage<sup>1)</sup>. Ähnliches ist von der Frage zu sagen, ob die Bildung von Gewohnheitsrecht von der Genehmigung des Gesetzgebers abhängig ist; das kann, muß aber nicht der Fall sein und wird einfach durch den positiven Rechtsinhalt entschieden. Aber wenn es auch der Fall ist, so „könnte ein solches Gesetz selbst wieder durch Gewohnheit beseitigt werden“<sup>2)</sup>. Die Beschränkung auf Staatsmitglieder als Träger von Gewohnheitsrecht wird grundsätzlich wohl festgehalten, praktisch aber eigentlich fallen gelassen durch die weitgehende Ausnahme: „Die Forensen gehören unserem Staat mit ihrer Wirksamkeit regelmäßig nicht an. Soweit dies aber der Fall ist. . . ., können auch die Handlungen von Personen, welche unserem Staate nicht angehören, relevant werden.“<sup>3)</sup> Daß das nur im Handelsrecht oder im Fremdenrecht der Fall sei, wie die Beispiele anzudeuten scheinen, ist nicht einsichtig.

Lüders liefert vielleicht das schönste Beispiel einer streng positivistischen Auffassung, die nur mit dem juristischen Betrachtung zugänglichen Material unter Hinweglassung aller soziologischen und psychologischen Gesichtspunkte arbeitet. In der sauberen Scheidung von Recht und Faktum steht er bis in die neueste Zeit herein unübertroffen da.

Auf ähnlichem Standpunkte steht Levin Goldschmidt, der unter dem Titel der „Usance“ vorwiegend Handelsgewohnheitsrecht behandelt. Er fordert „Übung eines Rechtssatzes, und zwar in doppelter Beziehung. Es muß der Inhalt der Übung ein Rechtssatz und es muß die Übung als Übung eines Rechtssatzes gewollt sein, also der in der Überzeugung hervortretende Rechtssatz als ein bestehender geübt sein.“<sup>4)</sup> Trifft das nicht zu, so handelt es sich nicht um Handelsgewohnheitsrecht, sondern um usance im weiteren Sinne (englisch usage im Gegensatz zu custom). Das Erfordernis der Rationabilität ist bei ihm gleichsam im Übergangszustand vom Naturrecht zum positiven Recht anzutreffen. Es „bestimmt sich diese Geltungsschranke nicht nach dem individuellen Ermessen des Richters, sondern nach objektiven sittlichen Maximen und staatlichen Grundeinrichtungen“<sup>5)</sup>. In der Wirksamkeit stellt er Gewohnheits- und Gesetzesrecht einander völlig gleich, nur partikuläres Gewohnheitsrecht vermag nicht gegen allgemeines Gesetzesrecht aufzukommen<sup>6)</sup>, was aber natürlich keine Besonderheit des Gewohnheitsrechts ist.

Fridolin Eisele führt aus, „daß der Gesetzgeber keine Macht habe, über die Natur der Rechtsquellen und deren Verhältnisse zueinander

1) A. a. O., S. 46.

2) A. a. O., S. 49f.

3) A. a. O., S. 40.

4) Handbuch des Handelsrechts, I<sup>2</sup>, § 35, S. 316ff., bes. 329, 1875.

5) A. a. O., S. 337.

6) A. a. O., S. 338.

Bestimmungen zu treffen, daß insbesondere, wenn der Gewohnheit derogatorische Kraft gegenüber Gesetzesrecht zukomme, keine das Gegenteil verordnende Gesetzesbestimmung imstande sei, daran rechtlich etwas zu ändern<sup>1)</sup>. Das ist nur dann richtig, wenn die derogatorische Kraft der Gewohnheit höher ist als die Kraft eines Gesetzes beliebig hoher Stufe. Somit ist in diesen Sätzen implicite behauptet, daß derogatorisches Gewohnheitsrecht Rechtskraft höchster Stufe habe. Sicher ist diese Konsequenz Eisele nicht zu vollem Bewußtsein gekommen, wenn er auch zu einem ähnlichen, obwohl nicht entfernt so scharf gefaßten Gedanken neigt, was seine folgenden Ausführungen zeigen, in denen er alle Einwendungen gegen die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts als unzulänglich abweist. Es ist interessant, daß man hier wieder auf einen Punkt stößt, wo man gleichsam mit Gewalt auf den „obersten Satz aller Rechtsordnungen“ W. Jellineks<sup>2)</sup> geführt wird.

In dieselbe Richtung weisen die Ausführungen von Gustav Seidler. „Wenn die tatsächliche Rechtsanwendung von Untertanen und Behörden übereinstimmend das dem Volksbewußtsein Widerstreitende fallen läßt und seit Menschengedenken konstant eine abweichende entsprechende Übung an seine Stelle gesetzt hat“, dann ist die Erklärung „einfach die, daß es sich bei dem ganzen Vorgang um nichts anderes handelt als um Rechtsbruch mit nachfolgender Bildung von entgegengesetztem Gewohnheitsrecht, also gewissermaßen eine Revolution milder Form im kleinen Rahmen der Gestaltung einzelner Rechtssätze“<sup>3)</sup>. Im Falle der Revolution ist man aber wieder vor jenen obersten Rechtssatz gestellt. Es ist dieser entscheidenden Äußerung gegenüber nicht von Bedeutung, daß Seidler an früherer Stelle inkonsequent erklärt: „Die staatliche Anerkennung ist ein wesentliches Merkmal allen Rechts und daher auch des Gewohnheitsrechts.“<sup>4)</sup> Er wehrt sich zwar dagegen, daß das im Sinne der Gestattungstheorie ausgelegt werde, aber es ist doch wohl auch zuviel verlangt, „daß die einzelnen Akte, deren Übung die Bildung der Gewohnheit bewirkt, vom Staate als rechtmäßig anerkannt sind“<sup>4)</sup>, denn das würde im Falle des derogatorischen Gewohnheitsrechts nicht weniger bedeuten, als daß der Staat die „Revolution“ als „rechtmäßig anerkennen“ solle.

Eine neue Wendung erhält die Faktizitätstheorie bei Ernst Zitelmann dadurch, daß er auf ein besonderes Faktum abstellt, auf psychologische Grundlagen. In seinem Aufsatz über „Gewohnheitsrecht und Irrtum“<sup>5)</sup> gibt er, von einigen widersprechenden Reichsgerichtsentschei-

1) „Unverbindlicher Gesetzesinhalt“ im Archiv für die zivilistische Praxis, 69. Bd., S. 297, 1885.

2) Vgl. oben S. 54.

3) Zur Lehre vom Gewohnheitsrecht auf dem Gebiet des österreichischen Staats- und Verwaltungsrechts, S. 27, 1898.

4) A. a. O., S. 22.

5) Archiv für die zivilistische Praxis, 66. Bd., S. 323ff., 1883.

dungen ausgehend, eine überaus ausführliche Übersicht über die zu seiner Zeit herrschenden Gewohnheitsrechtstheorien. Soweit es auf Stoffsammlung ankommt, ist diese Darstellung wohl bis heute unübertroffen. Sein Spezialproblem kümmert uns hier nicht in erster Linie, tatsächlich aber legt er seiner Behandlung eine ganze Theorie des Gewohnheitsrechts zugrunde, mit der wir uns nunmehr zu befassen haben.

Die Frage, „wie soll man erkennen, was Gewohnheitsrecht ist“, läßt sich nicht induktiv beantworten, weil das dafür benötigte Induktionsmaterial nicht gesichert ist<sup>1)</sup>. So muß man nach den Erfordernissen des Gewohnheitsrechts fragen und diese Erfordernisse müssen, weil sich Gewohnheits- und Gesetzesrecht nur in der Entstehung unterscheiden, genauer gesprochen seine Entstehungserfordernisse sein. Diese Erfordernisse seien aber gerade streitig und, um sie nicht aufzuzählen, „als wären sie vom Himmel heruntergefallen“, brachte man die ganze Frage in Verbindung „mit der höheren Frage nach dem ‚Grund der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechts‘, wie man gemeinhin zwar verständlich, aber nicht korrekt sagt“<sup>2)</sup>. Nicht korrekt deswegen, weil mit der Bezeichnung als Gewohnheitsrecht auch schon die verbindende Kraft bejaht ist, denn es ist eine allgemeine Eigenschaft des Rechts, zu binden. „Die Frage lautet also jedenfalls korrekter so: Warum ist das sogenannte Gewohnheitsrecht wirklich Recht? Das heißt entweder, welches ist der Grund, warum ein Satz, der die für die Entstehung des Gewohnheitsrechts als nötig aufgestellten Erfordernisse hat, bindet? Oder, warum entsteht aus jenen Erfordernissen Recht?“<sup>3)</sup> In bezeichnend naturalistischer Weise heißt es dann: „Wenn das Gewohnheitsrecht aus bestimmten Erfordernissen entsteht, so sind diese Erfordernisse in ihrer Gesamtheit Ursache<sup>4)</sup> der Entstehung des Gewohnheitsrechts; und auf die Frage: Warum wird dieser Satz Recht? kann man nur die Antwort geben: Weil die Ursache, d. h. die Summe der Erfordernisse eines Gewohnheitsrechtssatzes vorhanden ist.“<sup>3)</sup> Mit der Aufzählung aller Erfordernisse wäre man aber offenbar dem Sinne der Frage noch immer nicht gerecht geworden. Vielmehr muß dieses „von dem eingenommenen Standpunkt aus als der richtige Weg gelten: Die Erfordernisse des Gewohnheitsrechts sind nur abzuleiten aus dem sogenannten Grund seiner bindenden Kraft, welcher das Prius jener Erfordernisse ist“<sup>5)</sup>.

Es ist bezeichnend für die methodologische Sorgfalt Zitelmanns, daß er auch dieser Fragestellung gegenüber noch bemängelt, der in ihr verwendete Begriff des Bindens sei offenbar so weit, daß ihm nicht nur Du-sollst-Gesetze, sondern auch Du-darfst-Gesetze unterfallen müssen. Damit aber reduziert sie sich auf die Formulierung: „Warum gelten gewisse Sätze als Rechtssätze? Oder: Welches ist der Grund ihrer rechtlichen Geltung?“<sup>6)</sup> Und auch dazu wird wieder die Vorfrage gestellt: „Was meinen wir, wenn wir von einem Rechtssatz aussagen, er ‚gelte‘?“<sup>6)</sup>

1) A. a. O., S. 355.

3) A. a. O., S. 357.

5) A. a. O., S. 359.

2) A. a. O., S. 356f.

4) Von mir gesperrt.

6) A. a. O., S. 447.

Zitelmann meint nun, daß der Begriff „gelten“ einer sei, der weit übers Rechtsgebiet hinausreicht, sich nicht nur auf Rechtssätze, sondern auf Sätze überhaupt beziehe. Man sage von einem Satz, er gelte, wenn ihm nicht nur Wahrheit, sondern auch Allgemeinheit und Notwendigkeit zukommt. Das aber sei nur bei hypothetischen Urteilen der Fall. Ein solcher Satz „kann sich . . . überhaupt mit einem oder vielen bestimmten konkreten Seienden gar nicht decken, denn er sagt über ein bestimmtes konkretes Seiendes gar nichts aus; er konstatiert vielmehr nur eine Beziehung zwischen zwei Größen, während die empirische Existenz von keiner dieser beiden Größen behauptet wird“<sup>1)</sup>. Dieses eigentümliche Verhältnis findet Zitelmann vor bei Naturgesetzen, Seinsgesetzen (so nennt er zum Beispiel die mathematischen Gesetze) und Sittengesetzen. Man könnte in der Sprache der heutigen Logik sagen: Zitelmann sieht das Grundverhältnis des Geltens in der Implikationsbeziehung<sup>2)</sup>. In merkwürdiger Blindheit gegen den Unterschied des idealen und realen Seins findet er die Antwort auf die Frage nach dem Grund der Geltung immer in der Angabe eines Kausalverhältnisses. Konsequenz weiterfragend, müßte man nun bei einer *prima causa*, die zugleich *causa sui* wäre, anlangen und käme damit tief in Metaphysik und Religion hinein<sup>3)</sup>. Eben deswegen — wieder bezeichnend für den Naturalismus — wird diese Frage abgelehnt, aber auch als überflüssig erklärt. „Die Welt geht darum nicht aus den Fugen, weil die Philosophen darüber uneinig sind, woher die Naturgesetze gelten; und so erklärt es sich auch, daß die Rechtsordnung besteht und doch gestritten wird, woher ihre Geltung rührt. Das freilich muß man wissen, daß der Satz, um den es sich handelt, gilt; und so tritt gebieterisch die andere Frage auf: Woher wissen wir überhaupt, daß Gesetze gelten? Mit dieser veränderten Fragestellung glaube ich der Lösung des Problems vom Grunde der Geltung näherzukommen.“<sup>4)</sup>

Diese Wendung ist nicht nur für Zitelmann charakteristisch, sondern für den Geist der ganzen Zeit, deren typischer juristischer Vertreter er ist. Man schiebt die letzten Fragen mit überlegener Gebärde zur Seite und erklärt, sich mit den einzig lösbaren vorletzten beschäftigen zu wollen, dabei aber hofft man im Stillen, mit den empiristischen Mitteln, die diesen gelten, auch jenen beizukommen. Was im allgemeinen die Naturwissenschaften leisten, all das erwartet man in den Geisteswissenschaften und daher auch in der Rechtswissenschaft von der Psychologie als der Naturwissenschaft vom Geiste. In dieser psychologistischen Weise wird nun das Sittengesetz als naive Hypostasierung des Gewissens erklärt. Immer wieder habe sich dasselbe sittliche Gefühl eingestellt. „Da der naive Mensch eine Erklärung hiefür aus anderweitigen Ursachen nicht findet und wenn er sie nicht findet, so verwandelt sich ihm die Vorstellung, daß er sich auf diesen Anlaß hin verpflichtet fühle, von selbst in die Vorstellung, er und jeder andere sei unter gleichen Umständen

1) A. a. O., S. 449.

3) A. a. O., S. 451f.

2) Vgl. unten S. 165.

4) A. a. O., S. 452.

verpflichtet. Er stellt also hinter das ‚Sichverpflichtet-Fühlen‘ ein ‚Verpflichtetsein‘ als ein Wirkliches, dessen Abbild oder Wirkung nur das Gefühl sei — ähnlich, wie man der Farbenempfindung, die sich unter bestimmten Umständen einstellt, ein Farbiges hypostasiert. . . . Kurz, das Sittengesetz wird als ein objektiv Wirkliches, als eine objektiv geltende Ordnung vorgestellt.“<sup>1)</sup> Ebenso liefert die Beobachtung der Natur nur eine Abfolge von Vorgängen, während ihr Notwendigkeitszusammenhang eine bloße „psychische Zutat“ sei. Genau so hatten schon Josef Glanville und David Hume von einer Umdeutung des post hoc in ein propter hoc gesprochen. Aber Zitelmann überbietet sie noch, indem er auch auf dem von ihm sogenannten Seinsgebiet (also — wie wir heute sagen — auf dem Gebiete apriorischer Erkenntnis) dasselbe Verhältnis annimmt.

Ebenso auch auf dem Gebiete des Rechts. Hier lautet seine endgültige Formulierung: „Die Vorstellung, daß ein Satz als Rechtssatz gelte, d. h. daß die einzelnen, auf welche sich der Rechtssatz bezieht, ihm gemäß berechtigt und verpflichtet werden, stellt sich dann ein, wenn jemand beobachtet, daß ein Satz als Rechtssatz längere Zeit hindurch und in mehreren Fällen tatsächlich zur Anwendung gekommen ist und wenn er die Vorstellung hat, daß eine Quelle von Motivationen auch für künftige Anwendung desselben Satzes wirksam sei.“<sup>2)</sup> Mehrfach wird die Veränderung der Fragestellung ins Psychologische betont: „Da die ‚Geltung‘ oder ‚verbindende Kraft‘ eines Satzes etwas rein Intelligibles ist, kann auch nur gefragt werden: Wann erzeugt ein korrekt denkender Mensch die Vorstellung, daß ein Satz gelte?“<sup>3)</sup> Und hierin soll nun auch die „ewige Rechtfertigung der Geltung des Gewohnheitsrechts“ liegen, nämlich „in jener eigentümlichen psychologischen Erscheinung, daß ein normal denkender Mensch die Vorstellung, daß eine rechtliche Ordnung gelte, dann erzeugt, wenn er das längere tatsächliche Herrschen dieser Sätze beobachtet und erwartet, daß dieses tatsächliche Herrschen auch noch länger andauern werde“<sup>4)</sup>. Dabei ist ganz übersehen, daß mit den unscheinbaren Wörtchen „korrekt“ und „normal“ das Gebiet des Psychologischen bereits verlassen ist, denn „korrekt“, „normal“, „richtig“, „wahr“ usw. sind nicht psychologische, sondern erkenntnistheoretische oder logische Kategorien. Die Psychologie interessiert sich ebenso für falsche wie für wahre Gedanken, und beide unterliegen den psychologischen Gesetzmäßigkeiten, laufen also in diesem Sinne „korrekt“ oder „normal“ ab. Der obige Sinn des Wortes aber liegt jenseits aller psychologischen Gesetzmäßigkeiten. Es bedeutet ein bloßes Ausweichen vor den Problemen, wenn man an Stelle des Gegenstandes, nach dem gefragt wird, den Gedanken an diesen Gegenstand setzt.

Durch Zitelmans Überlegung ist wieder Gesetzes- und Gewohnheitsrecht auf dieselbe Quelle zurückgeführt, denn auch Gesetze gelten nur auf Grund eines Rechtssatzes, „der einer Person die Befugnis gibt,

1) A. a. O., S. 454.

2) A. a. O., S. 463.

3) A. a. O., S. 464.

4) A. a. O., S. 459.

...geltendes Recht zu schaffen“<sup>1)</sup>. Und dieser oberste allgemeine Rechtssatz müsse eben in der angegebenen psychologischen Weise gerechtfertigt werden. Es ist interessant, festzustellen, wie auch hier die Gewohnheitsrechtstheorie und die Theorie des Rechts überhaupt wieder nach einem derartigen obersten Rechtssatz gravitiert.<sup>2)</sup> Ja, selbst wenn es gelänge, das Recht auf die Ethik zurückzuführen — was ausdrücklich<sup>3)</sup> abgelehnt wird —, so wiederholte sich doch bei der Frage nach der Geltung der Ethik dasselbe Problem.

Das zur Lösung verwendete psychologische Prinzip habe übrigens eine viel weiter reichende Bedeutung; auch die Prinzipien der Legitimität der Verjähung, sowie die Lehre vom Schatz fallen darunter<sup>4)</sup>. Insbesondere aber erkläre sich dadurch auch die Tatsache, daß ein gesetzliches Verbot des Gewohnheitsrechts trotz aller dagegen vorzubringenden theoretischen Bedenken doch meist mehr oder minder wirksam wird. Als psychologische Motivationsquelle vermag es eben zu wirken, solange es — wenn auch irrigerweise — als geltend vorgestellt wird<sup>5)</sup>. Und endlich gründet sich, praktisch genommen, bei der großen Menge der nicht juristisch gebildeten, aber doch dem Recht unterworfenen Menschen die Überzeugung von der Geltung der Gesetze selbst auf das nämliche Prinzip. Nicht eine Prüfung der Legitimation des Gesetzgebers, sondern die Tatsache der Gesetzesbefolgung ist die Quelle jener Überzeugung<sup>6)</sup>.

Erwähnt sei schließlich noch, daß Zitelmann später der Gestattungstheorie doch ziemlich weit entgegengekommen ist. Er sagt z. B. vom Gewohnheitsrecht: „Auch nach dieser Richtung ist aber die monopolisierende Tendenz der staatlichen Rechtsbildung und ihre weit überragende Bedeutung außer Zweifel; sie ist so groß, daß tatsächlich Gewohnheitsrecht ohne Gestattung durch die staatliche Gesetzgebung sich kaum noch bilden kann und sofern wird man innerhalb des Staates\* das Gewohnheitsrecht als vom Staate anerkanntes und darum mittelbar staatliches Recht ansehen dürfen.“ Und in der Anmerkung heißt es dazu: „\* Dies darf der sogenannten Gestattungstheorie zugegeben werden...., auch wenn man sie als positive Antwort nach dem Grunde der Geltung des Gewohnheitsrechts überhaupt nicht anerkennt.“<sup>7)</sup>

Diese psychologistische Methode wird in vollem Umfang und ausdrücklich von Georg Jellinek übernommen und noch nach der soziologischen Seite hin ausgebaut. Er prägte für den von Zitelmann als unerklärlich bezeichneten Übergang vom Faktischen zum Normativen den bekannten Ausdruck von der normativen Kraft des Faktischen. „Den Grund der normativen Kraft des Faktischen in seiner bewußten oder unbewußten Vernünftigkeit zu suchen, wäre ganz verkehrt. Das Tatsächliche kann später rationalisiert werden, seine normative Bedeutung

1) A. a. O., S. 457f.

3) A. a. O., S. 462.

5) A. a. O., S. 466f.

7) Ernst Zitelmann, Internationales Privatrecht, I, S. 55, 1897.

2) Vgl. oben S. 54 und 58.

4) A. a. O., S. 465f.

6) A. a. O., S. 467.

liegt aber in der weiter nicht ableitbaren Eigenschaft unserer Natur, kraft welcher das bereits Geübte physiologisch und psychologisch leichter reproduzierbar ist als das Neue.“<sup>1)</sup> „Dadurch erhält auch das Problem des Gewohnheitsrechts seine Lösung. Das Gewohnheitsrecht entspringt nicht dem Volksgeiste, der es sanktioniert, nicht der Gesamtüberzeugung, daß etwas kraft seiner inneren Notwendigkeit Recht sei, nicht einem stillschweigenden Willensakt des Volkes, sondern es entsteht aus der allgemein psychischen Eigenschaft, welche das sich stets wiederholende Faktische als das Normative ansieht; der Ursprung der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechts fällt ganz zusammen mit dem der verbindenden Kraft des Zeremoniells oder der Mode.“<sup>2)</sup> Damit hat die Lehre vom Gewohnheitsrecht zwar keine Bereicherung gegenüber der Theorie Zitelmanns erfahren, sie wurde aber zur gleichsam offiziellen Auffassung durch die Aufnahme in das Standardwerk der „Allgemeinen Staatslehre“.

An dieser Stelle sei nun auch Gustav Rümelin angeführt, hauptsächlich als Kritiker Zitelmanns. An sich gehört er eigentlich nicht hieher. Wohl enthalten seine Ausführungen ein Element der Faktizitätstheorie, noch mehr Anklänge aber an die Gestattungstheorie, worauf noch im einzelnen hinzuweisen sein wird. Durch die starke Betonung des Wertgedankens aber fällt er eigentlich aus dem Kreise der Positivisten überhaupt heraus.

In seiner Abhandlung „Das Gewohnheitsrecht“<sup>3)</sup> nimmt er anscheinend Anstoß an Zitelmanns psychologistischer Fragestellung und bezeichnet als seine eigene Problemstellung die Frage: „Worin besteht die Geltung, welche objektiven Verhältnisse, Beziehungen, Ereignisse, sind gemeint, wenn wir von Geltung reden?“<sup>4)</sup> Es ist aber zweifelhaft, ob man bei ihm von einem eigentlichen Objektivismus reden kann, denn auf derselben Seite noch spricht er von Sätzen, „die in letzter Linie auf eine Beschaffenheit der menschlichen Seele zurückgeführt werden“ und davon, daß wir „z. B. die einfachsten Sätze der Mathematik . . . aus der Natur des menschlichen Geistes hervorgehend denken“ und stellt dem nur entgegen, daß wir die Vorstellung von etwas diesen Urteilen objektiv Gegenüberstehendem haben, ohne auf die Wahrheitsfrage in diesem Punkte einzugehen. Geltung könne nun unter anderem als rein faktisch oder als Verpflichtung gefaßt werden und deshalb ist auf die Frage nach dem Grunde einer Verpflichtung einzugehen und hier bricht wieder der Psychologismus deutlich durch. „Der Grund der Verpflichtung kann stets nur in einem Befehl einer aus irgendwelchem Grunde mit Autorität bekleideten Macht liegen oder in psychischen Erscheinungen, Werturteilen, die mit mehr oder weniger Deutlichkeit sich vollziehen.“<sup>5)</sup>

1) Allgemeine Staatslehre, S. 338, 1914<sup>2</sup> (4. Neudruck 1922).

2) A. a. O., S. 339.

3) Jahrbücher für Dogmatik, 27. Band, S. 153ff., 1889.

4) A. a. O., S. 157.

5) A. a. O., S. 164.

Fragt man im ersten Falle nach dem Grunde der Verpflichtung, dieser Autorität zu folgen, so wird man auch hier letzten Endes wieder auf solche Werturteile geführt. „Diese in besonders gearteten Werturteilen bestehenden psychischen Erscheinungen bilden deshalb unter allen Umständen das Letzte, worauf mit der Begründung und Erklärung von Verpflichtungen zurückgegangen werden kann.“<sup>1)</sup>

Auch fürs Gewohnheitsrecht bleibt somit letzten Endes „nur die eine Möglichkeit übrig, daß die Grundlage für die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts auf dem Gebiete der Ethik gefunden wird“<sup>2)</sup>. In Zitelmanns Ausführungen findet Rümelin ein unklares Hin- und Herschwanken zwischen dem Begriff der Geltung als Verpflichtung und als rein faktischer Geltung. Im ersten Falle ist mit dem Hinweis auf die regelmäßige Anwendung keine Erklärung gegeben, im zweiten Falle bedürfte es nicht bloß der Behauptung, daß das Gefühl der Verpflichtung in eine objektive Verpflichtung umgewandelt werde, sondern es müßte gezeigt werden, unter welchen Einflüssen sich im einzelnen diese Umwandlung vollzieht<sup>3)</sup>.

Rümelin war zum Ergebnis gekommen, daß der Verpflichtungsgrund des Gewohnheitsrechts ethischer Natur sein müsse. Nun bestehen wieder zwei Möglichkeiten: Entweder kommt der Übung Selbstwert zu oder ihr Wert kann auf einen anderen zurückgeführt werden. Im allgemeinen wird das letztere der Fall sein, indem nämlich das Gewohnheitsrecht am Wert des Staates teil hat, der es anerkennt. Man könne dagegen nicht einwenden, der Staat, dessen Urentstehung selbst gewohnheitsrechtlich gedacht werden müsse, könne eben deshalb nicht seinerseits als Erklärung für die verpflichtende Kraft des Gewohnheitsrechts dienen, denn „die wirkliche Bedeutung der staatlichen Rechtsordnung beruht auf ihrem Wert, nicht auf der Übung und deshalb hat dieses Resultat der Übung eine andere Kraft und Bedeutung als die Übung und darum ist auch die Möglichkeit vorhanden, daß der auf der Übung beruhende Staat der Übung selbst ein Ansehen und eine Bedeutung verleihe, welche sie vorher nicht hatte und nicht haben konnte“<sup>4)</sup>. Deutlicher gesagt: Die Übung, aus der die Staatsbildung hervorgegangen ist, mag wohl zunächst auf ihrem Selbstwert beruht haben. Mit der Ausbildung des Staates aber „ist ein Element ins menschliche Zusammenleben eingeführt, das an Wichtigkeit und sittlicher Bedeutung alle anderen Faktoren, die dasselbe beeinflussen, turmhoch überragt“<sup>5)</sup>. „Wenn es . . . gelingt, auf dem Wege der Übung . . . eine ganz besonders wertvolle Organisation zu schaffen, die auch die Möglichkeit bietet, zu weiteren Regeln fürs Zusammenleben zu gelangen, so wird der Entschluß eintreten und zugleich die ethische Forderung begründet sein, dieser Organisation eine unantastbare Heiligkeit einzuräumen und dieselbe auch auf die weiteren Normen zu erstrecken, die sich aus jener Organisation entwickeln. Und wenn nun

1) A. a. O., S. 164.

3) A. a. O., S. 178.

5) A. a. O., S. 191.

2) A. a. O., S. 167.

4) A. a. O., S. 191.

diese Organisation, der Staat, der Übung, die bei seiner Entstehung mitgewirkt hat, selbst wieder von seiner Autorität verleiht, so wird es nicht zweifelhaft sein können, daß die Übung hiebei etwas erhält, was ihr vorher nicht zugekommen ist.<sup>1)</sup> Es ist, als hörte man wieder Hegel in seiner Hochschätzung des Staates als Verwirklichung der Sittlichkeit. Man wird in dieser Hegelschen Grundstimmung ebenso wie in den Ergebnissen den Zusammenhang Rümelins mit der Gestattungstheorie zu erblicken haben. Der Vorgang ist wohl so zu denken, daß die Übung zunächst durch ihren Selbstwert Geltung im Sinne von Verpflichtungskraft erhält, daß dann diese geltende Übung zum Seinsgrund einer staatlichen Organisation wird. Diese Organisation aber ist von überragendem Wert und gibt darum selbst wieder den Wertgrund für die Geltung weiterer von ihr anerkannter Übung ab. Diese letztere Übung ist also von der ersten wohl seinmäßig (durch Vermittlung des Staates) abhängig, wertmäßig aber gründet sie sich nur mehr auf den sie autorisierenden Staat. Da aber die Geltung auf den Wert zurückgeführt wird, so hängt ihre Geltung in diesem Sinne nur mehr vom Staat ab.

Immerhin ist so bei der ersten Übung ein Selbstwert vorausgesetzt, für den einige Gründe, wie, sie begünstige gleichmäßige Behandlung, garantiere für die allgemeine Billigung usw., von Rümelin auch ausdrücklich angeführt werden<sup>2)</sup>. Natürlich kommen diese Selbstwerte der Übung auch heute noch zu. Rümelin glaubt aber, daß sie heutzutage „im Verhältnis zur Autorität des Staates nur eine untergeordnete Bedeutung zu beanspruchen vermögen“<sup>3)</sup>. Wenn darum „dem Gewohnheitsrecht die staatliche Anerkennung ausdrücklich versagt wird, so ist es meines Erachtens nicht zulässig, dem staatlichen Gebot mit Rücksicht auf den inneren Wert des Gewohnheitsrechtes den Gehorsam zu verweigern“<sup>4)</sup>. Damit ist also dem Gewohnheitsrecht derogatorische Kraft gegenüber dem Gesetz abgesprochen, und somit der Standpunkt der Gestattungstheorie auch in diesem Punkte eingenommen. Auch die grundsätzliche Abneigung Rümelins gegen das Gewohnheitsrecht liegt auf dieser Linie. Höchstens im öffentlichen Recht könne die Übung als Ergänzung gesetzlicher Bestimmungen zu empfehlen sein, während im Privatrecht diese Ergänzung besser dem Richter überlassen bleibe. Außerdem könne sie höchstens noch in der Form der Usance zur Interpretation des Parteiwillens von Bedeutung sein. Im ganzen ist eher gesetzliche Beseitigung als Anerkennung des Gewohnheitsrechtes zu wünschen<sup>5)</sup>.

Ist aber ein solches gesetzliches Verbot selbst wirksam, bzw. kann es nicht selbst wieder auf dem Wege der Übung beseitigt werden? Rümelin antwortet: Nein, denn der Gesetzgeber kann selbst ein Gesetz nicht durch stillschweigende Bewilligung entgegenstehenden Verhaltens beseitigen, sondern „Recht wird nur das, was der Gesetzgeber in den vorgeschriebenen

<sup>1)</sup> A. a. O., S. 192.

<sup>2)</sup> A. a. O., S. 193.

<sup>3)</sup> A. a. O., S. 204, auch S. 209 bis 211.

<sup>4)</sup> A. a. O., S. 204.

<sup>5)</sup> A. a. O., S. 225 und 235.

Formen ausspricht<sup>1)</sup>. „Ist das aber nicht der Fall, so ist die Frage, ob ein derartiges Vorgehen zulässig oder möglich sei, zu verneinen, wenn man sich auf den Boden der positiven Rechtsordnung stellt. Die Verletzung der Rechtsordnung und die damit gegebene rechtliche Unzulässigkeit läßt sich meines Erachtens in keiner Weise in Abrede stellen. Trotzdem halte ich es für möglich, auf diesem Wege wieder zu geordneten Rechtsverhältnissen und auch zu einer verpflichtenden Kraft der neuen Rechtsordnung zu gelangen<sup>2)</sup>. Das Entscheidende ist aber, daß es sich hier um die Begründung neuen Rechtes handelt und die ist prinzipiell jederzeit ebenso möglich, wie sie ursprünglich bei der Staatenbildung vor sich ging, nämlich auf der Grundlage ethischer und praktischer Werturteile. Diese Erwägungen können so stark werden, daß sie die Unwerthaltung der Rechtsdiskontinuität zu überwiegen vermögen. „Ein derartiger Vorgang liegt einmal bei der Revolution vor, bei welcher an die Stelle der bisherigen Verfassung eine andere staatliche Ordnung auf nicht verfassungsmäßigem Wege gesetzt wird... auch auf dem Gebiete des Gewohnheitsrechts ist ein Vorgang, wie der geschilderte, wenigstens denkbar<sup>3)</sup>. Die ursprüngliche Wertfrage tritt eben „in gleicher Weise auf, wenn auf dem Wege der Revolution die ganze Staatsverfassung durch eine neue ersetzt wird, wie wenn nur einzelne Bestimmungen auf die geschilderte Weise aufgestellt und faktisch zur Geltung gekommen sind, sei es, daß nicht verfassungsmäßig zustande gekommene Gesetze publiziert werden oder daß eine Übung in Widerspruch mit dem Verbot des Gewohnheitsrechts sich befestigt<sup>4)</sup>. Rümelin betont immer wieder, daß die ganze Frage in der Gegenwart rein theoretisch sei, eine bloße spekulative Erörterung der „Möglichkeit, daß eine in Widerspruch mit bestehenden Vorschriften zustande gekommene Ordnung einen sittlich begründeten Anspruch auf Anerkennung erheben kann<sup>5)</sup>. Die Beantwortung der Frage, wann ein solcher Anspruch gegeben sei, lehnt er ab, erklärt sie aber für „beinahe identisch mit dem allgemeinen Problem, wann überhaupt eine staatliche und rechtliche Ordnung gelte, d. h., wann eine sittliche Verpflichtung zur Anerkennung vorhanden sei<sup>6)</sup>. Die Ausführungen münden also in letzte Prinzipien und überdies sind diese hier ethischer und metaphysischer Art.

Im wesentlichen im Rahmen dieser Gedankengänge unter wohl noch stärkerer Betonung des Wert- oder eigentlich Wertungsmomentes bewegt sich auch Max Rümelin. Dadurch, daß er die Mitwirkung des Staates überwiegend in der Praxis der Gerichte erblickt, nähert er sich einigermaßen den Gedanken des Richterrechts. Näher braucht hier auf seine beiden kleinen Abhandlungen<sup>7)</sup> nicht eingegangen werden; sie enthalten mehr rechtspolitische als -theoretische Erwägungen.

1) A. a. O., S. 241.

2) A. a. O., S. 242.

3) A. a. O., S. 242f.

4) A. a. O., S. 245.

5) A. a. O., S. 249.

6) A. a. O., S. 250.

7) Gesetz, Rechtsprechung und Volksbetätigung auf dem Gebiet des Privatrechts, Archiv für die zivilistische Praxis, 122. Band, S. 145f. und 265f.,

## Der Naturalismus.

### Geistesgeschichtliche Voraussetzungen.

Kant war ausgezogen, um die Unmöglichkeit aller Metaphysik zu erweisen. Aber in der Tat vereitelte gerade der mächtige Einfluß seiner genialen Persönlichkeit diese Absicht. An ihm entzündete sich die philosophische Leidenschaft seiner großen Nachfolger, des Dreigestirns des deutschen Idealismus, und stürmte der vom Meister aufgerichteten Dämme nicht achtend vorwärts zu den kühnsten Spekulationen. Daß sich diese in den naturphilosophischen Ideen Schellings und in dem metaphysischen Gedanken Hegels gleichsam überschlugen, war mit eine Ursache für den tiefen Fall, den die Philosophie etwa um die Mitte des 19. Jahrhunderts erlitt. Bestürzt von dem Ikarus-Schicksal der philosophischen Klassiker wandte man sich mutlos von aller Philosophie ab und suchte das Heil auf dem mühsam zu bearbeitenden Boden schlichter Erfahrung. Bereits in anderem Zusammenhange wurde Jakob Friedrich Fries genannt, der Kants Lehre in einen Psychologismus umgestaltete. Auch Herbart in seinem Streben nach naturwissenschaftlicher Exaktheit der Philosophie, wiederum besonders der Psychologie kann hierher gezählt werden. Als besonders typischer Vertreter dieser Entwicklung muß Ludwig Feuerbach gelten, der die Hegelsche Linke bis in den Materialismus hineinführte. Zugleich aber vollzog sich auch das schon oft in der Geistesgeschichte vorgekommene Schicksal. In der Zeit ihrer metaphysischen Hochblüte war die Philosophie noch immer eine geistige Macht, die das ganze Leben bestimmend durchdringt. Die Dialoge Platons, die von philosophischen Gesprächen auf dem Markt von Athen handeln, geben eine Wirklichkeit des täglichen Lebens von damals wieder. Die Hochblüte patristischer und scholastischer Philosophie hat einen wunderbaren künstlerischen Niederschlag in der Hymnendichtung jener Zeit gefunden. Und Schillers Gedankenlyrik ist die poetische Blüte der Philosophie des deutschen Idealismus, die andererseits durch Vermittlung Fichtes auch das gesellschaftlich-politische Leben entscheidend bestimmt hat. Nun hatte die Philosophie mit ihrem Höhenflug auch ihren Einfluß verloren.

Nicht mehr floß ein Strom großer Ideen aus der Philosophie der Zeit in das übrige Geistesleben der Zeit, sondern langsam und unmerklich sickerte eine gewisse skeptische und empiristische Grundstimmung aus der Naturwissenschaft hindurch. Wir hatten einen solchen Einbruch naturwissenschaftlichen Denkens schon in den geistesgeschichtlichen Grundlagen des Positivismus beobachten können. Es war dort vom Einfluß der exakten Naturwissenschaften im engeren Sinne des Wortes die Rede gewesen. Jetzt wird besonders stark die Wissenschaft von der organischen Natur, die Biologie und insbesondere wieder die Entwicklungslehre vorbildlich. War die „Entwicklung“ in der romantischen Zeit mehr

---

1924. — Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts und ihre Begründung (Tübinger Rede vom 6. November 1929), 1929.

als ein Ausformen von Ideen gedacht, so wurde jetzt mit der naturalistisch, im Laufe der Zeit sich vollziehenden Veränderung der Arten, wie sie Darwin gelehrt hatte, ernst gemacht. Von daher kommt ein neuer Anstoß für die historische Forschung und tatsächlich finden sich in dieser Zeit mehrere Anknüpfungsversuche an freilich naturalistisch umgedeutete Gedanken Savignys<sup>1)</sup>. Es ist interessant, wie diese geheime Verwandtschaft auch zu einem verwandten Ergebnis in der Stellung zum Gewohnheitsrecht führt. Die naturalistische Theorie ist, gleich der historischen, geneigt, das Gewohnheitsrecht sehr hoch einzuschätzen und aus ihm erst das Gesetzesrecht abzuleiten. Naturwissenschaftlicher Geist wurde zur Signatur des Jahrhunderts und die Naturwissenschaften waren das beneidete Vorbild aller anderen Wissenschaften und beeinflussten, selbst wo man ihnen an sich nicht folgen wollte, doch mindestens die Terminologie.

Wieder war es Kirchmann gewesen, jener universelle Geist im Vollbesitze der Bildung seiner Zeit, der auf das naturwissenschaftliche „Prinzip der Beobachtung, der Unterordnung der Spekulation unter die Erfahrung“<sup>2)</sup> hingewiesen und den Abstand zwischen den ewigen juristischen Kontroversen und den gesicherten Ergebnissen der Naturwissenschaften tief empfunden hatte<sup>3)</sup>. Und mit Neid glaubt er feststellen zu müssen: „Alle anderen Wissenschaften haben... der Menschheit die glänzendsten Dienste geleistet; ihre Schöpfungen grenzen ans Wunderbare. Die Naturwissenschaft und Mathematik steht obenan... Was sind dagegen die Leistungen der Rechtswissenschaft?“<sup>4)</sup>

Mit ähnlichem Überschwang preist noch nach mehr als einem halben Jahrhundert Eugen Ehrlich die Naturwissenschaften und fordert nach ihrem Vorbild eine „Scheidung der Rechtswissenschaft von der praktischen Rechtslehre, der praktischen Jurisprudenz... Mit dieser Scheidung ist aber die selbständige Wissenschaft vom Rechte begründet, die nicht praktischen Zwecken dienen will, sondern der reinen Erkenntnis, die nicht von Worten handelt, sondern von Tatsachen. Der Wandel, auf dem Gebiete der Naturwissenschaften schon längst eingetreten, zieht also auch in die Jurisprudenz ein, die Anton Menger einst die zurückgebliebenste aller Wissenschaften genannt hat, ‚einer entlegenen Provinzstadt vergleichbar, wo die abgelegten Moden der Residenz noch immer als Neuheiten getragen werden‘. Und der Erfolg wird auch hier nicht ausbleiben.“<sup>5)</sup> Auch dieser Fortschrittsoptimismus ist für den Geist der Zeit bezeichnend genug; und in anderer Beziehung ist auch bezeichnend für die doch unernste Nachahmung der naturwissenschaftlichen Methoden Ehrlichs Abneigung gegen die formale Logik und

<sup>1)</sup> Z. B. Eugen Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, S. 358 ff., 1929<sup>2</sup>. — Ganz diesem Zusammenhang gewidmet ist das Buch von Alfred Manigk, Savigny und der Modernismus im Recht, 1914.

<sup>2)</sup> Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, S. 10, 1848.

<sup>3)</sup> A. a. O., S. 18.

<sup>4)</sup> A. a. O., S. 40.

<sup>5)</sup> Grundlegung der Soziologie des Rechts, S. 1f., 1929<sup>2</sup> (1913<sup>1</sup>).

Mathematik: „Die formale Logik kann überhaupt keinen neuen Denkstoff liefern. Sie kann nur den vorhandenen entfallen und in seine Bestandteile zerlegen... Das mathematische Denken ist für besonders dafür angelegte Naturen eine Quelle reinsten Genusses, anderen dagegen ist es zum Teil ganz unzugänglich, auf andere wieder, zu denen auch ich leider gehöre, wirkt es geradezu abstoßend.“<sup>1)</sup> Bei diesem Ausspielen des Geistes der Erfahrungswissenschaft gegen den der Mathematik wird bloß übersehen, daß gerade ganz große Naturforscher, wie etwa Newton, Maxwell, Einstein auch ausgesprochen mathematische Köpfe waren. Es ist nicht auszudenken, wohin die Naturwissenschaften ohne solch kräftigen Zuzuschuß formal logischen Geistes geraten wären. Wahrscheinlich wieder zu jener unklaren Natursymbolik, von wo sie ihren Ausgang genommen haben.

Auch Ihering machte seine naturalistische Periode durch. Schon in der ersten Auflage des „Geistes“ sprach er von einer „Naturlehre des Rechts“<sup>2)</sup> und im Vorwort zur zweiten Auflage (1866) berichtet er, daß ein Teil des Titels ursprünglich lauten sollte: „Ein Beitrag zur Naturlehre des Rechts“. Er faßt da das Recht durchaus als Organismus auf, aber nicht mehr im alten romantisch-naturphilosophischen Sinne, sondern in voller Analogie zur Naturwissenschaft. „Jeder Organismus macht nun eine doppelte Betrachtung möglich. Eine anatomische und eine physiologische; jene hat die Bestandteile desselben und ihr Ineinandergreifen, also seine Struktur, diese die Funktion desselben zum Gegenstand. Wir wollen nun das Recht beiden Betrachtungsweisen unterwerfen.“<sup>3)</sup> Kräftig betont er den Unterschied zwischen nur formuliertem und tatsächlich lebendem Recht<sup>4)</sup>. Schon hier ist von „Aggregatzuständen“ des Rechts die Rede<sup>5)</sup>, eine Wendung, die später zusammen mit der von den Rechtskörpern, die einer naturhistorischen Betrachtung unterworfen werden müßten, wiederkehrt im Programmaufsatz der Iheringschen „Jahrbücher für die Dogmatik“<sup>6)</sup>. Es ist die typische Tendenz der Naturwissenschaft jener Zeit, die oft an groben Materialismus streifte, daß sie alle Idealrelationen anschaulich und greifbar machen will, und so bezeichnet es auch Ihering als das Resultat juristischer Konstruktion: „Die gesamte Masse des Rechts erscheint jetzt nicht mehr als ein System von Sätzen, Gedanken, sondern als Inbegriff von juristischen Existenzen, sozusagen lebenden Wesen, dienenden Geistern. Wir wollen die Vorstellung eines juristischen Körpers beibehalten, da sie die einfachste und natürlichste ist.“<sup>7)</sup> Diese Vorstellung wird im zweiten Band des „Geistes“ festgehalten und im einzelnen durchgeführt<sup>8)</sup>.

1) A. a. O., S. 262.

2) Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen der Entwicklung, I, S. 10, 1852 (1. Aufl.).

3) A. a. O., S. 13f.

4) A. a. O., S. 15f.

5) A. a. O., S. 26.

6) „Unsere Aufgabe“ in den Jahrbüchern für Dogmatik, I, S. 1, 1857.

7) A. a. O., S. 9 bis 14.

8) Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen der Entwicklung, II, S. 384f., 1858.

Als abschreckendes Beispiel eines ganz massiven Naturalismus aber sei hier noch Georg Frenzels Analyse des Gesetzes angeführt: „Eine bestimmte Reihenfolge von Schriftzeichen, welche in der Urschrift des Gesetzes festgelegt ist und darnach mehr oder weniger oft vervielfältigt zu werden pflegt oder, wenn man Schriftform nicht für ein wesentliches Erfordernis des Gesetzes hält, eine bestimmte Reihenfolge von Lauten; die Vorstellungsverbindungen, mit anderen Worten, die Sätze, welche die Wahrnehmung dieser bestimmten Reihenfolge von Schriftzeichen oder Lauten in der Seele erzeugt, einschließlich derjenigen, nebenher gehenden Vorstellungen, welche diese Sätze zu Rechtssätzen machen, das ist die Vorstellung, daß die gesetzgebenden Individuen in der erforderlichen Weise bei der Feststellung dieser Reihenfolge tätig gewesen sind; die dem Gesetz entsprechende Handlungsweise der Staatsangehörigen, einschließlich der inneren Willensantriebe dazu.“<sup>1)</sup>

Und von August Sturm wird gar „die Anatomie als Hilfswissenschaft“<sup>2)</sup> herangezogen, „nur eine Betrachtung vom Kausalitätsgesetz aus ist für ihn überzeugend“<sup>3)</sup>.

Es liegt in derselben Richtung, wenn von Thöl<sup>4)</sup>, Ahrens<sup>4)</sup> und auch von Lüders<sup>5)</sup> immer stärker der „Tatbestand“, die „Lebensverhältnisse“, überhaupt die Wirklichkeit, betont werden oder wenn Leist „das Studium der Natur“<sup>6)</sup> fordert. Es kommt hier nicht auf Unterschiede dieser Gedanken gegenüber denen von Ihering an<sup>7)</sup>, sondern auf die allgemeine naturwissenschaftliche Grundstimmung.

Besonders deutlich spricht sich die Sehnsucht nach unmittelbarer und unbefangener Berührung mit dem Objekt, das Grauen vor vermittelter Quellenforschung bei Leist an folgender Stelle aus: „Der Jurist soll und muß unmittelbar den Quellen des Rechts nachgehen; also Gesetz und Gewohnheitsrecht sind der Gegenstand seiner Verarbeitung und eben diese seine verarbeitende Tätigkeit ist die Wissenschaft des Rechts. Bei uns Romanisten aber schiebt sich unter dem täuschenden Schein, daß das Corpus juris gewohnheitsrechtliche Geltung habe, ein trennender Vorhang zwischen uns Juristen und die Rechtsquelle selbst. Wir verarbeiten nicht die Rechtsquellen, sondern eine die Rechtsquellen ver-

<sup>1)</sup> Recht und Rechtssätze. Eine Untersuchung über den Rechtsbegriff der positiven Rechtswissenschaft, S. 27, 1892.

<sup>2)</sup> Revision der gemeinrechtlichen Lehre vom Gewohnheitsrecht unter Berücksichtigung des neuen deutschen Reichsrechts, S. 3 und 289f., 1900.

<sup>3)</sup> A. a. O., S. 184.

<sup>4)</sup> Nachweisungen bei Emil Kuntze, Der Wendepunkt der Rechtswissenschaft, S. 45, 1856.

<sup>5)</sup> Das Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete der Verwaltung, S. 31f., 1863.

<sup>6)</sup> Burkard Wilhelm Leist, Zivilistische Studien auf dem Gebiete dogmatischer Analyse, I, Über die dogmatische Analyse römischer Rechtsinstitute, S. 27, 1854.

<sup>7)</sup> Leist, Zivilistische Studien, III, Über die Natur des Eigentums, S. XIVf. der Einleitung, 1859. — Vgl. auch E. J. Bekker, „Burkard Wilhelm Leist und seine Äqualen“ in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung, 28. Bd., S. 129ff., besonders S. 40, 1907.

arbeitende Wissenschaft. Wir schauen den Gegenstand der juristischen Tätigkeit nicht geradezu an, sondern wir drehen ihm den Rücken und lassen uns sein Bild durch einen uns gegenüberstehenden Spiegel reflektieren. Nicht den Gegenstand selbst, sondern den Spiegel nennen wir nun unsere Quelle, deren Studium unsere Wissenschaft und so treiben wir denn ganz vorherrschend nicht die Rechtswissenschaft, sondern die Wissenschaft von einer Rechtswissenschaft.“<sup>1)</sup> Man wird bei diesen Worten an die Spätzeit der Scholastik und an die Frühzeit des englischen Empirismus erinnert, wo man sich ähnlich mühsam von der naturwissenschaftlichen Autorität des Aristoteles loszuringen suchte und das Objekt Natur selbst in Beobachtung und Experiment zu befragen begann.

Leists „Studium der Natur“ wurde nachmals energisch von Eugen Ehrlich gefordert<sup>2)</sup>, aber als rechter Sohn des naturwissenschaftlichen Zeitalters bleibt er nicht bei dieser allgemeinen Forderung stehen. Er schränkt bald die Betrachtung auf einen speziellen Fall ein, indem er nach der Natur des Vertrages fragt und schlägt dann eine Art *experimentum crucis* zwischen Willens- und Erklärungstheorie vor. „Vor allem ist es keineswegs unmöglich, nach dem Vorgang von Fechner und Wundt auch für dieses juristische Gebiet psychologischer Forschung das Experiment nutzbar zu machen. Es handelt sich nur um die Frage: Wie ist der Tatbestand beschaffen, aus welchem jene Art der Verbindlichkeiten entspringt, die in der Regel die vertragsmäßige genannt wird? Gehört dazu bloß das Zusammenstimmen des Willens oder bloß das Zusammenstimmen der Erklärung oder gehört beides dazu? Und wenn letzteres der Fall ist, müssen Wille und Erklärungen beider Kontrahenten in dem Umfang zusammenstimmen, wie die herrschende Lehre behauptet oder sind jene Einschränkungen berechtigt, welche die Gegner der herrschenden Lehre machen? Genügen vielleicht nicht einmal die beiden Momente: Wille und Erklärung, sondern muß noch, wenigstens in gewissen Fällen, eine weitere Voraussetzung vorhanden sein, wie die Form oder die *res* im römischen, die Form oder die *consideration* im englischen Recht? Die Lösung des Problems könnte in der Weise versucht werden, daß man erfundene oder wirklich vorgekommene Fälle zusammenstellt, wo nicht alle oben erwähnten Momente: Wille, Erklärung, Form, *res*, *consideration*, sondern nur einige vorhanden wären, diese urteilsfähigen Personen mit der Frage zur Entscheidung vorlegt, ob hier nach ihrer Ansicht eine Vertragsverbindlichkeit entstanden ist oder nicht? Das wäre ein Experiment im eigentlichen Sinne des Wortes. . . Die Resultate würden uns darüber aufklären, was im Leben, im Verkehre als Vertrag betrachtet wird. Man könnte freilich einwenden, daß der Vertragsbegriff, welcher im Leben vorherrscht, nicht notwendig der juristische sein muß; aber dieser Einwand richtet sich von selber. Es genügt, darauf hinzuweisen, welch erbaulicher Zustand es wäre, wenn man im Leben ein Verhältnis

1) *Zivilistische Studien*, I, S. 5f., 1854.

2) „Über Lücken im Recht“ in den *Juristischen Blättern*, 17. Bd., S. 558 und 569f., 1888.

als juristische Pflichten und Rechte begründend ansieht, der Jurist aber einen ganz anderen Vorgang als für die Begründung juristischer Rechte und Pflichten maßgebend betrachtet, einer Klage stattgeben muß, welche nach der Ansicht aller vernünftigen Leute unbegründet erscheint, eine Klage zurückweist, obwohl sich jeder nach Recht und Gesetz für verpflichtet halten muß... Der Vertrag ist kein Begriff, den das Recht in seinem Laboratorium präpariert hatte, es ist ein Institut, welches das Leben selber ausgebildet hat, dessen Herrschaft weiter reicht... als das positive Recht überhaupt... Dieses wichtigste Institut des Verkehrsrechts, welches vom Rechte samt allen Konsequenzen anerkannt wurde, ist zu erforschen. Wissen wir, was der Vertrag im Leben ist, so wissen wir auch, was der Vertrag im Rechte ist.<sup>1)</sup> Als Ersatz für diese oft technisch schwierige Methode empfiehlt Ehrlich noch die Verwertung der Judikate, „und zwar nach denselben Grundsätzen, wie die Resultate des oben erwähnten Experimentes. Denn wenn wir es hier auch nicht mit einem Experiment im technischen Sinne zu tun haben, so ist dies doch eine Beobachtungsmethode, die mit dem Experiment nahe verwandt ist, an Sicherheit des Resultates dem Experiment keineswegs nachsteht, ja von Auguste Comte als die einzige, in den Sozialwissenschaften verwendbare Art des Experimentes bezeichnet wurde (Cours de philosophie positive, IV<sup>2</sup>, p. 307 sq., 1864.)“<sup>2)</sup>.

Dieser Tatsachenhunger konnte auf zwei Arten gestillt werden. Man konnte versuchen, das Recht psychologisch aufzulösen in jene Erlebnisse, durch die wir um Recht und Rechtssätze überhaupt wissen, in Rechtsbewußtsein oder Rechtsgefühl oder Rechtswillen oder wie man es sonst nennen wollte. Die philosophischen Grundlagen dazu hatte der schon früher erwähnte Jakob Friedrich Fries gelegt<sup>3)</sup>. Sollte diese Methode eine wirklich realistische sein, so mußte hiebei Wille, Gefühl, Bewußtsein usw. ein realpsychisches Erlebnis bedeuten und nicht, wie so oft, seinen Inhalt, oder richtiger gesagt, Gegenstand. Und in der Tat schreibt z. B. Ludwig Rückert, „Das Recht ist kein bloßer Ideenkomplex, sondern ein System realer Triebe oder Bedürfnisse“<sup>4)</sup>, was deutlich „hinweist auf ein konkretes Wollen“<sup>5)</sup>. Diesen Weg sind Frenzel und Sturm gegangen, auf deren Gewohnheitsrechtstheorien noch näher einzugehen sein wird.

Der andere Weg war, die Wirklichkeit nicht im psychischen Erleben des Einzelnen, sondern im gesellschaftlichen Geschehen zu suchen. Er war gewiesen worden durch die junge Wissenschaft der Soziologie, als deren Begründer Auguste Comte gelten kann<sup>6)</sup>. In seinem „Cours de philosophie positive“ (1830 bis 1842, 6 Bände) übernimmt er für die

1) A. a. O., S. 619.

2) A. a. O., S. 627.

3) Vgl. oben S. 39.

4) Der Begriff des gemeinen deutschen Privatrechts, S. 14, 1857.

5) A. a. O., S. 5.

6) Vgl. Richard Falckenberg, Geschichte der neueren Philosophie von Nikolaus von Kues bis zur Gegenwart, S. 514ff., 1927 (9. Aufl.), und Paul Barth, Die Philosophie der Geschichte als Soziologie, I, S. 175ff., 1922 (3. und 4. Aufl.).

Gesellschaftslehre das Programm der auf streng erfahrungsmäßiger Grundlage beruhenden Naturwissenschaften, Gesetze des Geschehens aufzustellen und dieses damit vorhersehbar zu machen. Es ist wohl überflüssig, zu erwähnen, daß der „Positivismus“ Comtes nichts mit dem juristischen Positivismus zu tun hat, sondern philosophisch gemeint ist und nur die unbedingte Beschränkung auf erfahrbare Phänomene bedeutet.

War hier mehr die exakte Methode der Naturwissenschaften übernommen, so ist Herbert Spencers „System of synthetic philosophy“ (1896) auch inhaltlich stark von naturwissenschaftlichen Vorstellungen bestimmt. „Die allgemeinste Tatsache ist der (sich in unendlichem Wechsel im Kleinen wie im Großen wiederholende) Doppelprozeß der Andersverteilung von Materie und Bewegung: Entwicklung und Auflösung (evolution and dissolution); jener besteht in Zerstreung (Abgabe, Ausbreitung) von Bewegung und Zusammenschluß (integration) des Stoffes, dieser in Aufnahme (Absorption, Ansammlung) von Bewegung und Lockerung (disintegration) des Stoffes.“<sup>1)</sup> Diese atomistischen Elemente einerseits und biologische Elemente darwinistischen Ursprungs andererseits bestimmen auch seine in dem genannten Hauptwerk enthaltenen „Principles of sociology“ (1876 bis 1896, 3 Bände).

Als die Programmschrift der soziologischen Rechtstheorie kann man Hugo Sinzheimers Vortrag<sup>2)</sup> betrachten; nicht so sehr, weil er die schärfstgeschliffenen Thesen enthält — Ehrlich und Kornfeld gehen weit darüber hinaus —, sondern, weil er gerade in seinem besonnenen Vermeiden aller Einseitigkeit gut die allüberall bestehenden Anknüpfungspunkte der soziologischen Richtung mit den geistigen Strömungen vor und nach ihr erkennen läßt.

Er geht aus von der Inkongruenz zwischen Rechtsordnung und Rechtswirklichkeit. „Die Rechtsordnung braucht sich mit der Rechtswirklichkeit nicht zu decken und deckt sich auch tatsächlich mit ihr in vielen Beziehungen nicht. Denn nicht alles geltende Recht ist wirksam und nicht alles wirksame Recht ist ausgesprochen.“<sup>3)</sup> „Daraus folgt die Notwendigkeit einer Methode, die sich die Erkenntnis der Rechtswirklichkeit zur besonderen Aufgabe macht. Diese Methode ist die soziologische.“<sup>4)</sup> „Wir nennen die Methode die soziologische, weil sie, um die Rechtswirklichkeit zu erfassen, nicht von den Rechtssatzungen, sondern nur von den gesellschaftlichen Lebensverhältnissen selbst ausgehen kann.“<sup>5)</sup> Das geschieht einmal durch Tatbestandsermittlung, indem deskriptiv das Material gesammelt und analytisch die wesentlichen Bestandteile ausgeschieden werden. Zum anderen aber ist Rechtsanwendung erforderlich, die im wesentlichen noch unter dem Schema der Subsumtion des Tatbestandes unter die Rechtsregel gesehen wird; wenn kein aus-

<sup>1)</sup> Falckenberg, Geschichte der neueren Philosophie, S. 553.

<sup>2)</sup> Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft (Schriften des sozialwissenschaftlichen Vereins der Universität München, H. 3), 1909.

<sup>3)</sup> A. a. O., S. 7.

<sup>4)</sup> A. a. O., S. 13.

<sup>5)</sup> A. a. O., S. 14.

gesprochener Rechtssatz vorliegt, bedarf es der Rechtsauffindung. Hier wird sehr stark auch die Möglichkeit des Vorliegens von Gewohnheitsrecht betont. Die soziologische Methode „weist... die Rechtswissenschaft mit allem Nachdruck auf die Aufgabe hin, nicht nur das vorhandene objektive Recht, wie es sich vornehmlich im Gesetz ausspricht, darzustellen, sondern auch dem neuen objektiven Recht, wie es sich etwa gewohnheitsrechtlich gebildet hat, nachzugehen“<sup>1)</sup>. Wenn Gesetz und Gewohnheitsrecht versagen, so kann es sich noch immer handeln um „die Auffindung der Rechtsfolgen dessen, was die Parteien tatsächlich gewollt haben... Aber wenn wir auch... dieser Art der Rechtsauffindung den Charakter der Rechtsschöpfung im eigentlichen Sinne absprechen, so lebt doch in der Tätigkeit ein produktives Element.“<sup>2)</sup> Wie zahm dieser Soziologismus noch ist, zeigt die Bemerkung: „Es ist zunächst noch einmal zu betonen, daß die soziologische Methode die dogmatische Methode nicht verdrängen soll und nicht verdrängen kann. Wir haben im Gegenteil im Laufe unserer Erörterungen gesehen, daß selbst die soziologische Methode ohne die Ergebnisse der dogmatischen Methode nicht denkbar ist, denn alles, was wir über die Rechtsanwendung und die Rechtsauffindung gesagt haben, wäre nicht durchführbar, wenn nicht vorher der Inhalt der Rechtsordnung sichergestellt wäre.“<sup>3)</sup>

Geistesgeschichtlich besonders interessant ist der Schluß der kleinen Abhandlung. „Der Entwicklungsgedanke dringt in die Betrachtung ein. Zugleich eröffnen sich neue Quellen des rechtlichen Seins, indem die soziologische Methode ihre Forschung nicht aufs geltende, sondern aufs wirksame Recht gerichtet hält. Die Rechtswelt, wie sie wirklich ist, erschließt sich der wissenschaftlichen Erkenntnis. Damit hat sich der Geist des Positivismus, der ohne Vorurteil und traditionelle Vorstellungen bis ans Wesen der Dinge vordringt, auch die rechtswissenschaftliche Betrachtung erobert.“<sup>4)</sup> Das sollte den an den Methoden der Naturwissenschaft orientierten Ursprung der soziologischen Methode andeuten. Auf ihre Aufgabe aber verweist der Schlußsatz: „Die sozialpolitische Frage unserer Zeit... ist reif, von der Rechtswissenschaft aufgenommen zu werden! Indem die soziologische Methode bis zur Einsicht in diese Aufgabe führt, zeigt sie, welchen Wert sie schließlich nicht nur für die Erkenntnis, sondern auch für die Gestaltung des sozialen Lebens haben kann, so daß am Schlusse der Betrachtung der soziologischen Methode in der Privatrechtswissenschaft die Erkenntnis ihrer sozialen Aufgabe zu erwachen beginnt.“<sup>5)</sup>

### Der Psychologismus.

Georg Frenzel polemisiert gegen die Auffassung, das Recht sei ein Inbegriff von Rechtssätzen. Was sollte das auch bedeuten? In den „Erscheinungen außerhalb der menschlichen Seele“ gibt es Rechtssätze nicht,

<sup>1)</sup> A. a. O., S. 21.

<sup>2)</sup> A. a. O., S. 22, 23.

<sup>3)</sup> A. a. O., S. 24f.

<sup>4)</sup> A. a. O., S. 28.

<sup>5)</sup> A. a. O., S. 29.

denn „auf dem Papier ist nichts weiter als eine Reihe von Strichen und Punkten“<sup>1)</sup>. „Die Rechtssätze als Bestandteile des Rechtsbegriffs haben also nur in der Vorstellung einer menschlichen Seele Realität, genauer: nur in der Vorstellung derjenigen Individuen, deren Zusammenleben von den Rechtssätzen beherrscht wird“<sup>2)</sup>. Das ist nur die notwendige Konsequenz des psychologischen Naturalismus, die allerdings selten so folgerichtig gezogen wird. Wenn es in der Welt nichts gibt als Psychisches und Physisches und das Recht zu letzterem nicht gehört, so muß es ein Psychisches sein. Psychisches aber bietet die Erfahrung nur am Individuum. Die in der Seele des Individuums als Vorstellungen vorhandenen „Rechtssätze“ geben aber nie das ganze komplizierte Gefüge des Rechts wieder. Dieses letztere darf also nicht als aus solchen Rechtssätzen bestehend aufgefaßt werden. Unverständlich in dieser Überlegung bleibt freilich, woher Frenzel in seiner auf Psychisches und Physisches beschränkten Welt das „Recht“ nimmt, mit dem er die Vorstellungen in den Einzelseelen vergleicht.

Schon im Vorwort heißt es, daß „das Recht seinem Begriffe nach nichts als eine Gewohnheit ist“<sup>3)</sup>. Als „wesentliches Merkmal“ der Gewohnheit aber „bleibt allein die dauernde Eigenschaft der Seele übrig, welche die Vorstellung der Gewohnheitsgelegenheit mit dem Antrieb zur Gewohnheitshandlung verknüpft“<sup>4)</sup>. Die bisherige Lehre pflegte die Gewohnheit selbst noch nicht als Gewohnheitsrecht aufzufassen, sondern verlangte dazu das Hinzutreten eines Rechtssatzes. Das Vorhandensein von Rechtssätzen aber ist von Frenzel, wie wir sahen, ganz allgemein bestritten worden. So „bleibt nichts übrig, als das Handeln bei der gewohnheitsrechtlichen Übung, dem gewohnheitsmäßigen Handeln gleichzustellen“<sup>5)</sup>. „Das Gewohnheitsrecht ist eine Gewohnheit der Gemeinschaftsglieder“<sup>6)</sup>. Dazu wird die Begriffsbestimmung gegeben: „Eine Eigenschaft ist einer Gemeinschaft allgemein, wenn sie auf Einflüssen beruht, denen alle Glieder der Gemeinschaft ausgesetzt sind“<sup>7)</sup>. Ganz unumwunden wird es ausgesprochen, daß „das Gewohnheitsrecht etwas rein Innerliches, eine gewisse Eigenschaft der Seele ist, welche an und für sich das Recht ausmacht, ohne des Hinzutrittes gesetzlicher Genehmigung zu bedürfen“<sup>8)</sup>. Umgekehrt bestimmt vielmehr Frenzel „den Begriff des gesetzlichen Rechtes als eine allgemeine Gewohnheit der Staatsangehörigen, dem Gesetze zu gehorchen“<sup>9)</sup>. Gesetzliches Recht ist nur „diejenige Rechtsgewohnheit, welche durch den obersten Gehorsamsanlaß im Staat in Bewegung gesetzt wird“<sup>10)</sup>. Dieser Gehorsams-

1) Recht und Rechtssätze. Eine Untersuchung über den Rechtsbegriff der positiven Rechtswissenschaft, S. 1, 1892.

2) A. a. O., S. 2.

3) A. a. O., S. V.

4) A. a. O., S. 14.

5) A. a. O., S. 18.

6) A. a. O., S. 22. In Anmerkung 13 auf S. 22 wird gar völlige Identität von Gewohnheit und Recht ausgesprochen, indem es in einer Polemik gegen Adickes heißt: „Mir ist die Gewohnheit selbst Recht.“

7) A. a. O., S. 26.

8) A. a. O., S. 27.

9) A. a. O., S. 29.

10) A. a. O., S. 35.

anlaß ist eben das Gesetz, übrigens bisweilen sehr massiv als „Schriftstück“ aufgefaßt<sup>1)</sup>. So scheint Recht endgültig als Gewohnheit definiert zu sein. Nachträglich aber bemerkt Frenzel noch, „mit der allgemeinen Gewohnheit ist jedoch nur das *genus proximum* des Rechts bestimmt. Es fehlt noch die *differentia specifica*, das Merkmal, welches die rechtliche allgemeine Gewohnheit von einfacher allgemeiner Gewohnheit unterscheidet... Wo unzweifelhaftes objektives Recht, d. h. eine unzweifelhafte Rechtsgewohnheit besteht, da treten nach der Verletzung des Rechts, d. i. einer Abweichung von der Rechtsgewohnheit in höher entwickelten Kulturperioden regelmäßig Tätigkeiten gewisser Personen auf, welche schließlich mit der Anwendung physischer Gewalt an dem Rechtsbrüchigen zu enden pflegen. Diese Tätigkeiten zeigen sich jedoch nur regelmäßig, nicht unbedingt... Daher ist das Auftreten dieser Tätigkeiten schlechtweg nicht geeignet, ein begriffliches Merkmal des Rechts im Zustande seiner Verletzung abzugeben“<sup>2)</sup>. Darum ist „das unterscheidende Merkmal des Rechtsbegriffes nicht an Tätigkeiten, sondern an... Gewohnheiten zu suchen“<sup>3)</sup>. So ergibt sich die abschließende Begriffsbestimmung: „Wir nennen die allgemeine Gewohnheit... Recht, sofern weitere allgemeine psychische Assoziationen bestehen, welche bei der Vorstellung, daß ein Individuum von der Gewohnheit abgewichen sei, in den Gemeinschaftsgenossen dieses Individuums den Antrieb zur Ausübung physischer Gewalt an dem letzteren herbeiführen oder zulassen“<sup>4)</sup>.

Man kann also resumieren: Statt der Rechtssätze, die nur in den flüchtigen Vorstellungen der Einzelnen existieren, wird das Recht als besondere Art von Gewohnheit aufgefaßt, eine Gewohnheit, deren Nichtbefolgung wieder gewohnheitsmäßige Reaktion auslöst. Freilich ist man so noch immer nicht zu unmittelbar erlebbaren Tatsachen gekommen. Denn erlebt werden kann nur die aus der Gewohnheit hervorgehende Handlung, nicht die ihr zugrunde liegende Disposition — und nichts anderes ist die Gewohnheit — selbst. Im Grunde ist eine solche empirische Rechtslehre nur ein Rückfall in die alte vorkantische „Vermögenspsychologie“. Abgesehen von den sich daran knüpfenden rein psychologischen Schwierigkeiten krankt aber der Versuch vor allem an dem inneren Gebrechen des Psychologismus selbst, der alle idealen Gegenstände gewaltsam als psychisch deklariert und ihnen damit im Grunde ebenso wenig gerecht wird, wie ein Materialismus, dem alles — Psychisches und Ideales — unter der Hand zu Physischem wird. Beide widersprechen dem einfachen phänomenologischen Befund, führen „hölzernes Eisen“ ein.

Daß eine solche psychologisch-naturalistische Rechtstheorie sogar an den Materialismus zu streifen vermag, zeigt das Beispiel von August Sturm. Emphatisch heißt es bei ihm gleich zu Beginn: „Ich suche als Jurist unserer Zeit die Antwort auf empirischem Wege. Meine Erkenntnistätigkeit ist Wahrnehmung, ihren Erkenntnisinhalt verwerte ich; ich

1) A. a. O., S. 31.

2) A. a. O., S. 57.

2) A. a. O., S. 44f.

4) A. a. O., S. 67f.

will Tatsachen beobachten und sammeln<sup>1)</sup>. Logik wird wohl zugelassen, Naturrecht und Rechtsphilosophie aber von vornherein abgelehnt. „Das Recht als dem Menschen eigentümlich ist zunächst bei der Psychologie zu suchen. Es wird sich zeigen, daß uns die psychologische Forschung allein nicht genügt, daß wir eine Rechtspsychologie uns schaffen müssen, die allein die vielgesuchte ‚allgemeine Rechtslehre‘ darstellen wird“<sup>2)</sup>. „Die Anatomie als Hilfswissenschaft wird uns in der Scheidung der Willensnerven und der Gefühlsnerven unterstützen. Allerdings meines Erachtens nicht allzuviel zur Zeit<sup>3)</sup>. Es wird durch sie unser Fund an Wahrheit gewinnen, wenn es anatomisch möglich ist, daß die Übung anderer unter Umständen auf die Gefühlsnerven und aufs Rechtsgefühl wirkt, wie etwa ein Ton auf den Musikalischen, und daß dieses Gefühl, nicht der Intellekt, direkt auf die Willensnerven nach außen wirkt und nun der Recht Fühlende ebenso handelt wie die bereits das Recht Ausübenden“<sup>4)</sup>. „Das ‚Rechtsgefühl‘, welches zugleich bei den Mehreren in der Rechtsübung zunächst ohne weitere Erklärung entsteht, teilt sich, als zum Normgehorsam zwingend, der grauen Rinde mit, sammelt sich im Gedächtnis zu Assoziationen und treibt uns, wie ich gegen Jodl behauptete, aus der Einheit unseres Geistes heraus, durch ein Gefühlszentrum eigener Art zwingend, durch die motorischen Nerven nach ihm zu handeln... Es zwingt uns das Gefühlszentrum des Rechtstriebes in uns, das die metaphysische Einheit des Geistes, als notwendiges Organ desselben absolut nicht negiert“<sup>5)</sup>. Die letztere Wendung ist eine von den vielen wiederkehrenden, in denen sich Sturm gegen den ihm vermutlich selbst naheliegend scheinenden Verdacht des Materialismus wehrt. Der Rechtstrieb nun unterscheidet sich wesentlich von allen anderen Trieben. Alle anderen Triebe sind Selbsterhaltungstriebe. „Der Rechtstrieb aber ist die Gattung erhaltend zunächst, damit allerdings dann auch selbsterhaltend. Darin, daß im einzelnen der Trieb liegt, der Norm zu gehorchen, unabhängig von der Lust, liegt eine in uns liegende ursprüngliche Rücksichtnahme auf andere.“<sup>6)</sup> „Fassen wir meine Ansicht zusammen, so ruht das Recht auf dem beweisbar in uns allen liegenden Rechtsgefühl, das uns im Rechtstrieb antreibt, Rechtsnormen zu bilden und ihnen zu gehorchen.“<sup>7)</sup> Soweit wäre rein methodisch nichts einzuwenden. Das wäre ein Versuch, die Entstehung von Rechtsgedanken psychologisch zu erklären, ein Versuch, der wohl mit den untauglichen Mitteln einer unmöglichen Psychologie<sup>8)</sup> unternommen wird, aber nicht an sich sinnlos ist.

<sup>1)</sup> Revision der gemeinrechtlichen Lehre vom Gewohnheitsrecht unter Berücksichtigung des neuen deutschen Reichsrechts, S. 1, 1900.

<sup>2)</sup> A. a. O., S. 2.

<sup>3)</sup> Dieses „zur Zeit“ ist für die unbegrenzten naturwissenschaftlichen Hoffnungen jener Epoche überaus bezeichnend.

<sup>4)</sup> A. a. O., S. 3.

<sup>5)</sup> A. a. O., S. 5.

<sup>6)</sup> A. a. O., S. 9.

<sup>7)</sup> A. a. O., S. 26.

<sup>8)</sup> Wie diese Psychologie mit der Terminologie umspringt, das kann man beispielsweise einer beiläufigen Bemerkung auf S. 186f. entnehmen, wo es heißt: „Wenn einzelne ewig Blinde das Gefühl des Gesichts leugnen,

Statt nun aber die Gegenstände dieser Gedanken über Rechtsnormen, eben die Normen selbst oder ihren Inbegriff als Recht zu bezeichnen, gibt Sturm dem ganzen plötzlich eine naturalistische Wendung, indem er unmittelbar nach der früheren Stelle fortfährt: „Das Recht ist: das Verhalten des homo sapiens, sich nach Normen in Gesetz und Übung zu richten, nach denen sich andere richten, sich an diese Normen im Verkehr gebunden zu fühlen, an die sich andere gebunden fühlen.“<sup>1)</sup> Hier wird auf einmal der rein psychologische Standpunkt verlassen und durch die Bezugnahme auf Normen ein normativer bezogen. Sofort darauf aber kehrt die Darstellung wieder zur psychologisch-genetischen Frage zurück: „Ein Kreis von Menschen übt eine Handlung im Verkehr, bis sie ihm ohne Zwang der wertlosen Gewohnheit, aber auch ohne Reflexion infolge des Rechtsgefühls in uns, daß Recht sein und bleiben müsse, als Rechtshandlung erscheint. Ist damit das Recht in der Rechtsübung vorhanden, so ist es infolge des Rechtsgefühls auch für die anderen da und bindet dieselben an die Norm, wie es die Übenden bindet“<sup>2)</sup>. Es ist hoffnungslos, genau festzustellen, was nach Sturm Recht nun eigentlich sei. Nach der eben angeführten Stelle wohl ein Verhalten auf Grundlage des Rechtsgefühls. Damit stimmt auch eine Bemerkung auf Seite 227, während der erste Satz auf Seite 174 wieder an eine Identifizierung von Recht und Rechtsgefühl denken läßt. Aber wahrscheinlich ist es überhaupt kein aktuell Psychisches, sondern wieder nur eine allgemeine Anlage, „das Rechtswesen des Menschen“, das auch in Kindern und Wahnsinnigen als Anlage vorhanden ist<sup>3)</sup>.

Jedenfalls zeigt sich auch hier die Vorliebe des Psychologismus fürs Gewohnheitsrecht darin, daß dieses als das ursprüngliche Recht, das Gesetz als die „abgeleitete Form des Rechts“<sup>4)</sup> bezeichnet wird. Begreiflich! In der Welt des Psychologen ist ja das Gesetz nur eine Anhäufung von Druckerschwärze, während die Gewohnheit doch in den wirklichen Menschenseelen zu finden ist. Und überdies ist Gewohnheit als Disposition ein verhältnismäßig beharrendes Psychisches, nicht so flüchtig, wie die einzelnen Rechtsgedanken. Wollte man in reinem Psychologismus diese letzteren mit dem Recht identifizieren, so würde das Recht zu einem ständig intermittierenden Phänomen. Durch die Ableitung des Gesetzes aus dem Gewohnheitsrecht ist übrigens auch der Dualismus von Gesetz und Gewohnheit überwunden. Ein und derselbe Rechtstrieb äußert sich einmal als Gesetzesgehorsam, das andere Mal als *opinio necessitatis*<sup>5)</sup>. Und wegen der gemeinsamen Quelle wird auch die Möglichkeit einer gegenseitigen Derogation nicht als Schwierigkeit empfunden. „Es ist eine reine Tatfrage, wer durchdringt.“<sup>6)</sup> Freilich vermischt sich hier wieder seltsam ein geahntes theoretisches Prinzip mit der Frage der historisch-wirklichen Rechtsgeltung.

so ist das annormal...“ (Die Sperrung stammt von mir, die Schreibung „anormal“ steht bei Sturm.)

<sup>1)</sup> A. a. O., S. 26.

<sup>3)</sup> A. a. O., S. 191.

<sup>5)</sup> A. a. O., S. 196.

<sup>2)</sup> A. a. O., S. 26.

<sup>4)</sup> A. a. O., S. 27.

<sup>6)</sup> A. a. O., S. 171.

### Der Soziologismus.

Die Priorität der soziologischen Behandlungsweise des Rechts gebührt — abgesehen von unzulänglichen Ansätzen schon in alter Zeit — Eugen Ehrlich<sup>1)</sup>. Weil aber sein Hauptwerk erst später erschienen ist und er überdies vielleicht mehr Bedeutung als sozialer Rechtspolitiker denn als soziologischer Rechtstheoretiker hat, möge vorerst der konsequenteste Theoretiker der soziologischen Schule, Ignatz Kornfeld, besprochen werden.

In zwei bedeutenden Werken<sup>2)</sup> unternimmt Kornfeld den Versuch, das „Dogma von dem normativen Wesen des positiven Rechts zu bekämpfen und darzulegen, daß positives Recht als ein System tatsächlicher Regeln des gesellschaftlichen Lebens begriffen werden muß, dens eine normative Funktion nur infolge dieser ihrer tatsächlichen Geltung zukommt“<sup>3)</sup>. Die normative Auffassung gehe in „Jurisprudenz“ auf<sup>4)</sup>, sie frage bloß „was ist ‚positiv rechtens‘?“<sup>5)</sup> und mache so die Rechtswissenschaft zu einer bloßen Hermeneutik des positiven Rechts und damit im Zeitalter naturwissenschaftlicher Methoden zu einem Ekel für den tiefer denkenden Forscher<sup>6)</sup>. Sie habe nur praktische Ziele<sup>7)</sup>. Damit von einer wirklichen Wissenschaft vom Recht gesprochen werden könne — das war schon die schmerzlich empfundene Sehnsucht Kirchmanns —, muß man mit erkenntnistheoretischen Intentionen ans Recht herangehen und jede einzelne Rechtsordnung nur als ein „Exemplar einer allgemeinen Vorstellung vom positiven Recht überhaupt“<sup>8)</sup> betrachten, muß man die Frage stellen: „Was ist ‚positives Recht‘?“<sup>9)</sup> Eine solche „Allgemeine Rechtslehre“ ist nicht praktisch, denn sie stellt nicht Forderungen auf, sondern nur Urteile über Forderungen und „das Urteil übers Vorhandensein einer Forderung ist etwas von dieser Verschiedenes“<sup>10)</sup>. Klarer kann man kaum das Wesen der Rechtswissenschaft aussprechen. Sie ist eine Wissenschaft vom Sollen, also eine normative, sofern sie es mit Normen zu tun hat, das ist mit Gegenständen, die ihrem Wesen nach Sollen sind. Sie ist aber auch zugleich eine Wissenschaft vom Sein, sofern nämlich die Wissenschaft vom positiven Recht nicht selbst die Normierungen vollzieht, sondern ihr das Ergebnis von Normierungen, die von wem immer vollzogen sein mögen, die Normen als seiende, vorliegen.

<sup>1)</sup> Mit seiner kleinen Schrift „Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts“, 1907.

<sup>2)</sup> Soziale Machtverhältnisse. Grundzüge einer allgemeinen Lehre vom positiven Rechte auf soziologischer Grundlage, 1911. — Allgemeine Rechtslehre und Jurisprudenz, 1920. — Kornfeld selbst bemerkt in der Vorrede zum zweiten Werk, daß sich ein zutreffendes Bild seiner Lehre nur aus beiden Werken zusammen gewinnen lasse. Es ist daher berechtigt, sie „promiscue“ zu gebrauchen. Das erste wird hier als „S. M.“, das zweite als „A. R.“ zitiert.

<sup>3)</sup> S. M., S. III f.

<sup>4)</sup> A. R., S. 3 f.

<sup>5)</sup> S. M., S. 17.

<sup>6)</sup> A. R., S. 2.

<sup>7)</sup> A. R., S. 4.

<sup>8)</sup> A. R., S. 4.

<sup>9)</sup> S. M., S. 16.

<sup>10)</sup> A. R., S. 17.

Den Weg zu dieser Erkenntnis aber schneidet sich Kornfeld von vornherein dadurch ab, daß er meint: „Eine Forderung (Gebot oder Verbot) heißt Norm, wenn mit ihr die Vorstellung einer Quelle objektiver Pflichten; Imperativ, wenn mit ihr die Vorstellung einer Quelle subjektiver Motivationen verbunden wird. Wird also positives Recht als ein Komplex von Forderungen erklärt, so können darunter, mag man sie auch ‚Normen‘ nennen, doch nur Imperative verstanden sein.“<sup>1)</sup> Die Normen gehören somit offenbar ins Gebiet der Ethik, während fürs Gebiet des Rechts nur Imperative in Frage kommen. Als die subjektive Quelle der Rechtsimperative könnte nun auf den ersten Blick der „Gesetzgeber“ erscheinen. Jedoch „die Einsicht, daß die Autorität der Gesetzgebungsorgane selbst nur auf positivem Recht beruht, drängt zur Aufstellung einer anders gearteten Autorität, für welche verschiedene Namen: ‚Allgemeiner Wille‘, ‚Gesamtwille‘, ‚Verbandswille‘, ‚Volksgeist‘ angewendet werden. Diese Normen können zweifachen Sinn haben: Sie enthalten entweder die logische Anforderung zur Vorstellung eines substantiellen Willensträgers, einer Persönlichkeit, oder aber die logische Anforderung zur Vorstellung einer Regel tatsächlichen Willens und Verhaltens der Gesellschaftsmitglieder.“<sup>2)</sup> Die Imperativtheorie sei zur ersten Alternative gedrängt, die auf eine Hypostasierung hinausläuft.

Für eine an der Naturwissenschaft orientierte Erfahrungslehre des Rechts ist das unzulässig. „Ebenso wie die Naturwissenschaften sich des Wortes ‚Natur‘ als gleichbedeutend mit dem Inbegriff der ‚Naturgesetze‘ bedienen, mag die Rechtswissenschaft den Ausdruck ‚Gesamtwille‘ zur substantivischen Zusammenfassung aller Regeln des gesellschaftlichen Verhaltens gebrauchen. Nur in diesem Sinne, nicht aber im Sinne eines wollenden Wesens oder einer Persönlichkeit soll das Wort ‚Gesamtwille‘ in den folgenden Ausführungen verstanden werden.“<sup>3)</sup> Während aber die Naturgesetze auf dem Kausalitätsprinzip beruhen und darum exakt und gewiß wären, gebe es auf Seite der Rechtswissenschaft nur „empirische Regeln“, die, von gewissen Ähnlichkeiten ausgehend, mit Wahrscheinlichkeit aussagen: „Auf ähnliche Erscheinungen folgen ähnliche Erscheinungen.“<sup>4)</sup> Schon hier muß die Kritik einsetzen. Die ganze Gegenüberstellung zeugt von einer maßlosen Überschätzung der Naturwissenschaft. Es muß mit allem Nachdruck festgestellt werden, daß gerade die Naturgesetze empirisch sind, induktiv gewonnen werden und darum nie mehr als eine — freilich oft große — Wahrscheinlichkeit zu bieten vermögen. Aber auch die Grenzen ihrer Exaktheit dürfen selbst in den insbesondere so genannten exakten Naturwissenschaften nicht überschritten werden. In Wirklichkeit ist jede physikalische Messung mit Fehlern behaftet und es ist zum Beispiel charakteristisch, daß sich die empirisch feststellbaren Effekte einer Theorie, die sicher den exakten Wissenschaften angehört, der Relativitätstheorie, fast sämtliche in diesem Fehlergebiete bewegen. Kornfeld hat hier einfach den tatsächlich bestehenden Grad-

---

1) A. R., S. 24.

2) S. M., S. 25.

2) S. M., S. 8.

4) S. M., S. 26.

unterschied an Exaktheit zwischen (Natur-)Gesetz und Regel in einen Wesensunterschied verwandelt.

Vollends unverständlich aber ist es, wenn er von dem Versuch spricht, „die empirischen Regeln des Geschehenden durch nicht minder empirische Gebote eines Geschehensollenden zu ersetzen, welche nur dadurch den Anschein exakter Gesetze erwecken, daß in ihre abstrakten und schon deshalb vieldeutigen Formeln jeweilig das hineininterpretiert wird, dessen es im gegebenen Falle bedarf, um mit den Tatsachen der Erfahrung in Übereinstimmung zu bleiben“<sup>1)</sup>. Man möchte meinen, daß die Abstraktheit einer physikalischen Formel, die Kornfeld doch wohl für ein Gesetz halten würde, kaum überboten werden kann, aber noch niemand hat gefunden, daß an ihr besonders leicht Interpretationskünste anzugreifen vermögen, um die Übereinstimmung mit den Tatsachen der Erfahrung herzustellen. Vollends unerfindlich aber ist es, was an einem Sollen empirisch genannt werden kann. Gegenstand der Erfahrung können dabei doch höchstens die Handlungen sein, die dem Sollen entsprechen oder nicht entsprechen, ohne daß das letztere aber den Bestand des Sollens berührte.

Wieder nach dem Vorbild der Naturwissenschaft und der naturwissenschaftlich orientierten Soziologie bezeichnet Kornfeld die Rechtsregeln als „Voraussagen des Inhalts, daß die Rechtsgenossen unter bestimmten Voraussetzungen bestimmte Verhaltensweisen beobachten werden“<sup>2)</sup>. Das könnten aber noch beliebige soziale Regeln sein. Um sie unter diesen verschiedenen anderen gerade als rechtliche auszeichnen zu können, wird mit einer schroffen Wendung die naturwissenschaftlich kausale Methode verlassen und auf eine teleologische rekurriert. „Die dem Zwecke der Selbstbehauptung gesellschaftlichen Lebens dienenden Regeln sind die Rechtsregeln, die aus ihnen hervorgehende Gesellschaftsart ist die Rechtsgesellschaft.“<sup>3)</sup> Hier scheinen auch plötzlich die Regeln vor der Rechtsgesellschaft da zu sein, sie erst zu konstituieren, statt daß sie bloß aus dem rein tatsächlichen Verhalten dieser Gesellschaft abgelesen würden. Welchem Bereich von Gegenständen nun eigentlich das Recht angehört, wird nicht klar. Soeben wurde es teleologisch oder normativ, genauer gesprochen: juristisch, bestimmt. Dazu stimmt es, daß die „rechtliche Verbindlichkeit von der ethischen Rechtspflicht, vom Sollen“ (in der Terminologie Kornfelds) unterschieden wird<sup>4)</sup>. Andererseits wird sie „auch nicht einem Verhältnis naturgesetzlicher Notwendigkeit, einem Müssen gleichgehalten“<sup>4)</sup>. Richtig heißt es an einer anderen Stelle: „Alles sinnlich Wahrnehmbare gehört der seienden Welt an, aber nicht alles Seiende oder Tatsächliche ist sinnlich wahrnehmbar. Auch jene Bestandteile der Erfahrungswelt, welche bloß mit dem Verstande erfassbar sind, gehören der Welt des Seienden, nicht der Welt des Seinsollenden an.“<sup>5)</sup> Da somit das sinnlich Wahrnehmbare ausgeschieden ist und ander-

1) S. M., S. 27 f.

2) S. M., S. 32.

3) A. R., S. 73.

4) S. M., S. 44.

5) A. R., S. 90.

seits auch nicht angenommen werden kann, daß Kornfeld das Recht als ein Psychisches auffasse, bleibt für es in der Welt des Seins nur mehr der Bereich der idealen Gegenstände. Aber das ist ausgeschlossen, weil für den Begriff der Befugnis, der offenbar von derselben Natur sein muß wie das Recht, „realer Charakter im Gegensatz zu einem bloßen idealen ‚Erlaubtsein‘“ in Anspruch genommen wird<sup>1)</sup>. So ist — eine tragische Ironie für eine realistische Theorie — das Recht ins Niemandsland verwiesen, eigentlich ad absurdum geführt. Der Grund dafür ist natürlich, daß Kornfeld den Rechtsbegriff zwischen Sein und Sollen unbestimmt in der Schwebe läßt, denn „die Rechtsregeln haben... eine doppelte Geltungsart: a) die tatsächliche Geltung, in welcher die Rechtsregel ein bestimmtes, soziale Machtverhältnisse begründendes, gleichmäßiges Verhalten der Rechtsgenossen abstrakt ausdrückt; b) die normative oder ethische Geltung, welche die an jeden einzelnen ergehende Aufforderung enthält, sich selbst zu einem rechtmäßigen Verhalten, das ist zum Anschlusse an die Rechtsregeln und zur Mitwirkung an den Rechtszwecken zu bestimmen“<sup>2)</sup>. Obwohl selbst diese Scheidung nicht konsequent aufrechterhalten wird<sup>3)</sup>, so wird doch überwiegend mit dem ersten Begriff operiert.

Als Rechtsquelle erscheinen in der empirischen Betrachtungsweise des Autors „die tatsächlichen Entstehungsgründe oder Quellen des regelmäßigen rechtlichen sozialen Verhaltens“, das sind „gleichartige Motivationen, welche die Rechtsgenossen behufs Wahrung eines sozialen Interesses zu einem, soziale Mächten und Machtbeschränkungen begründenden, gleichartigen Verhalten bestimmen“<sup>4)</sup>. Zwar wird für Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht ein verschiedener Wahrscheinlichkeitsgrad der entsprechenden Rechtsregeln in Anspruch genommen<sup>5)</sup>. Schließlich dringt aber doch der Grundzug alles Naturalismus durch und wird das Gesetzesrecht auf Gewohnheitsrecht zurückgeführt. Denn der Gesetzesbefehl ist zunächst nur „die einen Rechtssatz enthaltende Willenserklärung der... staatlichen Organe dahin, daß ein jenem Rechtssatz entsprechendes Zusammenwirken der Rechtsgenossen stattfindet“. Erst „kraft der dem Befehl entsprechenden Gehorsamsregel wird der so befohlene Rechtssatz zum tatsächlich geltenden Gesetz, zur Rechtsregel“<sup>6)</sup>. Aber diese „umfassendste aller Rechtsregeln, die Regel des Gehorsams der Staatsgenossen gegenüber den Befehlen der staatlichen Gesetzgebungsorgane gehört dem Gewohnheitsrechte an“<sup>7)</sup>. Da aber anderseits der Gesetzesbefehl in jeder Richtung von der ihn begleitenden Gehorsamsregel abhängig ist<sup>8)</sup>, ist nicht zu verstehen, wie der Rechtsregel des Gesetzesrechts ein höherer Wahrscheinlichkeitsgrad zukommen soll, als der des Gewohnheitsrechts.

Das Gewohnheitsrecht selbst aber wird noch weiter auf das Rechtsgefühl zurückgeführt, das ausdrücklich als der eigentliche Sinn der

<sup>1)</sup> S. M., S. 40.

<sup>3)</sup> Vgl. z. B. S. M., S. 82f.

<sup>5)</sup> S. M., S. 30.

<sup>7)</sup> S. M., S. 95.

<sup>2)</sup> S. M., S. 59.

<sup>4)</sup> S. M., S. 73.

<sup>6)</sup> S. M., S. 82.

<sup>8)</sup> S. M., S. 82 unten.

opinio necessitatis erklärt wird. „Der wahre Begriff jener Notwendigkeit kann... nur darin liegen, daß die Handlungen nicht als solche des isolierten, sondern als solche des sozialen Lebens vorgenommen werden.“<sup>1)</sup> „Als selbständige Rechtsquelle fungiert Rechtsgewohnheit nur dadurch, daß und nur dann, wenn ihr Bestand auf eine Gleichmäßigkeit des Gefühls für die sozialen Interessen und damit zugleich auf eine Gleichmäßigkeit des entsprechenden künftigen Verhaltens der Rechtsgenossen schließen läßt. Eine jede Rechtsgewohnheit setzt daher ein die Rechtsgenossen der Regel nach erfüllendes, d. h. positives, Rechtsgefühl als zu ihrer Entstehung erforderlichen Faktor voraus.“<sup>2)</sup> Es ist selbstverständlich, daß bei der Zurückführung des Gesetzes- und Rechtsgewohnheitsrechts auf die gemeinsame Quelle des positiven Rechtsgefühls Fragen der Kollision überhaupt nicht auftreten<sup>3)</sup> und Fragen des derogatorischen Rechtsgewohnheitsrechts keine Schwierigkeit bereiten können. „Ein gesetzliches Verbot der Entstehung von Rechtsgewohnheit stünde annähernd auf der gleichen Stufe, wie ein gesetzliches Verbot von Änderungen der Staatsordnung im Wege der Revolution.“<sup>4)</sup>

Noch bevor Sinzheimer sein Programm von der Unterscheidung zwischen Rechtsordnung und Rechtswirklichkeit formuliert hatte, hatte Eugen Ehrlich es bereits zu verwirklichen begonnen mit zwei kleineren Schriften, „Soziologie und Jurisprudenz“ (1906)<sup>5)</sup> und „Die Tatsachen des Rechtsgewohnheitsrechts“ (1907)<sup>6)</sup>, auf die er später seine „Grundlegung der Soziologie des Rechts“ (1913)<sup>7)</sup> folgen ließ. Seine grundlegenden Ansichten sind übrigens noch viel früher in Schriften ausgesprochen, die überwiegend in einen anderen Zusammenhang gehören und darum auch erst dort besprochen werden sollen<sup>8)</sup>. Auch hier bilden die verschiedenen angeführten Veröffentlichungen so sehr ein auch durch reichliche gegenseitige Zitate zusammengeschlossenes Ganzes, daß es erlaubt ist, ohne Rücksicht auf die Zeitfolge allein nach systematischen Gesichtspunkten ihnen die Belege zu entnehmen.

Es ist dabei wegen der überaus schwankenden Terminologie des Verfassers auf kein eindeutiges Ergebnis zu hoffen. Das gilt schon für die Frage nach dem Begriff des Rechts überhaupt. Es könnte psychologisch klingen, wenn er sagt: „Recht und Rechtsverhältnis ist ein gedankliches Ding, das nicht in der greifbaren sinnlich wahrnehmbaren Wirklichkeit, sondern in den Köpfen der Menschen lebt. Es gäbe kein Recht, es gäbe auch kein Rechtsgewohnheitsrecht, wenn es keine Menschen

1) S. M., S. 92.

2) S. M., S. 93.

3) S. M., S. 96.

4) S. M., S. 98.

5) Zuerst erschienen in Maximilian Hardens „Zukunft“, 54. Bd., 1906; dann noch im selben Jahr etwas erweitert in der „Österreichischen Richterzeitung“. Zitiert: „S. J.“.

6) Inaugurationsrede, gehalten am 2. Dezember 1906. Zitiert: „T. G.“.

7) Eine zweite Auflage erschien als unveränderter Neudruck im Jahre 1929. Zitiert: „G. S.“.

8) Vgl. unten S. 93 f.

gäbe, die darüber nachdenken würden.“<sup>1)</sup> Aber wahrscheinlich ist trotz der unklaren Ausdrucksweise nicht gemeint, das Recht sei ein Gedanke, also ein Psychisches. Vermutlich soll, wie bei vielen nur in der Ausdrucksweise psychologistischen Autoren damit ein Gebilde jenes Zwischenreiches zwischen subjektivem Psychischen und objektivem Gegenstand — der nicht realer Natur sein muß — gemeint sein, dem „Ideen“, „Überzeugungen“, „Gedanken“ usw. angehören<sup>2)</sup>. Denn andererseits heißt es wieder: „Das Recht ist eine Ordnung... eine Organisation, d. i. eine Regel, die jedem Angehörigen der Genossenschaft seine Stellung, seine Über- und Unterordnung in der Gemeinschaft und seine Aufgaben anweist.“<sup>3)</sup> Es scheint also, als wäre der Charakter des Rechts, als einer Norm gegenüber allem rein Tatsächlichen erkannt.

Damit entsteht aber auch die Aufgabe, die Rechtsnormen von anderen Normarten zu unterscheiden. Worin liegt dieser Unterschied? „Eine Rechtsnorm unterscheidet sich von einer sittlichen Norm durch ihre Natur und ihren Inhalt ebenso, wie sich eine sittliche Norm durch ihre Natur und ihren Inhalt von einer religiösen Norm, einer Anstandsnorm oder einer Regel des guten Tones unterscheidet.“<sup>4)</sup> Die Verweisung auf die „Natur“ ist ohne nähere Angabe wertlos. Denn es ist selbstverständlich, daß alle Unterschiede zwischen irgendwelchen Gegenständen in ihrer Natur, d. i. in ihrem Wesen oder Sosein begründet sein müssen. Was aber die Charakterisierung durch den Inhalt betrifft, so hat Ehrlich selbst in einer früheren Arbeit erklärt: „dies ist ganz bestimmt unrichtig“<sup>5)</sup>. Dieser seiner Meinung kann man sich nur anschließen. Wohl werden später zwei, freilich selbst wieder recht vage, Merkmale beigebracht: „Die Rechtsnorm regelt, wenigstens nach der Empfindung der Gruppe, von der sie ausgeht, eine Sache von großer Wichtigkeit, von grundlegender Bedeutung, andererseits ist die Rechtsnorm im Gegensatz zu anderen Normen stets in klaren bestimmten Worten ausdrückbar.“<sup>6)</sup> Das letztere muß von vornherein abgelehnt werden, denn offenbar gibt es eine ganze Anzahl von ethischen Regeln, die nicht minder klar ausdrückbar sind als Rechtsnormen und andererseits Rechtsnormen, die — weil etwa gewohnheitlich entstanden oder sonst stillschweigenden Erklärungen entsprungen — überhaupt nicht formuliert sind.

Allerdings gibt Ehrlich als eigentlich entscheidendes Unterscheidungsmerkmal ein anderes an, dessen rein naturalistischer und (sozial-)psychologischer Charakter offen auf der Hand liegt. „Die Frage nach dem Gegensatz der Rechtsnorm und der außerrechtlichen Normen ist

<sup>1)</sup> T. G., S. 3.

<sup>2)</sup> Vgl. darüber meine Abhandlung „Gegenstandstheoretisches zum Begriff des Irrealen bei Nicolai Hartmann“ im Philosophischen Anzeiger, IV, S. 179, 1930.

<sup>3)</sup> G. S., S. 17f.

<sup>4)</sup> S. J., S. 6.

<sup>5)</sup> „Über Lücken im Recht“ in den Juristischen Blättern, 17. Bd., S. 523, 1888.

<sup>6)</sup> G. S., S. 134f.

nicht eine Frage der Gesellschaftswissenschaft, sondern der gesellschaftlichen Psychologie. Die verschiedenen Arten von Normen lösen verschiedene Gefühlstöne aus und wir antworten auf Übertretung verschiedener Normen nach ihrer Art mit verschiedenen Empfindungen. Man vergleiche das Gefühl der Empörung, das einem Rechtsbruche folgt, mit der Entrüstung gegenüber einer Verletzung des Sittengebotes, mit der<sup>1)</sup> Ärgernis aus Anlaß einer Unanständigkeit, mit der Mißbilligung der Taktlosigkeit, mit der Lächerlichkeit beim Verfehlen des guten Tones und schließlich mit der kritischen Ablehnung, die die Modehelden denen angedeihen lassen, die sich nicht auf ihrer Höhe befinden. Der Rechtsnorm ist eigentümlich das Gefühl, für das schon die gemeinrechtlichen Juristen den so bezeichnenden Namen *opinio necessitatis* gefunden haben. Danach muß man die Rechtsnorm erkennen.“<sup>2)</sup> Abgesehen von der Schwierigkeit, diese verschiedenen Gefühlstöne voneinander zu unterscheiden, dürfte auch, soweit dies möglich ist, eine andere gefühlsmäßige Beurteilung durchaus nicht ausgeschlossen sein. Ich bezweifle sehr, ob die Mehrzahl der Menschen „empört“ ist, wenn jemand „zur Winterszeit außer an dazu bestimmten Strecken auf dem Eise schleift“, auch in Österreich, obwohl es da durch § 338 StGB. verboten ist. Oder sollte etwa deswegen die Norm aufgehört haben, geltendes Recht zu sein? Müßte der Richter Gefühlstöne untersuchen, um festzustellen, ob die Norm, nach der er urteilen soll, überhaupt eine rechtliche ist? Diese Unbestimmtheit des Rechtsbegriffes muß sich natürlich auch in den weiteren Ausführungen auf Schritt und Tritt bemerkbar machen.

Ehrlich erinnert daran, „daß der uns wohlbekannteren, von Gericht, Rechtszwang und Rechtsvorschriften in Schranken gehaltene Gesellschaft eine andere Gesellschaft vorausging, der all das noch fremd gewesen ist, die sich aber doch bereits einer leidlichen Ordnung erfreute.“<sup>3)</sup> Schon damals hätten sich die Menschen nach gewissen Regeln gerichtet, die freilich dem Juristen von heute zunächst als bloße Tatsache gelten würden. „Diese Tatsachen, anscheinend sehr verschiedenartig, lassen sich doch auf einige wenige zurückführen, d. s. . . . folgende: die Übung, die Herrschaft, der Besitz, die Willenserklärung.“<sup>4)</sup> Dabei sei die Übung „nicht etwa mit dem ‚Gewohnheitsrecht‘ zu verwechseln. Es handelt sich nicht um die Übung von Rechtssätzen. Übung bedeutet hier: wie es bisher gehalten wurde, soll in Zukunft die Norm abgeben.“<sup>4)</sup> Das sind „die Quellen, aus denen das gesellschaftliche Gewohnheitsrecht fließt“<sup>5)</sup>. Aber andererseits sind doch diese Tatsachen selbst nicht nur Quellen des Rechts, sondern „bereits keimende und werdende Rechte und Rechtsverhältnisse und als solche finden wir in etwas späterer Zeit gleichgeartete Tatbestände wieder“<sup>6)</sup>. Erinnern wir uns jetzt, daß eines der Kriterien des Rechts für Ehrlich der Inhalt ist, so verstehen wir, daß er dieser Sachlage gegenüber meint: „Es ist gar nicht einzusehen, warum ganz

---

1) Sic!

3) T. G., S. 4.

5) T. G., S. 25.

2) G. S., S. 132.

4) G. S., S. 69.

6) T. G., S. 4.

gleichgeartete Normen, Normen, die alle wesentlichen Merkmale gemein haben, Recht sein sollen oder nicht, je nachdem sie für die richterliche Entscheidung maßgebend sind.“<sup>1)</sup> Diese „Organisationsformen“ sind die „Normen erster Ordnung“, die die Lebensverhältnisse der Gesellschaft regeln. Grundsätzlich davon zu unterscheiden sind die „Normen zweiter Ordnung“, die „Entscheidungsnormen“. Sie gehören nicht der inneren Ordnung der gesellschaftlichen Verbände an, sind Regeln für die Gerichte, nicht unmittelbar für die Menschen, über die die Gerichte zu richten haben<sup>2)</sup>. Denn „jeder Rechtssatz, der den Entscheidungen der Gerichte die Grundlage abgeben soll, ist selbst eine Entscheidungsnorm, in Worte gefaßt und in autoritativer Weise verkündet, mit dem Anspruch auf Allgemeingültigkeit, aber ohne Beziehung auf den Rechtsfall, der sie veranlaßt haben mag“<sup>3)</sup>.

Woher aber nehmen die Gerichte die Entscheidungsnormen? Aus den oben dargestellten halb vorrechtlichen, halb gewohnheitsrechtlichen Gesellschaftsregeln. „Damit . . . das Gewohnheitsrecht, das in der Gesellschaft entstanden ist, zu festen, bestimmten, in Worten gefaßten Entscheidungsnormen erstarre, muß es entweder durch die Rechtswissenschaft oder durch die Rechtsprechung oder durch die Gesetzgebung hindurchgehen. . . . Wird. . . . an dem hier vertretenen Standpunkt festgehalten, so gelangt man an Stelle der von ganz äußerlichen Merkmalen ausgehenden Zweiteilung der Rechtsquellen in Gesetz und Gewohnheitsrecht zunächst zu einer Dreiteilung: 1. vor allem das eigentliche Gesetz, die nicht nur äußerlich vom Gesetzgeber ausgehende, sondern auch inhaltlich von ihm geschaffene, also im bisherigen Rechte noch nicht enthaltene obrigkeitliche Anordnung, dann 2. die von der Gesetzgebung, Rechtsprechung oder Rechtswissenschaft ausgehenden Entscheidungsnormen, 3. das eigentliche gesellschaftliche Gewohnheitsrecht.“<sup>4)</sup> Ihm gegenüber habe „die herrschende Lehre vom Gewohnheitsrechte zwei sehr verschiedene Dinge vermengt: die gesellschaftlichen Einrichtungen einerseits, und die aus ihnen gezogenen Entscheidungsnormen anderseits“<sup>4)</sup>. Freilich erscheint die vorgeschlagene Dreiteilung auch nicht befriedigender. Man beachte vor allem, daß im Falle 1 der historische und soziologische Standpunkt völlig verlassen ist und der Gedanke eines gleichsam im luftleeren Raum schwebenden Gesetzgebers auftaucht, der ganz willkürlich und unabhängig von soziologischen Einflüssen Gesetze erläßt. Überdies fällt 1. ganz offenbar unter 2., denn solche Gesetze, die bestimmt nicht der inneren Ordnung der Gesellschaft angehören, müssen notwendig Entscheidungsnormen sein, mögen sie auch sekundär die Verbandsmitglieder selbst bestimmen. So ist auch Ehrlich bei einer Zweiquellentheorie angelangt, die sich von der traditionellen nur darin unterscheidet, daß das Sammelsurium sich nicht — wie Ehrlich früher beanstandet hatte — im Gewohnheitsrecht, sondern in der Gruppe der Entscheidungsnormen findet. An die Stelle einer Zweiteilung nach der

1) S. J., S. 6.

2) G. S., S. 138.

3) G. S., S. 98.

4) T. G., S. 28.

Quelle ist eine solche nach dem Normadressaten getreten. Die Entscheidungsnormen, mögen sie entstanden sein, wie sie wollen, wenden sich an die behördlichen Organe und geben ihnen Regeln für die Entscheidung. Die andere Gruppe besteht aus Normen, die sich unmittelbar an die den Behörden unterstehenden Menschen richten und — hier tritt doch wieder der Gesichtspunkt der Quelle auf — auch innergesellschaftlich entstanden sind.

Den geistesgeschichtlichen Standort Ehrlichs erkennt man an seinen methodologischen Ausführungen über Wesen und Aufgaben der Rechtswissenschaft. Soll sie sich mit den Organisationsformen oder mit den Entscheidungsnormen befassen?<sup>1)</sup> Zunächst wohl mit den Entscheidungsnormen. Da diese aber oft nur von den Organisationsformen aus verstanden werden können, so muß es „neben der rein juristischen noch eine gesellschaftliche Betrachtung des Rechtes“ geben<sup>2)</sup>. „Jurisprudenz dieser Art ist. . . eine Morphologie der menschlichen Gesellschaft.“<sup>3)</sup> Das ist aber nicht nur eine so nebenbei mögliche Betrachtungsweise, sie ist für eine wissenschaftliche Jurisprudenz vielmehr unerlässlich, denn nur „so wird die Jurisprudenz zur Rechtswissenschaft, zur Lehre vom Recht als gesellschaftlicher Erscheinung; als solche ist sie ein Zweig der Soziologie“<sup>4)</sup>. Dabei handelt es sich „nur um die Soziologie in dem Sinne. . . , wie sie von Auguste Comte verstanden worden ist und wie sie sich im Laufe des 19. Jahrhunderts allmählich zu einer besonderen Wissenschaft ausgebildet hatte. Sie ist eine Naturlehre von den Gruppenbildungen zunächst im Sinne Comtes wohl nur der Menschen, obwohl diese Beschränkung weder geboten, noch erwünscht ist.“<sup>5)</sup> Soll mit dieser letzten Bemerkung eine Billigung des weitergehenden allgemeinen naturalistischen Programmes ausgesprochen sein, wie es Spencer entworfen hatte, auf den Ehrlich als auf den Nachfolger Comtes auch ausdrücklich verweist?<sup>6)</sup> Soziologie soll eine ausschließlich explikative wertfreie Disziplin, geschieden von aller Sozialpolitik, sein: „Je n'impose rien, je ne propose même, j'expose.“<sup>7)</sup>

Ehrlich glaubte in den „Tatsachen des Gewohnheitsrechts“ die Gebilde gefunden zu haben, die den Übergang vom Faktum zur Norm darstellen. In diesem Stadium des Prozesses kann es wohl auch geschehen, daß soziale Norm und Staatsnorm nebeneinander bestehen, bis die erstere in die letztere übergegangen ist. Solche Fälle behandeln noch zwei, im übrigen theoretisch weniger ertragreiche Autoren, auf die hier immerhin verwiesen werden soll.

Der eine ist Stanislaus Dniestrzański mit seiner Arbeit „Das Gewohnheitsrecht und die sozialen Verbände“ (1905)<sup>8)</sup>. Derselbe Autor

1) S. J., S. 10.

2) S. J., S. 17.

3) S. J., S. 11.

4) S. J., S. 19.

5) S. J., S. 19f.

6) S. J., S. 18.

7) S. J., S. 20.

8) Zuerst erschienen in der Österreichischen Richterzeitung.

schrrieb noch später über „Das Problem des Volksrechts“<sup>1)</sup>. Er war, wie Ehrlich, Professor in Czernowitz, und es scheint, daß die unmittelbare Beobachtung primitiv gewohnheitsrechtlicher Zustände in der Bukowina für beide Autoren den Anstoß zu ihren Untersuchungen gab.

Von einer ganz anderen Seite kommt Julius Hatschek her. Beobachtungen der Verfassungswandlungen einerseits und gewisse Parallelerscheinungen des Sprachlebens andererseits wiesen ihn hin auf eine noch vorrechtliche, rein gesellschaftliche Normengruppe, über die er ausführliche, auch geistesgeschichtlich gestützte Untersuchungen anstellt in seinem Aufsatz „Konventionalregeln oder über die Grenze der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung im öffentlichen Recht“<sup>2)</sup>.

## Der juristische Modernismus.

### Geistesgeschichtliche Voraussetzungen.

Es ist kein Zufall, daß die Epoche, der wir uns nunmehr zuwenden, unter anderen Namen auch den Namen des Modernismus trägt, einen Namen, der ja durchaus nicht juristischen Ursprungs ist. Er bezeichnet von Haus eine im Schoß der katholischen Theologie entstandene Bewegung. Aber wie der Name selbst andeutet, handelt es sich dabei ja nur um die theologische Auswirkung des Denkens der Zeit überhaupt. Und aus diesem Zeitdenken ging auch der juristische Modernismus hervor. Kampf gegen Scholastizismus und starre Dogmatik war ein Schlachtruf des theologischen Modernismus. Gegen den Kult des Gesetzes und gegen die Begriffsjurisprudenz war der juristische gerichtet. Erlebnisreligion und Primat des Ethos vor dem Logos forderte der theologische Modernismus. Er begünstigte unter pragmatistischem Einfluß von Amerika her die sogenannten aktiven Tugenden. Rechtsgefühl gegen logischen Mathematismus, eine Jurisprudenz, deren einziges Richtigkeitskriterium die Brauchbarkeit ist, war die Forderung des juristischen Modernismus. Wie der theologische Modernismus an die Stelle der Dogmatik das Offenbarungserlebnis großer religiöser Prophetenpersönlichkeiten setzen wollte, so begünstigte der juristische die Persönlichkeit des Richterkönigs gegenüber dem schematischen Gesetz. Und selbst der Anlaß war hüben und drüben verwandt. Der theologische Modernismus stand unter dem Eindruck, daß sich die ganze Stofffülle moderner Wissenschaft nicht mehr mit dem Netz der alten kirchlichen Dogmatik umspannen lasse. Der juristische glaubte, der Lebensfülle der nach Tempo und Inhalt ungeheuer gesteigerten Gegenwart gegenüber immer mehr „Lücken im Recht“ zu entdecken. Ein heißes Wollen, dem modernen Leben gerecht zu werden,

<sup>1)</sup> Archiv für die zivilistische Praxis, 132. Bd., S. 257 ff., 1930.

<sup>2)</sup> Das öffentliche Recht der Gegenwart. Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, III, S. 1 ff., 1909. — In kritischer und durchaus ablehnender Weise hat dazu Stellung genommen Friedrich Tezner in seinem Artikel „Konventionalregeln und Systemzwang“ in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht, 42. Bd., S. 557 ff., bes. S. 565 f., 1916.

ein drückendes Gefühl von der Unzulänglichkeit der bisherigen Mittel und ein oft mehr aus diesen emotionalen als aus theoretischen Quellen gespeister Versuch, ein neues Weltbild, aber auch eine neue Weltgestaltung zu schaffen, kennzeichnet diese Periode<sup>1)</sup>. Wie eng sie dabei — wenigstens in der Rechtswissenschaft — mit der vorhergehenden zusammenhängt, das kommt schon rein äußerlich darin zum Ausdruck, daß es führende Köpfe gibt, die zugleich im naturalistischen und im modernistischen Lager stehen und daß einer der Größten an sich selbst die Entwicklung vom einen zum anderen Standpunkt durchgemacht hat.

Wieder kann man erste Ansätze bei Kirchmann finden in seinem wahrhaft revolutionären Vortrag über „Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“. Ganz im Sinne des antiintellektualistischen Modernismus heißt es da: „Das Recht kann nicht sein ohne das Moment des Wissens und Fühlens. Ein Volk muß wissen, was das Recht im einzelnen Falle fordert und es muß mit Liebe seinem Rechte ergeben sein. Wird dem Rechte dieses Moment genommen, so bleibt es wohl ein großes Kunstwerk, aber ein todes, kein Recht mehr! Indem nun die Wissenschaft ans Recht als ihren Gegenstand herantritt, ist die Zerstörung dieser Elemente unvermeidlich. Das Volk verliert die Kenntnis seines Rechts und seine Anhänglichkeit an dasselbe; es wird der ausschließende Besitz eines besonderen Standes.“<sup>2)</sup> Wer feinhörig ist, kann hier auch schon ein fernes soziales Grollen über den „besonderen Stand“ heraushören. Und ähnlich auch im folgenden: „Die Nation ist der wissenschaftlichen Juristen überdrüssig. Die Ahnung, das dunkle Empfinden jenes Widerspruches zwischen Recht und Wissenschaft, ist vorhanden, nur die klare Einsicht des Volkes fehlt noch. Noch<sup>3)</sup> traut man sich nicht, diese Gedanken klar zu denken... Man wird die Rechtspflege nicht bloß für die Tatfrage, sondern auch für die Rechtsfrage, nicht bloß in Kriminalen, sondern auch in Zivilsachen dem Volke zurückgeben. Eine Minderung der positiven Gesetze wird die weitere gute Folge sein; man wird sich auf den Ausspruch der leitenden Grundsätze beschränken und die Anwendung derselben in feiner Verzweigung ohne peinliche Abwägung dem gesunden Sinne des Volkes überlassen. Und in Wahrheit: ich wüßte nicht, daß damit ein so großes Unglück gesetzt ist.“<sup>4)</sup> Es ist begreiflich, daß Kirchmann das „Unglück“ sehr gering einschätzt, denn worum es ihm eigentlich zu tun ist, daß ist nicht das positive, sondern das „natürliche Recht“. „Jedes positive Gesetz ist bedingt durch den Grad der Kenntnis des natürlichen Rechts; ein großer Teil rührt aus

<sup>1)</sup> Einen Beleg für den Zusammenhang zwischen juristischem und religiösem Modernismus — wenn auch nicht gerade in seiner katholischen Form — kann man der folgenden Bemerkung von Gnaeus Flavius (Deckname für H. U. Kantorowicz), „Der Kampf um die Rechtswissenschaft“, S. 13, 1906, entnehmen: „Im folgenden wird unsere bisher namenlose Bewegung nach Analogie von freireligiös als die freirechtliche Bewegung bezeichnet.“

<sup>2)</sup> Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, S. 32, 1848.

<sup>3)</sup> Von mir gesperrt.

<sup>4)</sup> A. a. O., S. 37f.

Zeiten her, wo die Wissenschaft noch kaum begonnen hatte; ein großer Teil hat die Hilfe der Wissenschaft verschmäht. Daher die unvermeidliche Folge, daß der Inhalt des positiven Gesetzes neben dem Wahren auch genug des Unwahren enthält; und die weitere Folge der Kampf des natürlichen Rechts gegen das positive Gesetz.<sup>1)</sup> Freilich sind die Termini „wahr“ und „unwahr“ hier fehl am Ort, denn worum es sich handelt, ist nicht logische, sondern axiologische Richtigkeit und die heißt nicht „Wahrheit“. Es geht nicht um wahr und unwahr, sondern um gut und böse, um werthhaft und wertwidrig. Und Kirchmanns Hoffnung geht dahin, daß sich der Wertgesichtspunkt durchsetzen werde, wenn nur einmal das Recht aus den Händen des wissenschaftlich verbildeten Juristen genommen und vertrauensvoll dem gesunden Sinne des Volkes überlassen würde.

Der Mann, der selber den Weg von der alten Schule zur neuen gegangen war, war kein geringerer als Rudolf von Ihering. Bei ihm kann man nicht nur rein historisch, sondern auch methodisch-sachlich den Zusammenhang zwischen der naturalistischen und der neuen teleologischen Betrachtungsweise verfolgen. Er hatte von einer „Anatomie und Physiologie des Rechts“ gesprochen<sup>2)</sup>. Der letzteren hatte er die Aufgabe der Funktionsforschung zugewiesen. „Der Zweck der Organe liegt in ihrer Funktion; die Organe sind vorhanden, damit sie bestimmte Verrichtungen ausüben. In diesem Zweck beruht wiederum der Grund ihrer Organisation; letztere ist so beschaffen, wie sie durch jene Funktion geboten ist. Wie dies vom physischen Organismus gilt, so auch von dem des Rechts. Auch hier führt also erst die Kenntnis der Funktionen des Rechts zum Verständnis seiner Organe, die Physiologie zum wahren Verständnis der Anatomie. Nichts ist mithin verkehrter als ein Recht gleich einem philosophischen System bloß von seiten seines geistigen Gehaltes, seiner logischen Gliederung und Einheit zu beurteilen. Möge es unter diesem Gesichtspunkt auch als ein Meisterstück erscheinen, so ist damit über seinen wahren Wert noch nichts ermittelt, denn letzterer liegt in seinen Funktionen, d. h. in seiner praktischen Brauchbarkeit.“<sup>3)</sup> Die hier anklingende Geringschätzung der logischen Seite des Rechts bricht vollkommen klar hervor im III. Band des „Geistes“: „Brechen wir den Bann, mit dem der Irrwahn uns gefangen hielt. Jener ganze Kultus des Logischen, der die Jurisprudenz zu einer Mathematik des Rechts hinaufzuschrauben gedenkt, ist eine Verirrung und beruht auf einer Verkennung des Wesens des Rechts. Das Leben ist nicht der Begriffe, sondern die Begriffe sind des Lebens wegen da. Nicht was die Logik, sondern was das Leben, der Verkehr, das Rechtsgefühl postuliert, hat zu geschehen, möge es logisch notwendig oder unmöglich sein.“<sup>4)</sup>

1) A. a. O., S. 20.

2) Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen der Entwicklung, I, S. 13f., 1852 (1. Auflage). Vgl. auch oben S. 69.

3) A. a. O., S. 39f.

4) Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen der Entwicklung, III, S. 302, 1865 (1. Aufl.).

Das Recht selbst aber sieht er jetzt unter den Kategorien „Nutzen, Gut, Wert, Interesse“<sup>1)</sup>.

Damit war offenbar auf eine wertende Betrachtung abgestellt und es fragt sich nur, an welchem Wert die Jurisprudenz gemessen werden sollte, an einem vorletzten oder gleich am letzten, dem ethischen Wert. Ihering entscheidet sich für die zweite Alternative. „Auch für die Jurisprudenz der Zukunft verspreche ich mir von der innigen Berührung mit der Ethik, der sie bisher scheu aus dem Wege gegangen ist, einen neuen Aufschwung. Ich meine nicht sowohl einen theoretischen, sondern den ungleich höher anzuschlagenden praktischen der richtigen Erfassung der wichtigen Aufgabe, welche sie für die Geschichte zu leisten hat, der Erkenntnis, daß dieselbe nicht der des Mathematikers zu vergleichen ist, der das Seinige leistet, indem er richtig rechnet, sondern der des Erziehers, dem eine Macht anvertraut ist, damit er sie zweckentsprechend praktisch verwende.“<sup>2)</sup> Freilich ist bei der Ethik zunächst an die ziemlich primitive von der traditionellen englischen Nützlichkeitslehre und vom Naturalismus Darwins beeinflusste Lehre Benthams gedacht<sup>3)</sup>. Eine gewisse Vergrößerung und Materialisierung der Dinge entsprach dem Zuge der Zeit, von der Ernst Landsberg schreibt: „So tritt das Jahrhundertende dem Jahrhundertbeginn, Iherings Besitzwille, dem Besitz Savignys schroff antagonistisch entgegen und doch parallel zur Seite... Daß dabei die Zeit der Realpolitik, der materialistischen Welt- und Geschichtsauffassung, des ökonomischen Großbetriebes und Aufschwunges den ‚animus‘ leugnet, auf dem die Zeit der Romantik und spekulativen Philosophie aufgebaut hatte, ist von fast symbolischer Bedeutung.“<sup>4)</sup>

Die Wendung zur Wertbetrachtung, vom Formalismus zum Finalismus, wie es viel später Kantorowicz einmal genannt hat<sup>5)</sup>, lag in der Luft. Bei Adickes findet sich bereits der Ausdruck „freie Rechtsfindung“ in ganz ähnlichem Sinne, wie er in neuerer Zeit gebraucht wurde<sup>6)</sup>. Er ist überzeugt von der „Unhaltbarkeit der . . . Theorie von der Positivität alles Rechts“ und vertritt eine Ansicht, „nach welcher die subjektive Vernunft eine wahre, und zwar die in letzter Instanz entscheidende Rechtsquelle ist“<sup>7)</sup>. Denn es muß „anerkannt und betont

<sup>1)</sup> A. a. O., S. 307f.

<sup>2)</sup> Der Zweck im Recht, II, S. 126, 1883.

<sup>3)</sup> A. a. O., II, S. 168.

<sup>4)</sup> Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 3. Abteilung, 2. Halbband (Text), S. 284, 1910.

Die angeführten Sätze beziehen sich zunächst auf Iherings „Besitzwille“, können aber auch zur allgemeinen Charakteristik des Zeitgeistes dienen.

<sup>5)</sup> „Die Epochen der Rechtswissenschaft“ in der Zeitschrift „Die Tat“, 6. Bd., S. 345f., 1914/15.

<sup>6)</sup> Vgl. auch unten S. 109f.

<sup>7)</sup> Franz Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen, insbesondere über die Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquellen und das Gewohnheitsrecht (Studien über die heutige Geltung des römischen Rechts, I., Zur Lehre von den Rechtsquellen), Seite 9, 1872.

werden, daß es zwei sehr verschiedene Arten des objektiven Rechts gibt, einmal nämlich das in der Außenwelt bereits positiviert Recht, daneben aber auch ein ganz anderes Recht, das nämlich, welches für den einzelnen Fall erst gefunden, das erst zur Existenz gebracht werden muß. Der so gefundene Satz ist zweifellos ein wirklicher Rechtssatz, die Quelle also, der er entsprungen, d. h. die subjektive Vernunft, auch wahre Rechtsquelle.“<sup>1)</sup> Also, mitten in der Zeit des Positivismus, eine ausgesprochen humanistisch-naturrechtliche Auffassung. Er denkt dabei an eine Verschmelzung der naturrechtlichen und der historischen Schule „zu einer höheren Einheit, zu welcher die naturrechtliche Schule gewissermaßen die Form, die historische Rechtsschule den Inhalt zu geben hat“<sup>2)</sup>. Auch die Gesetzesskepsis und die optimistische Hoffnung, daß sich das, wenn nötig gegen das Gesetz frei gefundene materiale Recht gegen das nur formale Gesetzesrecht „regelmäßig siegreich“ durchsetzen werde, beseelt schon Adickes<sup>3)</sup>.

Siegmund Schloßmann bekämpft die Auffassung des Positivismus seiner Zeit, „daß auch bei neu auftretenden Fragen und Zweifeln die Wissenschaft nur die im Recht präexistierende Norm aufzusuchen, die etwaige Erfolglosigkeit solchen Bemühens aber nicht in der Unvollständigkeit und Unklarheit des Rechts, sondern allein in der Schwäche unseres Sehvermögens ihren Grund hätte“<sup>4)</sup>. Boshaft vergleicht er den Wert einer positiven Rechtswissenschaft mit dem einer positiven Medizin<sup>5)</sup>. Ziel der Rechtswissenschaft ist ihm die Gerechtigkeit<sup>6)</sup> und das Mittel dazu das Rechtsgefühl<sup>7)</sup>.

Gustav Rümelin tritt der Auffassung entgegen, daß die Operationen der Jurisprudenz „rein logischer Natur seien, die sämtlich zu einem sicheren unzweifelhaften Resultat führen müssen, wenn sie nur richtig vorgenommen werden, so daß aller Streit auf dem Gebiete der Jurisprudenz, wenigstens soweit es sich um die *lex lata* und nicht um die *lex ferenda* handelt, sich stets um richtig oder unrichtig, wahr oder falsch dreht. Dieser Auffassung gegenüber ist nun meines Erachtens auf das lebhafteste zu betonen, daß es sich vielfach nicht um rein logische Operationen, sondern um Zweckmäßigkeitserwägungen oder sonstige Werturteile handelt, bei denen häufig zweifellose und sichere Entscheidungen nicht möglich sind. Die definitive Feststellung des anzuwendenden Rechts kann dann nur durch Willensentscheidungen erfolgen, welche den Willensakten nahestehen, durch welche der Gesetzgeber neues Recht schafft.“<sup>8)</sup>

<sup>1)</sup> Franz Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen, insbesondere über die Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquellen und das Gewohnheitsrecht (Studien über die heutige Geltung des römischen Rechts, I., Zur Lehre von den Rechtsquellen), Seite 9, 1872.

<sup>2)</sup> A. a. O., S. 20f.

<sup>3)</sup> A. a. O., S. 77.

<sup>4)</sup> Der Vertrag, S. 172, 1876.

<sup>5)</sup> A. a. O., S. 189f.

<sup>6)</sup> A. a. O., S. 181.

<sup>7)</sup> A. a. O., S. 193.

<sup>8)</sup> Werturteile und Willensentscheidungen im Zivilrecht, S. 29. Prorektorsrede in Freiburg i. B. vom 6. Mai 1891.

Zu einem ganz ähnlichen Ergebnis gelangte später auf ausgesprochen psychologischem Wege Max Rumpf. Seine Fragestellung ist: „Was für psychische Faktoren treten im Richter bei der Rechtsanwendung in Tätigkeit?“<sup>1)</sup> Wohl finde man da auch Anwendung logischer Denkgesetze, die aber ziemlich selbstverständlich seien und kaum einer besonderen Hervorhebung bedürfen<sup>2)</sup>. In engem Zusammenhang mit dem Denken aber stehe das ganz unentbehrliche Werten<sup>3)</sup>, das nur an den Grenzen rein positiver Vorschriften halt machen kann<sup>4)</sup>. Wo aber beides zu keinem Ergebnis führt, „tritt der Wille als bewußter Wahlakt“ auf<sup>5)</sup>. Die Stellung des Richters zum Gesetzgeber vergleicht er mit der des Schauspielers zum Dichter. „Beide, Darsteller und Richter sind nicht auf bloße Reproduktion desjenigen, was der Dichter und Gesetzgeber sagen will, beschränkt; sie geben, indem sie das tote Wort beleben, ein Stück eigener Persönlichkeit, sie produzieren. Wie der Richter gegenüber manchen besonders weiträumigen Gesetzesstellen besonders viel Eigenes hergeben muß, so muß der Schauspieler solchen Gestalten des Dichters, die schemenhaft ausgefallen und im allgemeinen stecken geblieben sind, besonders viel von seiner eigenen Auffassung borgen.“<sup>6)</sup> Natürlich kann eine solche Untersuchung eher zu einer psychologischen als zu einer juristischen Theorie führen. Es ist aber von einem gewissen Interesse, daß sich der juristische Modernismus mit den verschiedensten Richtungen — hier mit einer psychologischen, dann wieder mit einer soziologischen oder mit einer naturrechtlichen — verbinden kann.

### Freirecht und Interessenjurisprudenz.

Als das Erstlingswerk der neuen Bewegung können Eugen Ehrlichs Aufsätze über „Lücken im Recht“ gelten. Er begnügt sich nicht mit der Behauptung formaler Lückenlosigkeit des Rechts, sondern sieht in jener Zeit des angeblich strengsten Positivismus, wo Naturrechtler zu sein als persönlicher Vorwurf galt, in der Praxis allenthalben naturrechtliche Gedanken am Werk. Mit der Formel von Treu und Glauben wird nicht nur Gewohnheitsrecht von den Gerichten anerkannt, sondern man führt so neue Rechtssätze ein, ähnlich, wie der römische Prätor oder der englische Chancellor<sup>7)</sup>. Solche Normen, die sich angeblich aus der Natur der Sache, in Wirklichkeit aus dem sozialen Zweck ergeben<sup>8)</sup>, müssen auf diesem Wege oder durch Konstruktion eingeschmuggelt werden, „solange man sich nicht entschließen wird, dem Richter bei Beurteilung von Fragen,

<sup>1)</sup> Gesetz und Richter. Versuch einer Methodik der Rechtsanwendung, S. 31, 1906.

<sup>2)</sup> A. a. O., S. 44f.

<sup>3)</sup> A. a. O., S. 87f.

<sup>4)</sup> A. a. O., S. 93f.

<sup>5)</sup> A. a. O., S. 98f.

<sup>6)</sup> A. a. O., S. 117, Anm. I. — Anknüpfend an einen Artikel von Erich Schlawjker über „Darsteller und Dichter“ in der Zeitschrift „Die Hilfe“, Jg. 1906, Nr. 1f.

<sup>7)</sup> „Lücken im Recht“ in den Juristischen Blättern, Bd. 17, S. 497, 1888.

<sup>8)</sup> A. a. O., S. 582.

welche im Gesetz keine Erledigung fanden, vollständig freie Hand zu lassen<sup>1)</sup>. Damit war die Parole der freien Rechtsfindung ausgegeben, um die sich später eine so überaus rührige Bewegung gruppieren sollte. Ehrlich wurde schon ausführlich besprochen als Vertreter einer soziologischen Jurisprudenz. Als solcher verfolgte er das Ziel einer rein erklärenden Rechtssoziologie nach dem allgemeinen Vorbild von Comte und Spencer<sup>2)</sup>.

Unter seinen geistigen Ahnen aber muß noch einer genannt werden, der auch ein zunächst rein theoretisches Programm verfolgte, wenn auch selbst von heißem sozialen Wollen getrieben, und dessen Werk selbst zu einer mächtigen sozialen Triebkraft werden sollte: Karl Marx. Schon in der überaus starken Betonung der wirtschaftlichen Voraussetzungen der Rechtsentwicklung zeigt Ehrlich eine gewisse grundsätzliche Verwandtschaft mit der ökonomischen Geschichtsauffassung und verschiedene Wendungen verraten auch eine Art gemeinsamer Grundstimmung<sup>3)</sup>. Der Zusammenhang wird aber auch historisch völlig geklärt durch eine Bemerkung Karl Renners in einer Abhandlung, die sich mit Ehrlichs „Grundlegung der Soziologie des Rechts“ befaßt. Da heißt es: „Eugen Ehrlich hatte in den Neunzigerjahren als Dozent des Privatrechts an der Wiener Universität von der stürmischen Aufwärtsbewegung der österreichischen Sozialdemokratie mächtige Eindrücke empfangen und in den Studentenvereinigungen ‚Sozialwissenschaftlicher Bildungverein‘ und ‚Freie Vereinigung‘ mit uns manchen leidenschaftlichen Strauß um die materialistische Geschichtsauffassung durchgefochten.“<sup>4)</sup> Dazu kommt ein persönliches Zeugnis. Friedrich Hahn hatte im „Kampf“<sup>5)</sup> gegen Ehrlichs Hauptwerk eine ziemlich scharfe Kritik vom Standpunkt des Sozialismus geschrieben. Auf die dort gemachten Vorhaltungen einer ungenügenden Würdigung der materialistischen Geschichtsauffassung veröffentlichte Ehrlich eine Entgegnung, in der er betonte: „Ich habe seit meiner Jugend Marx studiert.“<sup>6)</sup> Es liegt in der Natur der Sache, daß die soziologische Rechtslehre und die sozialistische Theorie — selbst eine Form von Soziologie — Berührungspunkte haben.

Aber ebenso natürlich scheint in beiden Fällen soziologischem Denken die Tendenz inne zu wohnen, vom reinen Erklären zum Werten und Fordern überzugehen. Das geht so weit, daß es zu Namensvertauschungen kommt. Kornfeld ist dieser Versuchung nicht erlegen, sondern unterscheidet genau. „Die auf soziologischer Grundlage aus-

1) A. a. O., S. 603.

2) Vgl. oben S. 71 f., 79, 83 f.

3) Vgl. etwa „Über Lücken im Recht“ (a. a. O.) S. 582 oder „Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft“ (Wiener Vortrag am 4. März 1903), S. 32, ferner „Grundlegung der Soziologie des Rechts“ (1913<sup>1)</sup>), S. 160, 169, 172. (Zit. nach dem unveränderten Neudruck von 1929.)

4) Karl Renner, „Ein Buch vom juristischen Überbau“ in der Zeitschrift für soziales Recht, II, S. 135, 1930.

5) VII, S. 401, 1914, unter dem Titel „Eine Soziologie des Rechts“.

6) „Zur Soziologie des Rechts“ in der Zeitschrift „Der Kampf“, VII, S. 461, 1914.

zuführende allgemeine Rechtslehre darf... nicht mit jener sogenannten ‚soziologischen Jurisprudenz‘ verwechselt werden, die bemüht sein soll, die Rechtsgesetze ihres Landes derart auszufüllen, daß der öffentlichen Wohlfahrt möglichst Rechnung getragen wird. Das Wort ‚soziologisch‘ ist hier ungenau angewendet, weil es nicht das sozial Nützliche oder Wünschenswerte, sondern das innerhalb der menschlichen Gemeinwesen Gesetzliche oder Regelmäßige bedeutet.“<sup>1)</sup>

Die neue freirechtliche Bewegung ist mehr oder weniger bewußt den Weg von der soziologischen zur „sozialen Jurisprudenz“<sup>2)</sup> gegangen, und fand darum auch die begrifflichen Sympathien der sozialistischen Bewegung, deren Entwicklung ja ungefähr parallel verlief<sup>3)</sup>. Freilich fehlen auch auf sozialistischer Seite nicht gewisse Bedenken wegen mangelnder Rechtssicherheit<sup>4)</sup>. Aber schon in seinem Vortrag über „Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft“<sup>5)</sup>, der als die erste offizielle Äußerung der Freirechtbewegung gelten kann, hatte Ehrlich gegenüber solchen Bedenken behauptet, „daß eine an die Überlieferung gebundene aber darüber hinaus freie Rechtsfindung eine bessere Gewähr für die Sicherheit biete als die technische; selbst heute fühlt sich ein Jurist sicherer, wenn er auf eine ständige Rechtsprechung hinweisen kann als auf seine Auslegung des Gesetzes, die von einem anderen Auslegungskünstler jederzeit umgestülpt werden kann... Es gibt keine andere Gewähr der Rechtspflege als in der Persönlichkeit des Richters.“<sup>6)</sup>

Hermann U. Kantorowicz hatte 1906 unter dem Decknamen Gnaeus Flavius den „Kampf um die Rechtswissenschaft“ mit der Schrift desselben Titels aufgenommen und später ein wissenschaftlich systematischeres Referat zum Problem „Rechtswissenschaft und Soziologie“ erstattet<sup>7)</sup>. Auch hier war im Grunde sozialpolitische Konterbande unter der Flagge der soziologischen Theorie eingeschuggelt worden und es ist bezeichnend, wie sich im Verlaufe der Debatte immer

<sup>1)</sup> Allgemeine Rechtslehre und Jurisprudenz, S. 65, 1920.

<sup>2)</sup> So auch A. v. Peretiatkowitz, „Methodenstreit in der Rechtswissenschaft“ in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, 39. Bd., S. 556, 1912.

Auch Sinzheimer, dessen Schrift über die „Soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft“ mit einem Aufruf zur sozialpolitischen Aufgabe geschlossen hatte (vgl. oben S. 74), ging bewußt den Weg von der soziologischen Methode zum sozialen Recht in seinem Aufsatz „Der Wandel im Weltbild des Juristen“ in der Zeitschrift für soziales Recht, I, S. 2f., 1928/29.

<sup>3)</sup> Vgl. Richard Engländer, „Die Renaissance des Naturrechts“ in der Zeitschrift „Der Kampf“, I, S. 552, 1907/08.

<sup>4)</sup> Vgl. Ernst Fränkel, „Zur Soziologie der Klassenjustiz“, Jungsozialistische Schriftenreihe, 1927.

<sup>5)</sup> Gehalten in der juristischen Gesellschaft in Wien am 4. März 1903.

<sup>6)</sup> Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, S. 21, 1903.

<sup>7)</sup> Schriften der deutschen Gesellschaft für Soziologie. I. Serie: Verhandlungen der deutschen Soziologentage. I. Band, S. 275 ff., 1911.

wieder die Unmöglichkeit herausstellte, die Freirechtsschule rein theoretisch zu fassen, wie es die Satzungen der deutschen Gesellschaft für Soziologie verlangten. Die Rechtssoziologie soll nach Kantorowicz im Dienste der Zweckforschung stehen<sup>1)</sup>. Denn „die Gesamtheit der von einer bestimmten Ordnung verfolgten Zwecke“ ist „der Kulturwert, an dem die ganze Jurisprudenz in allen ihren Teilen (Rechtsdogmatik und Rechtssoziologie, Rechtshistorie und Rechtspolitik) orientiert ist... Die Interessenwägung als soziologische Methode kann... nichts anderes bedeuten, als die Beurteilung der Interessen darauf hin, inwieweit die Förderung des einen oder des anderen den Zwecken der Rechtsordnung gemäß sei.“<sup>2)</sup> Die Zweckforschung geht aber nicht nur darauf aus, die in den Normen der Rechtsordnung angestrebten Zwecke zur Kenntnis zu nehmen, sie ist selbst wertend und Normen schaffend. Deshalb lehnt Kantorowicz auch Ehrlichs Methode ab, der da glaube, durchs Studium der „Organisationsformen“ im Gegensatz zu den „Entscheidungsnormen“ die Rechtswissenschaft „aus einer praktischen Disziplin zu einem Zweige der Soziologie“ machen zu können. Auch in diesen Organisationsformen ist rein Tatsächliches mit Normativem (vor allem mit Gewohnheitsrecht) gemischt. Eine solche Betrachtung übernimmt aber das Wertsystem der gewohnheitsrechtlichen Normen, statt selbst wertend Normen zu schaffen. „Gerade der Anhänger der Freirechtstheorie, der das praktische (‚wertende‘) Element aller Dogmatik so scharf herausgearbeitet hat, sollte vor Rückfällen in die Auffassung der Jurisprudenz als einer rein theoretischen (‚wertbeziehenden‘) Disziplin geschützt sein.“<sup>3)</sup> Die Freirechtsbewegung will über alles „formale“ Recht — ob Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht — hinaus. Denn „es gibt ... noch anderes, nicht formales, d. h. ‚freies‘ Recht sowohl freies Gesetzes- als freies Gewohnheitsrecht.“<sup>4)</sup> Es ist Recht, das „im Gegensatz zum formalen Recht den geschichtlichen Formungs- und Formulierungsvorgang nicht oder nicht bis zu Ende durchlaufen hat und ... stets mit einem peinlichen Erdenrest von Subjektivität behaftet ist“<sup>4)</sup>. Weil dieses Recht nicht durch Auslegung des Gesetzes gefunden werden kann, aber doch eben gefunden und nicht willkürlich geschaffen werden soll, „eben darum legt die freirechtliche Bewegung auf die bewußte Lenkung der juristischen Tätigkeit durch die Rechtsfindungslehre das größte Gewicht und es ist dieser methodologische Zug, der sie von geistesverwandten Richtungen des späteren Mittelalters und des Naturrechts unterscheidet“<sup>5)</sup>. Sie darf insbesondere nicht mit dem „frei-richterlichen“ Streben nach „Justizreform“ verwechselt werden, einer rechtspolitischen Bewegung, mit dem Ziel, „nicht wie die freirechtliche die Stellung des Richters zum Gesetz — das Gesetz sei nun wie es wolle —, sondern dieses Gesetz selber zu verändern, und zwar im Sinne größerer Freiheit des Richters“<sup>5)</sup>.

1) A. a. O., S. 281.

2) A. a. O., S. 295.

3) A. a. O., S. 302f.

4) Hermann Kantorowicz, Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre, Rechtsgeschichtliche Studien, H. 2, S. 5, 1925.

5) A. a. O., S. 6.

Die bisher behandelten Hauptvertreter der Freirechtslehre waren von der Soziologie ausgegangen, also von einer Tatsachenwissenschaft und hatten geglaubt, dieser Tatsachenwissenschaft auch Forderungen, Regeln des Handelns entnehmen zu können, mit denen sie dann wertend, ans Recht und seine Mängel, vor allem die Lücken herantraten. Erich Jung nimmt mit seiner Abhandlung „Von der ‚logischen Geschlossenheit‘ des Rechts“<sup>1)</sup> denselben Ausgangspunkt, denn die ganze Abhandlung ist nur geschrieben, um die Auffassung von der logischen Geschlossenheit des Rechts zu bekämpfen, also seine Lückenhaftigkeit zu erweisen. „Das praktische Rechtsleben kommt gar nicht ohne die Vorstellung aus, daß hinter und neben dem Komplex überlieferter Regeln, d. h. überall da, wo in einem vorliegenden Konfliktfall die logische Anwendung jener Sätze einen bestimmten zweifelsfreien Ausschlag nicht ergibt, eine zweckmäßige, angemessene, ‚natürliche‘, den Bedürfnissen des Verkehrs, der Gerechtigkeit dienende, der Natur der Sache gemäße usw. Regelung gilt.“<sup>2)</sup> Er selbst fügt hinzu: „Das klingt gewiß sehr naturrechtlich.“<sup>2)</sup> Daß es dabei wirklich auf einen, nach der Art des Naturrechts für alles Recht vorausgesetzten Wertgrundsatz hinausläuft, zeigt Jungs nächste Arbeit<sup>3)</sup>, die zugleich die Verbindung mit der Freirechtslehre deutlich erkennen läßt. Hier spricht er von einem „anderen Recht“ neben dem positiven und sucht einen „einheitlichen ‚monistischen‘ Begriff vom geltenden Recht“<sup>4)</sup>. Dieser einheitliche Rechtsbegriff aber ist — wohl Jung selbst unbewußt — die Wiederaufnahme eines uralten Begriffes der Rechtspflicht. Schon die mittelalterliche Philosophie hatte mit dem Begriff einer Rechtspflicht operiert, die noch vorjuristischer Natur war und auch für die ethische Rechtspflicht im Gegensatz zur ethischen Liebespflicht gelten soll. Eine solche Rechtspflicht sei überall dort gegeben, wo der Nebenmensch einen Anspruch auf ein gewisses Verhalten ihm gegenüber hat. Auch Jung schreibt: „Moralische und rechtliche Pflichten treffen bekanntlich vielfach inhaltlich zusammen; ein bestimmtes Verhalten ist dann Rechtspflicht, wenn ein Anderer es verlangen kann, wenn er einen Anspruch hat auf die Befolgung der Pflicht; wenn dieser Andere das Zuwiderhandeln des Gegenübers gegen die Pflicht, sein Unterlassen oder Handeln sich nicht gefallen zu lassen braucht, sondern in diesem Falle ein Zwangsreaktion eintreten zu lassen, befugt ist; was in entwickelteren Verhältnissen heißt, daß staatlicher Erfüllungs-, Ersatz- oder Strafwang auf Anrufen eintritt und was auf dieser Entwicklungsstufe nur noch ganz ausnahmsweise die ursprüngliche Bedeutung hat; nämlich daß er, der Berechtigte, wenn er nun seinerseits Gewalt anwendet,

1) Festgabe der Gießener Juristenfakultät für Doktor Heinrich Dernburg zum 4. April 1900, S. 131 ff., 1900.

2) A. a. O., S. 144.

3) „Positives‘ Recht.“ Ein Beitrag zur Theorie von Rechtsquelle und Auslegung. Festschrift für die juristische Fakultät in Gießen zum Universitätsjubiläum, 1907.

4) A. a. O., S. 479.

um den Gegner zur Erfüllung seiner Pflicht anzuhalten, damit eine Verletzung nicht begeht.“<sup>1)</sup>

Die Bezeichnung „richtiges“ Recht sei freilich ebenso wie die Bezeichnung „positives“ Recht ein Pleonasmus, denn beide Merkmale stecken schon im Worte „Recht“ allein darin<sup>2)</sup>. „Auch die im besonderen Sinne als positiv bezeichnete rechtliche Erscheinung fügt sich dem obersten Prinzip alles Rechtes ein und unter; auch sie will in dem Sinne zweckmäßig, natürlich, richtig usw. sein, daß sie Reaktion auf Verletzung ist; nur daß als Maßstab dafür, was als Verletzung anzusehen ist, ein bisher beobachtetes Verhalten genommen wird.“<sup>3)</sup> Alle diese Ausführungen gelten in gleicher Weise für Gesetzesrecht wie für Gewohnheitsrecht. „Der Unterschied von Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht aber besteht für diese Auffassung darin, daß jene geschichtliche Kontinuität, die also das Wesen des sogenannten positiven Rechts ausmacht, beim Gewohnheitsrecht eine gewordene tatsächlich vorhandene, beim Gesetzesrecht dagegen nur eine gewollte, künstliche ist, indem bei diesem die maßgebende Regel nicht einem bisherigen tatsächlichen gegenseitigen Verhalten des Zusammenlebens entspreche, sondern indem von einer dazu für autorisiert gehaltenen Stelle befohlen wird, daß von nun ab diese Regel maßgebend sei.“<sup>4)</sup> „So ist allerdings die Autorität des positiven Rechts eine sekundäre gegenüber seinem Gegenpol; rechtliche Ordnung heißt nicht soviel, wie Befolgung bestimmter formaler Regeln, deren Inhalt gleichgültig wäre; sondern dem Begriffe des Rechtes ist an sich das inhaltliche Richtige begriffswesentlich und die positiven Regeln sind nur Mittel zu diesem Zweck.“<sup>5)</sup> Daß die Regeln des positiven Rechts Mittel zur Verwirklichung des richtigen Rechts zu sein pflegen, kann auch der Positivist zugeben. Die Aufnahme inhaltlicher Richtigkeit in den Begriff des positiven Rechts aber ist typisch naturrechtlich.

Begreiflich, daß sich die Richtigkeit gelegentlich auch über die Positivität hinwegsetzen kann. In der Regel freilich ist „auch, wenn das, was bei isolierter Betrachtung des Falles als das Richtige, Angemessene und so weiter scheint, verschieden ist, von dem, was der überlieferte Rechtssatz in diesem Falle verlangt. . . ., doch, weil jedes richtige Urteil in einem bestimmten historischen Zusammenhang der Rechtspflege steht, das Befolgen des positiven Rechts die richtige Verletzung verhütende Entscheidung; weil immer ein Gegenüber da ist, das an dem Beibehalten der bisherigen Übung interessiert ist und dem gegenüber die Abweichung von dieser eine schwerer wiegende Verletzung bedeuten würde“<sup>6)</sup>. Aber „von dem Augenblick ab, wo dieses Verhältnis sich umkehrt; wo gegen-

1) A. a. O., S. 486f.

2) A. a. O., S. 493f.

3) A. a. O., S. 496.

4) Das Problem des natürlichen Rechts, S. 141, 1912.

5) „„Positives“ Recht.“ Ein Beitrag zur Theorie von Rechtsquelle und Auslegung. Festschrift für die juristische Fakultät in Gießen zum Universitätsjubiläum, S. 496, 1907.

6) A. a. O., S. 499f.

über dem Gewicht der Verletzung, das die Befolgung der Tradition für den anderen Teil bedeuten würde, die Abweichung von der bisherigen Übung als die erträglichere Verletzung erscheint — von diesem Augenblick ab wird das überlieferte Recht durch das neue aus der Empfindung der konkreten Verletzung ermittelte besiegt<sup>1)</sup>. Die Stelle aber, an der dieser Sieg erfochten werden kann, ist die einzelne richterliche Entscheidung. „Und wenn der Richter einen solchen Spruch fällt gemäß der überlieferten Rechtsregel — ohne deren Vorhandensein er anders entschieden hätte —, so heißt das nur, daß er hier die Richtung seiner vorzunehmenden Zwangsreaktion durch Vergleichung mit dem bisher in solchen Fällen beobachteten Verhalten durch Subsumption ermittelte; nicht aus jener obersten Grundlage allen rechtlichen Urteils für diesen einzelnen Fall gefunden hat. Aber da auch das so ermittelte Urteil ein Urteil bleibt über das was Rechtens ist, so bleibt jene psychologische Grundaktion — oder die Erwägung der Zweckmäßigkeit, Angemessenheit, Gerechtigkeit usw. dem Einzelurteil immer inhärent. Der Gegensatz jener beiden Arten von Recht innerhalb einer Rechtsordnung ist also nur der, daß bei der einen Art die Frage, was Verletzung ist, gemäß der Überlieferung entschieden wird, bei der anderen Art für diesen Fall neu ermittelt wird.“<sup>2)</sup> Man wird in der letzten Form die freie Rechtsfindung erkennen. Die Bindung des Richters kann so unter Umständen recht locker werden, ja er „ist in der Ausübung seiner öffentlich-rechtlichen Funktion an die einzelnen Sätze des Privatrechts nicht im Sinne einer Rechtspflicht gebunden, sondern nur in dem Sinne, daß sie ihm die Unterlagen seines rechtlichen Schlusses geben, weil sie maßgebend sind fürs Verhalten der Parteien“<sup>3)</sup>. Insbesondere ist seine Bindung ans Gesetzesrecht sogar noch schwächer als die ans Gewohnheitsrecht, denn beim letzteren wird sich eher das Einzelurteil vor der Weisheit der Jahrhunderte beugen dürfen, als vor dem rationalen, willkürlich entstandenen Gesetz<sup>4)</sup>. Wir sehen es wieder, wie für jeden irrationalen Standpunkt die „Abgötterei mit dem Gewohnheitsrecht“<sup>5)</sup> bezeichnend ist.

Von besonderem Interesse ist es, daß in völlig analoger Weise, wie das Gewohnheitsrecht auch die „immer empfundene, wenn auch in unserem positiven Recht nicht statuierte Autorität des Präjudizes“ erklärt wird<sup>5)</sup>. „Recht ist ein Verhalten, das in dieser historischen Gemeinschaft der einzelne von seinen Gegeninteressenten verlangen kann. Ist nun ein bestimmtes Verhalten in einem Rechtsspruch sanktioniert worden, wenn auch zunächst nur ein einzigesmal, so wird es bei dem Kreis von Rechtsgenossen, zu denen diese Erkenntnis gedrungen ist, bei künftigem Verhalten beachtet werden. Es bildet sich ein neuer Maßstab der Verletzung.“<sup>6)</sup> Was hier hervortritt, ist für die ganze Freirechtsbewegung charakteristisch, daß sie nämlich dem Richter rechtschöpferische

1) A. a. O., S. 500.

2) A. a. O., S. 512.

3) Das Problem des natürlichen Rechts, S. 169, 1912.

4) A. a. O., S. 213.

5) A. a. O., S. 133.

6) A. a. O., S. 134.

Befugnis verleihen will, ja bisweilen auch das Gewohnheitsrecht auf diese zurückführt.

Als die am meisten gemäßigte Form des juristischen Modernismus wird man die Interessenjurisprudenz ansehen können. Als ihr hervorragendster Vertreter kann Philipp Heck gelten. Er eröffnete die Schule durch seine Tübinger Universitätsrede „Das Problem der Rechtsgewinnung“ (1912)<sup>1)</sup>. Trotz ihres Protestes darf auch diese Bewegung der freirechtlichen im weiteren Sinne zugerechnet werden. Der gemeinsame Grundzug ist eine gewisse Lockerung in der Bindung des Richters ans Gesetz. Das soll aber nicht eine Entfesselung richterlicher Willkür, eine Verweisung aufs eigene Werturteil des Richters bedeuten, wie bei der völlig freien Rechtsfindung<sup>2)</sup>.

Heck vollzieht die Entfernung vom gesetzlichen Wortlaut gleichsam nicht dadurch, daß er sich über ihn erhebt, sondern dadurch, daß er in jene Tiefen hinabsteigt, in denen das Gesetz selbst wurzelt. „Die Gesetzesgebote sind . . . nicht nur darauf gerichtet, Interessen abzugrenzen, sondern sie sind selbst Interessenprodukte, wie alle anderen aktiven Gebote, die Interessengrundlage findet sich normalerweise bei jedem aktiven Gebotsakt, beim Gebot des Alltags, wie beim militärischen Befehl. Sie ist auch bei den Gesetzen vorhanden. Die Gesetze sind die Resultanten der in jeder Rechtsgemeinschaft einander gegenüber tretenden und um Anerkennung ringender Interessen materieller, nationaler, religiöser und ethischer Richtung. In dieser Erkenntnis besteht der Kern der Interessenjurisprudenz.“<sup>3)</sup> Als „Interessen“ bezeichnet er dabei „Begehrungsdispositionen, soweit sie sich auf Kulturgüter beziehen und die begleitenden Vorstellungen, die Grundlagen und die Objekte“<sup>4)</sup>. Während nun der Richter dem Wortlaut und der historischen Gebotsvorstellung des Gesetzes gegenüber frei ist<sup>5)</sup>, ist er gebunden gegenüber „dem gesamten Gebilde der überhaupt gesetzlich geschützten Interessen. Dieses Endbild ist für ihn schlechthin maßgebend“<sup>6)</sup>. Der Grundgedanke ist dabei die dienende Stellung des Richters gegenüber dem Gesetze. „Der Diener hat immer und ausschließlich die Herreninteressen zu berücksichtigen, und zwar alle Herreninteressen, die ihm bekannt sind, ohne Rücksicht auf

1) Hier wird auf S. 28, Anm. 5, auch noch eine Reihe weiterer Vertreter angeführt.

2) A. a. O., S. 32.

3) „Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz“ im Archiv für die zivilistische Praxis, 112. Bd., S. 17, 1914. Auch in Buchform mit derselben Seitenzählung erschienen.

4) Das Problem der Rechtsgewinnung, S. 29f., 1912.

5) Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, S. 200, 1914.

6) A. a. O., S. 201. — Auch Lorenz Brütt, Die Kunst der Rechtsanwendung, zugleich ein Beitrag zur Methodenlehre der Geisteswissenschaften, 1907, wendet sich gegen die Übertreibung, „als ob der Richter ebenso frei wie der Gesetzgeber dastehe und nicht viel mehr an die immanenten Werturteile des positiven Rechts gebunden sei“. (S. 180.)

die Mittel der Erkenntnis. Er wird daher auch bei Ausfüllung einer Gebotslücke sowohl die ihm aus eigener Anschauung bekannten Interessen wahren, als auch diejenigen Herreninteressen, die aus nicht unmittelbar anwendbaren Geboten des Herrn hervorgehen.“<sup>1)</sup> Solche Richtergebote dürfen wir „dann als Rechtssätze bezeichnen, wenn wir sie für richtig gebildet halten und deshalb Nachbildung erwarten“<sup>2)</sup>. Auch diese wertende Gebotsbildung, „die Interessenabwägung vollzieht sich, logisch gewürdigt durch einen Subsumtionsschluß“<sup>3)</sup>. Begreiflich! Der einzelne Fall soll ja nicht nach seinem immanenten Wert beurteilt werden, sondern nach den dem betreffenden Rechtssystem zugrunde liegenden Werten. Diese beiden Werte zu erfassen, bedarf der Richter allerdings der Vornahme von Wertungen. Die Subsumtion des einen Wertes unter den anderen aber ist dann nur mehr eine „wertbeziehende“, nicht mehr eine „wertende“ Tätigkeit<sup>4)</sup>.

Eine solche, aus den Interessengrundlagen des Rechts geschöpfte Gebotsberichtigung ist natürlich scharf zu scheiden von einer Derogation des betreffenden Gesetzes durch Gewohnheitsrecht<sup>5)</sup>. In dem letzteren Falle wäre nicht auf das dem Gesetze eigentlich zugrunde liegende Interesse zurückgegangen, sondern es hätte sich ein anderes, das Gewohnheitsrecht begründendes Interesse, „das Stabilitätsinteresse“<sup>6)</sup>, durchgesetzt. Aber auch am Gewohnheitsrecht kann Gebotsberichtigung und ganz besonders Lückenergänzung angreifen. „Mit Recht kann man sagen, daß das Gewohnheitsrecht besonders lückenhaft zu sein pflegt. Die Gewohnheit ergibt Gebotsvorstellungen nur für solche Konflikte, die sich häufig wiederholen, aber nicht für seltener vorkommende, auch wenn sie nach den sicheren Idealen der Rechtsordnung beurteilt entscheidungsbedürftig erscheinen.“<sup>7)</sup> Nur beim Vergleich der positiven Rechtsordnung mit den Idealen der Rechtsordnung kann man aber überhaupt zum Lückenbegriff gelangen. „Bei einer vergleichslosen Beobachtung kann natürlich das kritische Wort Lücke nicht verwendet werden.“<sup>8)</sup> Und damit zeigt sich

1) A. a. O., S. 227.

2) A. a. O., S. 248.

3) Das Problem der Rechtsgewinnung, S. 33, 1912.

4) Ein gutes Beispiel für ein solches Schlußschema gibt Paul Oertmann in seiner am 4. November 1908 gehaltenen Erlanger Prorektoratsrede „Gesetzeszwang und Richterfreiheit“, S. 48, Anm. 11:

„a) Der Schuldner haftet auf Schadenersatz, wenn er die Leistung unter Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt unmöglich macht (Obersatz).

b) B hat dem A die diesem verkaufte seltene Briefmarke im Werte von 25 M. uneingeschrieben zugesandt; die Sendung ist verlorengegangen (Untersatz, bzw. Tatbestand).

c) Die Sendung eines Wertgegenstandes im Werte von 25 M. in einfachem Brief läßt die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht (Werturteil).

d) Also enthält das vorliegende Verhalten eine Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (Subsumtion).

e) Folglich haftet B dem A auf Schadenersatz (Konklusion).“

5) Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, S. 197, Anm. 299, 1914.

6) A. a. O., S. 191.

7) A. a. O., S. 168.

8) A. a. O., S. 167f.

auch hier der unpositivistische — wenn man will: naturrechtliche — Grundzug in der Lückenlehre, diesem Ausgangspunkt auch der Interessensjurisprudenz.

### Die Lückenfrage.

Die Behandlung der Lückenfrage ist überhaupt vielleicht der theoretisch wichtigste und ertragreichste Teil der modernistischen Lehren. Man mag ihren sozialen Tendenzen noch so sympathisch gegenüberstehen und für weitestgehendes Eindringen der Bewegung in die Praxis sein, theoretisch ist die Lückenfrage der Punkt, an dem sich die Geister scheiden. Hier muß jedes Theorem unerbittlich sich entscheiden zwischen positivistischer oder transpositivistischer, naturrechtlicher Grundhaltung. Deshalb sollen auch hier die beiden Lager noch einer kurzen Besprechung unterzogen werden, zumal sich die Lückenfrage eng mit der Frage der Rechtsanwendung berührt, Rechtsanwendung aber die Stelle ist, wo Gewohnheitsrecht ins Gesamtsystem des Rechts Eingang finden kann. Als gründlichste Arbeit aus dem Kreise derer, die das Recht für lückenhaft halten, legen wir dabei die von Zitelmann zugrunde<sup>1)</sup>, als die überzeugendste Vertretung der Geschlossenheit des Rechts die Arbeit von Somló<sup>2)</sup>.

Zitelmann bezeichnet methodisch völlig richtig als das Grundproblem der Lückenlehre nicht die Frage nach der Ausfüllung, sondern die nach dem Wesen der Lücke<sup>3)</sup>. Er „will nur von Fällen sprechen, wo das Gesetz innerhalb der Aufgaben, die es sich gestellt hat, Lücken läßt, also von Lücken innerhalb des Rechts, nicht von Grenzen, die sich die Rechtsordnung selbst zieht. Das Thema bilden also nur Gesetzeslücken, nicht Rechtslücken im allgemeinsten Sinne — es ist zweifelhaft, ob es solche überhaupt gibt — und auch nur Lücken im Gesetz, nicht der ganze rechtsleere Raum außerhalb seiner. Die Abgrenzung zwischen den beiden letzten Begriffen soll darin liegen, daß im rechtsleeren Raum die Rechtsordnung überhaupt nicht die Absicht hat, einzugreifen, während die Lücke in einem Gebiet liege, das die Rechtsordnung ordnen will, wo sie aber gleichsam zufällig eine Einzelbestimmung übersehen hat. Schon hier wird offenbar, daß von Lücken in diesem Sinne überhaupt nur dann gesprochen werden kann, wenn man über den Wortlaut des Gesetzes hinausgeht. „Man urteilt, daß von diesen Sätzen für Fälle, wie den zur Entscheidung stehenden, eine Ausnahme hätte gemacht werden sollen, man urteilt so unter Zugrundelegung dessen, was man als den Zweck des allgemeinen Gesetzes betrachtet.“<sup>4)</sup> Hier liegt die Verbindung mit dem juristischen Modernismus und seiner, sei es von der

<sup>1)</sup> Ernst Zitelmann, Lücken im Recht. Rede, gehalten bei Antritt des Rektorats der . . . Universität zu Bonn am 18. Oktober 1902. Erschienen 1903.

<sup>2)</sup> Felix Somló, Die Anwendung des Rechts. Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht, 38. Bd., S. 55ff., 1911.

<sup>3)</sup> Lücken im Recht, S. 6, 1903.

<sup>4)</sup> A. a. O., S. 23. Die Sperrung von mir.

Soziologie oder der Interessenjurisprudenz her bestimmten Zweckforschung. „Das Gesetz hat diese Regelung nicht ausgesprochen — es hat sie entweder vergessen oder sich nicht reif genug gefühlt, sie in guter Weise zu geben: so steht es gerade im internationalen Privatrecht —, aber es hätte sie aussprechen sollen.“<sup>1)</sup>

Zitelmann unterscheidet zweierlei Arten von Lücken. Bei den unechten Lücken handelt es sich darum, „daß für besondere Tatbestände eine besondere, von der allgemeinen Regel abweichende Behandlung im Gesetz vermißt wird“, während „man die nach dem Gesetze zu treffende Entscheidung sachlich beanstandet“<sup>2)</sup>. Es fehlt also ganz offenbar eigentlich nicht eine Entscheidungsmöglichkeit nach dem Gesetze. Zitelmann selbst sagt ja: „Soweit die Rechtsordnung an eine gewisse Tatsache diese Rechtsfolge nicht geknüpft hat, kann sie auch nicht eintreten.“<sup>3)</sup> Es wird vielmehr die im Gesetze gegebene Entscheidung aus irgendwelchen außergesetzlichen Gesichtspunkten abgelehnt. „Lückenfüllung bedeutet, daß der Richter jene allgemeine Regel für diesen besonderen Tatbestand durchbricht und für sie einen neuen Rechtssatz, meist in Weiterbildung anderer, schon vorhandener Sondersätze findet.“<sup>4)</sup> Vorausgesetzt ist dabei ein — allerdings nicht immer vorhandener — gesetzlicher Rechtssatz, „daß die Analogieziehung erlaubt sei“<sup>5)</sup>. In diesem Falle „handelt es sich in Wahrheit um Korrekturen“<sup>6)</sup>, die der Rechtsanwender anbringen kann, aber nicht muß<sup>7)</sup>. Er „will“ bloß, „weil er das für gerecht hält“<sup>8)</sup>.

Es gibt aber auch „echte Lücken, Lücken wirklich in dem Sinne, daß das Gesetz eine Antwort überhaupt schuldig bleibt, eine Entscheidung gar nicht ermöglicht, während eine Entscheidung doch getroffen werden muß. Der Fall dieser wirklichen Lücke ist der: Das Gesetz gibt einen positiven Satz, nach dem zu entscheiden ist, läßt aber innerhalb dieses Satzes ein einzelnes Moment unbestimmt; anders gesprochen: der Wille des Gesetzes, daß eine rechtliche Behandlung gewisser Art eintrete, steht fest, aber innerhalb dieses Rahmens sind mehrere Möglichkeiten und das Gesetz sagt nicht, welche davon es will“<sup>9)</sup>. Das Gesetz läßt entweder einen Spielraum, wie etwa bei Angabe des Strafrahmens oder gibt überhaupt keine Regel an<sup>10)</sup>. Den ersten Fall wird man wohl ausscheiden müssen, denn in der Aufstellung des Strafrahmens liegt eben eine Ermächtigung des Richters zum Urteilen nach freiem Ermessen, entfällt also das Lückenproblem überhaupt. Einer echten Lücke gegenüber kann die richterliche Tätigkeit nicht Korrektur sein, denn es ist sozusagen nichts zum Korrigieren da, sie ist hier wirkliche Ausfüllung einer Lücke im wahren Sinne des Wortes. Darum ist die

1) A. a. O., S. 31. Die Sperrung von mir.

2) A. a. O., S. 24.

4) A. a. O., S. 24f.

6) A. a. O., S. 34.

8) A. a. O., S. 19.

10) A. a. O., S. 30f.

3) A. a. O., S. 18.

5) A. a. O., S. 26.

7) A. a. O., S. 35.

9) A. a. O., S. 27.

Ausfüllung hier auch nicht in sein Ermessen gestellt, vielmehr „muß er schöpferisch vorgehen“<sup>1)</sup>).

Somló beschäftigt sich in der angeführten Arbeit nur nebenbei mit der Lückenfrage, liefert aber dabei eine scharfsinnige Kritik der Aufstellungen von Zitelmann. Er geht von einer Untersuchung der Rechtsanwendung überhaupt aus. Dabei sind drei Fragestellungen möglich: „Die rechtspolitische, die positivrechtliche und die rechtsdogmatische.“<sup>2)</sup> Die letztere könnte wohl auch als die rechtstheoretische bezeichnet werden. In der bisherigen Literatur habe man nur allzuoft diese verschiedenen Betrachtungsweisen konfundiert. Für die rechtstheoretische Betrachtungsweise liege aber die Antwort auf die Frage, „wie sich das Verhältnis des Richters zum Rechte bei der Rechtsanwendung, also beim Urteilen nach dem Rechte, gestaltet. . . ., bereits in der Frage. Wenn nach der rechtlichen Stellung des Richters gefragt wird, so kann das Prinzip nur seine vollkommene Unterordnung unters Recht sein.“<sup>3)</sup> Ein Abweichen davon könnte nur wieder vom Rechte gestattet sein, wäre dann aber eben nicht ein wirkliches Abweichen vom Rechte. Andernfalls aber wäre es einfach Rechtsverletzung, die freilich selbst wieder zu einem neuen Gewohnheitsrecht führen kann. Was das Recht selbst darüber bestimmen kann, liegt zunächst zwischen zwei Extremen: Bindung an den Wortlaut oder Ermächtigung zum Urteilen nach Gutdünken. Es genügt, diese beiden Fälle zu behandeln, denn alle dazwischenliegenden lassen sich als Mischungen dieser Extreme darstellen. Nun habe man „fälschlich angenommen, es lasse sich eine dem Rechte gegenüber freie Rechtsfindung des Richters bereits aus der Unvermeidbarkeit der Rechtslücken ableiten. . . . Die Rechtsfindung des Richters müsse frei werden in dem Moment, wo der Richter zur Lücke gelangt.“<sup>4)</sup>

De lege lata kann es nun überhaupt keine Rechtslücken geben. In dem Falle der Bindung des Richters an den Gesetzeswortlaut nicht, „denn alles Denkbare ist entweder dem Wortlaute nach befohlen oder nicht befohlen, verboten oder nicht verboten und es ist kein Fall denkbar, von dem sich nicht konstatieren ließe, ob er dem Wortlaute des Rechtes nach verboten, befohlen oder keines von beiden, also gestattet sei“<sup>5)</sup>. Im Falle der vollen Richterfreiheit aber gibt es überhaupt keine Lücke, weil ja der Richter rechtlich ermächtigt ist, jeden Fall nach seinem Gutdünken zu entscheiden. „Immer sagt das Recht, welches der Fall sei. Niemals existiert also de lege lata dasjenige, was eine echte Lücke genannt wird.“<sup>6)</sup> Zitelmann mißverstehend hält nun Somló den Fall des Strafrahmens für eine zurechte Lücke und meint, auf ihn lasse sich auch die sogenannte echte zurückführen; denn „wäre in einem Recht tatsächlich gar keine Bestimmung darüber aufzufinden, welche rechtliche Behandlung

1) A. a. O., S. 35.

2) Die Anwendung des Rechts, Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, 38. Bd., S. 56, 1911.

3) A. a. O., S. 58.

4) A. a. O., S. 61.

5) A. a. O., S. 62.

6) A. a. O., S. 62.

es vorschreibt, nur soviel, daß es irgendeine haben will, so wäre eben durch einen solchen Befehl die nähere Bestimmung der richterlichen Willkür anheimgestellt<sup>1)</sup>. Doch kommt dies kaum vor, da auch jene Bestimmungen in Betracht zu ziehen sind, die vorschreiben, nach welchen Methoden der Richter zwischen mehreren Möglichkeiten zu wählen hat. „Da diesbezüglich in jedem positiven Recht mindestens gewohnheitsrechtliche Bestandteile zu finden sein werden, so wird die Entscheidung selbst im Falle unechter Lücken nur in den seltensten Fällen tatsächlich der richterlichen Willkür anheimfallen.“<sup>2)</sup> „Die scheinbaren sogenannten unechten Lücken eines positiven Rechtes werden also gewöhnlich nicht einmal solche sein, weil es gewöhnlich mindestens gewohnheitsrechtliche Auslegungsregeln geben wird, die auf einen mittelbaren Gesetzesinhalt verweisen.“<sup>3)</sup>

„Was ist nun eine Lücke im Recht? Wir müssen uns darüber klar werden, daß der Begriff einer Rechtslücke als rechtsdogmatischer oder auch als positivrechtlicher Begriff unmöglich ist. Dieser Begriff ist ausschließlich ein rechtspolitischer; eine Rechtslücke feststellen ist immer eine Art Rechtskritik. Die Feststellung einer Rechtslücke ist immer die Feststellung eines sein sollenden Rechtes.“<sup>4)</sup>

Um diese beiden Pole gruppieren sich die Meinungen. Auf Zitelmans Seite stehen unter anderen Ehrlich<sup>5)</sup>, Jung<sup>6)</sup>, Laun<sup>7)</sup>, Huber<sup>8)</sup>, Kiss<sup>9)</sup> und Kantorowicz<sup>10)</sup>. Auf der Seite Somló seien genannt Brinz<sup>11)</sup>, Stammler<sup>12)</sup>, Bergbohm<sup>13)</sup>, Affolter<sup>14)</sup>, Sternberg<sup>15)</sup>,

1) A. a. O., S. 62.

2) A. a. O., S. 63f.

3) A. a. O., S. 65.

4) A. a. O., S. 65.

5) Über Lücken im Recht. Juristische Blätter, 17. Bd., S. 447ff., 1888. Und Grundlegung der Soziologie des Rechts, S. 14, 1929<sup>2</sup>.

6) Von der ‚logischen Geschlossenheit‘ des Rechts. Festgabe der Gießener Fakultät für Dernburg, S. 131f., 1900. Und Das Problem des natürlichen Rechts, 1922; hier auf S. 324, Anm. 182, eine Auseinandersetzung mit Somló.

7) Eine Theorie vom natürlichen Recht (Rezension über Jung), Archiv für öffentliches Recht, 30. Bd., S. 381f., 1913.

8) Recht und Rechtsverwirklichung. Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie, S. 352, 1925 (2. Aufl.).

9) Gesetzesauslegung und „ungeschriebenes“ Recht. Jahrbücher für die Dogmatik, 58. Bd., S. 468, 1911.

10) Deckname Gnaeus Flavius, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, S. 14f., 1906.

11) Pandekten, I, S. 129, 1873<sup>2</sup>; und Rezension von Adickes in der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 15. Bd., S. 164, 1873.

12) Der Garantievertrag, Archiv für die civilistische Praxis, 69. Bd., S. 33, 1886.

13) Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Kritische Abhandlungen, I, S. 372f., 1892.

14) Der Positivismus in der Rechtswissenschaft, Archiv für öffentliches Recht, 12. Bd., S. 31, 1897.

15) Allgemeine Rechtslehre, I, S. 143, 1904.

Erich Kaufmann<sup>1)</sup>, Kornfeld<sup>2)</sup>, Spiegel<sup>3)</sup>, Weyr<sup>4)</sup>, Moór<sup>5)</sup> und Walter Jellinek<sup>6)</sup>. Anschütz<sup>7)</sup> nimmt eine Mittelstellung ein, indem er Rechtslücken nur im Verfassungsrecht zuläßt, sonst aber leugnet.

### Die Lehre vom Richterrecht.

Der Modernismus in der Rechtswissenschaft stellt ein recht uneinheitliches Gebilde dar. Sein Ertrag für die Lehre vom Gewohnheitsrecht ist ziemlich gering. So könnte es auf den ersten Blick unbegründet erscheinen, daß seiner Darstellung doch verhältnismäßig viel Raum gewidmet wurde. Der Grund liegt vor allem darin, daß diese Bewegung einen Übergang bildet zur Richtung, der wir uns nunmehr zuzuwenden haben. Die Grundstimmung der modernistischen Bewegung war eine gewisse Skepsis gegenüber dem Wert des Gesetzes. Und insofern ihr Charakterzug eine solche Wertkritik am positiven Recht ist, macht die ganze Bewegung einen unleugbar rechtspolitischen Eindruck. In einem gewissen Sinne war darum der folgerichtigste Zweig auch die freirichterliche Strömung, die Freistellung des Richters durch gesetzgeberischen Eingriff forderte. Der Hauptteil der Bewegung wollte aber den Anschein, rechtspolitisch zu sein, vermeiden und versteckte gleichsam seine rechtspolitischen Tendenzen in Methodologie. Die Stellung des Richters sollte nicht durch den Gesetzgeber geändert werden, sondern man behauptete, im Besitz einer Methode zu sein, die es dem Richter in die Hand gibt, auch unter den gegebenen rechtlichen Verhältnissen freie Rechtsfindung zu treiben. Ja, er habe sie eigentlich „kryptosozilogisch“ schon lange getrieben und nur nachträglich für ein soziologisch und sozial begründetes Urteil juristische Scheingründe gesucht. Versuche, diese Methode theoretisch zu rechtfertigen, wurden kaum unternommen. Man beschränkte sich auf eine ablehnende Kritik von „Begriffsjurisprudenz und Pandektologie“. Und gleich der früheren Periode war auch diese kaum von der Philosophie her beeinflußt. Weniger theoretische als praktische Einflüsse, ausgehend von der sozialen Bewegung der Zeit,

<sup>1)</sup> Das Wesen des Völkerrechts und die *clausula rebus sic stantibus*. Rechtsphilosophische Studien zum Rechts-, Staats- und Vertragsbegriff, S. 49f., 1911.

<sup>2)</sup> Soziale Machtverhältnisse. Grundzüge einer allgemeinen Lehre vom positiven Rechte auf soziologischer Grundlage, S. 123, 1911.

<sup>3)</sup> Zur Lückenlehre in Gesetz und Recht, Heft 1 der Prager staatswissenschaftlichen Untersuchungen, S. 118f., 1913.

<sup>4)</sup> Zur Theorie des „natürlichen Rechts“ (Besprechung von Launs Rezension über Jung) im Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, S. 84, 1913/14.

<sup>5)</sup> Das Logische im Recht in der *Revue internationale de la théorie du Droit*, Année II, p. 168 ssq., 1927/28.

<sup>6)</sup> Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, S. 177, 1913.

<sup>7)</sup> Lücken in Verfassungs- und Verwaltungsgesetzen im Verwaltungsarchiv, 14. Bd., S. 315f., 1906.

ließen sich aufzeigen. So war auch die Wirkung mehr praktischer Art und in dieser Beziehung durchaus gesund. Stärkere Berücksichtigung des Zweckmomentes, näheres Eingehen auf den individuellen Fall, eine Rechtsprechung nach Billigkeit, die insbesondere in der Inflationszeit von größter Bedeutung wurde, wären hier zu nennen. Wenn aber die Freirechtsschule es unternahm, eine solche Billigkeitspraxis kurzerhand zur Theorie zu erheben, so war das allerdings unzulänglich<sup>1)</sup>.

Die Theorie zu einer solchen Praxis wurde vielmehr wieder aus dem Kreise der bekämpften „Begriffsjurisprudenz“ heraus geschaffen. Es ist die Theorie von der richterlichen Rechtsschöpfung, die in Deutschland nach einigen älteren Vorläufern erstmals von Oskar Bülow entwickelt wurde, die aber schon viel früher von dem hervorragenden englischen Rechtstheoretiker John Austin in voller Klarheit dargestellt und auch schon auf die Probleme des Gewohnheitsrechts angewendet worden war. Weil die englische Doktrin in diesem Punkte auf dem Kontinent wirklich nicht ihresgleichen hat, so gehen wir diesmal ausnahmsweise über die sonst allein zugrunde gelegte deutsche Literatur hinaus und stellen neben ihr auch die englische Lehre in ihren Grundzügen kritisch dar. Der gegenseitige Einfluß aber war sehr gering, denn trotz ihres großen zeitlichen Vorsprunges wurde die englische Theorie in Deutschland erst ziemlich spät und zwar eigentümlicherweise besonders durch die deutschen Schriften der ungarischen Rechtstheoretiker Somló und Kiss bekannt.

### Die deutsche Lehre vom Richterrecht.

Als erster, der den Gedanken von der rechtschöpferischen Funktion des Richterurteils aussprach, wird wohl I. F. Kierulff gelten können, jener energische Denker, den wir schon unter den Autoren fanden, die den Bannkreis der historischen Schule durchbrachen und zum Positivismus übergingen<sup>2)</sup>. Es ist interessant, daß auch bei Kierulff die Lücken-

<sup>1)</sup> Vgl. Adolf Mehl: Zum Interpretationsproblem, Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, 42. Bd., S. 546, 1916.

<sup>2)</sup> Bisweilen wird unter den Vorläufern der Richterrechtslehre Jordan genannt, mit seinem Aufsatz „Bemerkungen über den Gerichtsgebrauch, dabei auch über den Gang der Rechtsbildung und die Befugnisse der Gerichte“ (Archiv für die civilistische Praxis, 8. Bd., S. 191ff., 1825); wohl hauptsächlich um der auf S. 209 stehenden Sätze willen: „Eine Gesetzgebung, welche, ungeachtet sie die Mängel der bestehenden Gesetze kennt, dennoch keine zeitgemäße Reform vornimmt, räumt den Gerichten stillschweigend die Befugnis ein, die Gesetze mit Berücksichtigung der Grundprinzipien, Rechtsgründe und Zwecke derselben, den herrschenden Ansichten und Verhältnissen des Volkes möglichst anzupassen und durch die eigene Jurisprudenz zu ergänzen. Denn es ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber das seinen Pflichten Entsprechende will; zu seinen Pflichten gehört nun auch die Begründung der äußeren Gerechtigkeit im Staate durch zweckmäßige Gesetze.“ Dieser Satz enthält aber nichts als ein naturrechtliches Postulat, dagegen keine Spur einer rechtstheoretischen Erkenntnis vom Wesen des Urteils. Dieses wird vielmehr, ganz wie sonst üblich, als Subsumtionsschluß aufgefaßt (vgl. ebendort S. 211).

frage den Ausgangspunkt bildet und daß sich bei ihm auch eine Auffassung des Gesetzes findet, die fast wörtlich die spätere Bülow'sche ist. „Jede Interpretation, die sich über eine Ermittlung des bloßen Wortsinnes eines Gesetzes erhebt, ergänzt eine Lücke in der vorhandenen Gesetzgebung. Vom Gesetzgeber ist nicht mehr zu verlangen, als daß er in seinem Gesetz dem Richter einen Fingerzeig gibt, wie er verstanden sein will. Das konkrete Treffen dieses Willens ist Sache des Richters, dessen freiem Ermessen und juristischem Takt der Gesetzgeber vertrauen muß. Wahre Interpretation ist Ermittlung des konkreten Gesetzes sinnes und ergänzt mithin das, was der Gesetzgeber sagen will, aber nicht gesagt hat. Die Interpretation und so auch die gerichtsgebräuchliche ergänzt also das ausdrückliche Material der Gesetzgebung, obwohl nicht ihren wirklichen Willen, den sie vielmehr erst zum Bewußtsein bringt.“<sup>1)</sup>

Daß das doch nicht mehr Auslegung des Gesetzesinhaltes, also nicht mehr eine rein intellektuelle Funktion ist, wird klar aus dem folgenden Satz: „Das Gericht ist das Organ des Staates, welches den im Gesetze abstrakt vorhandenen Willen des Staates konkret wirklich macht. Diese Verwirklichung geschieht durchs Urteil, welches ist die Affirmation des richterlichen Wissens vom konkreten Recht, daher der ausgesprochene Wille, daß auch das, was er als Recht für den ihm vorgelegten Fall erkennt, auch sinnlich realisiert werde, zum Dasein gelange. Das theoretische Erkennen wird im Richterspruch zum praktischen Erkenntnis, der letzten Stufe der Entwicklung und Selbstoffenbarung des nationalen Willens.“<sup>2)</sup> Läßt man die auf die historische Schule und auf Hegel zurückgehende Einkleidung weg, und deutet man den „nationalen Willen“ einfach als das Recht, was er ja in diesem Falle allein bedeutet, so enthält dieser Satz nicht weniger als einerseits die klare Erkenntnis, daß das Urteil nicht rein theoretische Konklusion, sondern fordernde Norm ist, andererseits aber bereits eine Vorahnung von seiner Eingliederung in den Stufenbau des Rechts.

Demnächst kann Heinrich Thöl angeführt werden. Ihm ist die Praxis nicht nur, wie den Historikern, Zeugnis des Gewohnheitsrechts, also Rechtserkenntnisquelle (materiale Rechtsquelle), sondern Rechtsentstehungsquelle (formale Rechtsquelle). Es gibt „auch ein Recht der Praxis, indem ein Satz schon dadurch ein Rechtssatz wird, daß er in einem einzigen richterlichen Urteil angewendet worden ist. Diese Entstehungsart eines Rechtssatzes beruht auf einem anderen Rechtssatz des gemeinen deutschen Gewohnheitsrechts, den das Sprichwort bezeichnet: ‚Was dem einen Recht ist, ist dem anderen billig.‘“ Darin liegt die Forderung nach Konstanz der Rechtspflege, begründet einerseits mit einem ähnlichen Gedanken, wie es bei Erich Jung die Enttäuschung der Erwartungen war<sup>3)</sup>; andererseits aber begründet durch die Indifferenz

<sup>1)</sup> Theorie des gemeinen Civilrechts, S. 41 in der Anmerkung, die auf S. 40 beginnt, 1839.

<sup>2)</sup> A. a. O., S. 42.

<sup>3)</sup> Vgl. oben S. 97f.

des Rechtsinhaltes in den Fällen, wo es nur darauf ankomme, daß überhaupt voraussehbar entschieden wird, nicht, wie entschieden wird. Der Unterschied gegen Jung aber ist, daß bei ihm der erwähnte Grundsatz rein naturrechtlich ist, während er hier als Rechtssatz behauptet wird — freilich auch nur behauptet. Kierulff hatte die rechtschaffende Funktion des Urteils für den einzelnen Fall erkannt, hier kommt der Gedanke hinzu, daß der in ihm enthaltene Rechtssatz auch für später gelte.

Franz Adickes war schon früher erwähnt worden, als ein Vorläufer des juristischen Modernismus<sup>1)</sup>, insofern er als letzte Rechtsquelle die subjektive Vernunft bezeichnet hatte. Das scheint auf den ersten Blick zu einer Fülle von widersprechenden Rechtsquellen zu führen. Nun gebe es aber den allgemein anerkannten Rechtssatz, „daß die Entscheidung gewisser Personen, mochten dieselben nun schon wirklich die Eigenschaft von Urteilsfindern oder Richtern besitzen oder nur kraft hausväterlicher Gewalt Entscheidungen treffen, die ihnen unterbreiteten Rechtsverhältnisse in definitiver Weise regeln. Es ist auch hier die subjektive Vernunft, aus welcher die Entscheidungen fließen, allein sie ist von wesentlich anderer Bedeutung, als die subjektive Vernunft aller anderen Menschen“<sup>2)</sup>.

Ähnlich liegen die Dinge auch auf dem Gebiete des Gewohnheitsrechts. Wie im ersten Falle die subjektive Vernunft, so ist hier die Rechtsüberzeugung eines Volkes schwer nachzuweisen und Urteile des Richters darüber werden von solchen über die Natur der Sache oft kaum zu unterscheiden sein. „So leuchtet es ein, daß die Existenz eines Organes, welches mit der Wirkungskraft authentischer Deklaration bekundet, was als gemeinschaftliche Rechtsüberzeugung anzusehen sei, für die hier besprochene Rechtsquelle dieselbe wesentliche Bedeutung hat, welche ihr . . . für die . . . Rechtsquelle der subjektiven Vernunft oder die Natur der Sache vindiziert worden ist.“<sup>3)</sup>

Das Urteil hat aber nicht nur die Bedeutung einer unanfechtbaren Deklaration, sondern wegen der allgemeinen Forderung der Konstanz der Rechtsprechung setzt sich der Richter, „wenn auch von einer Rechtskraft der einzelnen Entscheidung im technischen Sinne hier nicht die Rede sein kann, in der einmaligen Entscheidung einer Frage zugleich eine Schranke für die künftige Entscheidung. Das Urteil über den gegenwärtigen Fall spricht zugleich immer eine allgemeine, auch für die Zukunft anzuwendende Norm aus und der Richter ist beim nächsten Male, wo sich dieselbe Frage ihm wiederbietet, keineswegs wieder zur völlig freien Rechtsfindung berechtigt, die ihm beim ersten Male freistand.“<sup>4)</sup> Dabei verweist Adickes in der Anmerkung ausdrücklich auf die von uns oben erwähnten Ausführungen von Thöl. Nebenbei sei

<sup>1)</sup> Vgl. oben S. 91f.

<sup>2)</sup> Zur Lehre von den Rechtsquellen, insbesondere über die Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquellen und das Gewohnheitsrecht. Studien über die heutige Geltung des römischen Rechts, I, Zur Lehre von den Rechtsquellen, S. 10f., 1872.

<sup>3)</sup> A. a. O., S. 42f.

<sup>4)</sup> A. a. O., S. 55.

auch darauf aufmerksam gemacht, daß hier wohl eine der frühesten Stellen vorliegen dürfte, wo der Terminus „Freie Rechtsfindung“ schon nahezu technisch als Rechtsfindung aus der Natur der Sache gebraucht ist. Ein wesentlich neues Argument für den Rechtsnormcharakter des Urteils wird jedoch in den Ausführungen von Adickes eigentlich nicht beigebracht.

Von einem rechtsgeschichtlichen Ausgangspunkte aus hat August S. Schultze erstmals ausführlich die rechtschöpferische Kraft des Gerichtsurteils behandelt. Auch die Bedeutung dieses Gedankens fürs Gewohnheitsrecht hat er geahnt<sup>1)</sup>. „Nur die Staatsgewalt (im weitesten Sinne) kann einer Norm die Erzwingbarkeit verleihen und garantieren, welche dieselbe zum Recht macht.“<sup>2)</sup> Die „Willenserklärung der Staatsgewalt, welche allein die dem Recht wesentliche Erzwingbarkeit desselben erzeugt und gewährleistet, nenne ich den Rechtsbefehl oder das Rechtsgebot“<sup>3)</sup>. Das Organ, das den Rechtsbefehl ausspricht, ist „in den verschiedenen Zeiten und in den verschiedenen Gemeinwesen ein sehr verschiedenartiges gewesen: insbesondere entweder der Richter oder der Gesetzgeber“<sup>4)</sup>. Immer aber — auch beim Gewohnheitsrecht — bedurfte es eines obrigkeitlichen Rechtsbefehls.

Der Hauptunterschied aber zwischen Gesetzes- und Gewohnheitsrecht tritt am deutlichsten im mittelalterlichen Recht hervor. „Während nämlich im modernen Staat Rechtsinhalt und Rechtsbefehl in allgemein verbindender Weise gefunden und gegeben zu werden pflegen als allgemeingültige Rechtsnorm, d. h. als Gesetz oder, was ihm gleichsteht, ist es eine aus dem besonderen Verhältnis der rechtzeugenden Kraft sich ergebende Eigentümlichkeit der mittelalterlichen Rechtsprechung, daß — soweit nicht auch hier Gesetz und Statuten allmählich sich entwickeln und immer mehr Boden gewinnen — auf dem Gebiete des Privatrechts Rechtsinhalt und Rechtsbefehl nicht in allgemein bindender Weise, sondern nur von Fall zu Fall und mit konkreter Beschränkung auf den einzelnen Tatbestand gefunden und geboten wird. Während im heutigen Staatswesen das Rechtsgebot regelmäßig ein abstraktes, allgemein gültiges Gebot ist, ist das Rechtsgebot des deutschen Mittelalters — und zum Teil auch in der mittleren römischen Periode — regelmäßig lediglich ein individuelles nur für den konkreten Fall rechtschaffendes Rechtsgebot.“<sup>5)</sup> Das germanische Urteil ist immer zugleich Rechtsfindung und Rechtsanwendung<sup>6)</sup>, während das moderne „Gerichtsurteil aus einem Grund der Rechtszeugung lediglich ein Mittel autoritativer Rechtsanwendung geworden“ ist<sup>7)</sup>. Dort besteht nur „die Vorstellung einer

1) Privatrecht und Prozeß in ihrer Wechselbeziehung. Grundlinien einer geschichtlichen Auffassung des heutigen Zivilprozeßrechts. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Rechtsquellen, insbesondere zur Lehre vom sogenannten Gewohnheitsrecht, I, S. 47, 1883.

2) A. a. O., S. 55f.

3) A. a. O., S. 56.

4) A. a. O., S. 57.

5) A. a. O., S. 95f.

6) A. a. O., S. 100.

7) A. a. O., S. 125.

Privatrechtsordnung<sup>1)</sup>, deren Inhalt von den Schöffen gewiesen wird. „Mit anderen Worten: Die Kontinuität im mittelalterlichen Recht und in der mittelalterlichen Rechtsprechung wird aufrechterhalten lediglich und allein durch den Rechtsinhalt, nicht durch den Rechtsbefehl<sup>2)</sup>, während es heute umgekehrt ist. „Recht kann gemacht werden nur von Fall zu Fall im Gericht.“<sup>3)</sup>

So läßt sich das mittelalterliche Urteil mit dem heutigen Gesetz vergleichen, bei dem Volksvertretungen, wie dort die Schöffen, den Inhalt feststellen, zu dem dann (wenigstens in monarchischen Staaten) das Staatsoberhaupt den Gesetzesbefehl erteilt. „Gleich steht das germanische Gerichtsurteil dem modernen Gesetz mithin darin, daß beide objektives Recht, Rechtssätze, schaffen, indem sie einen gegebenen Inhalt durch den Rechtsbefehl zum Recht machen. Weniger als das moderne Gesetz ist das germanische Urteil darin, daß es einen Rechtssatz nur für den konkreten Fall schafft, niemals darüber hinaus. Mehr als das moderne Gesetz ist das germanische Urteil darin, daß es objektives Recht, Rechtssätze, und damit notwendig zugleich auch konkretes (sogenanntes subjektives) Recht nicht nur schafft, sondern, eben weil es konkret individuelles Rechtsgebot ist, das letztere auch zugleich und in einem Akte rechtskräftig feststellt. Das germanische Gerichtsurteil wirkt in einem Akt, wozu heute zwei Akte, erstens ein Gesetz und zweitens ein Gerichtsurteil gehören.“<sup>4)</sup> Dann ist aber auch die „in der Rechtsprechung enthaltene Funktion, die Findung der Obersätze (Rechtssätze) in den verschiedenen Prozeßsystemen eine Funktion von grundverschiedener Bedeutung. Da nämlich wo diese Obersätze kraft einer allgemeinen, in sich selbst ein für allemal verbindlichen Privatrechtsnorm als Rechtssätze bereits gegeben und geboten sind, ist das Ausscheiden der auf den konkreten Tatbestand anzuwendenden Rechtssätze eine rein logische Operation. Dort dagegen, wo eine solche allgemeine und kraft ihrer selbst ein für allemal verbindliche Privatrechtsordnung nicht existiert, ist das Finden der Obersätze eine nicht lediglich logische Operation, sondern eine Rechtszeugung, welche das Finden des Inhalts und zugleich das Gebieten dieses Inhalts als Recht in sich schließt.“<sup>5)</sup>

Schultzes scharfsinnige Analyse will ausdrücklich nur für die Vergangenheit gelten, für den modernen Prozeß leugnet er geradezu, daß das Urteil etwas anderes als Rechtsanwendung sei. Seine Andeutungen über eine richterrechtliche Theorie des Gewohnheitsrechts sind allzu dürftig, um eine wirkliche Theorie genannt werden zu können. Aber auch für diese Andeutungen gebührt ihm nicht die zeitliche Priorität vor Bülow, die Alf Ross für ihn in Anspruch nimmt<sup>6)</sup>.

<sup>1)</sup> A. a. O., S. 105.

<sup>2)</sup> A. a. O., S. 98.

<sup>3)</sup> A. a. O., S. 105.

<sup>4)</sup> A. a. O., S. 117f.

<sup>5)</sup> A. a. O., S. 220.

<sup>6)</sup> Alf Ross: Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen. Wiener staats- und rechtswissenschaftliche Studien (Neue Folge der Wiener staatswissenschaftlichen Studien), 13. Bd., S. 432f., 1929.

Schon zwei Jahre vor Schultze hatte Bülow ähnliche Andeutungen gemacht. „Auch derjenige Teil des Gewohnheitsrechts, der nicht aus privater Geschäftsgewöhnung erwachsen ist, hat sich wohl vorzugsweise im Wege individueller, konkreter Rechtsbestimmungen entwickelt, nämlich durch die von den Gerichten ausgehende, durch eine andauernd und gleichmäßig sich wiederholende Rechtsprechung, die allmählich zu einer objektivrechtlichen abstrakten Normierung sich umwandelte.“<sup>1)</sup> Aber während Schultze sich auf die Vergangenheit beschränkt hatte, meint Bülows Theorie die Gegenwart.

Grundlegend ist seine berühmte gewordene kleine Schrift „Gesetz und Richteramt“ (1885). Das Gesetz, so wie es vom Gesetzgeber erlassen ist, „ist noch kein geltendes Recht. Es ist nur ein Plan, nur der Entwurf einer zukünftig erwünschten Rechtsordnung.“<sup>2)</sup> Um diesen Entwurf zu verwirklichen, und zwar unabhängig von der Gehorsamslaune der Untergebenen „hält der Staat neben, ja vor allem Gesetzgebungsapparat eine andere Rechtsanstalt, das Richteramt, bereit“<sup>3)</sup>. So ist das richterliche Urteil Mitwirkung am Werke der Rechtsordnung. Es „gründet sich zwar, wie jede besonnene Willensäußerung auf eine Denktätigkeit. Es enthält und bedeutet aber eine Rechtsbestimmung, eine Rechtsanordnung. Es ist eine Willenserklärung, und zwar ähnlich wie das Gesetz eine von der Staatsgewalt erlassene Rechtswillenserklärung.“<sup>4)</sup> Es tritt hier deutlich der für die ganze Richterrechtsschule typische und besonders in ihrem englischen Zweig stark ausgebildete Gedanke von der Staatlichkeit allen Rechts hervor<sup>5)</sup>. Insofern bedeutet diese Theorie eine gewisse Rückkehr zur „Gestattungstheorie“. Ist durch Bülows Lehre auch die Auffassung vom richterlichen Urteil der vom Gesetz näher gerückt, so bestehen doch noch immer wichtige Unterschiede. „Die gesetzliche Rechtsbestimmung reicht um vieles weiter und wirkt allgemeiner als die richterliche, wird aber von der richterlichen durch deren größere Bestimmtheit und unbedingte gegenwärtige Wirksamkeit übertroffen. Hiezu kommt aber noch ein Unterschied, der um vieles schwerer ins Gewicht fällt: Zwischen der Freiheit, mit welcher der Gesetzgeber, seine Rechtsanordnung zu wählen, die rechtliche Macht hat, und der rechtlichen Abhängigkeit des Richters von den Gesetzesbestimmungen, welche ihm die Wahl einer anderen als der vom Gesetz bereits vorgezeichneten Rechtsfolge nicht offen läßt.“<sup>6)</sup> Als später Bülow von der Freirechtsschule in Anspruch genommen wurde, hat er neuerlich ihr

<sup>1)</sup> Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung. Archiv für die civilistische Praxis, 64. Bd., S. 84, Anm. 50, 1881.

<sup>2)</sup> Gesetz und Richteramt, S. 3, 1885. — Wir erinnern uns, diese Ansicht schon bei Kierulff gefunden zu haben (vgl. oben S. 108). Später hat sie Eugen Ehrlich so ausgedrückt: „Daraus, daß ein Gesetz erlassen worden ist, ergibt sich noch nicht, daß es gilt.“ (Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, S. 27, 1903.)

<sup>3)</sup> A. a. O., S. 3f.

<sup>4)</sup> A. a. O., S. 6.

<sup>5)</sup> Ähnlich schon Schultze. Vgl. oben S. 110.

<sup>6)</sup> Gesetz und Richteramt, S. 10f., 1885.

gegenüber die „unbedingte Verbindlichkeit des Gesetzesrechts für die Rechtsprechung“ scharf betont<sup>1)</sup>. Wo es aber auch an einem Gesetze fehlt, da fehlt es doch nie am Richteramt. So war das Recht des älteren Rom und des deutschen Mittelalters allein oder doch überwiegend Richterrecht. Und der große Prozeß der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland vollzog sich nicht etwa durch eine dieses Recht einführende Gesetzgebung, ebenso unmöglich aber ist es auch, diese „Rechtsumwälzung, die den schroffsten Bruch mit der Rechtsüberlieferung, die Lossagung von allem gewohnten Recht enthält, für ein Ergebnis des Gewohnheitsrechts zu halten“<sup>2)</sup>. Fürs römische und mittelalterliche hatte das freilich schon Schultze viel ausführlicher dargetan.

Bülow geht aber darüber noch hinaus und behauptet eine rechtsschöpferische Kraft auch fürs moderne Richterurteil. Sie liege überall dort vor, wo innerhalb der Gesetzesbestimmungen ein freier Spielraum bleibt oder wo gesetzliche Bestimmungen nicht eindeutig oder gar überhaupt noch nicht erlassen sind. Aber auch in jedem kontroversen Fall, wo es an einem logisch notwendigen Zusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsfolge fehlt, muß der Richter rechtsschaffend entscheiden. „Ja, es ist eine häufig angewendete und wohl erprobte Methode der Gesetzgebung geworden, die Gerichte in vielen und wichtigen Beziehungen zur freien Wahl zwischen mehreren Rechtsnormierungen zu ermächtigen. . . . In diesen zahlreichen dispositiven Rechtssätzen ist der eigene, Recht begründende Beruf des Richteramts aufs offenste anerkannt und vom Gesetzgeber selbst laut zu Hilfe gerufen.“<sup>3)</sup> „Die selbständige Rechtsbestimmungsmacht des Richteramts vermag aber endlich sogar im Widerspruch zum wirklich festbestimmten Gesetzessinn, im Gegensatz zum Wollen und Hoffen des Gesetzgebers siegreich zum Durchbruch zu kommen.“<sup>4)</sup> „Auch das gesetzwidrige Urteil ist doch rechtsverbindlich, es ist, wie jedes richterliche Urteil, eine vom Staat ausgehende, vom Staat gebilligte, vom Staat mit seiner Zwangsgewalt ausgestattete Rechtsbestimmung! Damit ist aber nichts anderes gesagt, als daß der Richter vom Staat ermächtigt ist, auch solche Rechtsbestimmungen vorzunehmen, die nicht im Gesetzesrecht enthalten, sondern lediglich vom Richter gefunden, ja erfunden, von ihm, nicht vom Gesetz, gewählt und gewollt sind.“<sup>5)</sup> Mit aller Schärfe wendet sich darum Bülow gegen das Dogma, „daß auch die nichtgesetzliche Rechtsbildung, ähnlich wie die gesetzliche, nur durch Schaffung abstrakter, allgemein gültiger Rechtsbestimmungen vor sich gehen könne“<sup>6)</sup>. „So ist es gekommen, daß die richterliche Rechtschöpfung unter der falschen, nach dem Muster

1) In dem Aufsatz „Übers Verhältnis der Rechtssprechung zum Gesetzesrecht“ in der Zeitschrift „Das Recht“, 10. Bd., Spalte 773, 1906.

2) Gesetz und Richteramt, S. 27, 1885. — In diesem Punkt folgt ihm auch Emil Pfersche in seiner Prager Antrittsvorlesung, „Das Problem des Gewohnheitsrechts“, S. 9f., 1895.

3) A. a. O., S. 34.

4) A. a. O., S. 39.

5) A. a. O., S. 40.

6) A. a. O., S. 42.

des Gesetzesrechts zugeschnittenen Hülle des Gewohnheitsrechts so lange versteckt und verborgen geblieben ist.“<sup>1)</sup>)

So kehrt die Abhandlung zu ihrem Ausgangspunkt zurück. Das Gesetz ist nur eine Anleitung zur Herstellung einer Rechtsordnung, zunächst an die beteiligten Parteien gerichtet, die dieser Anleitung durch Verträge und ihre Erfüllung nachkommen können. Tun sie das nicht, so hat der Richter einzugreifen. „Hiebei hat der Richter sich zwar innerhalb der vom Gesetz vorgezeichneten Rechtsgrenzen zu halten, ähnlich, wie die Gesetzgebung in die Schranken der Staatsverfassung gebannt ist. Aber in keinem von beiden Fällen ist die Rechtsbestimmung schon unmittelbar vom Gesetz gegeben: Sie ist dort erst von den Beteiligten, hier erst vom Richter gefunden. Das Gesetz weist beiden nur den Weg richtiger Rechtsfindung!“<sup>2)</sup>) Spricht man diese Erkenntnisse in modernen Worten aus, so müßte man etwa sagen: Gesetzgebung, Richterurteil und Rechtsgeschäft haben etwas gemeinsam<sup>3)</sup>). Sie alle sind Rechtsnormierungen, zu denen übergeordnete Normen ermächtigen. Dadurch ist der Rechtscharakter von allem, was in Gesetz, Richterurteil oder Rechtsgeschäft eingeht, letzten Endes auf die Verfassung zurückgeführt und in ihre Grenzen gebannt.

Was hat das alles mit dem Gewohnheitsrecht zu tun? Es scheint zunächst nichts geleistet, als daß dem Richterrecht der Charakter des Gewohnheitsrechts abgesprochen wird. Aber tatsächlich liegt in diesem Gedanken viel mehr, wie es Bülow schon in dem zuerst erwähnten Aufsatz über „Dispositives Zivilrecht“ angedeutet hatte<sup>4)</sup>). Wohl waren die mittelalterlichen Richter frei von gesetzlicher Bindung, sie urteilten aber doch kaum nach bloßer Willkür. Sie „hatten ganz ähnlich, wie später die Gesetzgebungsfaktoren, die Rechtsgebote aus sich selbst, aus dem ihnen innewohnenden Gefühl fürs Rechtmäßige zu schöpfen. Und hiebei ließen sie sich, geradeso wie jetzt die Gesetzgebung, viel seltener durch ureigene Einfälle und Erfindungen ihres klugen Nachsinnens leiten, als durch das, was den jeweiligen Volksverhältnissen, Volksbedürfnissen, Volksneigungen, namentlich den bereits vorhandenen eingebürgerten Gewöhnungen am besten entspricht.“<sup>5)</sup>) So ist also nach Bülows Ansicht der Inhalt der Gewöhnung, die an sich noch nicht rechtlich war, das bloße Material, aus dem der Richter durch Verwendung in der Urteilschöpfung Recht schuf, und zwar zunächst für den einzelnen Fall. Je-

<sup>1)</sup> A. a. O., S. 44.

<sup>2)</sup> A. a. O., S. 46.

<sup>3)</sup> Die Auffassung des Gesetzes als öffentlich-rechtliches Geschäft ist übrigens schon alt. Einer der frühesten Vertreter dürfte F. von Martitz sein in seinem Aufsatz „Über den konstitutionellen Begriff des Gesetzes nach deutschem Staatsrecht“ in der Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 36. Bd., S. 259, 1880.

<sup>4)</sup> Vgl. oben S. 112.

<sup>5)</sup> Oskar Bülow: Heitere und ernste Betrachtungen über die Rechtswissenschaft. Beiträge zur Theorie des Gesetzes- und Gewohnheitsrechts (2. Ausgabe der „Briefe eines Unbekannten über die Rechtswissenschaft“), S. 107, 1901.

doch „eine Zeit, in welcher das Recht unmittelbar, ‚organisch‘, aus dem unorganisierten Volke ohne Sanktion durch die Staatsgewalt lediglich in der Form einer vom ‚Volk‘ für verbindlich gehaltenen Gewohnheit als ein Inbegriff genereller Rechtsgebote hervorgewachsen wäre, kurz ein Gewohnheitsrecht, hat es nie gegeben. Die ganze Gewohnheitsrechtstheorie ist ein Erzeugnis der romantisch historischen Phantasie!“<sup>1)</sup>

In diesem Zusammenhang darf auch Erich Danz genannt werden. Auch er wendet sich dagegen, daß im Gewohnheitsrecht gleichsam von selbst entstandenes Recht vorliege<sup>2)</sup>. Leider tut er das unter Zugrundelegung eines ganz unmöglichen Rechtssatzbegriffes. „Das gleichmäßige, lange Zeit fortgesetzte Handeln der Menschen allein ergibt noch keinen Rechtssatz, d. h. kein aus Worten gebildetes Satzgefüge. Ein Rechtssatz entsteht immer erst durch Aussprechen oder Schreiben von Worten.“<sup>3)</sup> Damit das durch den Richter geschehen könne, wird das regelmäßige Verhalten der Menschen als Willenserklärung gedeutet und weiters angenommen, „daß ein oberer Rechtssatz existiere, der aussagt, daß, wenn Menschen Vereinbarungen treffen, wenn sie also erklären, sich zu bestimmten Leistungen verpflichten zu wollen, diese Vereinbarungen vom Staate geschützt werden. . . . Auf Grund dieses, die sogenannte Privatautonomie garantierenden Rechtssatzes, der in der Hauptsache auch nur aus den Gewohnheiten abgeleitet werden kann. . . ., erscheint der Richter ermächtigt, solche Rechtssätze zu bilden, auf Grund deren er die Entscheidung gibt, daß im konkreten Falle eine der vorliegenden Erklärung entsprechende Rechtswirkung eingetreten ist.“<sup>4)</sup>

Hier mischt sich in wunderlicher Weise rechtstheoretische Ahnung mit völligen Unmöglichkeiten. Ganz und gar abzulehnen ist natürlich ein Rechtssatzbegriff, bei dem es aufs Aussprechen oder Niederschreiben von Wortgefügen ankommt. Das ist ein Rückfall in den alten Naturalismus, dem bisweilen das Recht nichts als eine Menge Druckerschwärze war. In dem „obersten Rechtssatz der Privatautonomie“ schimmert der Gedanke des „obersten Satzes aller Rechtsordnungen“ durch, den wir schon bei Walter Jellinek fanden<sup>5)</sup>, aber es ist ein offenbarer Zirkel, wenn dieser Satz einerseits die Geschäftsgewohnheiten erst zu Recht machen soll, und andererseits selbst erst aus Gewohnheiten entstanden sein soll. Und wie entstanden? Als Rechtssatz im Sinne von Danz natürlich durch Aussprechen oder Niederschreiben. Das aber wäre die größte Auffassung von einer Art *contrat social*, die man sich denken

1) A. a. O., S. 109.

2) Anders noch in einem früheren Aufsatz „Laienverstand und Rechtsprechung“ in den Jahrbüchern für Dogmatik, 38. Bd., S. 398, 1898, wo es heißt: „Hiernach enthält die Verkehrssitte, welche im kaufmännischen Verkehr als Handelssitte (*Usance*) auftritt, wahre Gewohnheitsrechtssätze.“

3) „Rechtsprechung nach der Volksanschauung und nach dem Gesetz. Ein Beitrag zur Lehre vom Gewohnheitsrecht und zur Gesetzesauslegung“. In den Jahrbüchern für Dogmatik, 54. Bd., S. 4, 1901.

4) A. a. O., S. 5f.

5) Vgl. oben S. 54.

kann. Der wichtige, wenn auch in seiner ursprünglichen Form selbst nicht ganz zutreffende, Gedanke Bülows von der Staatlichkeit allen Rechts ist fallen gelassen, denn auch eine Privatarbeit wie der Sachsen-*spiegel* schaffte als solche Rechtssätze<sup>1)</sup>. Begreiflich, denn man braucht ja dazu im Grunde nur schreiben können!

Normalerweise freilich werden die Rechtssätze, wenn nicht vom Gesetzgeber, so vom Richter erstmalig aufgestellt und der „entnimmt sie aus den Verkehrssitten und nur aus ihnen“<sup>2)</sup>. Dabei aber kann es sich um mehr handeln, als um ein rein tatsächliches Übernehmen solcher Verkehrssitten durch den Richter. „Wenn... § 157 BGB.“<sup>3)</sup> für die Auslegung der Verträge oder — wie die herrschende Ansicht richtig annimmt — überhaupt für die Auslegung der Rechtsgeschäfte vom Richter verlangt, daß dieser hier Rechtssätze unter Berücksichtigung der Verkehrssitte bilden solle, so wird er damit angewiesen, sich aus den Verkehrssitten, den Gewohnheiten seiner Volksgenossen, Rechtssätze, und zwar Gewohnheitsrechtssätze zu entwickeln und anzuwenden.“<sup>4)</sup> „Diese Rechtssätze sind vom Richter geschaffene Rechtssätze (Richterrecht); denn er hat sie auf die Anweisung des sogenannten Gesetzgebers erst ins Leben gerufen, sie waren vorher noch gar nicht vorhanden, sondern nur die Gewohnheiten — also etwas ganz anderes —, aus denen er sie gezogen hat... Die Richterrechtssätze sind vom BGB. sanktionierte Gewohnheitsrechtssätze.“<sup>5)</sup> In diesem Falle verweist also das Gesetz selbst, im früheren der undeutlich gebliebene oberste Rechtssatz auf die Gewohnheit, die beidemale erst durch den Richter in Rechtssätze umgegossen wird. Die Verweisung durchs Gesetz kann sich freilich abschwächen bis zur allgemeinen Interpretationsregel, daß das Gesetz überhaupt nach der Verkehrssitte oder noch allgemeiner nach der „Meinung der Allgemeinheit“<sup>6)</sup> ausgelegt werden wolle. Auch hier wird betont, daß das Richterrecht immer nur Recht für den konkreten Fall schaffen könne<sup>7)</sup>.

Diese starke Betonung der Verkehrssitte legt es nahe, hier gleich Paul Oertmanns Anschauungen zu unserer Frage anzuschließen. Er steht dem Gedanken eines Richterrechts wohl nahe, lehnt ihn aber schließlich im Grunde doch ab. Zu unserem Thema hat er sich eigentlich nicht so sehr in seinem Hauptwerk<sup>8)</sup> geäußert, als in einem gleichzeitig erschienenen kleineren Aufsatz<sup>9)</sup>. Scharf müsse auseinandergehalten

<sup>1)</sup> A. a. O., S. 25.

<sup>2)</sup> A. a. O., S. 22.

<sup>3)</sup> Gemeint ist das deutsche bürgerliche Gesetzbuch.

<sup>4)</sup> A. a. O., S. 27.

<sup>5)</sup> Einführung in die Rechtsprechung. Anleitung für junge Juristen, S. 38, 1912.

<sup>6)</sup> Richterrecht. Schriften des Vereins Recht und Wirtschaft, Bd. 1, Heft 4, S. 209, 1912.

<sup>7)</sup> A. a. O., S. 192.

<sup>8)</sup> Rechtsordnung und Verkehrssitte, 1914; zitiert als „R. V.“.

<sup>9)</sup> „Staatliche und gesellschaftliche Rechtsbildung“, Archiv für bürgerliches Recht, 40. Bd., S. 70f., 1914; zitiert als „St. g. R.“.

werden die Befolgung eines Rechtssatzes durchs Volk und seine Anwendung durch die Gerichte. Entscheidend ist die letztere. „Die Gewohnheit ist eine selbständige Rechtsquelle, aus eigener Kraft von Gottes Gnaden, so gut wie das Gesetz. Nur ist es nicht die gesellschaftliche Übung des Satzes im Leben, die ihn zum Rechtssatz erhebt, sondern seine ständige Anwendung durch die Gerichte und die anderen dazu berufenen Behörden als staatliche Organe.“<sup>1)</sup> „Alles Recht ist entweder staatlich geschaffenes oder staatlich anerkanntes. Das gilt nicht zum wenigsten vom sogenannten Gewohnheitsrecht.“<sup>2)</sup> „Die Übung des Lebens . . . , die tatsächlichen Machtverhältnisse sind noch niemals imstande gewesen, unmittelbar aus eigener Kraft verbindliches Recht zu schaffen.“<sup>3)</sup> Übt einen Satz „nur die Gesellschaft, die zwangsfreie soziale Gemeinschaft, so ist er ausnahmslos nur ein Satz der Sitte“<sup>4)</sup>. Ja, „wer aus der Befolgung gewisser Sätze durchs Publikum ihre Eigenschaft als Rechtssätze ableitet, verkennt auch den grundsätzlichen Unterschied zwischen sein und sollen“<sup>5)</sup>. Dagegen muß freilich eingewendet werden, daß dann aus der Übung auch nicht ein Satz der Sitte entstehen könnte, denn auch die Sätze der Sitte sind Sollenssätze<sup>6)</sup>. Freilich kann auch die Sitte juristische Bedeutung haben, indem nämlich das Gesetz sich ihrer als „Ausfüllungsmaterial bedient. Indem das Gesetz so verfährt, wird es zu einer Art Blankett, das seinen maßgebenden Inhalt erst aus der Verkehrsanschauung erhält. Diese wird selbst zum mittelbaren Gesetzesinhalt.“<sup>7)</sup> Die Anwendung solcher Regeln der Verkehrssitte ist aber eine unselbständige Anwendung, im Grunde doch nur Anwendung der delegierenden Norm, und ist darum für den Charakter der Verkehrssitte als Gewohnheitsrecht nicht beweisend, abgesehen davon, daß sie auch sonst nicht alle Erfordernisse des Gewohnheitsrechts erfüllt<sup>8)</sup>.

Gegen die richterliche Rechtschaffung in einem solchen Falle aber wendet Oertmann — gegen Danz — zweierlei ein. Ein dauernder *usus fori* könnte wohl gewohnheitsrechtlich solche Rechtssätze schaffen. In unserem Falle aber würde der einzelne Richter „in aller Form zum Schöpfer objektivrechtlicher Sätze erhoben — ein stolzer Gedanke, der aber mit unseren staatlichen Auffassungen schlechthin unvereinbar ist“<sup>9)</sup>. Weiters mutet, wer am Gedanken des Richterrechts festhält, dem Richter eine rückwirkende Rechtschöpfung zu. „Denn wenn der Richter den

1) St. g. R., S. 81.

2) St. g. R., S. 80.

3) St. g. R., S. 83.

4) R. V., S. 17.

5) R. V., S. 18.

6) Oertmann allerdings bestreitet, daß die Verkehrssitte normative Bedeutung habe (R. V., S. 362), jedoch ohne Gründe dafür anzuführen. Vgl. auch unten S. 155f.

7) St. g. R., S. 89. — Ähnlich spricht Walter Jellinek, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, 1913, von „gesellschaftlichen Anschauungen mit abgeleiteter Rechtssatzwirkung“ (S. 184) und vergleicht sie mit Verordnungen zur Ausführung eines Gesetzes. Beide Fälle werden vom Begriffe der Verweisung umfaßt (S. 188).

8) R. V., S. 352.

9) R. V., S. 355.

aus der Verkehrssitte entnommenen Satz erst hervorruft, ihn aber zugleich seiner Beurteilung des zu entscheidenden, also schon gegebenen Rechtsfalles zugrunde legt, wendet er darauf einen Rechtssatz an, der bei Entstehung der zu beurteilenden Verhältnisse noch gar nicht in Geltung gewesen war.“<sup>1)</sup> Wir werden diesem Bedenken gegen die rückwirkende Kraft der richterlichen Rechtschöpfung noch in der englischen Doktrin begegnen<sup>2)</sup> und begnügen uns hier damit, darauf hingewiesen zu haben. So wäre die Verkehrssitte weder Richterrecht noch Gewohnheitsrecht und es bliebe ihr am ehesten noch der Charakter des „mittelbaren Gesetzesinhaltes“ gewahrt. Aber auch diesen Gedanken seines Aufsatzes hat Oertmann in seinem Hauptwerk endlich doch wieder abgeschwächt<sup>3)</sup>.

Mehr in der Linie einer Fortführung der Gedanken von Bülow als von Danz und Oertmann bewegt sich Géza Kiss. Mit den Modernisten hat er gemeinsam die Wahl des Ausgangspunktes: die Lückenfrage. Den Grundgedanken seiner Auffassung sprach er bereits in einem Referat aus, das auf dem ersten Kongreß der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie in Berlin am 19. Mai 1910 gehalten wurde<sup>4)</sup>. Wir halten uns an die Darstellung eines zwei Jahre später erschienenen Aufsatzes<sup>5)</sup>. Sein Lückenbegriff ist der gleiche wie der Somlós<sup>6)</sup>. Als technische Lücken bezeichnet er solche, „bei denen es an den näheren, abstrakten Regeln zur Entscheidung des vorhandenen Rechtsfalles fehlt“<sup>7)</sup>. Daneben betrachtet er „unausgefüllte Rahmen“<sup>7)</sup>. Im letzteren Falle ist die „Lücke“ vom Gesetzgeber selbst gewollt und darum fehlt es auch nicht an Hinweisen auf ihre Ausfüllung. Diese Hinweisung kann stillschweigend durch „Wertbegriffe“ erfolgen<sup>8)</sup> oder aber ausdrücklich andere Gesetze, das richterliche Ermessen oder endlich „ein ungeschriebenes, jedoch objektiv feststellbares Recht“<sup>9)</sup> delegieren, wie es bei der Verweisung auf Treu und Glauben oder auf die Verkehrssitte der Fall ist. So entsteht „indirekter Gesetzesinhalt“<sup>10)</sup>.

Hier und bei der Ausfüllung technischer Lücken ist der Punkt, wo sogenanntes Gewohnheitsrecht eingreifen kann<sup>11)</sup>. „Gewohnheitsrecht“ als solches existiert überhaupt nicht. Die Quelle des positiven Rechts bleibt stets dieselbe: die staatliche Rechtschöpfung. Nur die Art und Weise, in der das Recht geschaffen wird, kann verschieden sein, und zwar entweder eine direkte durch die Gesetzgebung oder eine indirekte durch

<sup>1)</sup> R. V., S. 355.

<sup>2)</sup> Vgl. unten S. 127.

<sup>3)</sup> R. V., S. 359.

<sup>4)</sup> Abgedruckt im Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, 3. Bd., S. 536f., 1909/10.

<sup>5)</sup> „Gesetzesauslegung und ‚ungeschriebenes‘ Recht“ in den Jahrbüchern für Dogmatik, 58. Bd., S. 413f., 1911.

<sup>6)</sup> Vgl. oben S. 104f.

<sup>7)</sup> „Gesetzesauslegung und ‚ungeschriebenes‘ Recht“, S. 466.

<sup>8)</sup> A. a. O., S. 471.

<sup>9)</sup> A. a. O., S. 469.

<sup>10)</sup> A. a. O., S. 470.

<sup>11)</sup> A. a. O., S. 475.

die Lücken ausfüllende Gesetzesauslegung. In der ersteren Weise entsteht das Gesetzesrecht, in der letzteren das Richterrecht. Die ‚Volksgewohnheiten‘ kommen ebenfalls nur als ein mittelbarer Inhalt des Gesetzes in Betracht, indem das Gesetz auf sie ausdrücklich oder stillschweigend hinweist. Ihre Anwendung gehört ebenfalls ins Gebiet der Gesetzesanwendung. Als ‚Gewohnheiten‘ können sie vorläufig nur als materielle Quellen des Rechtes gelten; erst durch die richterliche Anwendung gewinnen sie die formelle Eigenschaft einer Rechtsnorm. Die Verkehrssitte muß zwar durch den Richter befolgt werden, da sie den mittelbaren Inhalt des Gesetzes bildet, allein ihre Anwendung ist eben deshalb eine Art der Gesetzesauslegung, freilich nicht im Sinne einer rezeptiven *interpretatio grammatica* oder *logica*, vielmehr im Sinne der . . . *interpretatio* der römischen Juristen.“<sup>1)</sup> Auch hier ist also das Ende eine Leugnung des Gewohnheitsrechts unter Hinweis darauf, daß alles Recht staatlichen Ursprungs sein müsse.

### Die englische Lehre vom Richterrecht.

Jahrelang, bevor in der deutschen Literatur die ersten Andeutungen einer Theorie vom Richterrecht bei Kierulff auftreten, hatte John Austin sie bereits in aller Ausführlichkeit entwickelt. Aus Vorlesungen, die er seit 1828 gehalten hatte, war sein 1832 erschienenes Werk „*The Province of Jurisprudence determined*“ hervorgegangen. Es wurde später um handschriftliche Notizen aus dem Nachlaß vermehrt von seiner Frau und nach deren Tod dann von Robert Campbell mehrfach herausgegeben<sup>2)</sup>. Es ist hier nicht der Ort, Austins Bedeutung darzulegen. Er ist jedenfalls einer der ganz wenigen theoretischen Köpfe, die sich bewußt um eine Theorie des positiven Rechts bemühen und sie scharf von allen — in ihren Grenzen ja durchaus legitimen — naturrechtlichen Spekulationen nach der Rechtsidee freihalten. Er hat zu seiner Zeit gar kein Verständnis gefunden und mußte erst nach seinem Tode förmlich entdeckt werden. In die deutsche Rechtstheorie wurde er hauptsächlich durch die „*Juristische Grundlehre*“ (1917) des ungarischen Rechtsphilosophen Felix Somló eingeführt.

Es würde zu weit führen, hier genauer auf den Rechtsbegriff Austins einzugehen. Man kann kurz sagen: Alles, was Recht ist, ist sanktionierter Befehl, der von einem Souverän ausgeht, wenn nur die Macht besteht, die Sanktion zu verwirklichen. Das stellt Austin in den ersten Lektionen des ersten Bandes außerordentlich breit dar. Mit dem zweiten Band wendet er sich der Rechtsquellenlehre zu. Letzten Endes geht alles Recht auf den Souverän zurück. Die unmittelbaren Urheber der Rechtsnormen aber sind sehr verschieden und dementsprechend schreibt man auch den

<sup>1)</sup> A. a. O., S. 486.

<sup>2)</sup> Unter dem Titel „*Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of positive Law*“. Hier wird nach der 5. Auflage aus dem Jahre 1885 zitiert; die Seitenzahlen beziehen sich — wenn nicht anders angegeben — auf den zweiten Band des Werkes.

Rechtsnormen verschiedene Quellen zu. „In other words, the immediate author of a given rule (whether that author be the sovereign or any individual or body legislating in subordination to the sovereign), is styled the fountain or the source, from which the rule in question springs and streams.“<sup>1)</sup> Freilich ist das nur eine bildliche Ausdrucksweise, aber um im Bilde zu bleiben, könnte man doch wieder nur den Souverän eigentlich „Quelle“ nennen, die untergeordneten rechtschaffenden Stellen wären dann bloßen Behältern zu vergleichen, die aus dieser Quelle gespeist werden.

Der Quelle nach pflege man das Recht einzuteilen in geschriebenes und ungeschriebenes. „The distinction between written and unwritten law in the modern acceptation of the term, is this: Written law is law which the supreme legislature establishes directly. Unwritten law is not made by the supreme legislature, though it owes its validity, or is law by the authority expressly or tacitly given, of the sovereign or state.“<sup>2)</sup> Dieser, mit dem Wortsinne so gar nicht zusammenstimmende Unterschied gehe auf ein Mißverständnis der Digesten zurück<sup>3)</sup> und so seien die nun gewählten Ausdrücke so unglücklich als möglich. Sie bedeuten ja rein sprachlich genommen bloß die Existenzform des Rechtes, während sie sich ihrem juristischen Sinne nach auf den Ursprung beziehen. So braucht unmittelbar vom Souverän gegebenes Recht nicht notwendig wirklich geschrieben sein und kann andererseits das etwa von einem Provinzialparlament gegebene Recht ganz wohl schriftlich niedergelegt sein. Trotzdem müßte im juristischen Sinne das erste „geschrieben“, das zweite „ungeschrieben“ heißen<sup>4)</sup>. Freilich werde der Ausdruck „ungeschriebenes Recht“ auch in einem anderen Sinne verwendet, nämlich für „jus moribus constitutum and jus prudentibus compositum“<sup>5)</sup>. Damit aber wird ein ganz fremder Gedanke hereingetragen, der von der Unterscheidung des „geschriebenen“ und „ungeschriebenen“ Rechts im juristischen Sinne überhaupt nicht erfaßt wird. Ihm kann man erst durch eine tiefer dringende Analyse gerecht werden.

Wichtiger aber als diese Unterscheidung des Rechts nach seinem Schöpfer ist eine andere nach dem Schöpfungsvorgang. „The distinction between law established directly and law obtaining obliquely, depends not on a difference in the sources from whence the law emanates, but on a difference in the modes in which it originates. When the law or rule is established directly, the proper purpose of its immediate author or authors is the establishment of a law or rule. When the law or rule is introduced obliquely, the proper purpose of its immediate author or authors is the decision of a specific case or of a specific point or question. Although this specific case is decided by a new rule, the proper purpose of the judge is not the introduction of that rule, but the decision of the specific case to which the rule is applied, and so, speaking, generally,

1) A. a. O., S. 510.

2) A. a. O., S. 512.

3) A. a. O., S. 525.

4) A. a. O., S. 513.

5) A. a. O., S. 523.

the show of legislation is avoided.“<sup>1)</sup> Die erste Form heißt auch *statute law*, die zweite *judiciary law*. Diese beiden Formen können wieder bei beiden Quellen, beim Souverän oder bei untergeordneten Rechtsschöpfern, vorkommen. Normalerweise gibt der Souverän, gleichviel, ob ein Monarch oder eine Körperschaft, freilich nur *statute law*. Es kann aber ganz wohl sein, daß er auch einzelne Fälle zu entscheiden hat, wie etwa im Falle der *decreta* der römischen Kaiser oder der *normannischen aula regis*<sup>2)</sup>. Bei untergeordneten Stellen ist ebenfalls beides möglich. Insbesondere kommt es auch vor, daß Gerichte, deren normale Rechtschöpfungsform natürlich die indirekte ist, auch einmal direkt generelle Normen geben, wie es zum Beispiel beim prätorischen Edikt der Fall war<sup>3)</sup>. So ergibt sich eine gekreuzte Einteilung mit vier Klassen: 1. *Direct and written law*, 2. *Oblique and written law*, 3. *Direct and unwritten law*, 4. *Oblique and unwritten law*.

Diese Einteilung aber soll zugleich erschöpfend sein. Daraus ergibt sich insbesondere, daß alles Recht entweder unmittelbar vom Souverän ausgeht oder von Stellen, die er delegiert hat, worin zugleich nach Austin der positive Charakter des Rechts liegt<sup>4)</sup>. Die traditionelle Lehre freilich denke anders. „It is supposed by a multitude of writers on general and particular jurisprudence, that there are positive laws which exist as positive laws, independently of a sovereign authority. The kinds of positive law to which this independent existence is the most frequently attributed are the following:

1<sup>o</sup> Customary law: or the positive law, which is made by its immediate authors on customs or mores: —

2<sup>o</sup> The positive law which is made by its immediate authors on opinions and practices of private lawyers: —

3<sup>o</sup> The law, which, as forming a part (or as deemed to form a part) of every system or body of positive law, is styled natural or universal.“<sup>5)</sup>

Austins Aufgabe ist es demnach, zu zeigen, daß diese drei Formen von positivem Recht entweder dieses Attribut nicht verdienen oder aber daß sie in seinem Schema untergebracht werden können. Diese Aufgabe führt ihn zu seiner Theorie des richtergeschaffenen Gewohnheitsrechts. Sie tritt in England an die Stelle der Blackstoneschen, welche ganz der Savigny-Puchtaschen entsprochen hatte. Gerade deswegen ist Austins Theorie auch für die deutsche Doktrine von besonderer Bedeutung, weil sie durch diese gemeinsame Voraussetzung auch hier einen wissenschaftlichen Anknüpfungspunkt vorfindet.

Wohl kommt einer Sitte auch ohne Setzung durch den Souverän eine Geltung zu. Diese Geltung ist aber keine rechtliche, mag sie auch sanktioniert sein. „Independently of the position or establishment which it may receive from the sovereign, the rule which a custom implies (or in the observance of which a custom consists) derives the whole of its

<sup>1)</sup> A. a. O., S. 531.

<sup>2)</sup> A. a. O., S. 519f.

<sup>3)</sup> A. a. O., S. 522.

<sup>4)</sup> A. a. O., S. 534.

<sup>5)</sup> A. a. O., S. 534.

obligatory force from those concurring sentiments which are styled public opinion. Independently of the position or establishment which it may receive from the sovereign, it is merely a rule morally sanctioned, or a rule of positive (or actual) morality. It is, properly, *jus moribus constitutum*. It properly obtains as a rule through the *consensus utentium*; its only source or its only authors, are those who observe it spontaneously, or without compulsion by the state.<sup>1)</sup>

Nichtsdestoweniger aber kann eine solche rule of positive morality doch Recht werden, dadurch nämlich, daß eine der beiden möglichen Quellen — Souverän oder untergeordnete Stellen — sie zum Material einer Rechtschöpfung machen. „Now a merely moral, or merely customary rule, may take the quality of a legal rule in two ways: it may be adopted by a sovereign or subordinate legislature, and turned into a law in the direct mode; or it may be taken as the ground of a judicial decision, which afterwards obtains a precedent; and in this case it is converted into a law after the judicial fashion. In whichever of these ways it becomes a legal rule, the law into which it is turned emanates from the sovereign or subordinate legislature or judge, who transmutes the moral or imperfect rule into a legal or perfect one.“<sup>2)</sup> Im ersten Falle bei der Übernahme in direkt gesetzgeberischer Weise spricht man allgemein von entstandenem statute law. Anders im Falle der Umformung zu judiciary law. Austin glaubt das durch eine Scheu des Richters vor dem offenen Auftreten als Rechtschöpfer erklären zu können. „But though, as a rule of judiciary law, it is not less positive law than it would be if it were a statute, it often is deemed law emanating from custom or *jus moribus constitutum*. For since the judicial legislature is properly acting judicially, and therefore abstains naturally from the shew of legislation, he apparently applies a pre-existent rule, instead of making and applying a new rule. And as the pre-existing rule which appears to apply is apparently the customary rule on which he shapes the positive, the source of that customary rule, and the source of the positive law which he virtually establishes, are not unfrequently confounded.“<sup>3)</sup> Alles sogenannte Gewohnheitsrecht ist somit in Wahrheit eigentlich judiciary law, dessen Inhalt von Gewohnheiten hergenommen wurde. Diese Herkunft des Inhaltes aber ist fürs judiciary law ebenso unwesentlich wie fürs statute law.

Der Unterschied liegt ganz wo anders. Das Gesetz ist als generelle Norm formuliert. Aus dem Urteilspruch aber muß erst die generelle Norm herausgeholt werden. „In short, although a rule or principle is established by the decision or decisions, and is applicable and actually applied to subsequent and resembling cases, that rule or principle lies in concreto, and must be gotten from the decisions by which it was established, through a process of abstraction and induction. Before we can find the import of the general principle or rule, we must exclude the peculiarities of the cases to which it was applied, and must consider the

1) A. a. O., S. 536.

2) A. a. O., S. 536.

3) A. a. O., S. 537.

decision to which the tribunal would have come, if its decision had not been modified by those specific differencies.“<sup>1)</sup> Diese „abstraction and induction“ führt zur *ratio decidendi*, dem eigentlichen Normgehalt des Urteilspruches. „*Ratio decidendi* is itself a law: or, at least, it is the general ground or principle of a judicial decision or decisions. For want of a statute law, it performs the functions of a general rule, or of a guide of conduct. Though not a rule in form, it is tantamount to a general command proceeding from the sovereign or state, or from any of its authorised subordinates. For, since it is its known will that general reason of a decision on a particular or specific case shall govern decisions on future resembling cases, the subjects receive from the state (on the occasion of such a decision) an expression or intimation of its sovereign will, that they shall shape their conduct to the reason or principle thereof.“<sup>2)</sup>

Ganz anders liegen hier die Dinge beim Gesetz. „But *ratio legis* is not a law; nor does it perform in any respect, the functions of a law. It is the general and paramount cause of a statute law (or else the particular and subordinate reason of any of its particular and subordinate provisions). The rule to be observed by the governed is not the *ratio legis*, but the *lex ipsa*. The rule to be observed by the governed must be collected from the terms wherein the statute is expressed: though, to the end of ascertaining the meaning annexed to those terms by the legislator, the *ratio legis* (as a mean or instrument of interpretation or construction) must commonly be consulted by the judges who apply the statute judicially, and by all who would shape their conduct to the provisions of the statute.“<sup>3)</sup>

Trotz dieser scharfen begrifflichen Scheidung zwischen Gewohnheitsrecht, Richterrecht und eigentlicher Gesetzgebung bestehe in der historischen Rechtsentwicklung zwischen diesen Gebilden ein enger Zusammenhang. Die historische Entwicklung pflegt von der Sitte auszugehen und kann bis zur Kodifikation führen. Als Entwicklungsstufen werden angegeben:

„1st. Rules of positive morality.

2ndly. The adoption and enforcement of these rules by the tribunals.

3rdly. The addition of other rules drawn from the former by consequence or analogy.

4thly. The introduction of new rules by the judges, *proprio arbitrio*; and illations from these.

5thly. Legislation proper, by the sovereign legislature, in the same order.

6thly. The action and reaction of judicial legislation and legislation proper.

The sovereign legislature by its acts acknowledges the existence of law made by the tribunals, and moulds its own enactments upon it; the

<sup>1)</sup> A. a. O., S. 622.

<sup>2)</sup> A. a. O., S. 627f.

<sup>3)</sup> A. a. O., S. 628.

application of the law made by the sovereign gives rise to further judicial legislation; and in some cases the sovereign legislature, acting as the supreme judicatory, makes judiciary law by its own judicial decisions. 7thly and lastly; A Code.“<sup>1)</sup>

Nicht zufällig gilt Austins Kampf einer Richtung, die weitgehend der deutschen historischen Schule entspricht. Die traditionelle Lehre hat sich anscheinend durch historische Betrachtungen den Blick für die theoretische Sachlage trüben lassen. Ihre Unzulänglichkeit zeigt sich darin, daß sie offene Fragen läßt oder zu unannehmbaren Folgerungen führt. So müßten nach ihr alle Sitten als solche bindend sein, da es ja auf das sie anwendende Richterurteil nicht ankomme. Auch müßte sie vieles Recht, dessen Inhalt das ganz und gar nicht zuläßt, in unvordenkliche Zeiten zurückverlegen, sogar solches, das offenbar erst von Richtern in jüngster Zeit eingeführt wurde. Ferner wäre es unerklärlich, wie solches auf den consensus utentium gegründetes Gewohnheitsrecht durch das anscheinend gar nicht zuständige Parlament geändert werden könnte. Welche Bedeutung soll weiter das Richterurteil gegenüber einem wirklichen Gewohnheitsrecht haben? Schaffen kann es dasselbe nicht, weil es schon vorher besteht. Es zu erklären ist aber offenbar eben deshalb überflüssig, weil es ja allgemeine Gewohnheit und als solche wohl bekannt ist<sup>2)</sup>. Viele dieser Gründe sind sichtlich schwach und noch mehr gilt dies von den Einwänden gegen das Richterrecht, die an späterer Stelle behandelt und widerlegt werden. Sie haben es meist nur auf die Frage der Praktikabilität abgesehen. Am meisten Eindruck macht noch der Einwand, daß das Richterrecht, das aus dem vorliegenden Fall entwickelt und doch wieder auf ihn angewendet wird, ein typischer Fall eines rückwirkenden Rechtes sei<sup>3)</sup>. Wir fanden diesen Einwand bereits bei Oertmann und werden ihn neuerdings bei Brown begegnen, der ihm eine eingehendere Behandlung widmet, als es an dieser Stelle Austin selbst tut.

William Markby ist aus der Schule Austins hervorgegangen und geht auch von einem ähnlichen Rechtsbegriff aus wie dieser. „The general body of rules which are addressed by the rulers of a political society to the members of that society, and which are generally obeyed.“<sup>4)</sup> Wenn das von dem dazu ermächtigten Richter gebildete judiciary law diesem Rechtsbegriff eingefügt werden kann, so scheint dem die allgemeine Voraussetzung zugrunde zu liegen, „everything which the sovereign permits he tacitly commands“, was offenbar unhaltbar wäre. Austin müsse darum dahin interpretiert werden, daß er nicht sage „whatever the sovereign permits to anybody“, noch auch „whatever is permitted to a judge“, sondern „whatever is permitted to a judge to

<sup>1)</sup> A. a. O., S. 636.

<sup>2)</sup> A. a. O., S. 539.

<sup>3)</sup> A. a. O., S. 651.

<sup>4)</sup> Elements of Law. Considered with Reference to Principles of general Jurisprudence, S. 3, 1896<sup>5</sup>.

order, and is enforced by sovereign authority when it is ordered.“<sup>1)</sup> Man wird in diesem „enforce“ die nachträgliche Aufnahme des Sanktionsmomentes in den Rechtsbegriff erblicken müssen.

Aber Austins Behauptung sei auch so noch viel zu weitgehend. „It is not... universally true that judges are permitted to make rules of law, and even where it is otherwise it is no part of the judge's intention in the cases I have put to construct a rule of law: all he aims at is, the issue of a particular command.“<sup>2)</sup> Also mit anderen Worten: der Richter kann, er muß aber nicht judiciary law durch sein Urteil schaffen. Die Meinung, er tue es immer, gehe zurück auf die irrije Annahme, daß es in jedem Rechtsfall nur darum gehe, Tatsachen festzustellen und auf diese Tatsachen ein vorhandenes generelles Recht — sei es statute law oder judiciary law — anzuwenden. „But if it be admitted, as I think it must be admitted, that judges frequently resort to a standard of conduct which, according to Austins conception of law, is not a legal one, then I say that the mere fact that a judge refers to such a standard does not compel me to conceive law so as to include it.“<sup>3)</sup> Das hieße also, es gibt Urteile, die sich im Wege des Richterrechts eine rechtliche Grundlage selbst schaffen und andere, die dies nicht tun und nur auf Grundlage der tatsächlichen Verhaltensregeln ohne rechtliche Grundlage gefällt werden. Diese letzteren haben keine rechtschöpferische Autorität. Überhaupt kann nur der Sinngehalt der Entscheidung selbst zu Recht werden. Was sonst der Richter heranzieht, ob seine eigene Meinung oder auch Rechtsätze, sofern sie nicht sachlich einen Teil der Entscheidung bilden, ist bloße literatura, nicht auctoritas<sup>4)</sup>.

Eine ausführliche Behandlung widmet den Fragen des Richterrechts und den damit zusammenhängenden des Gewohnheitsrechts W. Jethro Brown. Sein Buch<sup>5)</sup> ist zunächst, wie der Titel sagt, eine Darstellung von Austins Theorie. Einige wichtigere Fragen aber — darunter gerade auch die genannten — werden in eigenen Exkursen ausführlich behandelt. Hier interessieren uns natürlich nur diese Exkurse.

Nur eine Verwechslung des materiellen und formellen Quellenbegriffes oder die unmögliche Annahme, daß der Richter mit einer Art Allwissenheit aus ewigen und dabei bis ins kleinste vollständigen Prinzipien seine Entscheidungen entnehme, vermag zu verkennen, daß der Richter ein law-maker ist. Freilich nur in gewissen Grenzen. „In the first place, judges do not make law which is directly contrary to Statute.“<sup>6)</sup> „Where that will of the legislator is clearly expressed, the judge of to-day will enforce it, and will leave the legislator to deal with any unpleasant consequences that may follow.“<sup>7)</sup> „In the second place

1) A. a. O., S. 12.

2) A. a. O., S. 14.

3) A. a. O., S. 18.

4) A. a. O., S. 65.

5) *The Austinian Theory of Law*, 1906<sup>1</sup>; zitiert wird nach dem dritten Neudruck von 1926.

6) A. a. O., S. 297.

7) A. a. O., S. 298.

judges cannot overrule a law which their own practice has sanctioned. An isolated precedent, with the exception of a decision of the House of Lords, may be overruled as contrary to law or reason. A rule established by judicial practice cannot be so overruled.“<sup>1)</sup> „The third limitation upon the power of the judges to which I wish to draw attention is implied in preceding limitations, but deserves separate statement. No product of judicial precedent or practice is good as against a subsequent statute overruling it.“<sup>2)</sup> Es muß auffallen, daß hier von drei Rechtsquellen und ihrem gegenseitigen Verhältnis die Rede ist. Zu oberst steht das Gesetz. Innerhalb seiner Grenzen kann sich eine feste Praxis bilden und erst innerhalb dieser weiteren Grenze ist einzelnen Präzedenzfällen Einflußmöglichkeit gegeben. Wohl heißt es ausdrücklich nur, daß keine Praxis gegen ein späteres Gesetz aufkommen kann, das sich gegen sie wendet. Das ließe an sich noch die Möglichkeit einer Gesetzesänderung durch die Praxis offen. Da aber auch das ein Fall von law-making durch den Richter wäre und dies allgemein gegenüber einem Gesetz ausgeschlossen sein soll, so entfällt aus solchen allgemeinen Erwägungen auch diese Möglichkeit. Bis zu einem gewissen Grad ist die Bindung durch einen einzelnen Präzedenzfall überhaupt nur eine unwirkliche Abstraktion. Damit sie wirklich gegeben sei, müßte sich ja dieser Fall in all seinen Einzelheiten wiederholen, was nie vorkommt. Rechtlich übereinstimmen können Fälle nur in dem zugrundeliegenden Prinzip, dieses aber ist erst aus mehreren Fällen erkennbar. Jedenfalls aber müßte die Verbindlichkeit eines einzelnen Präzedenzfalles selbst wieder auf Gerichtspraxis zurückgeführt werden. „If the question be asked, why is precedent binding in England, I think it a true and usefull answer to say that it is binding, because the practice of the Courts has so decided.“<sup>3)</sup> Das Verhältnis der drei Formen statute, practice, precedent ist also das von drei einander über- und untergeordneten Rechtsschichten, ganz vergleichbar etwa dem von Verfassung, Gesetz, Verordnung.

Woher nehmen die Richter die Autorität für ihre rechtschaffende Tätigkeit? Wohl sind sie „in a deep sens . . . servants of the community“<sup>4)</sup>, sofern sie in ihren Urteilen den Geist und die Hoffnungen der Zeit zum Ausdruck bringen. Das aber gibt nur eine Art inhaltlicher Legitimation für ihre Tätigkeit ab. Aus der strengen Unterordnung unters Parlament und seine statutes ergibt sich, daß „Finally, the rule which the judges lay down is enforced, not by might of their own, nor by the might of the unorganised community, but by the might of the sovereign power.“<sup>5)</sup> Richterrecht ist also nur delegiertes Recht des Souveräns. Ein grundlegender Unterschied besteht zwischen den Gewohnheiten des Volks und jenen der Gerichte<sup>6)</sup>, denn das eine Mal handelt es sich ums unorganisierte Volk, das andere Mal um amtliche Organe<sup>7)</sup>.

1) A. a. O., S. 298f.

3) A. a. O., S. 299.

5) A. a. O., S. 302.

7) A. a. O., S. 330.

2) A. a. O., S. 300.

4) A. a. O., S. 301.

6) A. a. O., S. 306.

Nun zeigt die Erfahrung, daß Gewohnheiten zu Recht werden können und es entsteht die Frage, wann geschieht das. Die traditionelle Lehre behauptet, daß Gewohnheiten schon vor ihrer Anwendung durchs Gericht Recht sein können. Dafür spreche schon die von den Richtern, wenn sie es mit Gewohnheitsrecht zu tun haben, selbst gewählte Ausdrucksweise. Auch müßte man ein richtergeschaffenes Recht als rückwirkend auf den Fall denken, aus dem es selbst gebildet wurde. Und ferner seien die Richter ja offenbar an Gewohnheiten gebunden<sup>1)</sup>. Dem ersten Einwand kann man schon entgegenhalten, was Austin selbst bemerkt hatte, nämlich, daß die Richter begreiflicherweise Wendungen wählen, die ihre rechtschaffende Tätigkeit zu verdunkeln geeignet sind<sup>2)</sup>. Dem Einwand von der Rückwirkung aber entgegnet Brown einfach: „That laws should not be made to bind retrospectively is a rule of expediency, not an a priori necessity.“<sup>3)</sup> Von einem theoretischen Einwand könne also überhaupt nicht die Rede sein. Daß Rückwirkung vom Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit vermieden werden soll, ist wohl zuzugeben, fällt aber gerade beim Gewohnheitsrecht weniger schwer ins Gewicht, weil dieses ja eben durch die Übung den Übenden ohnehin bekannt ist und die ihm Unterworfenen sich auch tatsächlich — wenn schon nicht in der Form des law, so doch in der der justice — daran gebunden fühlen. Diese justice ist das Mittel der richterlichen Rechtschöpfung. „The precise rule which the judge applies is not necessarily law before such application. It may be added that it does not necessarily become law by such application.“<sup>4)</sup> Also der Richter kann wohl, muß aber nicht die Verwandlung in Recht vornehmen. Daß sich der Richter an Gewohnheiten gebunden fühle, treffe wohl zu, fraglich sei aber, ob diese Bindung eine juristische genannt werden kann. Seine Neigung, sich an Gewohnheiten zu halten „is quite consistent with the view that custom is a persuasive rather than a absolutely binding source of legal rule“<sup>5)</sup>. Persuasive source aber ist juristisch genommen nur eine materielle Quelle, die sich aus irgendwelchen außerrechtlichen Überlegungen der Anwendung empfiehlt. Zu diesen persuasive sources gehören auch die „obiter dicta“ des Richters, aber selbst die angeführten Gründe, sofern sie nicht notwendige Bestandteile der Entscheidung bilden. Nur der Sinngehalt der Entscheidung selbst ist bindendes Richterrecht, precedent<sup>6)</sup>. Der Unterschied erhellt auch daraus, daß der precedent einem autonomen Recht (by-law) gleichgestellt ist, während ans custom schärfere Rationabilitätsforderungen gestellt werden. „Precedent and by-law bind unless obviously unreasonable, whilst a custom must be proved positively to be reasonable and in accord with public convenience.“<sup>7)</sup> Das hängt mit der allgemeinen gesellschaftlichen Ent-

1) A. a. O., S. 309f.

2) Vgl. oben S. 122.

3) A. a. O., S. 311.

4) A. a. O., S. 312.

5) A. a. O., S. 313.

6) Damit ist noch schärfer ausgesprochen, was wir schon bei Markby fanden (vgl. oben S. 125).

7) A. a. O., S. 324.

wicklung zusammen, die dazu neigt, Unbewußtes durch Bewußtes zu ersetzen. Daß so der Richter über die Anwendbarkeit von Gewohnheits-sätzen urteilen kann, das zeigt, daß der Gewohnheit als solcher keine selbständige Autorität innewohnt<sup>1)</sup>.

Versteht man also „Rechtsquelle“ im strengen Sinne als bindende Norm, so ist das Ergebnis: „Judicial precedent, non popular custom, is the extra-legislative source of law to-day.“<sup>2)</sup> Es scheint aber doch, als nehme Brown an, daß schon die Gewohnheit als solche Recht sein könne, wenn man nur Grund habe, zu glauben, daß der Richter an sie gebunden sei. Diese Bindung selbst ist freilich wieder eine gewohnheits-rechtlich, näherhin gerichtsgebräuchlich, festgelegte. „The custom of the people is law, in so far as it is law, by virtue of the custom of the Courts.“<sup>3)</sup> Der Gerichtsgebrauch aber bedeutet darum so viel mehr als eine bloße Volksgewohnheit, weil die Richter amtliche Organe sind<sup>4)</sup>.

---

1) A. a. O., S. 328.

2) A. a. O., S. 327.

3) A. a. O., S. 329.

4) A. a. O., S. 330.

## System.

### Allgemeine Rechtstheorie.

Auch dieser Versuch einer rechtstheoretischen Klärung der Probleme des Gewohnheitsrechts teilt das Schicksal all seiner Vorgänger. Er ist nicht „voraussetzungslos“, ja es steckt sogar eine ganze Rechtsphilosophie in ihm. Freilich ist dies ein notwendiges Schicksal. Denn in jeder Theorie einer speziellen Rechtserscheinung stecken unumgänglich die Anschauungen über den Gegenstand Recht überhaupt voraussetzungsweise darin. Alles, was von Recht überhaupt gilt, muß auch vom Gewohnheitsrecht gelten, und wo ein Gebilde diese Voraussetzungen nicht erfüllt und doch mit dem Anspruch auftritt, Gewohnheitsrecht zu heißen, da gibt es nur zwei Wege: Man kann entweder aus deduktiven Erwägungen vom vorausgesetzten Rechtsbegriff her den Anspruch ablehnen, also dem vorliegenden Gebilde den Charakter, Recht, und somit auch den, Gewohnheitsrecht zu sein, absprechen. Oder aber, man muß den vorausgesetzten Rechtsbegriff aufgeben und in neuerlicher Induktion, bei der nun die neue Erscheinung mitzuberücksichtigten ist, einen neuen Rechtsbegriff aufstellen. Die Wahl zwischen den beiden Wegen ist an sich frei.

### Philosophische Voraussetzungen.

Vor allem muß man sich bewußt sein, daß man durch eine Theorie über die Gegenstände und ihre Wesenheiten an diesen Wesenheiten selbst gar nichts ändert. Was wir ändern, ist dabei immer nur die systematische Zusammenfassung der Gegenstände zu Gruppen. Konkret und für das Gebiet des Sozialen: Eine soziale Erscheinung bleibt, was sie ist, gleichviel, ob ich sie als ethische, konventionelle oder juristische auffasse. Was sich dabei ändert, ist nur der jeweils zugrunde gelegte Begriff von Sittlichkeit, Sitte und Recht. Ganz ebenso, wie in jeder einzelnen Rechtserscheinung die allgemeinen Eigenschaften des Rechts überhaupt vorausgesetzt sind, sind darin auch noch weitere, noch allgemeinere Eigenschaften vorausgesetzt. Wie schon im letzten Beispiel angedeutet wurde, steht das Recht z. B. mit Sitte und Sittlichkeit in einer gewissen Verwandtschaft. Sie ist darin begründet, daß es sich auf allen diesen Gebieten um Normen des Verhaltens handelt. Darum gehen in das Wesen des Rechts und selbstverständlich auch des Gewohnheitsrechts auch alle allgemeinen Eigenschaften von Normen überhaupt ein. Und endlich gelten dafür

selbstverständlich die allgemeinsten Gesetze der Gegenstände überhaupt, Gesetze, die man meist logische zu nennen pflegt. Es ist die letzte standpunktliche Voraussetzung dieser Ausführungen, daß diese Gesetze nicht von uns gemacht, nicht Kunstregeln, aber auch nicht psychologische Regeln unseres Denkens sind, sondern gegenständliche Gesetzmäßigkeiten, die von unserem Erfassen nicht geschaffen, sondern nur zur Kenntnis genommen werden. Darum bedeutet die Behauptung, für das Recht gelten die logischen Gesetze, auch nicht eine gewaltsame „Logisierung des Rechts“. Diese Gesetze als gegenstandslogische gelten, ob wir es wollen oder nicht, ob wir es wissen oder nicht, weil sie im Wesen der Gegenstände überhaupt begründet sind. Dieser „Objektivismus“ ist die philosophische Grundauffassung der vorliegenden Arbeit<sup>1)</sup>.

Der Objektivismus ist der konträre Gegenpol des philosophischen Idealismus. Es sollte zwar überflüssig sein, ist es aber nicht immer, daran zu erinnern, daß dieser philosophische Idealismus nicht eine „ideale Weltauffassung“, etwa gar den einzigen Gegensatz zu einer materialistischen Weltanschauung bedeutet. Das Wesentliche des philosophischen Idealismus ist nur, daß er — bildhaft ausgedrückt — die Erkenntnisrelation gleichsam umdreht. Das Subjekt hat nicht vorliegende Gegenstände zu erfassen, sondern erzeugt diese Gegenstände erst, sei es aus einem wirren Material von Sinnesempfindungen, sei es auch — in der vollendetsten Form des philosophischen Idealismus — selbst ohne diese Vorgegebenheit. Das Motiv für diese Umkehrung ist erkenntnistheoretischer Natur. Die Kluft zwischen dem Subjekt und einem davon unabhängigen Objekt wird dadurch zum Verschwinden gebracht, daß die Erzeugung der Objekte in das Subjekt hineinverlegt wird. Damit spielt sich nun alles auf der Subjektseite ab, scheint das Transzendenzproblem eliminiert zu sein. Am meisten fällt die Eigenart dieser Auffassung bei den Dingen in die Augen, die wir als unsere physische Außenwelt zu bezeichnen pflegen. Nach der unreflektierten Auffassung treten wir mit ihnen durch die sinnliche Wahrnehmung und nur durch sie in Fühlung. Jede Prüfung dieser Erkenntnisquelle setzte sie selbst voraus und scheint damit zu versagen. Der Idealismus aber will an ihre Stelle eine inner-subjektive Prüfung der Gesetzmäßigkeiten unseres Erkenntnisvermögens setzen. Übrigens tritt dieselbe Schwierigkeit wie bei der äußeren grundsätzlich auch bei der inneren Wahrnehmung auf. Die Kluft zwischen Erfassungsakt und erfaßtem Gegenstand klappt nicht nur dort, wo dieser Gegenstand ein physischer, sondern auch, wo er ein psychischer ist. Das ist selbstverständlich, wo es sich um fremdes Psychisches handelt. Aber es ist auch nicht anders bei meinen eigenen psychischen Erlebnissen. Auch hier ist das erfaßte Erlebnis verschieden vom erfassenden; anzu-

---

<sup>1)</sup> Hier muß es im allgemeinen genügen, den eigenen Standpunkt zu entwickeln. Auf rein philosophische Auseinandersetzungen wird bewußt verzichtet. Mehr rein Philosophisches — auch Literaturangaben — enthält meine Abhandlung: *Gegenstandstheorie und Reine Rechtslehre*, Zeitschrift für öffentliches Recht, 9. Bd., 1930, S. 321 ff.

nehmen, daß sie zusammenfallen, würde in logische Widersprüche hineinführen<sup>1)</sup>).

Der Realismus findet die „kopernikanische Wendung“ des Idealismus künstlich und bleibt bei der natürlichen, unreflektierten Auffassung, die nicht gerade eine „naive“ zu sein braucht. Auch der unbefangenste Betrachter der Welt weiß, daß nicht alle Dinge so sind, wie sie — etwa bei verschiedener Stellung zum Beschauer, bei verschiedener Beleuchtung und Lichtbrechung — erscheinen. Der wirklich „naive Realist“ kommt ebenso wie sein Gegenstück, der „Solipsist“, wohl nur in der Theorie vor. Der tatsächlich vertretene — bisweilen dann auch „kritisch“ genannte — Realismus berücksichtigt wohl Täuschungsmöglichkeiten durch die Erscheinung, glaubt aber doch an die reale Existenz einer erfassungsunabhängigen Außenwelt. Freilich spricht er meist ein wirklich selbständiges Sein nur den realen Gegenständen — d. i. Physischem und Psychischem — zu, also z. B. nur einem konkreten Menschen. „Der Mensch“ aber als Abstraktum habe als solches kein selbständiges Sein. Die Frage nach der Seinsweise dieser Allgemeinbegriffe war die berühmte Universalienfrage der mittelalterlichen Philosophie. Ihr führender Zweig und mit ihm übrigens auch die neuscholastische Philosophie der Gegenwart glaubt, daß es allein *universalia in re* gebe, d. s. Wesenheiten in und an den wirklichen Dingen. Abgesehen davon, könne man nur von *universalia post rem* sprechen, sofern sie nämlich durch die Abstraktion aus dem konkreten Gegenstand herausgehoben und nun gedacht werden, oder von *universalia ante rem*, als den Schöpfungsideen im göttlichen Intellekt.

Die objektivistische Auffassung geht darüber hinaus. Sowohl in der — hier zugrunde liegenden — Form der Meinong'schen Gegenstandstheorie als auch in der Form der Husserl'schen Phänomenologie nimmt sie an, daß es außer den wirklichen (also physischen oder psychischen) Gegenständen auch solche Gegenstände wie Wesenheiten, Relationen, Werte, Forderungen usw. gebe, die zum Unterschied von den realen Gegenständen ideale genannt werden. Auch dieses Wort hat nichts mit „Idee“ als Ausdruck für ein Vollendetes oder ein Vorbild usw. zu tun, sondern bedeutet ganz schlicht Gegenstände, die weder physisch noch psychisch sind. Wohl gibt es auch in diesem Bereich noch Unterschiede. Man betrachte Objekte, wie „Berg“, „Gefühl“, „Dreieck“, „Perpetuum mobile“, andererseits Sachverhalte, wie „daß Reibung Wärme erzeugt“, „daß sich die Höhen eines Dreiecks in einem Punkt schneiden“, „daß Stockholm südlich von Rom liege“, oder Werte, wie „sittliche Güte“, „Annehmlichkeit“, „Häßlichkeit“, und Sollungen, wie „daß man Wohltätern dankbar sein soll“, „daß jedes Kind seine Mutter töten soll“. Alle diese Gegenstände sind ihrer Beschaffenheit nach bestimmt und von anderen unterschieden, sonst könnten wir überhaupt nicht sinnvoll von ihnen sprechen. Insofern „gibt es sie“ auch. Man kann z. B. über sie

<sup>1)</sup> Vgl. dazu Mally: Über die Unabhängigkeit der Gegenstände vom Denken, Zeitschr. f. Philosophie und philosophische Kritik, 155. Bd., 1914, S. 37 f.

sinnvoll urteilen, ob sie wirklich sind, ob sie zutreffen usw., gleichviel, ob diese Urteile dann bejahend oder verneinend ausfallen. Dabei sind die Unterschiede zwischen Objekten, Sachverhalten, Wertverhalten und Sollverhalten sozusagen Unterschiede der Art. Innerhalb der Beispiele für jede einzelne dieser Gruppen unterscheidet sich dann noch immer das jeweils letzte von den vorhergehenden dadurch, daß es „unmöglich“ oder in irgendeinem Sinn „unrichtig“ ist. Dieser letztere Umstand hängt offenbar mit der Frage der Tatsächlichkeit zusammen und begründet eine Art Unterschied der Stufe. Es ist Tatsache, daß sich die Höhen des Dreiecks in einem Punkt schneiden, daß sittliche Güte ein Wert, daß Dankbarkeit gefordert ist. Es ist Untatsache, daß Stockholm südlich von Rom liege, daß Häßlichkeit ein Wert, daß Tötung der Mutter durch das Kind gefordert sei. Diese Tatsächlichkeit ist noch von Wirklichkeit wohl zu unterscheiden. Diese findet sich ja nur bei zeiträumlich bestimmtem Physischen oder bei zeitlich bestimmtem Psychischen. Nicht alles, was tatsächlich ist, muß auch wirklich sein. So kommt z. B. Tatsächlichkeit allen „richtigen“ Sachverhalten in den verschiedenen, untereinander aber unverträglichen Geometrien zu, ohne daß sie doch alle verwirklicht wären. Sittliche Güte ist tatsächlich ein Wert, er wird aber nicht immer verwirklicht. Aber auch das Umgekehrte kommt — freilich nicht im Gebiet des Seins, sondern nur in dem des Wertes und des Sollens — vor. Undankbarkeit ist oft genug verwirklicht, aber darum kein tatsächlicher Wert — solche Inkongruenzen aber alterieren die Tatsächlichkeit der Wert-, der Soll- oder der Seinsverhalte gar nicht. Diese ist in ihrem Wesen, ihrem Sosein, nicht in ihrem Dasein, begründet und auf Verwirklichung nicht angewiesen. Gegenstandstheoretische Betrachtung aber hat es gerade mit diesem Wesen zu tun, ist in diesem Sinn daseinsfreie Betrachtung. Das bedeutet nicht, daß sie mit der Wirklichkeit nichts zu tun hätte. Denn wenn es zur Verwirklichung kommt, so gilt in einem solchen Fall auch all das, was über das reine Sosein erkannt wurde; und auch die Wirklichkeit selbst unterliegt ihrem Wesen nach gegenstandstheoretischer Betrachtung. Man könnte auch sagen: die gegenstandstheoretische Betrachtung hat es mit reinen Formen zu tun, die bisweilen von Wirklichem erfüllt werden können, nie müssen, wenn sie aber von Wirklichem erfüllt werden, auch für es gelten; sie ist eine Art Wissenschaft vom Möglichen.

Gegenstandstheoretische Rechtsphilosophie ist somit zunächst eine Lehre vom möglichen Recht<sup>1)</sup>, von der allgemeinen Form des Rechts. Sie hat aber sehr wohl auch mit positivem — also in einem gewissen Sinn wirklichem — Recht zu tun. Aber auch hier wieder nicht so, wie der Historiker oder auch der Botaniker seinen Gegenstand betrachtet, nämlich in seiner individuellen Konkretheit. Auch hier geht es jener rechtsphilosophischen Betrachtung um die möglichen Positivierungs-

<sup>1)</sup> Der Terminus in ähnlicher Verwendung auch bei Schreier: Grundbegriffe und Grundformen des Rechtes, Wiener staatswissenschaftliche Studien, N. F. 4. Bd., 1924.

formen, um die allgemeinen Eigenschaften positiven Rechts überhaupt. Natürlich geht damit die blutvolle Lebendigkeit des historisch Einmaligen verloren. Das aber kann keinen Vorwurf bedeuten, ist vielmehr jeder allgemeinen Theorie wesensnotwendig. Ja umgekehrt, nur so, durch Absehen von Einzelheiten, durch bloßes Herausheben der gerippehaften Grundlinien der Erscheinung, wahrt die Theorie ihr richtiges Verhältnis zur Wirklichkeit. Es wäre ein Versuch schlimmster Tyranisierung des Wirklichen, wenn man konkret-inhaltliche Einzelheiten zu einer allgemeinen Theorie erheben und damit das All des gegebenen Wirklichen meistern wollte. Formalismus, sofern er nicht Haarspalterei, sondern Beschränkung auf das allgemein Gültige und eben damit Abstrakte bedeutet, ist gerade jene demütige Selbstbeschränkung der Theorie, in der ihre Huldigung vor der unerschöpflichen Fülle des Wirklichen liegt.

### Das Sollen.

Der unmittelbare Befund, der übrigens durch eine genauere Durchmusterung der rechtlichen Erfahrung nur bestätigt wird, erweist jede Rechtsordnung als einen Inbegriff von Gesetzen, Geboten, Verordnungen, Vorschriften, Befehlen oder wie immer die Namen lauten mögen. Dringt man durch den Schleier der Worte hindurch, so findet man überall Normen, Forderungen oder Sollungen<sup>1)</sup>. Es ist nun sehr wichtig, den schlichten Sinn des Sollens in seiner ganzen Anspruchslosigkeit zu erfassen. Eine Menge von Mißverständnissen ist ausgeräumt, wenn dies gelungen ist. Freilich läßt sich das Sollen nicht definieren, ebenso wenig wie das Sein; beide sind letzte unzurückführbare Tatbestände. Man kann sie nur exponieren in dem Sinn, daß man eine Anleitung gibt und Erlebnisse aufzeigt, in denen man mit ihnen in Fühlung treten kann.

Das ist für das Sein möglich durch die Denkerlebnisse, durch das Annehmen oder Urteilen von Sachverhalten. Dabei stehen sich Annehmen und Urteilen gegenüber wie Phantasieerlebnis und Ernsterlebnis. In Annahmen läßt sich jeder beliebige Sachverhalt denkend erfassen: „daß 2 mal 2 gleich 5“ ebensogut, wie „daß der deutsche Reichskanzler am 6. Juni 1931 in England gewesen sei“. Kommt dabei die Überzeugung von der Tatsächlichkeit des Sachverhaltes dazu, wie etwa im letzten Beispiel für den, der darum weiß, daß es wirklich so gewesen, oder bei der Erfassung des Sachverhaltes „2 mal 2 gleich 4“, wo es notwendig so ist, so ist das erfassende Denkerlebnis ein Urteil, sonst bloße Annahme. Freilich wird man in unreflektiertem Denken, besonders im Fall der Annahme, meist zunächst gleichsam nur das Inhaltliche des Sachverhaltes erfassen, sein Sosein, nicht sein eigenes Dasein. Das aber kann ganz wohl in einem zweiten, sozusagen darauf gestellten Akt geschehen, in dem der erste in Inhaltsstellung, gleichsam oblique mitverwendet wird, wenn wir urteilen: „es ist, daß 2 mal 2 gleich 4 ist“ oder „der Sachverhalt,

<sup>1)</sup> Näheres in meiner Abhandlung: Gegenstandstheorie und Reine Rechtslehre, a. a. O., S. 324f.

daß 2 mal 2 gleich 4 ist, besteht“. Ganz ebenso aber kann man auch annehmend denken, „es sei, daß 2 mal 2 gleich 5 ist“, oder etwa urteilen, „das Sein des Sachverhaltes ,2 mal 2 gleich 5‘ ist anderer Art als das Sein eines Baumes“ usw. Jedenfalls ist es also möglich, psychische Akte zu erleben, die dem Sein, gleichviel welcher Stufe, entsprechen; es sind die Akte des Denkens.

Ganz ebenso lassen sich nun aber auch Akte aufzeigen, in denen wir einem Sollen gerecht werden; es sind die Akte des Begehrens. Auch hier tritt der Unterschied von Phantasie- und Ernstbegehrung auf, ohne daß die Sprache zwei verschiedene Ausdrücke zur Verfügung stellte, wie es „Annahme“ und „Urteil“ im Gebiet des Denkens sind. Auch hier hat der Unterschied dieselbe gegenständliche Bedeutung. Jedes Sollen, gleichviel welcher Art, können wir uns mindestens durch eine Phantasiebegehrung vergegenwärtigen. Täten wir es nicht, sondern begnügten wir uns, den Sachverhalt, der gesollt ist, denkend zu erfassen, so wäre uns gerade das Spezifische des Sollens verloren gegangen. So wie richtiges Urteilen tatsächlichem Sein, so entspricht richtiges Wollen tatsächlichem Sollen. Das hat mit der Tatsächlichkeit des gesollten Sachverhaltes noch nichts zu tun, nur das Sollen selbst ist in diesem Fall tatsächlich oder richtig. „Daß A dem B, der ihm Gutes erwiesen hat, dankbar sei“, ist ein Seinsverhalt, der in einem bestimmten Fall ganz wohl untatsächlich sein kann, weil er eben nicht verwirklicht ist. „Daß A dem B, der ihm Gutes erwiesen hat, dankbar sein soll“, ist ein Sollverhalt, dessen (Sollens-) Tatsächlichkeit von der Verwirklichung völlig unabhängig ist. Ebenso mag es etwa zutreffen, „daß A seine Mutter getötet hat“, dann ist dies ein tatsächlicher Seinsverhalt und wird in einem Urteilerlebnis erfaßt. „Daß er sie töten soll“, ist ein davon verschiedener Sollverhalt, zu dessen Erfassung unbedingt ein Begehrungserlebnis erforderlich ist, das freilich, weil dieses Sollen untatsächlich — ethisch unrichtig — ist, ein Phantasieerlebnis sein wird. In den beiden Beispielen steht sich immer je ein Seinsverhalt und ein Sollverhalt mit demselben inneren Material gegenüber: „Dem Wohltäter dankbar sein“ und „Die Mutter töten“. Dieser Seinsverhalt kann beide Male im einzelnen Fall verwirklicht sein oder nicht. Als Sollverhalt ist jedenfalls der erste tatsächlich, der zweite untatsächlich.

Das Wort „Forderung“ ist vielleicht am unempfindlichsten gegen Tatsächlichkeit und Untatsächlichkeit des Sollens; bei „Sollen“ drängt sich schon viel leichter der Gedanke eines zweckmäßigen oder ethisch richtigen Sollens auf; „Norm“ vollends wird vielfach überhaupt nur im Sinn ethischen Sollens gebraucht. Man halte sich stets vor Augen, daß in unserem hier verwendeten Sprachgebrauch — und dies ist der überwiegende Sprachgebrauch moderner Rechtstheorie überhaupt — das alles aus dem Spiel zu bleiben hat. Ob wir „Norm“ oder „Forderung“ oder „Sollen“ sagen, immer ist nur das ganz anspruchslose Sollen in seinem Gegensatz zum Sein gemeint, ohne Rücksicht darauf, ob dieses Sollen in irgendeinem Sinn richtig heißen kann.

Noch ein Wort über den Gegensatz von Sollen und Sein. Eine Norm, ob sie nun richtig ist — also tatsächliches Sollen beinhaltet —

oder ganz willkürlich, ist ihrem Wesen nach ein Sollensgegenstand, hat also die Beschaffenheit des Sollens. Eben darum aber, weil sie ein Gegenstand ist, kommt ihr auch ein Sein zu, freilich nicht ein reales, sondern eben ein ideales, wie es auch z. B. Beziehungen oder Werten eigentümlich ist. Man könnte dies vielleicht in einer kurzen Formel so ausdrücken: eine Norm ist Sollen und hat Sein. Und tatsächlich kann dieses Sein auch in einem entsprechenden Denkerlebnis vergegenwärtigt werden. Man kann urteilen, „es besteht das ‚Dankbar-sein-sollen‘ gegenüber Wohltätern“. In diesem Urteil ist oblique — sowie in einem früheren Beispiel ein Denkerlebnis<sup>1)</sup> — ein Begehrungserlebnis verwendet, ohne das sich das Sollen nicht vergegenwärtigen ließe. Man wird also sagen können: der Unterschied zwischen Sein und Sollen ist ein Wesensunterschied, aber auch nur ein Wesensunterschied, d. h. ein Unterschied des Soseins; in seinem Sein selbst kommt Sollen und (ideales) Sein völlig überein.

Das dritte wichtige Gegenstandsgebiet endlich, das der Werte, steht mit dem Gebiet des Sollens in nahem Zusammenhang. Wohl ist es ein anderes psychisches Erlebnis, worin wir uns Werte vergegenwärtigen, das Gefühl. Der Zusammenhang besteht aber darin, daß, was tatsächlich Wert hat, auch tatsächlich sein soll. Das ist nicht eine Zurückführung des (übrigens nur des tatsächlichen) Sollens auf (tatsächlichen) Wert. Wert ist etwas ganz anderes als Sollen, er geht nur im angegebenen Fall immer mit Sollen zusammen. Den inneren Zusammenhang und doch die wesensmäßige Verschiedenheit ihres Soseins hat vielleicht am besten Max Scheler dargestellt<sup>2)</sup>.

Es gibt übrigens ein Erlebnis, das uns in besonders schöner Weise gleichsam ein reines Sollen für sich anzuschauen gestattet, ein Sollen, das nicht einmal inhaltlich bestimmt und auch nicht auf einen bestimmten Wert bezogen ist. Es kommt vor, daß man sich irgend etwas vorgenommen hat, es dann vergißt, aber sich plötzlich daran erinnert, „man solle etwas tun“, ohne doch zu wissen, was. Dieses eigentümliche Erlebnis ist offenbar ein Begehrungserlebnis, denn eine rein intellektuelle Erinnerung könnte uns nicht das Sollen vergegenwärtigen. Es ist aber ein Begehrungserlebnis ohne nähere inhaltliche Bestimmtheit, gleichsam ein Begehrungserlebnis an sich, gerichtet auf ein Sollen an sich, wobei dieses „an sich“ auch nicht etwa Tatsächlichkeit des Sollens im Sinn von Richtigkeit bedeutet. Festzuhalten ist aber dabei selbstverständlich, daß auch dieses undifferenzierte Begehrungserlebnis nicht etwa mit dem Sollen identisch ist. Auch es ist nur ein Erfassungsmittel für Sollen. Das Sollen selbst aber ist überhaupt kein Erlebnis, nicht ein psychisches Wirkliches, sondern ein idealer Gegenstand, dem sich nur gewisse Erlebnisse zuzuwenden vermögen.

Es erscheint vielleicht fast übertrieben, das so sehr zu betonen, doch dürfte es nicht ganz überflüssig sein, da in der Literatur oft und oft

<sup>1)</sup> Vgl. oben S. 133 f.

<sup>2)</sup> Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik, 1921, S. 206 ff.

das Recht als eine bestimmte Art von Wollen bezeichnet wird. Hier muß man aber in der Kritik doch vorsichtig sein. In psychologistischen Richtungen ist dies meist ziemlich wörtlich gemeint. Freilich ist man kaum je in der Lage, an der Gleichsetzung von Recht und Wollen festzuhalten<sup>1)</sup>. Denn es ergibt sich notwendig die Frage, wessen Wollen das Recht sein soll, und damit kommt man in alle die Schwierigkeiten hinein, die mit dem Gedanken eines Gemeinschaftswillens zusammenhängen oder noch primitiver zu Fragen, wie: Setzt das Recht aus, wenn alle die, auf deren Willen es ankommt, gleichzeitig schlafen? Gehört zu den Elementen des Gemeinschaftswillens auch der Wille von Kindern und Wahnsinnigen? usw. Man sucht wohl diesen Schwierigkeiten zu entgehen, indem man bisweilen vom Willen auf die Willensdisposition zurückgeht. Damit aber hat man die angebliche empirische Sicherheit in der Rechtsdefinition bereits aufgegeben, denn Dispositionen sind nicht unmittelbar Gegenstand der Wahrnehmung, sondern werden nur aus ihren Aktualisierungen erschlossen. Abgesehen von diesen Schwierigkeiten ist aber natürlich der Grundfehler all dieser Auffassungen ihre Blindheit für die rein gegenständliche, nicht von menschlichen Subjekten geschaffene Kategorie des Sollens. Aber nicht allen Theorien, die die Willensterminologie verwenden, ist dieser Vorwurf zu machen. So spricht etwa Rudolf Stammler wohl auch von Wollen<sup>2)</sup>, meint aber damit doch wohl im wesentlichen dasselbe, was besser als „Sollen“ bezeichnet wird.

### Die Form des Rechts.

Mit der Exposition des Sollensbegriffes ist aber erst die notwendige Vorarbeit zur Entwicklung des Rechtsbegriffes geleistet. Die erste notwendige Einschränkung ist die, daß das Recht es nur mit menschlichem Verhalten zu tun hat. Das scheint ziemlich selbstverständlich, ist aber doch für gewisse Grenzfälle von Bedeutung<sup>3)</sup>. Aber auch, wenn man mit dieser Einschränkung sagt: „Das Recht ist ein Inbegriff von Normen, von Sollenssätzen“, so ist dies wohl richtig, aber noch unzulänglich, denn nicht alle Sollenssätze sind auch Rechtssätze.

Bei der Entwicklung eines Rechtsbegriffes müssen uns zwei Gesichtspunkte führen. Er soll so beschaffen sein, daß unser positives Recht mit all seinen Unzulänglichkeiten und Mängeln darunter fällt. Wir haben nichts von einem Rechtsbegriff, der nach vielleicht sehr hohen Gesichtspunkten gebildet ist, aber unser tägliches Rechtsleben nicht als solches zu begreifen gestattet. Unser Rechtsbegriff darf daher kein Idealpostulat sein. Wir wollen nicht die Rechtsidee in den Rechtsbegriff aufnehmen, wie es das Naturrecht tut, wollen aber — wie ausdrücklich festgestellt sei — damit eine Rechtsidee nicht leugnen. Das ist der eine Gefahrenpunkt.

Der andere aber liegt darin, daß man den Gedanken der Positivität überspannt und Recht überhaupt mit positivem Recht identifiziert.

<sup>1)</sup> Vgl. z. B. oben S. 74f.

<sup>2)</sup> Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 3. Aufl., 1928, S. 80, Anm. 2.

<sup>3)</sup> Vgl. dazu meine Abhandlung: Gegenstandstheorie und Reine Rechtslehre, a. a. O., S. 333.

Da läßt man etwa nur solche Normen als Recht gelten, die von einer bestimmten Autorität ausgehen oder die durch gesellschaftliche Mächte garantiert sind oder man setzt gar Recht gleich mit Sozialwillen oder Macht. In diesen Fällen mag wohl noch von „Regeln“ gesprochen werden, aber es ist der Sollenscharakter des Rechts verkannt, denn Wille oder Macht sind kein Sollen, keine Normen. Eine solche Verhaltensregel wäre eine Art statistisches Durchschnittsgesetz, wie es ja auch z. B. für das „Verhalten“ von Gasmolekülen angegeben werden kann. Das ist der Grundfehler der soziologischen Theorie. Ein Naturgesetz ist in einem ganz anderen Sinn „Gesetz“ als ein Rechtssatz. Das erste ist eine notwendige Beziehung in der Ebene des Seins und kennt, wenn wirklich Gesetz, keine Ausnahmen. Das zweite dagegen ist eine Norm, die ihren Sinn verlieren würde, wenn sie nur forderte, was ohnehin notwendig ist, deren normativer Sinn andererseits auch durch Nichtbefolgung nicht alteriert wird.

Bezeichnet man nur solche Normen als Recht, denen soziale Macht zur Seite steht oder die sonst irgendwie positiviert erscheinen, so ist man nicht in der Lage, gewisse Fälle eines unpositiven Rechts zu fassen, die doch nicht Naturrecht sind. Der nächstliegende Fall ist der eines Gesetzentwurfes. Ein solcher Gesetzentwurf ist nicht positives Recht, er ist aber offenbar auch etwas anderes als eine sozialwissenschaftliche oder selbst eine sozialpolitische Abhandlung über denselben Gegenstand. Da eine sozialpolitische Abhandlung auch Forderungen enthält, kann der Unterschied offenbar nicht in dem allgemeinen normativen Charakter des Rechts liegen; da aber beide Elaborate vielleicht denselben Gegenstand betreffen mögen, so können auch nicht inhaltliche Momente den Unterschied ausmachen. Es kann somit nur ein formaler Unterschied im Gebiet des Sollens selbst in Betracht kommen. Das ist nicht so gemeint, als ob es eine besondere Art von Sollen, das rechtliche Sollen, gäbe. Es ist ein vergebliches Bemühen, so etwas aufzuweisen. Das Charakteristische liegt nicht in einer bestimmten Färbung der einzelnen Sollung<sup>1)</sup>, sondern in einer bestimmten Form der Verknüpfung von Sollenssätzen.

Der entscheidende Unterschied liegt in der Sanktioniertheit der rechtlichen Normen. Darin scheint nun freilich doch wieder ein Rekurs auf die Wirklichkeit, also auf die Positivität, des Rechts zu liegen. Es scheint aber nur so. Denn das Entscheidende für den Rechtscharakter einer Norm ist nicht, daß bei ihrer Übertretung die Sanktion vollzogen wird, sondern nur, daß sie gesollt ist. Entwischt ein Verbrecher doch einmal der Strafe, so hört die übertretene Norm dadurch nicht auf, eine Rechtsnorm zu sein, und würde das Übertreten und Entweichen zur Regel, so wäre damit nur die Positivität, nicht die Rechtsqualität selbst verloren. Wohl aber fehlt sie einer sogenannten *lex imperfecta*, die von Anfang an nur ein Wunsch oder auch ein Befehl, aber jedenfalls kein Rechtsbefehl

---

<sup>1)</sup> Darüber, inwieweit von einer solchen gesprochen werden kann, vgl. unten S. 160 f.

ist<sup>1)</sup>. Der Rechtssatz erscheint so als eine Verbindung von Gebotsnorm und Sanktionsnorm, wobei in beiden noch das Sollen an gewisse Bedingungen geknüpft sein kann. Die allgemeine Form wäre also etwa: „Unter der Bedingung A soll das Verhalten B an den Tag gelegt werden; geschieht das nicht und tritt etwa noch die Bedingung C ein, so soll das Verhalten D an den Tag gelegt werden<sup>2)</sup>.“

Es kann auf den ersten Blick einen geradezu naturrechtlichen Eindruck machen, daß so „Recht“ ohne alle Bezugnahme auf eine „Rechtsmacht“, auf einen Gemeinschaftszweck usw. bestimmt wird. Aber man lasse sich nicht täuschen. Naturrecht liegt nur dort vor, wo der Rechtsbegriff nach inhaltlichen Momenten bestimmt wird, wo verlangt wird, daß das Recht, um so heißen zu können, gerecht, gemeinschaftsfördernd, dem Geist der Nation entsprechend, kurz in irgendeinem Sinn richtig und werthhaft sei. Gerade ein formaler allgemeiner Rechtsbegriff kann eine geeignete Grundlage für den Begriff positiven Rechts sein, denn es gibt kein rein formales Naturrecht.

Daß man aber alle Sollensverknüpfungen einer bestimmten Form als Rechtssätze bezeichnet, ist um nichts verwunderlicher, als daß man irgendwelche Formeln, in denen Plus- und Minuszeichen, Bruchstriche, Potenzexponenten usw. vorkommen, auf den ersten Blick mit Recht als mathematische erkennt, ohne erst danach zu fragen, was sie bedeuten und ob sie richtig sind. Ganz ebenso ist ein Text, der Sollensverknüpfungen der angegebenen Form enthält, eben dadurch als rechtlich charakterisiert. Ein Jurist, der Richter oder Rechtsanwalt ist, braucht darum nicht zu befürchten, daß nun plötzlich die Welt mit einer Unzahl von Rechtsnormen bevölkert werden könnte, die er unmöglich überschauen und darum unmöglich anwenden könnte. Er braucht sie nicht überschauen und darf sie nicht anwenden, denn anzuwenden hat er nur positives Recht. Dieses muß freilich der Form des Rechts überhaupt genügen; das ist aber noch nicht hinreichend dafür, daß positives und somit anzuwendendes Recht vorliege. Die formale Verknüpfung allein verleiht noch keinerlei geheimnisvolle Würde, weder die des ethisch Geforderten noch die der staatlichen Autorität. Nur wer mit naturrechtlichen Erwartungen an unseren allgemeinen formalen Rechtsbegriff herantritt, kann sich enttäuscht fühlen.

Es war darum nicht überflüssig, die ganze Anspruchslosigkeit des Sollensbegriffes zu betonen. Sollensverknüpfungen aller möglichen Inhalte und aller möglichen Formen „gibt es“ in einem gewissen Sinn im ganzen großen Reich der Gegenstände. Aus diesem Reich greift z. B. der Gesetzgeber, sei es nach Gesichtspunkten der sozialen Zweckmäßigkeit, sei es vielleicht auch nach parteiischen oder egoistischen Erwägungen, irgendwelche heraus. Er kann dabei beliebige Inhalte wählen, nur dann

<sup>1)</sup> So z. B. auch Austin: *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of positive Law*, 1. Bd., 5. Aufl., 1885, S. 99, und Bierling: *Juristische Prinzipienlehre*, 2. Bd., 1898, S. 57, Anm. 16.

<sup>2)</sup> Näheres in meiner Abhandlung: *Gegenstandstheorie und Reine Rechtslehre*, a. a. O., S. 328 f.

aber, wenn er nicht bloß einen Befehl formuliert, sondern auch angibt, was im Fall seiner Nichterfüllung geschehen soll, ist seine Formulierung ein Rechtssatz. Wenn es soeben hieß, „er kann beliebige Inhalte wählen“, so wird damit natürlich nicht geleugnet, daß auch der Gesetzgeber psychologisch und sozial bestimmt ist, daß also — drastisch gesprochen — z. B. Karl der Große nicht ein Luftfahrrecht entwerfen konnte. Worauf es aber hier ankommt, ist nur das, daß es für den Charakter des Ergebnisses als Rechtssatz gleichgültig ist, mit welchem Inhalt die allgemeine Form des Rechtssatzes erfüllt wird. Natürlich ist ein solcher Rechtssatz darum noch nicht geltendes Recht. Ja, er wäre ein Rechtssatz auch dann, wenn er nicht vom Gesetzgeber, sondern etwa von irgendeinem Hilfsbeamten formuliert worden wäre, oder endlich, wenn er als bloßes Beispiel in einer Abhandlung stünde.

Ja, es gibt Kinderspiele, in denen irgendwelche Aufgaben oder Forderungen gestellt und auf ihre Nichterfüllung Strafen gesetzt werden. Es ist durchaus natürlich, in einem solchen Fall von einem Spiel mit rechtlichem Inhalt zu sprechen, wie man ja auch von militärischen oder technischen Spielen spricht. Das ist der Würde des Rechts ebensowenig abträglich, wie es der Mathematik abträglich ist, wenn Kinder beim Schulspielen auch einmal Rechnen spielen und dabei die Tafel mit sinnlosen Zahlenkombinationen bedecken.

Und endlich wird man auch davor nicht zurückschrecken brauchen, daß dann auch der Ruf des Räubers „Geld oder Leben!“ in voller Entwicklung etwa lauten würde: „Du sollst mir dein Geld geben; wenn du es nicht tust, sollst du (im Sinn meines Wollens) dein Leben verlieren“ und daß er darum in unserem Sinn die Form eines Rechtssatzes hat. Nur derjenige, der meint, ein Rechtssatz müsse immer auch einen ethisch wertvollen Inhalt haben, wird den Fall anstößig finden. Diese Meinung ist aber offenbar falsch, denn jeder, der ein geltendes Recht als ungerecht bezeichnet und ihm etwa deswegen sogar den Gehorsam verweigert, ja sich im Gewissen dazu verpflichtet fühlt, geht von der Voraussetzung aus, daß unzweifelhafte Rechtssätze auch einen widerethischen Inhalt haben können. Ist das schon im geltenden Recht der Fall, so werden wir uns in unserem Beispiel von der Aufforderung des Räubers noch weniger darüber wundern. Es ist im allgemeinen nicht zu befürchten, daß geltendes Recht daraus wird. Aber Eroberungen oder Kolonisierungen haben sich in der Tat oft in nicht viel sanfteren Formen vollzogen und haben doch in dem besetzten Gebiet schließlich zu unzweifelhaft rechtlichen Zuständen geführt. Schon Augustinus stellte — freilich von einem naturrechtlichen Gesichtspunkt aus — die berühmt gewordene Frage: „*Remota itaque justitia, quid sunt regna nisi magna latrocinia?*“<sup>1)</sup> und schreckte

<sup>1)</sup> Sancti Aurelii Augustini episcopi „De Civitate Dei libri XXII“, Liber III, Caput III, ed. Emanuel Hoffmann, Corpus Scriptorum ecclesiasticorum latinorum vol. XXX, 1898. In deutscher Übersetzung: Augustinus: Der Gottesstaat, Die staatswissenschaftlichen Teile übersetzt und teilweise mit lateinischem Begleittext versehen und behandelt von Karl Völker, Die Herdflamme, 4. Bd., 1923, S. 49f.

damit vor dieser Parallelisierung nicht zurück. In unserem Fall fehlt nur die staatsfeindliche Spitze; freilich nur deswegen, weil wir auch das Recht eines Staates, der, vom ethischen Gesichtspunkt aus betrachtet, als latrocinium bezeichnet werden müßte, falls es nur die Form des Rechtssatzes erfüllt, „Recht“ nennen.

Es ist also festzuhalten: Unsere Rechtssatzform hat nicht im Sinn, ein Universalmittel zur Erzeugung von Rechtsverhältnissen an die Hand zu geben. Sie will nur die allem Recht wesensgemäße Form angeben, die für das Vorliegen positiven Rechts wohl notwendige, noch lange aber nicht hinreichende Bedingung ist.

### Das Positivitätsproblem.

Welcher Weg führt nun von dem manchen vielleicht etwas gespenstisch anmutenden möglichen Recht zum wirklichen, zum lebenden Recht? Das führt auf die allgemeinere Frage: Welche Beziehung kann es überhaupt zwischen idealen Gegenständen und der Wirklichkeit geben?

Eine Beziehung zur Wirklichkeit, die für jeden idealen Gegenstand möglich ist, ist die intentionale Relation, die Erfassung durch ein Subjekt. Jeder Gegenstand kann in irgendeiner Form erfaßt werden, sonst wüßten wir ja überhaupt nichts von ihm. Erfassen heißt ja nicht erschöpfend durchschauen, sondern nur irgendwie treffen und in diesem Sinn ist auch die Gesamtheit der Gegenstände, die mir unbekannt sind, durch eben diesen Gedanken getroffen, also erfaßt. In Phantasieerlebnissen können wir uns jeden, auch einen sogenannten unmöglichen Gegenstand vergegenwärtigen. Wirkliche Objekte und tatsächliche Seins-, Sollens- oder Wertverhalte können wir günstigenfalls auch in einem Ernsterlebnis erfassen. Natürlich wird durch die Erfassung — ob ernst oder phantasie-mäßig — an den Gegenständen selbst nichts geändert.

Darum hat man, insbesondere auf theoretischem Gebiet, wo die subjektive Seite kaum interessiert, meist keinen Anlaß, von dieser durch die Erfassung gegebenen Beziehung idealer Gegenstände zur Wirklichkeit zu sprechen. Immerhin kommen solche Fälle doch vor. Wenn man etwa von den Philosophen der Antike oder von den Maxwellschen Gleichungen spricht, meint man damit nicht die Gedanken von Plato und Maxwell als psychische Erlebnisse, die in diesen Menschen zu einer bestimmten Zeit, vielleicht unter gewissen Ermüdungserscheinungen usw. abgelaufen sind, sondern die Gegenstände dieser Gedanken, die betreffenden philosophischen und mathematisch-physikalischen Sachverhalte. Durch eine solche Betrachtung werden nicht Sachverhalte psychologisiert, sondern nur nach gewissen Gesichtspunkten aus dem umfassenden Reich anderer Sachverhalte ausgesondert, ohne daß sich dadurch an ihrem Wesen etwas änderte. Im allgemeinen wird man, wenn so allgemein von der Wissenschaft einer Zeit gesprochen wird, übrigens nur jene Sachverhalte meinen, die durch Urteile, also durch Ernsterlebnisse des Denkens erfaßt wurden. Denn der Ausdruck einer Wissenschaft sind nicht bloße Annahmen, sondern — wahre oder falsche —

Urteile. Was an Annahmen in ihr vorkommt, ist nur Vorstadium oder Hilfsmittel.

Grundsätzlich die gleiche Möglichkeit liegt auch beim Sollen vor. Auch ein Sollen kann durch Erfassen in Beziehung mit der Wirklichkeit treten, nur liegen die Dinge hier etwas komplizierter. Zunächst muß der Sachverhalt, der gesollt ist, in einem Denkerlebnis erfaßt werden; das wird regelmäßig in einer Annahme geschehen, denn, urteilte man, daß der Sachverhalt schon verwirklicht ist, so fände man für das Sollen und das ihm entsprechende Wollen gleichsam keinen Angriffspunkt; was schon ist, von dem kann man nicht eigentlich wollen, es solle sein. Natürlich hat man aber mit der Erfassung des gesollten Sachverhaltes den Sollverhalt selbst noch nicht erfaßt. Gerade dem Spezifischen des Sollens daran kann man nur durch ein Begehrungserlebnis gerecht werden. Und wieder kann jedwedes Sollen mindestens in einer Phantasiebegehrung vergegenwärtigt werden.

Ebenso, wie man von der Wissenschaft oder noch allgemeiner vom Geist einer Zeit sprechen kann, kann man auch von ihren Zielen und Idealen sprechen, womit offenbar Gegenstände ihres Strebens gemeint sind. Und wiederum wird man ganz analog wie auf dem Gebiet des Seins auch hier diese Wendung nur dann gebrauchen, wenn sich diesen Idealen nicht bloße Phantasiebegehrungen, sondern wirkliches Wollen zuwendete. Weltbeherrschende Ideen, das sind solche Sollungen, denen die Menschen der betreffenden Epoche ihr Wollen zuwandten. Wiederum sind solche Ideen, ganz ähnlich wie im Gebiet des Intellektuellen, nicht die konkreten Willenserlebnisse der betreffenden Menschen als psychischen Gesetzen unterliegende Willensabläufe, sondern die Sollensgegenstände, denen sich diese Willensakte zuwenden.

Nebenbei bemerkt, bilden diese Gegenstände der verschiedenen individuellen Erfassungen in ihrer Gesamtheit den objektiven Bestandteil dessen, was wir etwa den Zeitgeist oder wohl auch den Volksgeist nennen. Es ist aber nicht zu verkennen, daß „Zeitgeist“ und „Volksgeist“ eine gewisse subjektive Färbung aufweisen. Das legt es nahe, den Zeitgeist zwar nicht mit wirklichem Psychischen, aber auch nicht einfach mit den Gegenständen dieses Psychischen zu identifizieren, vielmehr anzunehmen, daß damit etwa der Typus der einzelnen Erlebnisse gemeint sein dürfte, und zwar nicht gerade der Typus der Erlebnisse von Hinz und Kunz, sondern von den wichtigeren und bestimmenden Persönlichkeiten einer Epoche. Das müssen nicht gerade ihre größten Männer sein, die ja gerade nicht selten ihrer Zeit gleichsam fremd gegenüberstehen, sowie diese Zeit ihnen oft verständnislos. Es sind vielmehr jene, nicht immer überragenden Köpfe, deren Denken die meiste geistige Resonanz in der Gesellschaft gefunden hat. Der Typus solcher psychischen Erlebnisse, etwa „der nationale Gedanke“ oder „der soziale Gedanke“ ist natürlich selbst kein Psychisches mit den vollständigen Bestimmungen, die jedem Wirklichen eigentümlich sind, es ist vielmehr ein Abstraktum, wie „der Mensch“, dem auch nicht eine bestimmte Größe, Hautfarbe usw. zukommt. Weil es aber der Typus von Psychischem ist, so gehen in ihn

mit den sonstigen Bestimmungen des Psychischen auch dessen den Gegenständen zugewendete Inhalte ein<sup>1)</sup>. Da wir aber überhaupt beim Denken gewöhnlich nur die Gegenstände und nicht deren Erfassungsmittel, die Gedanken, beachten, so wird auch der Gehalt des Zeitgeistes vorwiegend durch die gegenständlichen Bestimmungen ausgemacht, eben durch die genannten Philosopheme, Ideale, politischen Ziele usw. und die übrigen Bestimmungen des Psychischen, dessen Typus der Zeitgeist ist, geben nur etwas wie eine subjektive Färbung daran ab<sup>2)</sup>.

Ist so der Zeitgeist oder der Volksgeist ein Abstraktum und somit ein idealer Gegenstand, so erübrigt sich auch die ganze mythologische Metaphysik, die die historische Schule in ihn hineingelegt hatte. „Wirken“ im eigentlichen Sinn des Wortes, das nicht nur sprachlich mit „wirklich“ zusammenhängt, kann er als ein Abstraktum überhaupt nicht. Wirken können nur die wirklichen Menschen, deren Psychisches er repräsentiert, und solche, die ihn erfassend in sich aufgenommen haben und von dieser Erfassung nun in ihrem Handeln mitbestimmt werden. Es kommt ihm kein besonderer Richtigkeitsvorzug zu, denn er ist ja nur eine Art Durchschnitt von Gedanken und Wollungen und darum behaftet mit allen Mängeln, die diesen etwa anhaften mochten. Der Exkurs führt nicht so weit von unserem Weg ab, als es scheinen könnte. In diesem Zeitgeist, zu dem unter anderem auch etwa die herrschende Mode, die positive Moral usw. gehört, zeigt sich zunächst noch ganz allgemein, und nicht auf rechtliches Gebiet beschränkt das erste Moment der Positivität, die Gegebenheit, die dann in spezieller Form auch am „wirklichen“, positiven Recht auftritt.

Bevor wir aber diesen Gedanken weiter verfolgen, kehren wir zurück zu unserer Ausgangsfrage nach den Beziehungen, in die ideale Gegenstände und Wirklichkeit treten können. Hier ist scharf zwischen Wirklichkeit und Tatsächlichkeit zu unterscheiden, welch letztere durchaus nicht nur im Gebiet des Wirklichen eine Rolle spielt. So geht dem Sachverhalt: „wenn zwei Nüsse zu drei Nüssen dazugegeben werden, ergeben sich sechs Nüsse“, Tatsächlichkeit ab, denn er ist falsch und auch Verwirklichung geht ihm ab, denn es gibt keinen Fall, in dem er realisiert wäre. Dem Sachverhalt dagegen: „wenn zwei goldene Berge zu drei goldenen Bergen dazugegeben werden, ergeben sich fünf goldene Berge“, kommt Tatsächlichkeit zu, denn die Relation, in der er besteht, trifft zu, es gibt aber keinen Fall, in dem dieser Sachverhalt realisiert wäre, es fehlt ihm also die Verwirklichung. Der Sachverhalt wieder: „wenn zwei Nüsse zu drei Nüssen dazugegeben werden, ergeben sich fünf Nüsse“, ist tatsächlich und verwirklicht, denn die Relation ist richtig und es gibt reale Fälle davon. Man wird sagen können: Ein untatsächlicher Sachverhalt kann nicht, ein tatsächlicher kann, aber muß nicht verwirklicht sein.

<sup>1)</sup> Vgl. unten S. 145 f.

<sup>2)</sup> Vgl. darüber meine Abhandlung: Gegenstandstheoretisches zum Begriff des Irrealen bei Nicolai Hartmann, Philosophischer Anzeiger, 4. Bd., 1930, S. 179 f.

Bei Sollverhalten besteht nun ein ausgeprägter Unterschied zwischen dem gesollten Sachverhalt einerseits und dem Sollen selbst andererseits. Das letztere ist überhaupt keiner Verwirklichung fähig, nur in einem ganz uneigentlichen Sinn läßt sich davon sprechen, daß alles, was ist, auch sein soll, und in diesem Sinn müßte jedes Sein als Verwirklichung des entsprechenden Sollens aufgefaßt werden<sup>1)</sup>. Sieht man aber von diesem Grenzfall ab, so kann man dem Sollen gegenüber nur nach der Tatsächlichkeit, d. h. nach seiner Richtigkeit, seiner Rechtfertigung fragen. Die Frage nach der Richtigkeit eines Sollens, also in unserem Fall die Frage nach einem richtigen Recht, kann demnach nicht an der Wirklichkeit, sondern nur an der idealen Welt des tatsächlichen Sollens selbst entschieden werden. Denn hier gilt nicht, daß alles Wirkliche auch selbstverständlich tatsächlich ist, so wie es in der Welt des Seins gewesen war. Die Wirklichkeitsfrage kann beim Sollverhalt nur an dem gesollten Seinsverhalt angreifen, nur die Frage bedeuten, ob das Gesollte auch wirklich ist. Die Richtigkeit des Sollens selbst aber ist von dieser Verwirklichung unabhängig.

Betrachten wir das Ergebnis zusammenfassend am Beispiel irgendeiner Moral. Ihr gegenüber sind mehrere Fragen möglich. Man kann fragen, ob irgend jemand in ihrem Sinn will, ferner, ob ihre Vorschriften befolgt werden, und endlich, ob diese Vorschriften, gleichviel, ob sie gewollt und befolgt werden, gemäß einer wahren Ethik richtig sind. Das letztere ist die eigentlich ethische Frage. Die beiden ersten sind Vorfagen, Fragen danach, ob diese Moral positiv genannt werden kann, und es dürfte nach dem Sprachgebrauch sich kaum entscheiden lassen, ob es dazu genügt, wenn die Menschen in ihrem Sinn wollen oder ob es erforderlich ist, daß dieser Wille auch zur Tat wird.

Im Fall des Rechts ist zur Positivität jedenfalls beides erforderlich. Wir wollen das Recht, sofern es von irgend jemand im Ernst gewollt und ausgedrückt ist, „gegebenes Recht“ nennen, ein Ausdruck, der an den meist behandelten Fall der „Gesetzgebung“ anklängt. Daß Recht in diesem Sinn gegeben sei, ist notwendig für das Bestehen positiven Rechts; das bloße Verwirklichen einer idealen Norm kann nicht genügen, denn im Bereich der Gegenstände gibt es jede nur irgend erdenkliche Norm, somit zu jedem Verhalten eine Norm, als deren Verwirklichung sich das Verhalten darstellt. Wenn trotzdem oft Normbefolgung oder tatsächliche Durchsetzung des Rechts als einziges Positivitätskriterium angegeben wird, so erklärt sich dies wohl damit, daß mit „Norm“ meist schon eine gewollte und ausgedrückte Norm, nicht das ideale Sollen allein gemeint wird. Ist so das Geben des Rechts notwendig für die Positivität, so ist es doch noch nicht hinreichend. Eine Norm, die gegeben wurde, bleibt es ein für allemal. Sollte Gegebenheit allein zur Positivität des Rechts genügen, so wäre das Recht des alten Rom, des französischen ancien régime, kurz jedes Recht, das irgendwann einmal positiv gewesen war, für immer positives Recht.

<sup>1)</sup> Vgl. Mally: Grundgesetze des Sollens, 1926, S. 35f.

Der Ausdruck ist möglich und hat auch einen gewissen Sinn. Auch durch Positivierung in diesem Sinn wird aus der Welt der Gegenstände überhaupt durch ein empirisches Mittel, das Wollen und Ausdrücken, ein zufälliger Ausschnitt ausgesondert. Arbeitet man mit diesem Positivitätsbegriff, so gibt es aber positives Recht, das im wirklichen Rechtsleben nicht anzuwenden ist, z. B. römisches Recht heutzutage.

Das scheint doch ein Grund, um von dieser Ausdrucksweise abzugehen und zur Positivität noch ein weiteres Erfordernis zu verlangen, das die Geltung des Rechts heißen soll. Dabei ist von dem Sprachgebrauch der südwestdeutschen Schule der Philosophie, bei dem es ein Gelten auch im rein idealen Gebiet gibt, völlig abzusehen. Gelten bedeutet nicht tatsächliches Sollen. Geltend soll vielmehr ein Sollverhalt dann heißen, wenn der gesollte Sachverhalt verwirklicht ist<sup>1)</sup>. Daß auch das Gelten für sich allein wohl notwendig, aber nicht hinreichend für den Begriff des positiven Rechts ist, ergibt die Umkehrung der obigen Überlegung. Es ist notwendig, denn kein Rechtssatz, mag er auch von irgend jemandem oder selbst von allen gewollt werden, ist positives Recht in unserem Sinn, wenn er in keiner Weise befolgt wird. Das Gelten für sich allein ist aber nicht hinreichend für die Positivität des Rechts, weil sonst eben jedes beliebige Verhalten, sofern es ja stets Erfüllung irgendeiner ideal vorhandenen Norm ist, Rechtspositivität begründen könnte.

Positiv heißt also ein Recht dann, wenn es aus Normen besteht, die die Form des Rechts erfüllen und die ernst gewollt und befolgt werden. Nach diesen allgemeinen und grundsätzlichen Erörterungen zum Positivitätsbegriff sollen nun die beiden Elemente der Positivität, Gegebenheit und Geltung, noch im besonderen untersucht werden.

### Die Gegebenheit des Rechts.

Das Geben des Rechts ist der erste Punkt, an dem die Welt der idealen Normen mit der Wirklichkeit zusammenstößt. Daß Normen gegeben seien, heißt, daß sie gewollt sind. Die Untersuchung erfordert also ein Zurückgehen auf einen psychischen Tatbestand und damit ein Herausgehen aus der rein idealen Welt des Normativen. Damit ist die normative Methode nicht etwa überhaupt unanwendbar geworden. Durch diese Beziehung auf die Welt des Seins, des psychischen Seins in diesem Fall, wird ja am Wesen der betreffenden Norm nichts geändert. Diese Beziehung ist vielmehr nur ein Auswahlprinzip, das gewisse der unendlich vielen Normen als gegebene heraushebt. Die normative Methode ist aber natürlich sowohl anwendbar im rein idealen Bereich des Sollens als ganzem, als auch auf einem solchen herausgehobenen Gebiet. Nur ein Herausheben dieser Art vermag sie nicht zu leisten; das kann nur durch eine ganz regelrechte Wirklichkeitsuntersuchung geschehen.

Ziel dieser auf Gegebenheit gerichteten Untersuchung ist die Feststellung, daß die betreffenden Normen von jemand ernsthaft gewollt

<sup>1)</sup> Ähnlich auch Stammler: Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 3. Aufl., 1928, S. 148.

wurden. Nur deshalb, weil das meist selbstverständlich ist, kann die Notwendigkeit dieses Unternehmens bisweilen übersehen werden. Daß aber Fälle, in denen die Frage, ob eine erlassene Norm ernsthaft gemeint ist, doch auch historisch vorkommen können, zeigt ein von Adickes angeführtes preußisches Edikt aus dem Jahr 1739, das bestimmte, „daß wenn ein Advokat oder Prokurator oder dergleichen Mensch . . . Leute aufwiegeln würde, um in abgetanen und abgedroschenen Sachen Sr. Maj. immediate Memorialia zu übergeben, alsdann Se. Maj. einen solchen Advokaten . . . ohne alle Gnade und Pardon aufhängen und neben ihm einen Hund hängen lassen wollen“<sup>1)</sup>, ein Edikt, an dessen Ernst man föhlich zweifeln kann.

Ihn zu prüfen, ist mit juristischen Mitteln nicht möglich. Eine solche Prüfung könnte immer nur bestenfalls die Kompetenz des betreffenden normsetzenden Organs aufweisen — in unserem Beispiel, wo es sich um einen absoluten Herrscher handelt, steht diese übrigens außer Frage —; ob aber eine wirkliche Normsetzung vorliegt, diese Frage ist eine empirische, ganz ebenso wie die speziellere, ob das Organ die betreffende Norm wirklich ernstlich wollte oder sie nur im Scherz oder etwa gar in hypnotischem Zustande usw. aussprach. Nun wären freilich rechtliche Bestimmungen denkbar, die erklären, daß auf jeden Fall die Normklärung eines Organs, wenn sie nur etwa eine bestimmte Form erfüllt, Recht sein solle, gleichviel, ob sie im Sinn einer Ernstbegehrung erfolgte oder nicht. Dann könnte kraft dieser positiven Bestimmung tatsächlich die Untersuchung, ob die Normklärung ernst gemeint war, entfallen. Eine Beziehung auf Wirklichkeit bliebe übrigens noch immer erhalten, denn jede Normklärung — ob ernst gemeint oder nicht — kann nur empirisch festgestellt werden. Übrigens wäre aber auch unsere ursprüngliche Frage durch eine solche Vorschrift doch nicht aus der Welt geschafft. Die Untersuchung müßte sich eben auf jene andere Norm richten, in der erklärt wird, daß bloße Formerfüllung zur Rechtssatzung genüge. Und wäre auch diese Norm in ihrer rechtlichen Geltung als unabhängig davon erklärt, ob sie ernst gewollt ist oder nicht, so muß es doch, soll man nicht in eine unmögliche Unendlichkeit hineinkommen, schließlich eine letzte Norm geben, die sich auf keine andere mehr zurückbeziehen läßt; und mindestens bei dieser wird die erwähnte Frage nach dem Ernstcharakter akut.

Ihre Lösung ist eine Aufgabe der Psychologie. Dabei ist vom Unterschied zwischen Akt und Inhalt an den Erlebnissen auszugehen, der übrigens nicht auf das Gebiet der Begehrungen beschränkt ist, sondern am deutlichsten vielleicht im Gebiet der Vorstellungen sich der Betrachtung darbietet. Mein Blick fällt auf ein vor mir liegendes Fließpapier und ich gewinne die Vorstellung eines bestimmten Rot. Eine solche

<sup>1)</sup> Adickes: Zur Lehre von den Rechtsquellen, insbesondere über die Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquellen und das Gewohnheitsrecht. Studien über die heutige Geltung des römischen Rechts, 1. Bd., Zur Lehre von den Rechtsquellen, 1872, S. 77.

Vorstellung nennen wir vorläufig eine Wahrnehmungsvorstellung, dabei ist natürlich nicht das Rot irgendwie in meinem Kopf oder in meiner Seele darin, sondern nur eben psychisch durch das Vorstellungserlebnis vertreten. Schließe ich die Augen, so kann es mir unter günstigen Umständen gelingen, eine Erinnerungsvorstellung desselben Rot zu gewinnen. Ich hätte vielleicht dasselbe Rot, ohne noch ein Exemplar davon in der Wirklichkeit gesehen zu haben, auch von vornherein schon phantasie-mäßig vorstellen können. In der Feststellung, daß es beide Male dasselbe Rot ist, liegt enthalten, daß mindestens eine Seite an den beiden Vorstellungen, und zwar gerade die dem Gegenstand Rot zugewendete, gleich geblieben sein muß. Wir nennen diese Seite den Inhalt. Trotzdem sind die beiden Vorstellungen (Wahrnehmungs- und Erinnerungsvorstellung) nicht etwa gleich. Ihr Unterschied liegt nicht im Gegenstand — der ist ja in beiden Fällen dasselbe Rot —, er liegt auch nicht im Rotinhalt, denn auch dieser ist ja, wie angenommen, in beiden Fällen der gleiche. Der trotzdem unleugbar bestehende Unterschied deutet vielmehr auf eine andere Seite am Vorstellungserlebnis hin, die nicht unmittelbar der Beschaffenheit der Gegenstände selbst entspricht, sondern unserer Stellung zu den Gegenständen. Am Gegenstand Rot hat sich nichts geändert, aber das eine Mal war er uns in einer Wahrnehmungsvorstellung gegenwärtig, das andere Mal war er uns nicht gegenwärtig, sondern in einer Erinnerungsvorstellung gegeben. Dieses Moment am Vorstellen, das der Stellung des Subjekts zu den Gegenständen entspricht, nennen wir das Aktmoment. Man kann aber auch die umgekehrte Variation durchführen. Gewinne ich z. B. eine Wahrnehmungsvorstellung und eine Phantasievorstellung (worin nun auch Erinnerung inbegriffen sein soll) von einem bestimmten Grün und vergleiche ich diese Vorstellungen mit den entsprechenden von Rot, so ergibt sich folgendes: Die Wahrnehmungsvorstellung des Grün hat mit der Phantasievorstellung des Grün den Inhalt gemein, unterscheidet sich aber von ihr im Akt. Vergleichen wir aber die Wahrnehmungsvorstellung des Grün mit der Wahrnehmungsvorstellung des Rot, so ergibt sich auch hier eine Verschiedenheit und eine Übereinstimmung. Die Verschiedenheit betrifft den Inhalt, die Übereinstimmung aber liegt darin, daß es sich in beiden Fällen um Wahrnehmungsvorstellung eines unmittelbar Gegenwärtigen handelt, also im Aktmoment. Zu dem entsprechenden Ergebnis würden wir auch bei Vergleichung der Phantasievorstellung von Grün mit der von Rot gelangen. Die beiden Seiten des Vorstellungserlebnisses, Inhalt und Akt, können also unabhängig voneinander variiert werden und erweisen sich dadurch als selbständige Momente.

Es ist also festzuhalten: Auf der einen Seite steht der Gegenstand; dieser kann real (also ein Physisches oder ein Psychisches), aber auch ideal sein. Auf der anderen Seite steht das ihn erfassende Erlebnis und dieses Erlebnis ist natürlich immer ein Psychisches. An diesem Psychischen nun unterscheiden wir zwei Momente: Einerseits die Seite des Erlebnisses, die dem Gegenstand zugewendet ist, ihn uns präsentiert; das ist der Inhalt. Und andererseits das Aktmoment, das uns nicht die Beschaffenheit

des Gegenstandes, sondern unsere Stellung zu ihm (daß er sich uns als gegenwärtig, als vergangen, als bloß phantasiert usw. darstellt) vertritt. Beide Momente sind Seiten an der psychischen Wirklichkeit.

Ganz analoge Überlegungen lassen sich nun auch bei Begehrungs-erlebnissen anstellen. Auch hier kann man die auf denselben Gegenstand gerichtete Ernst- und Phantasiebegehrung einerseits mit Ernst- und Phantasiebegehrung eines anderen Gegenstandes vergleichen und kommt ebenso zur Scheidung eines für den Ernstcharakter entscheidenden Aktmomentes. Dieses Aktmoment festzustellen, ist die Aufgabe, die es zu lösen gilt, wenn danach gefragt wird, ob ein Rechtssatz als gegeben zu betrachten ist. Nur für die Frage nach der Gegebenheit des Rechts, die ihrerseits wieder eine Teilfrage der Positivität ist, ist diese psychologische Untersuchung erforderlich. Selbst hier ist übrigens die Sachlage nicht so schwierig, wie es auf den ersten Blick scheinen könnte; in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle ist von einem Zweifel über die Gegebenheit einer Norm überhaupt keine Rede. Jedenfalls aber gibt es eine Art juristischer Behandlung von Rechtsnormen, die von der Lösung dieser Frage überhaupt nicht abhängt, die dogmatische. Diese beschäftigt sich eben nur mit dem gegenständlichen Gehalt der Rechtsnormen und kann darum an Normen positiven Rechts ebenso gut geübt werden wie an einem historischen Recht oder einem Entwurf, der überhaupt niemals zu positivem Recht geworden ist. Die Dogmatik ist somit das eigentliche Gebiet der rein normativen, seinsfreien Betrachtung, einer „reinen Rechtslehre“ in diesem Sinn. Die Rechtsphilosophie aber vermag damit nicht ihr Auslangen zu finden.

Nun muß noch eines wichtigen systembildenden Faktors gedacht werden, der mit der Gegebenheit von Recht zusammenhängt. Gegebene Normen können untereinander in einem zweifachen Zusammenhang stehen. Sie können gleichsam ohne Rücksicht auf ihre Gegebenheit, nur ihrem gegenständlichen Gehalt nach seins- oder sollenslogisch untereinander zusammenhängen. Sie können aber auch umgekehrt und nun wieder ohne Rücksicht auf den gegenständlichen Gehalt nur durch die Normgebung in Zusammenhang stehen. Dies ist dann der Fall, wenn in einer Norm erklärt wird, es solle das geschehen, was in einem anderen Normgebungsakt gefordert wird. Dabei brauchen die beiden Normgehalte nicht logisch oder deontisch auseinander ableitbar sein, die Verweisung oder Delegation geschieht ja durch Bezugnahme auf rein empirische Momente, indem etwa A bestimmt, es solle das geschehen, was B fordert. Aus einer solchen delegierenden Norm kann schon deshalb rein logisch nichts abgeleitet werden, weil sie ja möglicherweise inhaltsleeres Blankett ist und ihren Inhalt erst durch die Normsetzung des B gewinnt.

Trotzdem kann die delegierte Norm als abgeleitet von der delegierenden bezeichnet werden. In welchem Sinn? Von einem deduktiven Zusammenhang der gesollten Inhalte kann keine Rede sein. Auch der Charakter des Sollens kommt der delegierten Norm schon an und für

sich zu, so wie jeder anderen Norm auch; auch ihn brauchte sie nicht von der delegierenden zu borgen und ebensowenig die Gegebenheit. Der Zusammenhang ist ein rein funktioneller. Die delegierende Norm gibt ein Verfahren an; jede Normgebung, die gemäß diesem Verfahren geschieht, liegt dann im Sinn der delegierenden Norm und kann dem delegierenden Normwillen zugerechnet werden. Das hat z. B. zur Folge, daß irgendwelche Normen, seien sie Normen der Sitte oder der Mode oder der Ethik, dadurch, daß sie von einer Rechtsnorm delegiert werden, nunmehr im Sinn dieser Rechtsnorm, also wenn die sonstigen Bedingungen erfüllt sind, selbst als Rechtsnormen gelten. Umgekehrt ist eine Rechtsnorm (d. i. eine Sollensverknüpfung von bestimmter Form) nicht auf die Delegation von einer Rechtsnorm angewiesen, damit sie Rechtsqualität erhalte. Diese kommt ihr schon selbst zu. Was durch die etwaige Delegation zustande kommt, ist nur die Einheitsbeziehung auf das Delegationssystem.

Diese Einheitsbeziehung ist gerade auf dem Gebiete des Rechts überaus wichtig, weil positives Recht nicht notwendig ein logisch geschlossenes Gebäude bilden muß. Jede Norm mit allen von ihr delegierten bildet eine in sich zusammenhängende Gruppe. Gelänge es, die delegierenden Normen ihrerseits wieder auf eine zurückzuführen, die sie alle delegiert, so wäre die Gesamtheit des vorliegenden Rechts in dieser obersten delegierenden Norm als Einheit zu begreifen. In der Tat ist nun dieser Weg in vielen Fällen gangbar, auch wenn man nicht eine übergeordnete empirische Norm aufzeigen kann, die auf die letzten noch empirischen Normgebungen verweist. Es liegt nämlich häufig im immanenten Sinn der letzteren, daß sie zusammen gelten sollen, und dieser Sinn kann in einer Norm des Inhaltes gefunden werden, daß befolgt werden solle, was irgendwelche oberste Organe befehlen. Gewiß ist eine solche Grundnorm nur eine Konstruktion und selbst nicht gegebenes Recht. Aber andererseits vermag sie an der Gegebenheit der obersten empirischen Normen nichts zu ändern. Sie schafft nicht positives Recht, sie nimmt aber auch nicht den Positivitätscharakter, sondern ist nur Ausdruck des Systemzusammenhanges aller betrachteten Normen. Nur Ausdruck, nicht Grund, denn dieser Zusammenhang bestünde auch ohne sie; und bestünde er nicht, so ließe sich eine solche Grundnorm überhaupt nicht angeben. Dieser Systemzusammenhang ist kein logischer, denn gerade dadurch, daß alle delegierten Normen infolge des Delegationsverhältnisses so betrachtet werden müssen, als seien sie schon Forderungen der delegierenden Norm, werden alle vorhandenen Widersprüche nur gleichsam in dieser zusammengedrängt. Eine Lösung kann nur wieder durch eine Verfahrensnorm gegeben werden, etwa wenn im Sinne des Prinzips von der *lex posterior* bestimmt ist, daß eine spätere Normsetzung eine frühere aufhebe. Selbstverständlich ist der Satz von der *lex posterior* durchaus nicht. Wohl kann man annehmen, der immanente Sinn jeder Normierung, die mit einer früheren unverträglich ist, sei, diese frühere aufzuheben. Gerade dann aber, wenn die Normierungen in ein Delegationsgebäude eingebaut sind, ist dieser immanente Sinn nicht not-

wendig entscheidend. Wie Normen einer bestimmten Stufe rechtswirksam gegeben oder aufgehoben werden, bestimmen nicht diese Normen selbst, sondern Normen der übergeordneten Stufe, die das Erzeugungsverfahren für die untergeordnete Stufe angeben. So könnte etwa gesetzlich ganz wohl bestimmt sein, daß ein Organ Verordnungen wohl geben könne, daß diese Verordnungen aber unaufhebbar seien, bis etwa eine entgegengesetzte gesetzliche Bestimmung eintritt. Dann mag es noch so sehr im Sinn jener Verordnung liegen, daß sie eine frühere aufhebe, rechtlich ist dieser stillschweigende Aufhebungswille bedeutungslos. Bedeutung hat er nur auf der jeweils obersten Stufe der Normgebung, die keinen anderen Bindungen mehr unterliegt. Es ist überhaupt ganz allgemein festzustellen: Rechtsbildung ist nur auf der obersten Stufe eines Delegationssystems frei, auf den unteren Stufen ist alle Rechtsbildung gebunden an die Verfahrensbestimmungen übergeordneter Normen.

### Die Geltung des Rechts.

Nicht alle Rechtsordnungen, die je erlassen wurden, können auch positiv heißen. Ihrer gibt es eine Flut. Einige davon haben nie Leben gewonnen, andere machten, nachdem sie längere Zeit geherrscht hatten, späteren Platz, viele sind ganz spurlos verklungen. Als positiv im vollen Sinn des Wortes kann nur eine Rechtsordnung gelten, die lebendig ist, sich durchsetzt.

Was dieses Sichdurchsetzen bedeutet, soll nun näher untersucht werden. Häufig wird hier mit dem Zusammenhang von Recht und Macht operiert und als geltend jene Rechtsordnung bezeichnet, der eine genügend starke Macht zur Durchsetzung auch gegen Widerstrebende zu Gebote steht. Nicht selten wird dabei der besonders durchschlagende Realismus einer solchen Theorie gegenüber „lebensfremden Spekulationen“ hervorgehoben. Da ist es überraschend zu sehen, daß der ganze Gedanke gar nicht so sehr realistisch ist, wie er sich gibt. Rechtsmacht ist durchaus nicht etwas, das sich wahrnehmen ließe. Sie ist etwas ganz Analoges zu den Dispositionen des Individuums. Solche Dispositionen aber, wie Kraft oder Gedächtnis, sind als solche nicht erfahrbar. Erfahrbar ist nicht die Kraft eines Menschen, sondern die Tatsache, daß er z. B. ein großes Gewicht hebt; erfahrbar ist nicht das Gedächtnis, sondern die Tatsache, daß er z. B. eine große Zahl von Silben, die er gelernt hat, noch nach langer Zeit wiedergibt. Nicht die Disposition, die Fähigkeit, sondern nur ihre Leistungen werden erfahren und aus ihnen wird auf die Disposition geschlossen. Dabei ist diese Disposition selbst noch nicht einmal ein Wirkliches, sondern nur die Möglichkeit, gewisse Leistungen zu vollbringen. Wirklich sind nur diese Leistungen. Möglichkeit aber ist kein realer, sondern ein idealer Gegenstand. Wohl kann man die Annahme machen, daß die genannte Möglichkeit auf einen gewissen physischen oder psychischen Zustand des Dispositionsträgers zurückgehe, auf die Dispositionsgrundlage. Diese Dispositionsgrundlage aber ist ebensowenig der Erfahrung unmittelbar zugänglich, sondern kann immer nur aus den Leistungen, die man auf sie zurückführt, erschlossen werden.

Um nichts günstiger steht es mit Fähigkeiten, die nicht einem Einzelnen, sondern einer Gesamtheit zugeschrieben werden. So kann man z. B. die Fruchtbarkeit eines Volkes nicht unmittelbar wahrnehmen. Der unmittelbaren Erfahrung unterliegt nur die große Geburtenhäufigkeit. Aus dieser kann man auf das Vorhandensein gewisser physischer Dispositionsgrundlagen bei den einzelnen Angehörigen des Volkes schließen und nur in einem sehr übertragenen Sinn kann „Fruchtbarkeit“ dem „Volk“ selbst, also einem Inbegriff zugeschrieben werden, der ja ganz andere Eigenschaften hat als die Einzelnen, aus denen er sich zusammensetzt, der im Gegensatz zu seinen Elementen selbst nicht ein Wirkliches (d. h. ein Physisches oder Psychisches) ist.

Ganz ebenso nun gehört auch die Rechtsmacht in das Gebiet solcher „Fähigkeiten von Kollektiven“. Die Rechtsmacht ist ja nicht der Zugriff des Polizisten, der einen Verbrecher verhaftet, sie ist auch nicht etwa die Kraft dieses Polizisten als physische Dispositionsgrundlage in ihm. Die Rechtsmacht ist auch nicht etwa das Maschinengewehr oder seine Funktion, wodurch ein Angriff auf die Integrität des Staates abgewehrt wird, auch nicht die Entschlußkraft der Menschen, die dieses Abwehrmittel einsetzen. Die Rechtsmacht ist in Wirklichkeit nichts anderes als die Möglichkeit, den Inhalt von Rechtsnormen zu verwirklichen. Möglichkeit aber ist kein Reales, sondern ein Sachverhalt, eine Bestimmung. Und ob diese Möglichkeit zutrifft, läßt sich wieder nur am Erfolg, an der wirklichen Herbeiführung des rechtlich Gesollten erkennen. Ob die Rechtsmacht des Staates stark genug ist, um das Recht durchzusetzen, hängt davon ab, ob die Rechtsunterworfenen den Rechtsnormen nachkommen oder sich zu ihrer Befolgung durch Strafen usw. motivieren lassen oder auch ob andere Rechtsunterworfenen die entsprechenden Ersatzhandlungen zur Rechtsverwirklichung vornehmen. Auch von der Rechtsmacht gilt: Nur der Gehorchende macht den Befehlenden stark. Dabei ist noch auf den Begriff der Rechtsmacht selbst gar nicht weiter kritisch eingegangen worden. Wird sie aus den gesetzgebenden oder aus den vollziehenden Organen gebildet oder etwa in einer absoluten Monarchie gar nur durch den Souverän selbst oder seine Willensfähigkeit? Oder gehören auch die Rechtsunterworfenen dazu, die dem Recht gehorchen und damit eine öffentliche Meinung, eine gewisse Achtung für das Recht hervorbringen? Fragen über Fragen, deren Schwierigkeit überall darauf zurückgeht, daß man im Glauben, besonders empirisch vorzugehen, in Wirklichkeit die Geltung des Rechts auf eine nirgends unmittelbar erfahrbare Rechtsmacht zurückführt, deren Bestand doch nur daran erkannt werden kann, ob das Recht befolgt wird oder nicht.

Aber noch eines anderen Mangels der Rechtsmachttheorie muß gedacht werden. Es ist mit der Rechtsmacht nicht nur ein problematischer Begriff eingeführt, sondern sie ist auch gar nicht unter allen Umständen in der Lage, das zu erklären, was sie erklären soll. Die Befolgung von Rechtsnormen kann auf sehr verschiedene Motive zurückgehen; auf Sitte, auf ethische oder religiöse Beweggründe oder auf Zweckmäßigkeitserwägungen. Nur in den wenigsten Fällen ist die Rechtsmacht oder

die Furcht vor ihr maßgebend für die Verwirklichung des Inhaltes der Rechtsnormen. Nun ist es aber offenbar für die Frage der Geltung des Rechts gleichgültig, aus welchen Motiven heraus seine Normen befolgt werden. Ob man sie ihrem Inhalt nach billigt oder darin einen unerforschlichen göttlichen Befehl sieht oder aber sich gar nur der äußeren Macht beugt; wenn es nur zur Befolgung kommt, so ist die Geltung des Rechts gesichert. Gewiß würde das letztere Motiv (ein Sich-Beugen vor der Rechtsmacht) auch genügen, aber es ist nur eines der vielen möglichen. Bestünde überhaupt keinerlei Machtorganisation, würden aber die Rechtsnormen freiwillig befolgt, so müßte man auch von geltendem Recht reden. Die Freiwilligkeit hat nicht zu bedeuten, daß die betreffenden Normen nicht mehr rechtliche, sondern etwa ethische wären. Dies mögen sie wohl auch sein oder sie mögen von den betreffenden Menschen dafür gehalten werden. Jedenfalls sind sie — vielleicht daneben — Rechtsnormen, wenn sie nur den formalen Bau des Rechtssatzes erfüllen. Eine Rechtsmacht kann also wohl für die Positivität eines Rechts entscheidend sein, muß es aber nicht. Sie ist nur hinreichende, nicht notwendige Bedingung für die Rechtsgeltung.

Damit ist auch eigentlich schon die Frage beantwortet, was am Rechtssatz, der ja die Verknüpfung zweier Normen, der Gebotsnorm und der Sanktionsnorm, ist, befolgt werden muß, damit er geltend heißen kann. Dazu ist es nur nötig, den Gedankengang noch etwas schärfer zu führen. Es wurde festgestellt, daß ein Recht auch dann als geltend zu bezeichnen ist, wenn es „ohnehin“ befolgt wird, ohne daß es auf die Rechtsmacht dabei ankäme. Das, was bei den Rechtssätzen in diesem Fall befolgt wird, ist die Gebotsnorm, und es ist offenbar ihre Befolgung allein schon hinreichend für das Vorliegen von geltendem Recht. In der Wirklichkeit spielt sich in diesem Fall dann alles so ab, als ob es sich überhaupt nicht gerade um Rechtsnormen, sondern vielleicht um Normen der Sitte oder der Sittlichkeit handelte. Der Rechtscharakter ist aber dadurch gewahrt, daß eben neben der Gebotsnorm noch eine Sanktionsnorm besteht, wenn sie auch nicht „praktisch zu werden braucht“. Und der Fall, wo der bloße Bestand einer Rechtsmacht dazu genügt, die Rechtsunterworfenen durch die Furcht vor Strafe zur Befolgung der Gebotsnorm zu motivieren, ohne daß sie faktisch eingreifen müßte, gehört ganz ebenso hierher. Das Bild der Befolgung ist ganz gleich geblieben und die Furcht vor der Rechtsmacht ist nur eines der vielen möglichen Motive dazu; wir haben aber bereits festgestellt, daß das Motiv der Normbefolgung für den Geltungscharakter gleichgültig ist.

Anders, wo die Rechtsmacht eingreifen muß. Da hat sie genau genommen nicht die Widerstrebenden zur Normbefolgung gezwungen, denn die Norm, zu deren Befolgung sie sie zu zwingen vermöchte, könnte ja nur die Gebotsnorm sein. Nun ist aber nach dem Bau des Rechtssatzes gerade die Übertretung der Gebotsnorm Voraussetzung für die Sanktion. Was also in diesem Fall befolgt wird, ist nur die Sanktionsnorm, und das Ergebnis ist: Damit ein Rechtssatz geltend sei, muß entweder die Gebotsnorm oder die Sanktionsnorm befolgt werden. Das Ergebnis

stimmt mit dem unmittelbaren Befund in Sachen der Geltung überein. Millionenfach werden Gebotsnormen befolgt ohne daß es überhaupt zu einer Sanktion kommen müßte. Es wäre absurd, ein solches „Recht im Friedenszustand“ nicht geltend zu nennen, sondern zu fordern, daß es erst Übertretungen gäbe, damit die Rechtsmacht Gelegenheit habe, sich zu betätigen. Andererseits aber werden Übertretungen — und seien es auch fortgesetzte — die Geltung nicht aufheben, wenn nur diesem Treiben nicht tatenlos zugesehen, sondern wenn es entsprechend geahndet wird.

Beide Male wird man nur fordern müssen, daß die Normbefolgung, sei es die der Gebotsnorm, sei es die der Sanktionsnorm, die überwiegende Regel bilde. Einzelne Fälle, in denen beide ausbleiben, vermögen die Geltung des Rechts nicht zu irritieren. Auf Einzelheiten braucht in diesem Zusammenhange nicht eingegangen werden<sup>1)</sup>.

Nur ein Punkt sei noch erwähnt. Es könnte scheinen, als sei mit den genannten Erfordernissen den Rechtsanwendern eine unmögliche Aufgabe der Überprüfung zugemutet. Es würde so etwas wie statistische Erhebungen brauchen, um festzustellen, ob irgendeine wenig praktizierte Rechtsnorm in den Fällen, für die sie gilt, überwiegend befolgt oder ob wenigstens ihre Übertretung überwiegend verfolgt wurde. Aber auch ein prinzipieller Einwand liegt nahe. Ein Gesetz, das soeben die Gesetzgebungsmaschine verlassen hat, könnte nach den bisherigen Begriffsbestimmungen überhaupt nicht geltend heißen und, wenn es nun vielleicht schon recht bald vor den Behörden angewendet wird, so sieht es aus, als würde hier ein Recht angewendet, das noch gar nicht positiv ist. Das ist aber nur ein trügender Schein.

Ein Gesetz oder, konkret gesprochen, ein Rechtssatz, der in einem festgefügteten Staatswesen gegeben wird, fällt nicht vom Himmel, sondern wird in einem genau vorgeschriebenen Rechtssetzungsverfahren erlassen. Dadurch aber, daß er gemäß den Verfahrensvorschriften übergeordneter Rechtssätze erzeugt wird, stellt er sich als delegierter Rechtssatz dar. Nun konnten wir aber früher feststellen, daß alle delegierten Normen als im Sinn der delegierenden liegend, aufgefaßt werden können. Befolgung des delegierten Rechtssatzes ist somit zugleich auch Befolgung des delegierenden. Und nun steht er mit einem Mal nicht mehr allein, denn in der Regel ist ja von dem übergeordneten Rechtssatz nicht er allein delegiert, sondern eine Menge anderer bereits völlig eingelebter und zweifellos geltender Rechtssätze. Gelingt es aber gar — was nicht selten der Fall ist —, alles Recht eines Gemeinwesens als von einer Grundnorm delegiert zu deuten, so reduziert sich das ganze Problem auf die Frage nach der Geltung dieser Grundnorm. Da aber normalerweise aus ihr eine ungeheure Zahl einzelner und zweifellos geltender Rechtssätze erfließen, so kommt dieses ganze „Geltungsquantum“, wenn man so sagen darf, einem neu erlassenen Rechtssatz des Delegationssystems sozusagen schon von vornherein zugute. Oder anders ausgedrückt: In solchen

<sup>1)</sup> Vgl. dazu meine Abhandlung: Gegenstandstheorie und Reine Rechtslehre, a. a. O., S. 347.

Fällen genügt es, von der Geltung des Systems als Ganzem zu sprechen, und man kann dann die Verhältnisse auch so darstellen, daß man sagt: Die Geltung des Systems beruht in der Regel schon auf einer solchen Fülle von Befolungsakten, daß es belanglos ist, ob ein im System neu hinzukommender Rechtssatz für sich allein auch Befolgung findet und somit gleichsam selbständig Geltung gewinnt. Das System und damit auch der einzelne Rechtssatz ist auf diese spezielle Bewährung nicht mehr angewiesen.

Wenn diese Überlegung richtig ist, so kann es auch nicht gleichgültig sein, auf welcher Stufe des Systems ein neuer Rechtssatz eingeführt wird. Ein auf unterster Delegationsstufe auftretender neuer Rechtssatz will nur ganz unmittelbar in Lebensverhältnisse eingreifen. Fügen sich diese, so ist die Geltung damit gegeben. Fügen sie sich nicht, so ist erst zu fragen, ob der betreffende Rechtssatz nicht trotzdem von der Geltung des Gesamtsystems mitgetragen wird. Tritt aber der neue Rechtssatz auf höherer Stufe auf, so greift er auch in alle davon delegierten Rechte und die entsprechenden Lebensverhältnisse ein. Der Eigenbereich des neuen Rechtssatzes ist also jetzt größer. Findet hier nicht „isolierte“ Befolgung statt, so muß jetzt dieser ganze größere Bereich von der Geltung des Systems mitgetragen werden; er nimmt also sozusagen einen größeren Geltungsüberfluß in Anspruch und kann, wenn dieser nicht zu Gebote steht, die Geltung des Systems schon bedenklich „verdünnen“. Nun werden theoretisch alle die rechtspolitischen Ratschläge verständlich, die davor warnen, zuviel neue Gesetze zu machen. Natürlich! Jeder neu erlassene Rechtssatz ist ein Wagnis und das Wagnis ist um so größer, je mehr neue Rechtssätze eingeführt werden, denn desto mehr sind sie unter Umständen auf eigene Bewährung angewiesen. Ebenso ist das Wagnis in der Regel größer, wenn Verfassungsgesetze geändert oder neu eingeführt werden, weil jedes von ihnen durch Delegation wiederum einen großen Unterbereich betrifft. Für die Änderung der Grundnorm endlich gibt es überhaupt keine Verfahrensvorschrift mehr, denn sie ist innerhalb des betrachteten Rechtsgebietes nicht mehr delegiert. Sie kann — eben weil es für sie keine Verfahrensvorschriften gibt — nur auf revolutionärem Weg geändert oder neu eingeführt werden und hat, weil sie nicht zugleich mit anderen delegiert ist, nicht mehr die Möglichkeit, sich Geltung sozusagen zu borgen, sondern ist ganz auf ihre eigene Bewährung angewiesen<sup>1)</sup>. Man versteht nun auch, daß es ein geschickter Griff revolutionärer Rechtsbegründung ist, in die neue Verfassung eine Norm aufzunehmen, durch die das bisherige Recht, soweit es nicht mit dem neuen unverträglich ist, rezipiert wird. Dadurch ist mit einem Schlag vor allem das ganze Gebiet des Privat- und Strafrechts in das neue System aufgenommen, und da das Rechtsleben auf diesen Gebieten sehr gut eingespielt ist, kommt die Geltung dieser ausgedehnten Bereiche zugleich auch dem neubegründeten System gleichsam vorschubweise zugute.

<sup>1)</sup> Andeutungen solcher Gedanken, aber ohne Erkenntnis der im System liegenden Begründung auch schon bei Bierling: Juristische Prinzipienlehre, 2. Bd., 1898, S. 324.

### Theorie des Gewohnheitsrechts.

Es handelt sich beim Gewohnheitsrecht um ein rechtliches Urphänomen und es ist darum kein Wunder, daß alle Theorien, die sich mit ihm befassen, tief ins Grundsätzliche eingehen müssen. Eine Gewohnheitsrechtslehre wächst in der Regel aus einer ganzen allgemeinen Rechtstheorie heraus. Es ist bei dem hier gemachten Versuch nicht anders. Und eben darum war es nötig, jene allgemeine Rechtstheorie, die die Grundlage für die speziell gewohnheitstheoretischen Ausführungen bildet, vorerst überblicksmäßig darzustellen. Das erspart nicht nur der speziellen Theorie Belastung mit allgemeinen Ausführungen, es hat auch den Vorteil, daß schon im vorhinein die großen Gesichtspunkte angedeutet werden können, die auch bei der speziellen Lehre nicht aus den Augen gelassen werden dürfen. Es wird sich aber auch zeigen, daß mit dem Wort Gewohnheitsrecht ein so komplexes Gebilde bezeichnet wird, daß seine verschiedenen Seiten fast in alle Gebiete der allgemeinen Rechtstheorie eingreifen. Schon darum wäre es nicht angängig, ein Teilgebiet künstlich herauszusondern und auf diesem isolierten Gebiet Theorie treiben zu wollen.

#### Gewohnheit, Brauch, Sitte, Sittlichkeit.

Gewohnheit hat zunächst mit Recht noch gar nichts zu tun, und zwar schon aus dem einfachen Grund, weil Gewohnheit an sich überhaupt noch nicht den Charakter des Sollens hat, der allem Recht grundwesentlich ist. Gewohnheit bedeutet zunächst nur regelmäßiges Verhalten.

Das Wort Regel aber hat einen Doppelsinn und nur in einer seiner möglichen Bedeutungen heißt es auch Norm oder Vorschrift. So etwa in Wendungen wie „Ordensregel“ oder in den Fremdworten „Verkehrsreglement“, „Aktienregulativ“ usw. Daneben aber gibt es eine Verwendung auf so unstreitig seinsmäßigem Gebiet, wie in den Naturwissenschaften. Es gibt z. B. eine Dulong-Petitsche Regel über Atomwärmen. Mit ihr ist natürlich nicht eine Vorschrift gemeint, nach der sich die Atomwärmen halten sollen, diese Regel ist vielmehr Ausdruck einer Beziehung, die sie wirklich erfüllen. Der Gegensatz ist genau der gleiche wie zwischen Naturgesetz auf der einen, Sittengesetz oder Rechtsgesetz auf der anderen Seite<sup>1)</sup>. Dabei wird in naturwissenschaftlichem Sprachgebrauch bisweilen noch der Unterschied gemacht, daß man „Gesetz“ für sogenannte exakte Beziehungen, „Regel“ für nur annähernd erfüllte verwendet. Da wir aber — schon wegen der notwendigen Fehlerhaftigkeit der Meßinstrumente — keine streng exakten Gesetze kennen, ist der Unterschied nicht ein Unterschied des Wesens, sondern nur des Grades.

Immerhin scheint auch sprachgebräuchlich der Ausdruck „Regel“ gerade wegen des gewissen Spielraumes, den er läßt, besonders zur Anwendung für menschliches Verhalten geeignet. Es ist viel natürlicher, die Gewohnheit eines Menschen als sein regelmäßiges, denn als sein

<sup>1)</sup> Vgl. oben S. 137.

gesetzmäßiges Verhalten zu bezeichnen. Aber ob so oder so, jedenfalls hat es mit einem Sollen gar nichts zu tun. Sicher nicht mit tatsächlichem Sollen, denn gerade an tatsächlichem Sollen gemessen werden viele Gewohnheiten als schlechte oder üble Gewohnheiten bezeichnet. Aber auch Sollen im Sinn irgendeines Willens, etwa des Willens des Gewohnheitsträgers, braucht nicht vorliegen. Es gibt genug Gewohnheiten, die ihrem Träger peinlich sind, die er ablegen wollte, aber nicht kann, und andere wieder, von denen er selbst vielleicht überhaupt nichts weiß.

Und in ganz ähnlicher Weise gibt es auch soziale Gewohnheiten im Sinn tatsächlicher Verhaltensregeln noch ohne deutlichen Sollcharakter. Als Beispiel für dieses Gebiet, das man als „Brauch“ bezeichnen könnte<sup>1)</sup>, ließe sich z. B. anführen: Es ist in Graz üblich, daß die Bauern der Umgebung die Milch zu ihren Stadtkunden in kleinen, mit einem Deckel versehenen, meist grün gestrichenen Handwagen bringen. In Linz dagegen werden zu demselben Zwecke offene Karren verwendet, die charakteristisch gabelförmig geformte Deichseln tragen und meist von Hunden gezogen werden. Worauf es uns hier ankommt, ist der Umstand, daß diese beschriebenen regelmäßigen Verhaltensweisen nicht normativen Charakter haben. Der Einzelne, der etwa ein anderes Gefährt verwendet, ist dadurch nicht gesellschaftlich disqualifiziert. Ähnlich liegt der Fall bei gewissen üblichen Speisen. So ist es z. B. in Österreich üblich, zum Frühstück Semmeln zu geben, eine Gebäckssorte, die anderswo überhaupt unbekannt ist. Auch gewisse Kinderspiele sind Brauch. So beginnt mit sicherer Regelmäßigkeit jedes Frühjahr das „Kugelschießen“ oder „Schussern“. Es ist aber etwas wesentlich anderes, wenn ein Kind dabei einmal nicht mittut oder wenn es bei irgendeinem Spiel Spielregeln verletzt. Das erste ist wohl nicht üblich, aber zulässig, das zweite dagegen wird als sollenswidrig (negativ) gewertet. Auch übliche Speisenfolgen, ein zu einer bestimmten Zeit üblicher Korso oder Bräuche, wie das „Fensterln“, gehören hierher. Das Entscheidende in allen diesen Fällen ist immer, daß Nichteinhalten wohl als ungewöhnlich, aber nicht als ungebührlich gilt.

Hier liegt der entscheidende Unterschied zur Sitte. Aber wir wollen auch bei ihr zunächst das analoge Verhalten des Einzelnen betrachten. Das rein tatsächlich regelmäßige Verhalten des Einzelnen nannten wir Gewohnheit. So kann etwa jemand die Gewohnheit haben, morgens spazieren zu gehen oder nach Tisch eine Tasse Kaffee zu trinken, ohne daß er ein Abgehen davon als einen Verstoß empfände. Anders, wenn er „grundsätzlich“ einen Morgenspaziergang macht. In diesem Fall ist sein Wille darauf gerichtet und im Sinn dieses Willens ist das Spazierengehen

---

<sup>1)</sup> So auch Wundt: Ethik. Eine Untersuchung der Tatsachen und Gesetze des sittlichen Lebens, 1. Bd., 4. Aufl., 1912, S. 131f. Weigelin: Der Begriff der Sitte, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, 8. Bd., 1914/1915, S. 321f. Somló: Juristische Grundlehre 2. Aufl., 1927, S. 74f.

anderes ungesetztes delegieren. Der erste Fall ist z. B. verwirklicht in England, wo eine gewohnheitsrechtliche Verfassung den Weg der Gesetzgebung festlegt; das zweite läge z. B. dann vor, wenn eine gewohnheitsrechtliche Rechtsordnung auf gewisse lokale Gewohnheiten verwiese.

Wir wenden uns nun von diesen allgemeinen Betrachtungen über Delegation zwischen gesetztem und ungesetztem Recht der speziellen Frage nach den einzelnen Arten der Delegation von Gewohnheitsrecht durch Gesetzesrecht zu. Wir können dies in größerer Ruhe tun als die früher genannten Vertreter der Reinen Rechtslehre, denn die Frage, ob das vorgegebene angebliche Gewohnheitsrecht wirklich Recht ist oder nicht, hängt nach unserer Auffassung von der Eingliederung in das System nicht notwendig ab. Es kann Recht sein, auch wenn es dem System nicht angehört. Nicht das ist das Problem, ob das vorgelegte Phänomen Recht ist oder nicht, sondern ob es dem System der betrachteten Rechtsordnung angehört oder nicht. Und für diese Frage ist es allerdings entscheidend, ob es als von diesem System delegiert angesehen werden kann. Wo dies nicht möglich ist, liegt eben unrechtmäßige Rechtsbildung vor ganz ähnlich wie in der Revolution oder im Oktroi und es ist eine weitere Frage, ob dieses unrechtmäßig neugebildete Recht mit dem alten zu einem neuen System vereinigt werden soll. Die Frage ist aber jetzt nicht mehr so drängend, denn der Rechtscharakter der neuen Gewohnheitsrechtsnorm hängt nicht davon ab.

Die Delegation von Gewohnheitsrecht kann auf jeder Stufe des Systems und sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend erfolgen. Geschieht sie auf der Stufe der Grundnorm, so sind durch das ganze System hindurch Satzung und Gewohnheit koordiniert. Geschieht sie etwa auf der Stufe der Verfassung, so kann im Sinn des Systems wohl Recht von Gesetzesstufe, nicht aber Recht von Verfassungsstufe durch Gewohnheit entstehen. Geschieht die Verweisung durch ein Gesetz, so steht das Gewohnheitsrecht auf der Stufe unter dem Gesetz, also etwa der gesetzesunmittelbaren Verordnung. Immer ist es natürlich möglich, daß sich ungeachtet solcher Delegationsbestimmungen originäres, rechtswidriges Gewohnheitsrecht bildet. Nur für diesen letzteren Fall kann gelten, was Ross ganz allgemein behauptet, daß nämlich das Gewohnheitsrecht nicht einer bestimmten Stufe zugewiesen werden kann, sofern nämlich in diesem Fall die Stelle im System nicht durch eine delegierende Norm bestimmt ist. Aus der Stellung rechtmäßigen Gewohnheitsrechts im System folgt auch, daß die Norm, die delegierend Gewohnheitsrecht in das System einführt, an das rezipierte Gewohnheitsrecht nicht gebunden ist und ebenso auch alle Normen, die derselben Schicht oder einer höheren angehören wie die delegierende Norm. Wenn also etwa ein Gesetz auf „gute Sitten“ verweist und dadurch Gewohnheitsrecht in das System aufnimmt, so bindet dies wohl Urteile, die an das Gesetz gebunden sind, nicht aber die spätere Gesetzgebung selbst. Diese kann jederzeit von diesem Gewohnheitsrecht abgehen. Wenn daher die auf Gewohnheitsrecht verweisende Norm selbst ein Urteil ist, so ist an sich nur Rechtsetzung,

die noch unter der Urteilschicht liegt, daran gebunden. Mit anderen Worten: Die möglicherweise eintretende präjudizielle Wirkung eines Urteils, das sich auf Gewohnheit beruft, kann nicht aus diesem Urteil selbst erklärt werden. Ein Gerichtsgebrauch, der mit rechtlicher Wirkung fordert, daß Urteile sich nach Gewohnheitsrecht richten sollen, steht über den Urteilen und müßte mindestens den Stufencharakter einer Verordnung niederster Stufe haben. Historisch-genetisch kann er natürlich aus den einzelnen Urteilen hervorgehen, indem der in mehreren einzelnen Urteilen übereinstimmend mitgegebene generelle Rechtsatz in der Gerichtspraxis überwiegend befolgt wird und damit Geltung erlangt, so daß nunmehr alle Erfordernisse positiven Rechts gegeben sind. Nicht gerade Gewohnheitsrecht, aber doch konkludent gegebenes Recht niederster Stufe ist die stillschweigend gegebene *lex contractus*. Sie kann gewohnheitsrechtlichen Charakter annehmen dann, wenn sie sich so von selbst versteht, daß bei den einzelnen Vertragsabschlüssen auf sie weder ausdrücklich noch stillschweigend mehr verwiesen werden muß. Sie hat dann einen Charakter und eine Stufenstellung, die etwa kollektivvertraglichen<sup>1)</sup> Bestimmungen zu vergleichen wären. Die Stelle im System ist auch wichtig für die Anwendung des Satzes von der *lex posterior*. Er gilt ja nur, wenn die *lex* (hier allgemeiner der Normgebungsakt überhaupt) posterior von mindestens derselben Stufenhöhe ist wie die *lex prior*. Spätere Verordnung kann nicht einem früheren Gesetz derogieren, späteres Gesetz nicht einer früheren Verfassungsnorm. Gerade derogatorisches Gewohnheitsrecht im eigentlichen Sinn, im Sinn rechtswidrigen Gewohnheitsrechts, kann als extrasystematisch diesem Satz nicht unterworfen werden. Hier entscheidet einfach die faktische Durchsetzung.

Gewohnheitsrecht kann einem System ausdrücklich eingefügt werden und das ist nicht einmal ganz selten. Verweisungen auf gute Sitten, auf Gebräuche, Gewohnheiten und Herkommen kommen verschiedentlich vor. Auch der Fall der salvatorischen Klausel gehört hierher, ebenso z. B. der Artikel 38 des Statuts für den Ständigen Internationalen Gerichtshof, der völkerrechtliches Gewohnheitsrecht beruft. Auf der Stufe der Verordnung wird delegiertes Gewohnheitsrecht z. B. in den Fällen geschaffen, die Merkl in seinen Überlegungen heranzog<sup>2)</sup>, wenn eine Verwaltungsverordnung vorbildlichen Bescheiden präjudizielle Wirkung beilegt. Besonders häufig ist aber stillschweigende Verweisung, indem gesetztes Recht, ohne es ausdrücklich anzuführen, ungesetztes voraussetzt. Es ist dann in einem Satzungsakt die Delegation ungesetzten Rechtes „mitgemeint, mitgewollt, mitgegeben“. Insbesondere kann es auch als eine Verweisung betrachtet werden, wenn das Gesetz die Rechtsanwendungsorgane anweist, eine Entscheidung zu treffen, ihnen aber keine Gesetzesnorm als Grundlage solcher Entscheidungen an die Hand gibt. Freilich kann der Sinn dabei ein zweifacher sein. Es ist möglich, daß

1) Auch „tarifvertraglich“ genannt.

2) Vgl. oben S. 179 f.

oder die Überzeugung von der Richtigkeit der Norm mit den Gebern der Sitte teilen. Je mehr Mitglieder der Gemeinschaft bereit sind, diese Auffassung zu teilen, desto günstiger ist der Boden für das Entstehen von Sitte. So wird es verständlich, daß in einfachen Verhältnissen, in denen die Menschen noch nicht so kritisch und differenziert sind wie heutzutage, Sitten leichter entstehen und leichter sich halten können. Kommt es nicht zur Befolgung, so hatte eben der Geber der Sitte kein Glück damit und es gelang nicht, die Sitte einzuführen. Hört die anfängliche Befolgung später auf, so ist die Sitte ausgestorben, außer Gebrauch gekommen oder wie immer man das nennen will.

Wo also gleichmäßiges soziales Verhalten vorliegt, da ist eine Reihe von Unterscheidungen zu machen. Handelt es sich um eine rein tatsächliche Regelmäßigkeit, so liegt bloßer Brauch vor. Stellt sich aber das Handeln als Befolgung gegebener Normen dar, so ist es Sitte. Dabei kann der Wille zur Normgebung in allen oder in einigen Befolgern vorhanden sein oder auch in einer anderen, vielleicht nicht einmal mehr lebenden Persönlichkeit. Die Befolgung wieder kann rein objektiv sein, wobei den Befolgern die Norm, der ihr Verhalten entspricht, vielleicht nicht einmal ganz bewußt ist, oder aber es kann der Wille zur Normbefolgung bestehen. Dabei ist es noch möglich, daß Normbefolgungs- und Normgebungswille in einzelnen oder in allen Übenden zusammen, und zwar wohl nicht getrennt, sondern in einem verschmolzenen Willensakt vorkommen.

Mit wenigen Worten läßt sich endlich das letzte Gebiet unter den in der Überschrift dieses Abschnittes bezeichneten charakterisieren. In das Gebiet der Sittlichkeit fallen die ethischen Normen. Sie gibt es natürlich ganz ebenso wie ihre Negate oder irgendwelche andere in dem Reich der Gegenstände überhaupt. Während aber für die Sitte die Auslese dadurch geschieht, daß gewisse Normen gewollt und vielleicht noch überwiegend befolgt werden, also durch zufälliges faktisches Verhalten menschlicher Subjekte, ist die Auszeichnung der ethischen Normen vor den anderen rein objektiver Natur. Ethisch sind die tatsächlich geltenden, richtigen Normen. Ihr Sinn ist: Es ist geboten, in jeder Situation die größtmögliche Wertverwirklichung anzustreben. Wohl lassen auch sie sich nicht in allgemeiner Formulierung angeben und jede konkrete Situation stellt eine andere sittliche Forderung. Daß aber in der so und so bestimmten Situation diese und diese Forderung besteht, gilt in voller Allgemeinheit und ist nicht davon abhängig, ob auch so gewollt und gehandelt wird.

Sofern Normen in einer Gesellschaft für richtig gehalten werden, könnte man ihren Inbegriff die positive Moral der Gesellschaft nennen. Diese fällt noch nicht ganz mit ihrer Sitte zusammen. Bei der Sitte ist es ja nicht nötig, daß die Übenden oder auch nur die Geber die Forderung für irgendwie richtig halten. Ja, je stärker die Sitte ist, desto unwiderstehlicher wird sie sich auch gegen abweichende Wertung durchsetzen können. Werden aber von den Befolgern die Normen für richtig gehalten,

so ist ihr Verhalten subjektiv ethisch gerechtfertigt und man mag deshalb die entsprechenden Normen positive ethische Normen, positive Moral nennen. Dabei können die Normen objektiv doch unrichtig sein, also in diesem Sinn den Namen ethische Normen möglicherweise nicht verdienen. Und auch das Umgekehrte ist möglich. Ein Verhalten kann den objektiven ethischen Normen gemäß sein; geschieht es aber nicht mit der Überzeugung von der Richtigkeit dieses Handelns, so ist es nicht subjektiv sittlich zu nennen.

### Die Form des Gewohnheitsrechts.

Der Ausdruck Gewohnheitsrecht darf uns nicht darüber hinwegtäuschen, daß eine bloße Gewohnheit oder ein bloßer Brauch in dem oben erklärten Sinn für sich allein jedenfalls nicht Recht heißen kann. Gewohnheit und Brauch bedeuten ja in unserer Terminologie nur ein rein faktisches gleichmäßiges Verhalten, eine Regelmäßigkeit in dem Sinn, wie die Naturwissenschaft von Regeln spricht, womit nicht eine Forderung, eine Norm, also ein Gebilde in der Welt des Sollens, sondern eine tatsächliche Beziehung in der Welt des wirklichen Seins gemeint ist. Einen — ins Psychologische gewendeten — Ausdruck für den Sollenscharakter des Gewohnheitsrechts kann man wohl in der althergebrachten Forderung einer *opinio necessitatis* erblicken. Über den wahren Sinn dieser Forderung wird erst später ausführlicher zu sprechen sein<sup>1)</sup>.

Denkt man nur an das Merkmal allen Rechts, ein Gegenstand von Sollensnatur zu sein, so scheint auf den ersten Blick auch die Sitte in diesen Bereich zu fallen. In den Bereich des Sollens fällt sie gewiß. Damit aber von Recht gesprochen werden kann, ist noch ein weiteres erforderlich. Vor allem muß die Form des Rechtssatzes erfüllt sein. Ein Gebilde, das diese Form nicht erfüllt, das also nicht die charakteristische Verknüpfung von Gebots- und Sanktionsnorm zeigt, ist nun und nimmer ein Rechtssatz. Noch so ernstliches Wollen und noch so gleichmäßige Befolgung können daran nichts ändern.

Natürlich kann Gewohnheitsrecht auch entstehen, ohne daß die Beteiligten etwas von Rechtstheorie wissen. Es ist gar nicht entscheidend, ob sie die Absicht oder auch nur das Bewußtsein haben, Recht zu schaffen. Entscheidend ist allein, ob das betreffende Gebilde die Merkmale des Rechtsbegriffs erfüllt<sup>2)</sup>. Das ist bei nichtgewohnheitlicher Rechtsentstehung nicht anders. Mag der „Gesetzgeber“ auch die Absicht haben, Recht zu schaffen; wenn er es z. B. unterläßt, eine Sanktionsnorm zu geben, so ist ihm die Absicht eben mißlungen, es ist nur eine *lex imperfecta*, ein unverbindlicher Rat oder Wunsch, zustande gekommen. Und umgekehrt: In primitiven Zuständen, wo Sitte das Recht bedeutend

<sup>1)</sup> Vgl. darüber unten S. 166 f.

<sup>2)</sup> Ähnlich, wenn auch etwas abgeschwächt, Bierling: Juristische Prinzipienlehre, 2. Bd., 1898, S. 299 f.

überwiegt, mögen manche Forderungen der Sitte die Merkmale des Rechtsbegriffs erfüllen, ohne daß sie doch als Rechtsnormen erkannt würden. Sie sind es trotzdem. Ist einmal ein Begriff festgelegt, so ist die Frage, ob ein Gegenstand darunter fällt oder nicht, rein objektiv entscheidbar und hängt nicht von der Meinung der Menschen, auch nicht von der Meinung derer ab, auf die der betreffende Gegenstand in irgendeinem Sinn zurückgeht.

An sich könnte man so beliebige Merkmale zu einem Begriff vereinigen und dann gleichsam suchen gehen, ob es Gebilde gibt, die darunter fallen. Das Verfahren ist möglich, aber nicht gerade fruchtbar zu nennen. Begriffsbildung kommt ja nicht nur im Betrieb der Wissenschaft vor, sondern vor allem Tag für Tag im Sprachleben. Diese Begriffe sind nun zwar meist nicht so scharf und eindeutig wie wissenschaftliche, sie haben aber den Vorteil, daß in ihnen meist mit feinem Taktgefühl auf jene Seiten der Gegenstände Bezug genommen ist, die sie in irgendeiner Weise als praktisch bedeutsam erscheinen lassen. Überdies sind diese gleichsam „natürlichen“ Begriffe meist viel reicher und feiner nuanciert als die wissenschaftlichen und dies wohl deshalb, weil in ihnen nicht die Abstraktion so weit getrieben wird, daß am Ende fast alles mit allem irgend etwas gemein hat und darum mit ihm zu einer Klasse und dem entsprechenden Begriff zusammengefaßt werden kann. Nun kann die Wissenschaft zwar der Sprache nicht kritiklos folgen, deren Begriffe des täglichen Lebens meist viel zu unscharf sind, als daß sich mit ihnen exakt arbeiten ließe. Aber es wird sich empfehlen, wissenschaftliche Begriffe nicht gleichsam ins Blaue hinein zu konstruieren, sondern auf eine gewisse Verwandtschaft mit dem natürlichen Sprachgebrauch zu achten und zwar nicht nur aus praktischen Gründen der leichteren Verständigungsmöglichkeit.

So käme es z. B. bei rücksichtsloser Durchführung unserer Überlegungen möglicherweise dahin, daß man Erscheinungen als Recht qualifizierte, bei denen es so etwas wie eine Sanktionsnorm zu geben scheint. Es sind die Fälle, wo die Übertretung einer gewöhnlich als Sitte betrachteten Norm zu irgendeiner Form des gesellschaftlichen Boykotts führt. Hier scheint alles erfüllt zu sein, was für den positiven Rechtsbegriff konstitutiv ist: Normcharakter, Verknüpfung von Gebots- und Sanktionsnorm, Gegebenheit und überwiegende Befolgung. Es ist natürlich möglich, den Rechtsbegriff so zu fassen, daß diese Erscheinungen darunter fallen. Es ist aber gut, dem Fingerzeig des Sprachgebrauchs zu folgen. Man stößt dann auf einen ziemlich tief liegenden und subtilen Unterschied, der die genannten Fälle doch von normalen Rechtserscheinungen zu trennen gestattet. Es handelt sich dabei nicht um Unterschiede in der äußeren Form oder im Inhalt der Norm, sondern um solche, die gleichsam in der Normativität selbst, im Sollen selbst gelegen sind. Es läßt sich nämlich im Gebiet des Sollens ganz ebenso ein Modalitätsunterschied feststellen wie im Gebiet des Seins. Was im Seinsgebiet Notwendigkeit, Unmöglichkeit, Möglichkeit und Zufälligkeit sind, findet im Gebiet des Sollens eine genaue formale Entsprechung. Ohne daß auf

diese formalen Überlegungen hier eingegangen werde<sup>1)</sup>, seien jene vier Sollensmodalitäten einfach genannt. Es sind: Gebotensein, Verbotensein, Erlaubtsein und Nicht-sein-brauchen. In unserem Zusammenhang interessieren zunächst nur die letzten beiden. Etwas braucht nicht sein, wenn es nicht geboten ist, und etwas ist erlaubt, wenn sein Negat nicht geboten ist. Man kann diese beiden Fälle dessen, was nicht geboten und nicht verboten ist, zusammenfassen zum Gebiet des Dürfens. In diesem Gebiet kann man nach Belieben tun und lassen. Man könnte in Anlehnung an eine gebräuchliche philosophische Terminologie im Gebiet der Seinsverhalte dieses letztere Gebiet auch das des problematischen Sollens nennen und ihm die Fälle des Geboten- oder Verbotenseins als Fälle apodiktischen Sollens gegenüberstellen.

Beim Rechtssatz nun ist es charakteristisch, daß in der Gebots- und in der Sanktionsnorm beide Male apodiktisches Sollen auftritt. Auch wo es etwa heißt: „der Richter kann . . .“, ist dies doch nur so gemeint, daß er unter der Zuerkennung verschiedener Rechtsfolgen wählen darf. Nur das ist problematisch. Daß er aber auf eine davon zu erkennen hat, ist streng geboten, apodiktisch gesollt. Ließe sich zeigen, daß bei den Sätzen der Sitte das Sollen kein apodiktisches, sondern nur ein problematisches ist, so wäre der gesuchte Unterschied gewonnen. Ein solcher Gedanke schwebt anscheinend auch Stammler vor, wenn er meint, die „Konventionalregel“ sei „nur eine Einladung an die zu Verbindenden, von denen es in jedem Augenblick auf das neue abhängen soll, ob sie überhaupt verbunden seien“<sup>2)</sup>. Dagegen wurde mit Recht eingewendet, daß auch die Sitte fordernd, nicht bloß einladend den ihr Unterworfenen gegenübertritt. Das ist entscheidend gegen den Standpunkt Stammlers.

Es ist es nicht gegen den hier vertretenen. Da wir ja nichtsanktionierte Normen von vornherein nicht als Rechtsnormen betrachten, kommt für uns nur das Gebiet der sanktionierten für die Aufgabe dieser feineren Unterscheidung zwischen Recht und Sitte in Betracht. Hier dürfte es freilich auch noch zutreffen, daß Gebote der Sitte nicht minder apodiktisch seien als die des Rechts. Unmittelbar Gebot der Sitte aber ist nur der Inhalt der Gebotsnorm. Ob auch die „Sanktionsnorm“, in unserem Fall die Verhängung gesellschaftlichen Boykotts, apodiktisch gesollt ist, erscheint sehr fraglich. Richtiger dürfte die Deutung sein, daß er im Sinn der betreffenden Sitte verhängt werden darf. Ließen sich aber Fälle aufzeigen, in denen dies nicht der Fall ist, in denen vielmehr Gebots- und Sanktionsnorm streng geboten, apodiktisch gesollt sind, so müßten solche Fälle allerdings dem Gewohnheitsrecht zugerechnet werden<sup>3)</sup>. Daß es

<sup>1)</sup> Vgl. darüber meine Abhandlung: Gegenstandstheorie und Reine Rechtslehre, a. a. O., S. 334f.

<sup>2)</sup> Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 3. Aufl., 1928, S. 85.

<sup>3)</sup> Ein hübsches Beispiel, das Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, 7. Aufl., 1921, S. 18f., entnommen ist, konnte ich schon an anderer Stelle anführen: „Bei gewissen Missetaten, war es Sache des Verletzten bzw. seiner Sippe, sich Genugtuung zu verschaffen. Der Missetäter wurde von der Gesamtheit vor der Sippe, gegen die er den Frieden verwirkt

oft nicht klar festzustellen sein wird, ob im Sinn der betreffenden Norm die Sanktionsnorm apodiktisch oder nur problematisch gesollt ist, ob darum ein Satz des Rechts oder der Sitte vorliegt, darf uns an dem Ergebnis nicht irre machen. Ja umgekehrt, diese Möglichkeit, daß nicht sicher erkennbare Grenzen vorliegen, entspricht allein dem tatsächlichen rechtshistorischen Befund. Eine Definition, die nicht nur prinzipiell, sondern auch für jeden vorgegebenen Fall eine messerscharfe Scheidung verspricht, könnte eben daran als unangemessen erkannt werden.

### Die Gegebenheit des Gewohnheitsrechts.

Den Rechtssätzen als solchen als apodiktisch fordernden Doppelnormen kann man es nicht ansehen, ob sie gesetztes Recht oder Gewohnheitsrecht sind. Darum kommt in einer reinen Dogmatik auch das Problem des Gewohnheitsrechts nicht vor, es sei denn als rechtsinhaltliches, sofern eine dogmatisch zu untersuchende Rechtsordnung auch Rechtssätze über Gewohnheit und Gewohnheitsrecht enthält. Dogmatische Betrachtung hat dann einfach mit diesem rechtsinhaltlich gegebenen Gewohnheitsrechtsbegriff genau so zu operieren, wie mit einem rechtsinhaltlich gegebenen Gesetzes- oder Verordnungsbegriff. Dagegen braucht sich reine Dogmatik um die Frage, ob die ihr zur Behandlung vorliegenden Normen durch Gewohnheit entstanden sind, ebensowenig kümmern, wie darum, ob sie durch Gesetz oder Revolution oder sonstwie entstanden sind. Die Dogmatik begnügt sich damit, den immanenten Sinngehalt solcher Normen zu erforschen und mit dem anderer Normen in Beziehung zu setzen. Man kann ganz allgemein sagen: Die ursprüngliche Entstehung von Recht ist ebensowenig ein juristisch lösbares Problem, wie etwa die Entstehung von Materie ein chemisch lösbares Problem ist. Chemie setzt Materie und Jurisprudenz setzt Recht als ihr Material voraus. So wenig man Chemie im materiefreien Raum treiben kann, so wenig Jurisprudenz im rechtsleeren Raum. Das Problem der Entstehung von Materie gehört in den Bereich der Naturphilosophie und ganz entsprechend das Problem der Entstehung von Recht in den Bereich der Rechtsphilosophie. Nun wissen wir aber schon, daß die Rechtssätze Normen in einer bestimmten Verknüpfung, also ideale Gegenstände sind. Ideale Gegenstände aber bestehen zeitlos, werden nicht und vergehen

hatte, nicht geschützt, sondern er war von rechtswegen der Fehde und Rache des Gegners ausgesetzt'. Die Rache der Sippe war also erlaubt, jedoch nicht geboten und insofern wäre die Tat nicht Verletzung einer Rechtspflicht — mindestens keiner öffentlichen, mochte sippenrechtlich auch die Blutrache gefordert sein. Dagegen ‚bei schweren Missetaten verfiel der Verbrecher der Acht oder Friedlosigkeit. Der Friedlose ist nicht nur aus der Friedens- und Rechtsgemeinschaft ausgeschlossen, sondern kann und soll als Feind des Volkes von jedermann bußlos getötet werden. Die Friedlosigkeit hat in der Urzeit nicht etwa, wie man noch neuestens vielfach hören kann, nur den negativen Inhalt, daß der Friedlose der straflosen Tötung preisgegeben ist, sondern er soll (die Sperrung bei Brunner) von der Gemeinschaft als deren Gegner behandelt werden'.“ Vgl. meine Abhandlung: Gegenstandstheorie und Reine Rechtslehre, a. a. O., S. 336.

nicht. Es kann darum im eigentlichen Sinn von Rechtsentstehung überhaupt nicht gesprochen werden. Von Entstehung kann sinnvoll nur die Rede bei positivem Recht sein und sie bedeutet dann eben den Positivierungsprozeß, der sich, wie wir bereits wissen, in zwei Phasen, im Geben und im Gelten, vollzieht.

Die Untersuchung über das Geben von Gewohnheitsrecht geht mit Vorteil zunächst vom gesetzten Recht aus, bei dem die Verhältnisse viel vertrauter sind. Die — wenigstens heutzutage — übliche Form des gesetzten Rechts ist das geschriebene Recht. Und in der Tat hatten die römischen Quellen gesetztes Recht und ungesetztes Recht (Gewohnheitsrecht) als *jus scriptum* und *jus non scriptum* unterschieden. Es ist nicht schwer einzusehen, daß damit ein viel zu äußerliches, ja im Grund belangloses Moment des speziellen Rechtssatzungsvorganges „Gesetzgebung“ zum unterscheidenden Merkmal erhoben wird. Es ist eine rein rechtsinhaltliche Zufälligkeit, daß die meisten modernen Verfassungen die Gesetzgebung letzten Endes erst durch einen Skripturakt — die Unterzeichnung durch irgendwelche oberste Organe — komplettieren lassen. Aber auch da ist dieser Skripturakt nur notwendige, nicht schon hinreichende Bedingung für das Vorliegen gesetzten Rechts. Verlangten die Verfassungen diese Unterzeichnung nicht, so wäre die Gesetzgebung offenbar nach den letzten parlamentarischen Beschlüssen als beendet anzusehen. Wohl pflegen schon den parlamentarischen Beratungen gedruckte Gesetzestexte zugrunde zu liegen; diese aber haben keinerlei offiziellen Charakter und sind im Grund bloße Gedächtnisstützen. Denselben Dienst würde z. B. die Aufnahme auf Schallplatten leisten und es wäre an sich auch denkbar, daß man mit der Aufnahme und Vervielfältigung auf Schallplatten überhaupt auskäme. So brauchte bei der ganzen Rechtssetzung kein Wort geschrieben werden, keinem Menschen aber würde es einfallen, das so entstandene Recht, weil *jus non scriptum*, nicht als gesetztes zu betrachten. Immerhin könnte man hier noch sagen, daß, wenn schon nicht schriftlich, so doch eben durch ein anderes materielles Mittel, die kleinen Veränderungen auf der Schallplatte, das Recht gleichsam verdinglicht wurde. Aber man braucht den Gedanken nur noch etwas weiter spinnen und kommt damit sogar aus dem Bereich dieser technischen Phantasien in ein Gebiet, das viel mehr historische Möglichkeit für sich hat. War der Text der Gesetzesvorlage als bloße Gedächtnishilfe zu bezeichnen, so ist es die Schallplatte nicht minder. Menschen aber, die über ein genügend gutes Gedächtnis verfügten, könnten beide Hilfsmittel entbehren. Eine solche Leistung ist Zeiten durchaus zuzutrauen, in denen lange Epen frei aus dem Gedächtnis vorgetragen wurden, und es gibt wohl auch gewisse Anhaltspunkte dafür, daß es solche Organe im Rechtsleben alter Zeit tatsächlich gegeben haben dürfte<sup>1)</sup>. Hier würde es sich also nur um eine psychische „Realisierung“ der Rechtsnormen handeln.

<sup>1)</sup> Daß die Funktion der „Rechtssprecher“ doch nicht bloß die war, eine Schallplatte zu ersetzen, hängt mit der an früherer Stelle (vgl. oben S. 110f.) erwähnten Eigentümlichkeit des germanischen Rechtsurteils zusammen.

Die ganze Überlegung kann leicht einen abstrusen und spielerischen Eindruck machen. Das ist im Wesen der Sache begründet. Denn diese Überlegung führt im Grund ja nur auf die rein technische Frage der Konservierung und Reproduzierbarkeit eines positiven Rechts, bleibt somit unserem Problem gegenüber ganz an der Oberfläche. Die gedruckten Vorlagen, die Schallplatte, aber auch das Gedächtnis irgendeines Menschen sind für das Geben des Rechts ohne allen Belang. Genügen also alle diese verschiedenen „Konservierungsmittel“ des Rechts nicht, um gesetztes und ungesetztes Recht zu unterscheiden, so muß auf den Vorgang des Gebens von Recht selbst zurückgegriffen werden. Diesen Vorgang aber haben wir bereits als das psychische Erlebnis der Ernstbegehrung bestimmt. Es kann dabei also in keiner Weise auf äußere Momente, wie Schriftlichkeit oder Nichtschriftlichkeit des Ausdrucks, ankommen. Man könnte einen Augenblick daran denken, daß es zwar nicht auf Schriftlichkeit oder Nichtschriftlichkeit, wohl aber auf Formuliertheit oder Unformuliertheit ankommen könne. Aber auch dies ist eine Täuschung. Man könnte sich Umstände denken, in denen der Wille, Recht zu geben, etwa in Gesten oder in Zeremonien Ausdruck fände, ohne dadurch näher formuliert zu werden. So könnte z. B. die Aufhebung eines bestehenden Rechts — also gleichsam negative Rechtssetzung — ganz wohl durch Zerstörung irgendeines Symbols ausgedrückt werden.

Welches ist nun der Unterschied zwischen dem Rechtswillen, wie er beim Geben gesetzten und wie er beim Geben ungesetzten Rechts auftritt? Die Überlegung wird erleichtert durch die Erkenntnis, daß das Geben von Recht sich auf allen Stufen der Rechtsordnung von der höchsten — etwa der der Verfassung — bis zur niedrigsten, dem Vertragsschluß vollzieht, durch welch letzteren eben die „*lex contractus*“ gegeben wird. Es ist also zu vermuten, daß der Gegensatz von gesetztem und ungesetztem Recht auf allen diesen Stufen vorzufinden ist. Und nun ist er in der Tat auf der Stufe des Vertrages altbekannt unter dem Namen des ausdrücklichen und stillschweigenden Vertragsabschlusses. Im ersten Fall ist die Absicht auf den Vertragsschluß selbst gerichtet. So wird die Voraussetzung für die rechtliche Relevanz der daraus erfolgenden Einzelhandlungen geschaffen. Im zweiten Fall sind unmittelbar nur jene Einzelhandlungen intendiert, aber so, daß man sich an sie gebunden erachtet. Die Voraussetzung dieser Gebundenheit, die vertragliche Einigung selbst wurde nie ausdrücklich intendiert. Gerade so, wie man hier von gesetztem und ungesetztem Vertrag sprechen könnte, braucht man nur diesen Vorgang auf eine höhere Rechtsstufe zu versetzen, um den nun wirklich im Rechtsgebungswillen selbst enthaltenen Unterschied von gesetztem und ungesetztem Recht zu erkennen.

Dieses Phänomen gilt es nun näher zu untersuchen. Es gibt dabei Elemente, die nicht auf das rechtliche Gebiet allein beschränkt sind, sondern für das ganze Sollensgebiet (und noch darüber hinaus) gelten und andere, die selbst innerhalb des Rechtsgebietes auf den verschiedenen Rechtsstufen verschieden sind. Die allgemeine Erscheinung hängt mit

folgendem zusammen. Es gibt Sachverhalte, die untereinander in einer solchen Beziehung stehen, daß, wenn der eine Tatsache ist, es auch der andere ist, z. B.: wenn eine Zahl durch 4 teilbar ist, so ist sie auch durch 2 teilbar. Diese Wenn-so-Beziehung heißt Implikation. Der „Wenn-Sachverhalt“ ist das Implikans, der „So-Sachverhalt“ das Implikat. Diese Beziehung kann äquivalent umgeformt werden zu: „Daß eine Zahl durch 4 teilbar ist und nicht durch 2 teilbar ist, das gibt es nicht“, oder „Teilbarkeit durch 4 besteht nie ohne Teilbarkeit durch 2“. In dieser Form wird erkennbar, daß das Implikat notwendige Bedingung des Implikans ist. Andererseits bedeutet die Implikationsbeziehung auch: „Immer, wenn eine Zahl durch 4 teilbar ist, ist sie auch durch 2 teilbar“, oder: „es genügt, daß sie durch 4 teilbar ist, damit sie auch sicher durch 2 teilbar sei“. Das Implikans ist hinreichende Bedingung des Implikates. Mit jedem Sachverhalt sind nun als die notwendigen Bedingungen seines Bestandes auch alle seine Implikate mitgegeben.

Das ist zunächst bloß eine rein gegenständliche Beziehung. Sie findet aber eine interessante psychische Entsprechung. Niemand kann das Einmaleins bis in Tausenderbereiche hinein auswendig. Viele werden auch das Kennzeichen der Teilbarkeit durch 4 nicht kennen. Jeder aber kennt wohl den Unterschied von geraden und ungeraden Zahlen. Behauptet nun jemand etwa, 1537 sei durch 4 teilbar, und hält man ihm entgegen, dann müsse es notwendig auch durch 2 teilbar, also eine gerade Zahl sein, so wird er dies zugeben und sein vorschnelles Urteil ändern müssen. Denn sofern er glaubt, 1537 sei durch 4 teilbar, meint er auch, es sei durch 2 teilbar. Das letztere liegt im Sinn seines Urteils, ist zwar nicht ausdrücklich geurteilt, aber doch gemeint. „Je nachdem wir mehr oder weniger genau meinen, setzt sich das Urteil ... für den Sinn des aktuellen Erlebnisses in verschiedener Annäherung an Vollständigkeit und sozusagen mit verschiedenem Gewichte ein. Dieses Sich-Einsetzen bedeutet aber, daß man dem Impliziten gegenüber nicht nur logisch ..., d. h. durch die Forderung der Richtigkeit, gebunden ist, sondern daß dieser idealen Bindung auch eine psychisch reale entspricht.“<sup>1)</sup> Dieses Meinen könnte man im Gegensatz zum ausdrücklichen das stillschweigende Urteilen nennen. Es ist vielleicht wichtiger als das ausdrückliche Urteilen. Nie erfassen wir alle Implikate dessen, was wir urteilen. Aber auch einige wenige nur ganz selten. Fast alle Äußerungen im täglichen Leben können nur auf dem Hintergrund einer Fülle von unausgesprochenen Voraussetzungen richtig verstanden werden. Wollte man davon absehen, so hätte man eben nicht erfaßt, was gemeint war.

Das volle Analogon zu diesen Verhältnissen der Seinsverhalte und der entsprechenden Urteile findet sich nun auch im Gebiete des Sollens

<sup>1)</sup> Mally: Grundgesetze des Sollens, Elemente der Logik des Willens, 1926, S. 77. Über das Meinen vgl. ferner: Meinong: Über Annahmen, 2. Aufl., 1912, S. 238ff., und Mally: Über Begriffsbildung, Beiträge zur Pädagogik und Dispositionstheorie, Eduard Martinak zur Feier seines 60. Geburtstages, dargebracht von Fachgenossen, Schülern und Freunden, herausgegeben von A. Meinong, 1919, S. 109f.

und des Wollens. Jeder, der ernstlich will, daß ein Sachverhalt verwirklicht werden solle, will damit implicite auch seine notwendigen Bedingungen seins- und sollensmäßiger Art mit. So will etwa, wer Wärme erzeugen will, damit implicite eine Energieumsetzung. Er braucht darum nicht zu wissen, aber sobald er darüber aufgeklärt wird, daß Wärmeerzeugung nur unter Energieumsetzung möglich ist, muß er zugeben, daß die letztere im Sinn seines Wollens gelegen, also mitgewollt war.

So braucht auch, wer etwa in Urzeiten oder in Niemandland Waren tauschen und dabei gegen Betrug gesichert sein, Versprechen geben und empfangen und dabei gegen ihren Bruch gesichert sein will usw., sich nicht klar bewußt sein, daß er damit implicite will, daß ein Satz bestehe dahingehend, daß Verträge gehalten werden sollen und, wenn sie nicht gehalten werden, dies geahndet werden soll. Es liegt darum nicht minder im Sinn seines Wollens, ist in ihm mitgemeint. Ein solcher Satz aber ist seinem Bau nach ein Rechtssatz. Durch das implizite Mitwollen erscheint er als gegeben und es fehlt nunmehr nur noch, daß er überwiegend befolgt werde, damit er als positiver Rechtssatz bestehe. Dabei müssen sich natürlich weder Geber noch Befolger bewußt sein, einen Rechtssatz geschaffen zu haben. Es braucht noch kein Mensch explizit über das Wesen des Rechts nachgedacht haben. Es kommt im praktischen Leben überhaupt nur selten vor, daß jemand Setzung eines Rechtssatzes intendiert. Worauf es den Menschen ankommt, sind ökonomische und soziale Zwecke und nur als Mittel zu diesen Zwecken wird Recht verwendet. Es ist ganz deutlich, daß der Wille in den Handlungen des täglichen Lebens zunächst nur auf den ökonomisch-sozialen Erfolg gerichtet ist. Die Rechtsbegründung wird als ein Mittel dazu oft nur mitgewollt, ist in dem ausdrücklichen Wollen des Zweckes mitgemeint. Es genügt dieses wollende Mitmeinen eines Sollenssatzes, der die Kriterien eines Rechtssatzes erfüllt, um ihn zum gegebenen Rechtssatz zu machen.

Mit diesem impliziten Mitwollen des allgemeinen Rechtssatzes in den einzelnen Tausch- oder Versprechenshandlungen hängt auch ein Bewußtsein der Gebundenheit an den so mitgegebenen allgemeinen Vertragsrechtssatz zusammen. Eine Ahnung davon dürfte in der weitest gefaßten Forderung einer *opinio necessitatis* fürs Gewohnheitsrecht liegen. Man hat diese *opinio necessitatis* als ein Rechtsbewußtsein gedeutet, als ein Bewußtsein, unter Rechtsdruck zu stehen usw. Dagegen wurde eingewendet, wenn die *opinio necessitatis* Voraussetzung für die Entstehung von Gewohnheitsrecht sei, so könne sie unmöglich Überzeugung von einem bereits bestehenden Recht sein. Nach unserer Auffassung stellt sich das folgendermaßen dar. Zu allererst notwendig ist der Wille, es solle im einzelnen Fall so sein, wie es ausgemacht wurde. Sofern man dieses Sollen als Gebundenheit empfindet, die mit der Notwendigkeit verwandt ist, mag man schon in diesem Akt der Ernstbegehrung *opinio necessitatis* finden; nur darf man sich darunter nicht gerade einen theoretischen Akt vorstellen. Mehr nähert man sich einem solchen schon, wenn der implizit mitgemeinte allgemeine Rechtssatz auch einmal ex-

plizit gedacht und die einzelnen Vertragsakte als Fälle dieses allgemeinen Satzes aufgefaßt würden. Auch diese *opinio necessitatis* aber braucht nur Bewußtsein der Gebundenheit sein, ohne daß es nötig wäre, daß zwischen Gebundenheit durch Recht, Sitte und Sittlichkeit schon klar unterschieden würde. Die *opinio necessitatis* muß, wo es sich um Gewohnheitsrecht handelt, allerdings Bewußtsein von einem Sollenssatz sein, der objektiv ein Rechtssatz ist, sie muß aber nicht das Bewußtsein von der Rechtsqualität dieses Sollenssatzes sein.

Damit ist auch die Frage erledigt, ob Irrtum über die Rechtsqualität eines tatsächlich regelmäßigen Verhaltens hindern könne, daß es zum Gewohnheitsrecht werde. Soweit es sich um die Geltung des Gewohnheitsrechts handelt, genügt, wie bei allem Recht, objektive Befolgung, deren Motive gleichgültig sind. Zum Geben aber genügt das Wollen des betreffenden Sachverhalts und, daß die gewollte Beziehung — vielleicht ohne Wissen des Wollenden — die Form des Rechtssatzes erfüllt. Ob die Norm für eine Rechtsnorm gehalten wird, ist belanglos.

Eine kleine Verschiebung erfährt das Bild, wo es sich nicht um solche urtümliche Rechtsschöpfung handelt, die ja als eigentliche Urzeugung von Recht auch zu einem Recht führt, das in keinem Systemzusammenhang mit anderem Recht steht. Ein solcher Systemzusammenhang aber besteht überall, wo bereits eine entwickelte Rechtsordnung vorliegt, auf der schon erwähnten letzten Stufe des Vertragsabschlusses. Wohl wird auch hier Recht gegeben, nämlich die rechtlichen Bestimmungen des einzelnen Falles, die schon erwähnte *lex contractus*. Aber diese *lex contractus* steht nicht isoliert da, sie hängt zusammen mit dem in der zugrunde liegenden Rechtsordnung enthaltenen allgemeinen Vertragsrechtssatz. Die konkludenten Handlungen brauchen hier nur mehr Ausdruck der letzten, sonst in ausdrücklichem Vertrag zu vereinbarenden Bestimmungen sein. Die Bindung an diese Bestimmungen ist durch den bereits vorhandenen allgemeinen Vertragsrechtssatz gegeben. Im Verhältnis zu ihm kann daher jetzt die *opinio necessitatis* wirklich ein Bewußtsein rechtlicher Bindung bedeuten.

Man könnte den Unterschied auch so klar machen: Wenn im rechtsfreien Gebiet Vereinbarungen getroffen werden, so mögen die dabei erfolgenden Willenserklärungen ausdrücklich sein, stillschweigend mitgewollt ist dann nur der allgemeine Vertragsrechtssatz. Auch er muß als gegeben gelten und sogar als positiv, wenn nur die unter ihn fallenden Einzelverträge überwiegend gehalten werden. Man könnte in der traditionellen Ausdrucksweise sagen: Die *opinio necessitatis* betrifft ausdrücklich die *lex contractus*, stillschweigend den allgemeinen Vertragsrechtssatz. Dieser Fall ließe sich dahin variieren, daß auch die Vereinbarung nicht ausdrücklich zustande kommt, sondern etwa in der Form des „stillen Tauschhandels“. Da legt der eine Teil Waren hin und verbirgt sich, worauf der andere Teil kommt, die Waren nimmt und dafür andere hinlegt. Hier ist durch eine konkludente Handlung, das Hinlegen der Waren von beiden Seiten, ein bestimmter Vertragswille — etwa, daß man für eine Anzahl Fische eine gewisse Menge Brot geben wolle — erklärt

worden und im Sinn dieses Vertragswillens liegt, abermals indirekt, gleichsam auf zweiter Stufe mitgemeint auch der allgemeine Vertragsrechtssatz. Hier gibt es also überhaupt keinerlei ausdrückliche *opinio necessitatis*. Schließe ich dagegen in unseren entwickelten Verhältnissen mit jemand einen Darlehensvertrag, so werden dabei ausdrückliche Vereinbarungen über die Höhe der Summe, das Ausmaß der Zinsen und die Rückstellungszeit getroffen und über all diesen Bestimmungen stehen die allgemeinen gesetzlichen Darlehensvorschriften. Es ist also jetzt nicht nötig, daß diese erst durch Mitmeinen gegeben werden. Sie sind den Beteiligten, falls diese so umsichtig vorgehen, wie geschildert, meist auch recht gut bekannt. In diesem Fall gibt es keine stillschweigende *opinio necessitatis*. Besteige ich dagegen in Wien, wo Einheitstarif besteht, einen Straßenbahnwagen, so brauche ich keinerlei Erklärungen über meinen Vertragswillen abgeben und auch der Schaffner überreicht mir nur einen gelochten Fahrschein, ohne vielleicht ein Wort zu sprechen. Die wenigsten Menschen werden dabei das Bewußtsein haben, daß sie ein Rechtsgeschäft schließen. Hier ist der konkrete Vertragswille stillschweigend erklärt worden, die *lex contractus* ist ungesetztes Recht. Dagegen besteht hier der allgemeine Vertragsrechtssatz schon vor dem speziellen Vertragsabschluß als ausdrücklicher Rechtssatz. Von Bedeutung für das Geben des Rechts ist also hier die *opinio necessitatis* nur in bezug auf die *lex contractus* und dieses Geben erfolgt stillschweigend. In bezug auf den allgemeinen Vertragsrechtssatz ist es gleichgültig, ob sie überhaupt vorhanden ist oder nicht. Er ist ja bereits gegebenes Recht und darum nicht darauf angewiesen, durch Mitmeinen erst (stillschweigend) gegeben zu werden.

Ein besonders wichtiger Fall ist Rechtentstehung dieser Art vor Gerichten und anderen Behörden. Es sieht auf den ersten Blick so aus, als könne hier von Geben des Rechts überhaupt kaum die Rede sein. Die gesetzgebenden Organe pflegt man nicht als „Behörden“ zu bezeichnen und von den Behörden haben verhältnismäßig nur wenige ein ausgedehnteres Verordnungsrecht. In der Tat aber enthalten auch Urteile und Bescheide in der Regel ein rechtsschöpferisches Element. Bloße Rechtsanwendung in dem Sinn, daß nur der vorliegende konkrete Tatbestand als Fall des in der Rechtsnorm abstrakt formulierten Tatbestandes erkannt wird und nun durch Subsumtion die Rechtsfolge erschlossen wird, ist nicht eben häufig. Jeder Fall von freiem Ermessen, jede konkrete Auswahl aus einem allgemeinen Strafraumen ist Rechtsanwendung, die sich nicht als bloße Subsumtion, sondern nur als Rechtsschöpfung auffassen läßt. Eben indem die Rechtsordnung dem Richter freies Ermessen gestattet, indem sie ihm einen Strafraumen zur Verfügung stellt, delegiert sie ihn zur Rechtsschöpfung auf der Stufe des Urteils. Daß auch in den sonstigen Fällen das Verhältnis nicht das einfacher Subsumtion ist, zeigt sich in folgendem. Käme es nur auf den logischen Zusammenhang zwischen Normtatbestand und Falltatbestand an, so könnte wirkliche Rechtsanwendung nur da vorliegen, wo dieser Zusammenhang richtig erkannt und demgemäß beurteilt wurde. Ein Fehl-

urteil wäre von vornherein rechtlich bedeutungslos. Daß dies nicht der Fall ist, zeigt, daß jedes Urteil, nicht nur jenes, in dem freies Ermessen mit Händen zu greifen ist, als delegierte Rechtsschöpfung aufgefaßt werden muß.

Nun gilt gewiß jedes Urteil zunächst für den einzelnen Fall. Das ist aber kein Grund, ihm die Qualität eines Rechtssatzes abzuspochen, wenn nur die sonstigen Bedingungen erfüllt sind. Es gehört nicht zum Begriff des Rechtssatzes, daß er genereller Natur sei. Überdies ist ein weiteres zu beachten. Für den pflichtmäßig handelnden Richter soll an dem vorliegenden Fall nur von Einfluß sein, daß er „ein solcher“, nicht daß er „dieser da“ ist. Ein Diebstahl von Meier soll ganz ebenso beurteilt werden wie einer von Müller, wenn nur die inneren und äußeren Umstände in beiden Fällen gleich sind. Diese qualitativen Umstände, wenn man so sagen darf, gehen auch allein in die Urteilsbegründung ein und von ihnen nicht einmal alle. Auch aus der Fülle dieser qualitativen Bestimmungen werden nur einige wenige als wesentliche ausgelesen. Eben dadurch aber gewinnt das Urteil auch notwendig eine gewisse generelle Bedeutung. Man muß das recht verstehen. Es wird hier nicht dem das Wort geredet, daß alle Urteile „über einen Leisten geschlagen“ werden sollen, aber dem Wesen eines Falles ist es nicht eigentümlich, daß er sich gerade jetzt und hier ereignet; läge ein anderer Fall mit denselben wesentlichen Bestimmungen vor — was freilich nicht eben wahrscheinlich ist —, so wäre er ganz ebenso zu beurteilen. Es liegt also einem Urteil z. B. die Meinung zugrunde, daß ein Diebstahl der vorliegenden Art unter den gegebenen Umständen mit einem ganz bestimmten Strafausmaß bestraft werden soll. Das ist in dem konkreten Urteil zwar nicht ausgesprochen — es ergibt sich vielleicht aus den Urteilsgründen, der *ratio decidendi*, wie sich Austin<sup>1)</sup> ausdrückt —, aber es ist in der uns bereits bekannten Weise mitgemeint. In einem solchen speziellen Urteil mit spezieller Strafzumessung liegt nicht nur ermessensfreie Beurteilung des Tatbestandes, sondern ein gegenüber der allgemeinen Strafrechtsnorm mit ihrem weiteren Rahmen speziellerer Rechtssatz und dieser spezielle Rechtssatz ist in dem richterlichen Urteil mitgegeben. Weil hier die Konkretisierung sich nur auf die Einsetzung einer bestimmten Zahl innerhalb des Strafrahmens beschränkt, macht sie nicht gerade einen sehr „schöpferischen“ Eindruck. Der Spielraum wird schon weit größer, wenn etwa zwischen verschiedenen Strafarten gewählt werden kann. Deutlich wird die schöpferische Funktion erkennbar, wenn der Richter etwa nur mehr angewiesen ist, nach billigem Ermessen zu entscheiden.

Auch in einem solchen Fall hat er nicht dieselbe Stellung zum Recht wie der Gesetzgeber. Immer und überall hat der Richter nur den konkret vorliegenden Fall zu entscheiden; aber indem er ihn entscheidet, meint er, daß die zugrunde gelegte Norm billig, also der Forderung des Gesetzes entsprechend sei, und, indem er direkt urteilt, gibt er durch dieses Mitmeinen indirekt die betreffende Billigkeitsnorm als delegierte Rechtsnorm. Ebenso wie aus dem Bereich der Billigkeit kann der Richter auch

---

1) Vgl. oben S. 123.

angewiesen sein, aus dem Bereich der Sitte das Material für seine Urteilschöpfung zu entnehmen. Und ist er endlich in der Lage, urteilen zu müssen, ohne daß ihm Vorschriften in übergeordneten Rechtssätzen vorliegen, so urteilt er eben kraft dieser Verweisung völlig frei. Auch einem solchen Urteil liegt in der *ratio decidendi* ein allgemeiner Rechtssatz zugrunde, der im Geben des Urteils mitgegeben wird. Aber auch beim Fehlurteil ist es nicht anders. In allen diesen Fällen aber ist das Geben des Rechts nicht die eigentliche Aufgabe des Richters oder sonstigen Rechtsanwenders, sondern es geschieht nur indirekt durch Mitmeinen.

Recht kann also ausdrücklich gegeben werden; das ist der Fall des gesetzten Rechts. Daneben gibt es noch Rechtsübung. Sie ist direkt auf konkrete Rechtsverhältnisse gerichtet, und zwar entweder ausdrücklich oder stillschweigend. Dabei kann sie indirekt durch Mitmeinen auch Geben des generellen Rechts sein, von dem das vorliegende konkrete nur ein Fall ist. Die dritte Form ist die Anwendung des Rechts. Sie ist freilich zugleich auch Übung, nämlich Übung der für die Organe der Rechtsanwendung geltenden Rechtsnormen. Und insofern ist indirektes Geben von Recht hier in ganz derselben Weise möglich wie sonst bei der Rechtsübung; das ist der eigentliche Fall des Gerichtsgebrauches. Den Rechtsnormen gegenüber jedoch, deren Erfüllung oder Nichterfüllung durch die Übenden der Beurteilung jener Organe unterliegt, ist diese Beurteilung nicht Übung, sondern Anwendung des Rechts. Und, eben weil reine Anwendung, auch ebensowenig ein direktes Geben von Recht, wie im Fall der Übung. Aber wieder ist es möglich, daß im Sinn der Anwendung auf den konkreten Fall ein Geben von allgemeinen Rechtssätzen durch Mitmeinen gelegen ist. Der Inbegriff dieser Rechtssätze kann als Richterrecht bezeichnet werden, obwohl diese indirekte Rechtsschöpfung nicht nur bei Gericht, sondern bei jeder Rechtsanwendung und auf allen Stufen des Rechts vorkommen kann. Gleichviel, welche Art von indirekt gegebenem Recht vorliegt, wenn noch die sonstigen Bedingungen — also vor allem auch Geltung durch überwiegende Befolgung — dazukommen, so ist es zwar ungesetztes, aber positives Recht.

An sich könnte solches Recht auch durch ganz wenige konkludente Handlungen gegeben werden oder gar nur durch eine einzige. Und in der Tat gibt es solche Fälle, besonders im Verfassungsrecht, bei dem ja seiner Natur nach zu einer massenhaften Übung meist gar keine Gelegenheit gegeben ist. Solche Fälle, wie etwa die vom Gesetz nicht vorgesehene Einführung einer Regentschaft durch vielleicht nur einen einzigen historischen vorgekommenen Fall, haben der Theorie vom Gewohnheitsrecht immer ganz besondere Schwierigkeiten gemacht. Die Lösung dürfte darin zu suchen sein, daß in einem solchen Fall wohl ungesetztes Recht durch konkludente Handlung gegeben wurde, daß dieses aber darum noch nicht gerade Gewohnheitsrecht sein muß.

Gewohnheitsrecht stellt sich dar als ein spezieller Fall des ungesetzten Rechts, der dadurch charakterisiert ist, daß der Ausdruck des indirekten Rechtgebungswillens nicht in einer einzigen konkludenten Handlung

oder in einigen wenigen liegt, sondern in einer regelmäßigen, viele einzelne Fälle betreffenden sozialen Verhaltensweise. Diese Verhaltensweise wird im übrigen so zu charakterisieren sein wie die Sitte. Auch hier braucht der Normgebungswille nicht bei allen Übungen vorhanden sein, es müssen ihrer nur so viele sein, daß von einer Gewohnheit oder richtiger einem Brauch, d. i. von einer sozialen Gewohnheit, oder von einer Sitte gesprochen werden kann.

Mit dem indirekten oder stillschweigenden Geben durch Mitmeinen hängt eine weitere Eigentümlichkeit alles konkludent gegebenen Rechts, also auch des Gewohnheitsrechts zusammen. Es bedarf mehr als anderes Recht der Interpretation. Zwar kann auch ausdrücklich gegebenes Recht ihrer nicht entbehren, ja überhaupt keine Willensäußerung, mag sie nun rechtlicher Natur sein oder nicht. Auch individuelles Erleben, das nicht gerade in der Willenssphäre spielt, kann nur in deutungsbedürftigen Äußerungen mitgeteilt werden. Denn es liegt in der Natur einer Äußerung, daß sie mehr oder minder abstrakt sein muß. Jedes Erleben ist als ein (psychisches) Wirkliches Träger von unendlich vielen Bestimmungen und könnte ganz adäquat auch nur mit Hilfe unendlich vieler Bestimmungen ausgedrückt werden, was offenbar unmöglich ist. Es ist bei physischen Dingen nicht anders. Es gibt keinen Physiker, der adäquat die Naturvorgänge beschreiben könnte, die etwa bei einem Ballspiel ablaufen: Die in Ball und Wand hin und her flutenden Elastizitätswellen, den ständigen Umsatz von mechanischer Energie in Wärme, die Luftverdrängung und die Deformationen von Ball und Wand usw.; er kann immer nur einen abstrakten Typus, nie einen konkreten Fall in seiner ganzen Wirklichkeitsfülle beschreiben. Ganz ebenso ist jeder Ausdruck eines Willens nur in abstrakter Weise möglich. Er kann auch ganz unmöglich den einzelnen Fall in all seinen Besonderheiten normierend treffen. Diese Anwendung auf den einzelnen Fall kann nur teils durch Interpretation, teils durch rechtschöpferische Rechtsanwendung geleistet werden. All dies gilt für gesetztes und für ungesetztes Recht.

Das gesetzte Recht aber gibt wenigstens seinen abstrakten Inhalt meist in einer formulierten Weise an. Bei ungesetztem, stillschweigend durch Mitmeinen gegebenem Recht fehlt auch dies. Sein Wesen ist ja gerade, daß die Intention direkt nur auf den einzelnen Fall der Übung oder der Anwendung geht. Nur im Sinn dieses speziellen Rechtswillens liegt auch ein allgemeiner vor und dieser allgemeine Rechtswille muß nun erst aus dem besonderen gewonnen werden. Das ist eine Interpretationsaufgabe, die noch viel schwieriger ist als die andere, die Anwendung des Allgemeinen auf das Besondere bedeutet. Sie läßt sich rein logisch überhaupt nicht eindeutig und in voller Strenge lösen. Da hier mit Interpretation von vornherein so viel weniger zu leisten ist als im anderen Fall, steigt von selbst die Bedeutung der rechtsschöpferischen Anwendung. Es besteht keine Veranlassung, hier ausführlicher auf das Interpretationsproblem einzugehen; dies wäre ein Thema für sich<sup>1)</sup>. Hier muß

<sup>1)</sup> Vgl. dazu etwa Schreier: Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte, 1927.

es genügen, den systematischen Ort aufzuzeigen, der ihm in der Theorie des Gewohnheitsrechts zukommt<sup>1)</sup>. Es wird sich zeigen, daß es noch eine zweite Stelle gibt, an der das Interpretationsproblem, und zwar in der Gestalt der Lückenfrage innerhalb der Theorie des Gewohnheitsrechts auftritt<sup>2)</sup>. Zur Orientierung über den Stand der Lückenfrage sei auf die früheren Ausführungen verwiesen<sup>3)</sup>.

### Gewohnheitsrecht und Rechtssystem.

Normen können natürlich nach den verschiedensten Gesichtspunkten systematisch gruppiert werden. So gibt es etwa eine moraltheologische Einteilung der Pflichten nach ihrem personalen Objekt in Pflichten gegen Gott, den Nächsten und sich selbst. Wollte man diese Einteilung auf schlechthin alle Pflichten beziehen, so kämen Normen sehr verschiedener Art in eine Gruppe zusammen. So etwa unter die Pflichten gegen den Nächsten Normen der Ethik, des Rechts und der Sitte. Aber auch auf rein juristischem Gebiet gibt es ganz ähnliche Einteilungen, zwar nicht nach dem personalen Objekt, wohl aber nach dem Sachgebiet, wenn man etwa vom Staatsrecht, Privatrecht, Strafrecht usw. spricht oder in weiterer Unterteilung von Familienrecht, Sachenrecht, Erbrecht usw. Auch hier können Normen recht verschiedener Art in ein Gebiet zusammengeworfen werden. So z. B. im Staatsrecht sowohl Verfassungs- als auch einfache Gesetznormen und noch verschiedene andere. In beiden Fällen liegt der Grund für die relative Wertlosigkeit des Einteilungsprinzips darin, daß es ein ziemlich äußerliches, für den systematischen Zusammenhang der Normen nicht sehr wesentliches Element ist. Am Ende kann man ja auch die Tiere nach der Zahl ihrer Beine oder die Blütenpflanzen nach der Farbe der Blütenblätter einteilen. Fruchtbar aber ist eine Einteilung erst, wenn sie die gegenseitigen Beziehungen der einzuteilenden Gegenstände, in unserem Fall der Normen, zum Ausdruck bringt.

Es war bereits davon die Rede<sup>4)</sup>, daß es besonders zwei Formen solcher fruchtbarer Einteilungen gibt. Nach der einen werden die Normen (auch die rechtlichen) ihrem Inhalt nach aus übergeordneten Normen abgeleitet, so wie etwa ein mathematischer Lehrsatz aus den Axiomen der Mathematik abgeleitet wird. In dem Inhalt des höheren Satzes ist der Inhalt des davon abzuleitenden niederen schon implicite enthalten und kann durch rein logische Schlußverfahren explizit gemacht werden. Gelingt es so, alle Normen auf eine oberste tatsächlich geltende zurückzuführen, so ist in deren Richtigkeit auch die Richtigkeit aller auf richtigem Weg aus ihr abgeleiteten verbürgt. Was sich aber aus ihr nicht durch ein Schlußverfahren ableiten läßt, dem fehlt diese Eigenschaft der Richtigkeit. Auf Geben oder Befolgen der Normen, also auf ihre Positivität kommt es dabei gar nicht an. Es kann vorkommen,

<sup>1)</sup> Die Bedeutung der Interpretation für das Gewohnheitsrecht wird auch stark betont von Somló: Juristische Grundlehre, 2. Aufl., 1927, S. 372f.

<sup>2)</sup> Vgl. unten S. 189f.

<sup>3)</sup> Vgl. oben S. 102f.

<sup>4)</sup> Vgl. oben S. 147.

daß falsche Normen positiv sind, richtige dagegen nicht. Das vermag den Geltungsanspruch richtigen Rechts nicht zu kränken und umgekehrt ist unrichtiges Recht, mag es auch positiv sein, doch in sich nichtig und kann nach dieser Auffassung nicht zum Gehorsam verpflichten. Das ist die Grundkonzeption des Naturrechts. Ein naturrechtliches System ist logisch-deduktiv und exklusiv in dem Sinn, daß, was aus seinen Voraussetzungen nicht ableitbar ist, als unrichtig und damit als nichtig gelten muß. Es wäre ein allzu billiger Triumph eines selbstbewußten Positivismus, darüber seinen Spott auszugießen. In der Tat aber hat der Positivismus diesen billigen Triumph gar nicht nötig und hat es auch nicht nötig, durch die Entwertung der naturrechtlichen Auffassung selbst gewinnen zu wollen. Es genügt, beide Standpunkte in ihre Grenzen zu weisen. Als Theorie des wirklich geübten Rechts ist die naturrechtliche Auffassung selbstverständlich unverwendbar. Ihr guter Sinn aber ist eine von der Ethik her begründete Kritik am Recht und eine rechtspolitische Forderung an es. Das Naturrecht lehrt nicht, wie das bestehende Recht theoretisch begriffen werden kann, sondern, wie es von einem Wertgesichtspunkt aus zu beurteilen ist. Das ist eine durchaus legitime Problemstellung und der Fehler des Naturrechts liegt nur darin, daß es diese axiologische Frage und die theoretische nicht auseinanderhält, daß es nur axiologisch richtiges Recht als Recht gelten lassen will. Freilich ist dieser Fehler nicht ein Fehler nur des Naturrechts.

Läßt man diesen Standpunkt fallen, befreit man sich von der Äquivokation des Wortes „Recht“ und nimmt man damit auch das Bestehen von unsittlichem Recht als möglich an, so wird die Aufstellung eines solchen Rechtssystems unmöglich. Nicht ein logisch-deduktives materiales System mit ethischer Spitze, sondern nur mehr ein empirisch-formales ohne Abhängigkeit von der Ethik ist dann möglich. Wir haben schon an früherer Stelle<sup>1)</sup> dieses System als Delegationssystem in seinen Hauptzügen bestimmt. In ihm kommt es nicht auf innere Richtigkeitsbeziehungen, sondern auf die rein äußerlichen Normgebungsakte an. Hier läßt sich aus der übergeordneten Norm nicht der Inhalt der davon abgeleiteten erschließen. Sie gibt nur die Bedingungen für weitere Normgebung an; werden Normen diesen Bedingungen entsprechend gegeben, so gelten sie als im Sinn der delegierenden Norm liegend, mag auch eine innere, inhaltliche Ableitung nicht möglich sein. Exklusiv ist ein solches System wohl auch, aber in einem anderen Sinn als das naturrechtliche. Wohl ist, was nicht den Normierungsbedingungen entspricht, nicht im Sinn der Grundnorm des betreffenden Systems gefordert, aber diese Grundnorm nimmt keine ethische Würde für sich in Anspruch, behauptet nicht, Richtigkeitskriterium zu sein. Auch positives Recht ist außerhalb der Grundnorm möglich, wenn nur die formalen Bedingungen und die Bedingungen der Positivität erfüllt sind. Freilich würde solches Recht nicht dem System der Grundnorm angehören.

---

<sup>1)</sup> Vgl. oben S. 148.

Hier ist nun der Punkt, an dem die Wiener Schule Positivität und Systemzugehörigkeit in eine eigentümliche Verbindung gebracht hat. Der Positivitätsbegriff habe, wie Kelsen bemerkt, zwei Seiten. „Die Identität“ des einen „Sinnes der Positivität des Rechts mit der richtig verstandenen Bedeutung der Souveränität des Staates (bei Identität von Staats- und Rechtsordnung) ist augenfällig. Die als Staat bezeichnete Rechtsordnung wird als höchste in ihrer Geltung nicht weiter ableitbare gedacht<sup>(1)</sup>. In der zweiten Bedeutung soll nach der Meinung der traditionellen Lehre „ein Faktum, ein kausal-determinierter Vorgang in der Welt des sozialen Geschehens . . . die Positivität des Rechts sein, so daß eigentlich richtiger von der Faktizität des Rechts gesprochen werden müßte“<sup>(2)</sup>. Diese Auffassung aber wird von Kelsen abgelehnt mit der Bemerkung: „Nun bedarf es weiter keines Beweises, daß dieser Sinn der Positivität, das Faktum, daß gewisse Rechtsvorstellungen auf irgendwelche Weise erzeugt werden und die Menschen wirksam motivieren, innerhalb einer Wissenschaft keinen Platz finden kann, die das Recht als Norm, als Sollen auffaßt“<sup>(2)</sup>. Denn dieser Wissenschaft ist das Reich des Faktischen überhaupt unzugänglich. Aber dieser Positivitätsbegriff vermag auch nicht positives Recht und Naturrecht voneinander zu sondern. „Denn durch seine faktische Wirksamkeit ist das sogenannte positive Recht vom Naturrecht nicht zu unterscheiden, da ja auch das Naturrecht, die jeweils höhere Ordnung, aus der die naturrechtliche Auffassung das Recht ableitet, selbst wirksam und somit ‚positiv‘ sein kann und ist, oft viel wirksamer ist, als das sogenannte positive Recht“<sup>(3)</sup>. Dieser Einwand aber greift nicht durch, denn Kennzeichen des Naturrechts ist nicht, daß es unwirksam sei, nicht befolgt werde, sondern daß es tatsächlich und vermeintlich aus der Ethik ableitbar ist. Nichts steht dem entgegen, daß Normen, denen solche Ableitbarkeit zukommt, doch außerdem auch positiv sind. Dadurch, daß eine ethische Norm etwa Bestandteil einer positiven Rechtsordnung wird, verliert sie nicht ihren ethischen Charakter. Die beiden Systeme sind unabhängig in dem Sinn, daß eine Norm des positiven Rechts zugleich aus der Ethik inhaltlich ableitbar sein kann oder nicht und daß eine ethische Norm zugleich Bestandteil eines positiven Rechts sein kann oder nicht.

Wann nennt nun Kelsen eine Norm positiv? „Als ‚positives‘ Recht erkennt man — die Souveränität des Staates vorausgesetzt — eine Norm, wenn sie als Bestandteil der eigenen staatlichen Rechtsordnung nachgewiesen werden kann. Dies geschieht durch ihre stufenweise Rückführung auf die letzte ‚Quelle‘, auf die die Einheit und Besonderheit der Rechtsordnung begründende Ursprungsnorm, aus der sich das Rechtssystem ableitet. Ist etwa in concreto fraglich, ob ein bestimmter Unter-

<sup>1)</sup> Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre, 1920, S. 87. Die hier angedeutete Anschauung Kelsens von der Identität von Recht und Staat ist in unserem jetzigen Zusammenhang nicht von Belang. Vgl. darüber meine Abhandlung: Gegenstandstheorie und Reine Rechtslehre, a. a. O., S. 348 ff.

<sup>2)</sup> a. a. O., S. 88.

<sup>3)</sup> a. a. O., S. 91.

nehmer für den von seinen Angestellten verursachten Schaden von rechts wegen ersatzpflichtig sei, so ist dies zu bejahen, wenn solches durch Rechtsgeschäft bzw. Urteil auf Grund einer gesetzlichen Norm statuiert (entschieden) wurde, vorausgesetzt, daß das fragliche Gesetz, die Satzung, verfassungsmäßig erfolgt ist; z. B. durch gehörig kundgemachten Majoritätsbeschluß einer bestimmten — etwa als konstituierendes Parlament bezeichneten — Versammlung irgendwie qualifizierter Menschen. Daß dem Beschluß dieser Versammlung (oder etwa dem Befehl eines absoluten Monarchen) entsprochen werden soll: das ist die nicht weiter zu rechtfertigende Voraussetzung der eben darum positiven, d. i. der logische Grund der eben darum als höchsten geltenden, der souveränen Rechtsordnung. Positiv, d. h. wörtlich ‚gesetzt‘, ist somit die einzelne Rechtsnorm, sofern sie in dem auf der juristischen Hypothese der Ursprungsnorm einheitlich begründeten System einer bestimmten Rechtsordnung gesetzt ist, innerhalb dieses so konstituierten Systems ihren Platz findet<sup>(1)</sup>.

„Darum kann die Frage, warum den Normen des Rechts gehorcht werden soll — wenn sie überhaupt gestellt wird —, nicht mit der Tatsache eines Gesetzgebungsaktes oder sonst einem Rechtserzeugungsfaktum (etwa dem der Gewohnheit) als Faktum, sondern nur immer mit der Behauptung einer Norm beantwortet werden, die besagt, daß man den Befehlen des Herrschers gehorchen soll, daß man sich so verhalten soll, wie sich die Genossen gewöhnlich zu verhalten pflegen, kurz: mit der Behauptung einer Norm, die den Inhalt des sogenannten Rechtserzeugungsprozesses zur Bedingung eines Sollens setzt<sup>(2)</sup>. So wird die Frage nach dem Geltungsgrund einer positiven Rechtsordnung beantwortet mit dem Hinweis auf die Grundnorm. Nun sagt aber Kelsen selbst: „Indem die Moral gebietet, den elterlichen Befehlen zu gehorchen, delegiert sie normsetzende Autoritäten ganz ebenso, wie wenn die Verfassung ein Parlament delegiert<sup>(3)</sup>. So gibt es auch im Gebiet der Moral eine Delegation und möglicherweise auch eine Ursprungsnorm. Der Unterschied zwischen Rechtsordnung und Moralordnung ist also nach Kelsen weder an der Struktur des Systems noch auch an einem Moment axiologischer Richtigkeit erkennbar, sondern beruht allein auf der Verschiedenheit der Ursprungsnorm. Woran aber erkennt man, ob eine Ursprungsnorm rechtlicher oder ethischer Natur ist? An etwas früherer Stelle hatte Kelsen bemerkt, daß der eigentliche Sinn der Überwindung des Naturrechts darin bestehe, „daß die Frage nach einem Geltungsgrund der Rechtsordnung als solcher, nach einer weiteren Rechtfertigung des Rechts durch eine höhere Ordnung abgelehnt wird, indem die Rechtsordnung selbst als höchste, nicht weiter ableitbare, als souveräne Ordnung postuliert wird<sup>(4)</sup>.“

Es ist also eine eigentümliche Vermischung eingetreten. Während Zitelmann die Frage nach dem Geltungsgrund einer positiven Rechts-

<sup>1)</sup> a. a. O., S. 93.

<sup>2)</sup> a. a. O., S. 95f.

<sup>3)</sup> a. a. O., S. 93f.

<sup>4)</sup> a. a. O., S. 90.

norm überhaupt abgelehnt hatte<sup>1)</sup>, tut dies Kelsen ohne alle Einschränkung nur, wenn damit eine rechtstranszendente, etwa ethische, Rechtfertigung des Rechts gemeint ist. Rechtsimmanent läßt er den Geltungsgrund mit der Positivität zusammenfallen. Aber auch in diesem Positivitätsbegriff bleibt der alte Gedanke einer logischen Ableitung der einzelnen Rechtsnorm von einem Prinzip aus erhalten. Nur daß dieses Prinzip nun zwar auch Voraussetzung des positiven Rechts ist und nicht selbst positiv, daß es aber auch nicht aus dem Gebiete der Ethik oder anderswoher genommen wird. Kelsen faßt in der Tat das Delegationsverhältnis als logisches Deduktionsverhältnis auf: „Die Vorstellung der ‚Unteren‘ und ‚Überordneten‘, der Eigenschaft des ‚Höheren‘ und ‚Niedereren‘ sind Verbildlichungen des logischen<sup>2)</sup> Verhältnisses der Deduktion, mit der die Geltung des Sollurteiles, das die ‚niedere‘ Norm darstellt, aus dem nicht weiter ableitbar (d. h. souverän) gedachtem Sollurteil, mit welchem die höhere Norm dargestellt wird, sich erschließen läßt oder mit anderen Worten ‚erzeugt‘ wird“<sup>3)</sup>.

So ist für Kelsen das Delegationssystem in sich logisch geschlossen und auch nach außen abgeschlossen. Es ist „nicht möglich, daß zu dem Normenkomplexe eine neue Norm den Gesamtinhalt des von der Ordnung gesetzten Sollens verändernd gleichsam von außen hinzutrete; es wäre denn, daß die Ordnung eine Norm enthielte, die Bedingungen dafür angibt, daß und wie neue Normen zum alten Komplex hinzutreten können“<sup>4)</sup>. Die Rechtsordnung ist ein gegen andere Ordnungen völlig abgeschlossenes System. Ja noch mehr, wenn sie gelten soll, so kann es neben ihr keine andere Ordnung geben, denn es ist „festzustellen, daß nur dann zwei voneinander verschiedene, gänzlich unabhängige Normensysteme vorliegen, wenn sie aus zwei verschiedenen, gänzlich unabhängigen, d. h. voneinander in keiner Weise ableitbaren, aufeinander in keiner Weise rückführbaren ‚Quellen‘ oder Grundsätzen, Ursprungsnormen, entwickelt werden müssen“<sup>5)</sup>. Nun ist aber „die Annahme zweier Normensysteme, sofern ihre Geltung in Frage kommt, nur im Sinne einer Alternative denkbar; entweder das eine oder das andere Normensystem kann als gültig vorausgesetzt werden, nicht aber beide zugleich. Denn das Postulat der Einheit der Erkenntnis gilt unbeschränkt auch für die normative Ebene und findet hier seinen Ausdruck in der Einheit und Ausschließlichkeit des als gültig vorausgesetzten Normensystems, was gleichbedeutend mit der notwendigen Einheit des Betrachtungs-, Bewertungs- oder Deutungsstandpunktes ist“<sup>6)</sup>. Darum gebe es z. B. kein Nebeneinander von Staats- und Kirchenrecht, sondern nur die Unterordnung des einen unter das andere<sup>7)</sup>. Darum sei es auch „einfach unrichtig, im Falle einer Verweisung der Rechtsordnung auf Normen der Sitte oder irgendeiner anderen Ordnung von der Heranziehung ‚bereits gel-

1) Vgl. oben S. 41 u. 59f.

2) Die Sperrung bei Kelsen.

3) a. a. O., S. 112.

4) a. a. O., S. 114f.

5) a. a. O., S. 107.

6) a. a. O., S. 105.

7) Kelsen: Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 133f.

tender Normen' zu sprechen. Als Rechtsnormen gelten diese delegierten Normen erst von dem Augenblicke und nur kraft der Verweisung durch die Rechtsordnung, aus der ihre spezifische (Rechts-) Geltung abgeleitet werden muß. Eine andere Geltung aber als diese Rechtsgeltung kann vom Standpunkt juristischer Betrachtung überhaupt nicht in Frage kommen, weil — wie bereits wiederholt bemerkt — von einem einheitlichen Standpunkte aus — ob er nun ein juristischer, moralischer oder sonst ein normativer sein mag — immer nur eine Ordnung als gültig vorausgesetzt werden kann<sup>(1)</sup>.

Man wird hier in der Tat von einer Art „logischem Naturrecht“ sprechen können, ein Vorwurf, der ja Kelsen mehrmals, wenn auch nicht immer mit Grund, gemacht wurde. Im Reich der Gegenstände gibt es alle nur überhaupt möglichen Normen samt ihren Negaten. Stellt man ihnen gegenüber, wie es das Naturrecht tut, die Richtigkeitsfrage, so wird dadurch ein bestimmter Bereich als Bereich tatsächlicher Forderungen ausgesondert. Das ist keine willkürliche, sondern eine im Wesen der Normen selbst begründete Auswahl zwischen gültig und ungültig. Anders wenn das Auswahlprinzip ein empirisches Geben oder Befolgtwerden von Normen ist. Dann ist die so getroffene Auswahl eine zufällige und willkürliche und braucht auch dann, wenn die so ausgesonderten Normen etwa noch ein Delegationssystem mit einer Ursprungsnorm bilden, nicht mit dem Anspruch geschehen, daß andere Normen in keinerlei Sinn gültig heißen können. Es könnte an sich mehr als eine auch juristische Ursprungsnorm geben, von außerrechtlichen Normquellen gar nicht zu reden. Bei Kelsen ist es aber nicht so, daß irgendwelche Normen als positive Rechtsnormen festgestellt werden könnten und daß diese Normen nun vielleicht ein System bilden, das man als von der sie alle delegierenden Ursprungsnorm ausgehend denken kann, sondern gerade in dieser Zurückführbarkeit auf eine Ursprungsnorm, in der Zugehörigkeit zu diesem geschlossenen und von anderen Normensystemen gesonderten Delegationssystem liegt der Positivitätscharakter der dem System angehörenden Normen beschlossen.

Das muß auch vom Gewohnheitsrecht gelten. „Soll Gewohnheit juristisch existieren, muß die Gewohnheit als ‚Quelle‘ entweder durch Gesetz oder durch die Ursprungsnorm selbst eingesetzt sein“<sup>(2)</sup>. Meist wird das zweite zutreffen. „Sofern aber die Gewohnheit ebenso wie die oberste Satzungsautorität unmittelbar auf der Ursprungsnorm selbst beruht, ist die Frage nach der Zulässigkeit des Gewohnheitsrechts ein Streit um die Voraussetzungen der Rechtsordnung und daher juristisch nicht zu entscheiden“<sup>(2)</sup>. Schon in seinem ersten grundlegenden Werk hatte es Kelsen als verfehlt bezeichnet, „wenn man versucht, die Dero-gierung des Gesetzesrechts infolge rechtswidrigen Funktionierens der Staatsorgane — und nur auf diesem Wege kann sich eine dem Rechtssatz

<sup>1)</sup> Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, S. 117f.

<sup>2)</sup> a. a. O., S. 94, Anm. 1.

entgegenstehende Gewohnheit bilden — juristisch zu regeln... Wie die letzten Fragen nach Zeugung und Vernichtung des Seins von den erklärenden Disziplinen keine Antwort erhalten, metaphysischer Natur sind, so steht das Problem der Entstehung und Zerstörung des Rechts — nicht einzelner Rechtsverhältnisse — jenseits der Grenzen formaler Rechtsbetrachtung, ist, um einen treffenden Ausdruck Georg Jellineks zu gebrauchen (Die rechtliche Natur der Staatsverträge, 1888, S. 3): *metajuristischer Natur*<sup>(1)</sup>.

Daß nur das Funktionieren von Staatsorganen Gewohnheitsrecht schaffen könne, hängt nicht nur damit zusammen, daß nach Kelsen eine Norm nur durch ihre Beziehung zur Rechtsordnung des betreffenden Staates den Charakter einer Rechtsnorm erhält, sondern auch mit Kelsens eigentümlichem Rechtssatzbegriff, nach dem ein Rechtssatz nur ein hypothetisches Urteil über den Willen des Staates, zu strafen, ist. Man darf annehmen, daß diese Vorstellung vom Recht als Willen des Staates zusammen mit dem Gedanken der Einheit eines Willenssubjektes, wie ihn uns die Psychologie bietet, in Kelsens Theorie mit ein Motiv für die Forderung strengsten Einheitsbezuges gewesen ist. Das Verhalten der Rechtsunterworfenen erscheint in diesem hypothetischen Urteil, als welches sich der Rechtssatz darstellt, nur als Bedingung des staatlichen Strafanspruches<sup>(2)</sup>. Darum heißt es mit Beziehung aufs Gewohnheitsrecht: „Wenn die Frage, ob ein Mietzins post- oder pränumerando zu zahlen sei, vom Richter im konkreten Fall auf Grund einer qualifizierten langdauernden Übung der Bevölkerung im letzteren Sinne entschieden wird, so beinhaltet der diesbezügliche Rechtssatz auch nur einen Willen des Staates, mangels gehöriger Pränumerandozahlung Exekution zu gewähren. Behauptet man, daß die bezügliche Übung zu einem Gewohnheitsrecht geführt habe, so behauptet man damit nichts anderes, als daß das Gericht mangels gehöriger Pränumerandozahlung verurteilen, resp. Exekution gewähren müsse, was aber dasselbe ist, wie die Behauptung eines Willens des Staates, unter gewissen Umständen zu exequieren“<sup>(3)</sup>.

Derogierendes Gewohnheitsrecht kann auf diese Art überhaupt nicht zustande kommen. „Denn alles Recht muß vom Staate, resp. dessen Organen angewendet werden. Es ist mit dem Prinzip der Staatssouveränität schlechterdings unvereinbar, daß Staatsorgane einen anderen Willen als den ihres Staates zur Ausführung bringen. Und diese Organe hören auf, Staatsorgane zu sein, und daher Recht zu setzen, wenn sie einen anderen Willen ausüben... Es mag wohl der Staatswille seinem Inhalte nach der Volksüberzeugung entspringen, seinen Inhalt dem Volkswillen entnehmen, ja die Erzeugung des Staatswillens mag stets — auch im Fall des Gesetzesrechts — als soziale und nicht als staatliche Funktion er-

<sup>1)</sup> Kelsen: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 1911, S. 51.

<sup>2)</sup> Vgl. dagegen meine Abhandlung: Gegenstandstheorie und Reine Rechtslehre, a. a. O., S. 329f.

<sup>3)</sup> Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 102.

kannt werden; allein nur insofern Volkswille oder Volksüberzeugung formell Staatswille geworden sind, können sie von den Organen des Staates zur Anwendung kommen, Inhalt eines Rechtssatzes sein.<sup>1)</sup> So bewegt man sich einigermaßen in einem Kreis, indem, was nicht schon Recht ist, Recht nie werden kann. Denn die Staatsorgane, durch deren Anwendung allein Gewohnheitsrecht entstehen kann, dürfen nur Recht anwenden, und nur jene Organe, die Recht anwenden, sind Staatsorgane.

Übrigens hat Kelsen diesen Standpunkt später aufgegeben und angenommen, daß „Rechtserzeugung — auch im Sinne der Setzung genereller Normen — nicht bloß als bewußte Rechtssatzung besonderer Organe, sondern auch in der gewohnheitsmäßigen Bildung durch Übung aller Rechtsgenossen möglich ist. . . Es ist eine extrem demokratische“<sup>2)</sup>. Dieser Wandel der Anschauung dürfte damit zusammenhängen, daß Kelsen später sowohl die strenge Scheidung von Positivität und Faktizität<sup>3)</sup>, als auch die Positivität erzeugende Funktion der Grundnorm<sup>4)</sup> etwas abgeschwächt hat.

Nicht wesentlich verschieden davon ist der Standpunkt Merkl's. Nur führt seine noch stärkere Betonung des Gesetzesrechts zu einem der Gestattungstheorie verwandten Standpunkt. „Die Gewohnheit hat im modernen Gesetzesstaate den Charakter einer dem Gesetz subordinierten, weil vom Gesetz delegierten Rechtsquelle. Das gilt vom sogenannten suppletorischen Gewohnheitsrecht nicht minder als vom sogenannten derogatorischen, und zwar schon darum, weil jenes im Grunde nicht minder als dieses derogatorisch ist, indem auch das suppletorische Gewohnheitsrecht eine Stelle einnimmt, die stillschweigend vom Gesetz ausgefüllt wird, eine Frage beantwortet, die, wenn auch stillschweigend, bereits vom Gesetz beantwortet ist“<sup>5)</sup>. Es ist bezeichnend, daß also der Gesetzeswille wohl im allgemeinen stillschweigend etwas verfügen kann, daß aber gerade die Delegierung eines Gewohnheitsrechts, das ja, wie wir hörten, immer derogatorisch ist, als Derogationsbestimmung des Gesetzes ausdrücklich formuliert sein muß; denn „entgegen. . . phantastischen Subintelligierungen einer Derogationsbestimmung muß man verlangen, daß sie expressis verbis formuliert sei“<sup>6)</sup>. Dies dürfte bei Gerichts- und Verwaltungsbrauch selten vorkommen. Es trifft aber zu in jenen Rechtsordnungen, „die dem Präjudiz rechtsverbindliche Kraft beilegen“<sup>7)</sup>. Wo dies nicht der Fall ist, wird zwar „eine gesetzliche Delegation des Gerichts- oder Verwaltungsbrauchs. . . nur in vereinzelten Fällen nachzuweisen sein. Ein häufiger Delegationsweg ist jedoch der,

1) a. a. O., S. 101.

2) Kelsen: Allgemeine Staatslehre, S. 232.

3) a. a. O., S. 19.

4) a. a. O., S. 103f.

5) Merkl: Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, S. 105.

6) Merkl: Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung. Wiener staatswissenschaftliche Studien, 15. Bd., 2. Heft, 1923, S. 260.

7) Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 107.

daß die Oberbehörde den ihr unterstellten Verwaltungsbehörden vorbildliche verwaltungsbehördliche oder verwaltungsgerichtliche Akte mit dem Auftrag bekannt gibt, in künftigen gleichartigen Fällen in demselben Sinn vorzugehen. Ergeht eine solche Weisung, so wird dadurch die dem fraglichen Akt zu entnehmende *Maxime* rechtsverbindlich, aber nicht aus eigener Kraft jenes Aktes, wie die Lehre vom Gerichts- und Verwaltungsbrauch als Rechtsquelle annimmt, sondern dank der Weisung, die auf den Gerichts- und Verwaltungsbrauch verweist. Der erwähnte Fall ist kein Beispiel für die Rechtsquellennatur des Gerichts- und Verwaltungsbrauchs, sondern für die Rechtsquellennatur der Verordnung, im besonderen der Verwaltungsverordnung<sup>1)</sup>.

Liegt dieser Fall nicht vor, so ist der Folgerung nicht zu entgehen, „daß ein originäres Gewohnheitsrecht den Systemzusammenhang einer Rechtsordnung sprengen muß, als dessen Hauptbestandteil auch die Vertreter des originären Gewohnheitsrechts das Gesetzesrecht anerkennen“<sup>2)</sup>. Wohl hat Merkl selbst ein Mittel angegeben, auch solches außer dem Systemzusammenhang stehendes Recht in das System einzubeziehen, aber auch dies könne nur ausdrücklich geschehen durch den „Fehlerkalkül“, das „ist jene positivrechtliche Bestimmung, die es juristisch ermöglicht, dem Staat solche Akte zuzurechnen, die nicht die Summe der anderweitig positivrechtlich aufgestellten Voraussetzungen ihrer Entstehung und damit ihrer Geltung<sup>3)</sup> erfüllen, die es erlaubt, solche Akte trotz jenes Mangels als Recht zu erkennen. Es sei unterstrichen, daß eine solche Möglichkeit nur durch eine ausdrückliche positivrechtliche Bestimmung hergestellt sein... muß“<sup>4)</sup>. Man bemerkt, wie auch hier die Voraussetzung, daß nur systembezogene Normen positives Recht sein können, die Entstehung von Gewohnheitsrecht hindert. Dieser schon in Kelsens Hauptwerk auftretende Standpunkt springt nur hier besonders in die Augen, weil Merkl in übersteigertem Positivitätsbedürfnis überall ausdrückliche Normsetzung verlangt. Immerhin aber ist sein Unterschied Kelsen gegenüber nicht so groß, daß man diesen loben, Merkl aber mit so beißendem Spott übergießen könnte, wie dies Alf Ross an mehreren Stellen seines Werkes tut.<sup>5)</sup>

Auch Verdross war seinerzeit auf einem Standpunkt gestanden, der das Gewohnheitsrecht womöglich noch prinzipieller ablehnte. Aus ganz ähnlichen Erwägungen heraus schrieb er: „Andere, nicht in Gesetzesform erscheinende Normen können dagegen im Gesetzesstaate keine Rechtsnormen sein. Denn es ist rechtslogisch unmöglich, daß gleichzeitig zwei formell aus verschiedenen Quellen fließende Normen Recht

1) a. a. O., S. 109.

2) a. a. O., S. 106.

3) Die Sperrung von mir.

4) Die Lehre von der Rechtskraft, S. 293.

5) Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Lehre des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen, Wiener staats- und rechtswissenschaftliche Studien, 13. Bd., 1929, S. 264f. und 329.

und Staatswille seien<sup>1)</sup>). Es drängt sich der Beachtung förmlich auf, wie hier das anthropomorphe Bild von der psychologischen Einheit des Willens auf die Theorie von der notwendigen Einheitlichkeit des Rechts gewirkt hat.

Diese unbedingte Herrschaft des „Gesetzes“ konnte Verdroß im Völkerrecht natürlich nicht durchführen. Hier kann man überhaupt nicht einen vorgegebenen Rechtssatz aufzeigen, an dem man erkennen kann, welche Rechtserzeugungsverfahren zulässig sind. Hier ist der Weg umgekehrt. „Die Analyse der Völkerrechtssätze hat uns zu dem Ergebnis geführt, daß über den Staatsverfassungen stehende Rechtssätze vorhanden sind. Vor allem weist das völkerrechtliche Vertragsrecht, wie das völkerrechtliche Gewohnheitsrecht, über die Staatsverfassungen hinaus auf einen höheren Rechtskreis, von dem sie ihre vom ‚staatlichen‘ Recht verschiedene Rechtskraft herleiten“<sup>2)</sup>. Dieses „Hinausweisen“ aber ist nicht mehr das deduktive „Verweisen“ von der Ursprungsnorm eines Systems auf davon abgeleitete Normen, sondern umgekehrt ein Hinweis, von solchen Normen induktiv zu einem Ursprung aufzusteigen. Verdroß hat klar die problematische Funktion der Grundnorm erkannt. Ihre Klippe ist jede revolutionäre Rechtsbildung. Gegen eine solche könnte „im Sinne Kelsens und Merkl's eingewendet werden, daß ja nur das Recht ist, was der angenommenen Grundordnung entspricht, so daß das im Widerspruch zu dieser gebildete angebliche Recht in Wahrheit nur Scheinrecht, also Nichtrecht, darstellt. Dabei wird jedoch übersehen, daß auch die Grundordnung, wie jede empirische Reihe, keine absolute, sondern nur eine relative Beharrlichkeit besitzt. Sie muß daher aufgegeben werden, sobald der rechtliche Erfahrungskreis, den sie beherrscht, sich ändert. . . Ob ein Akt. . . Rechtsqualität besitzt, kann in letzter Linie kein Rechtssatz bestimmen; es genügt daher auch nicht die Annahme eines solchen, wie Kelsen und Merkl glauben, um darauf weiterzubauen, sondern umgekehrt kann ein Akt nur als Rechtsakt erkannt werden, sofern er Glied einer Reihe ist, die die Merkmale des Rechts aufweist. . . Wenngleich daher keine Rechtskontinuität von der alten zur neuen Ordnung führt, so vergleichen wir doch Recht mit Recht. Wie ist dies aber möglich? Offenbar nur dadurch, daß auch dann, wenn die obersten empirischen Konstanten zu wanken beginnen, noch ein letztes einheitliches Maß, eine letzte einheitliche Bezugsbasis erhalten bleibt, an der die Veränderung gemessen werden kann“<sup>3)</sup>. So „müßten wir, wenn wir exakt bestimmen wollen, welche Merkmale das Recht konstituieren, zu ermitteln trachten, welche Formen in allem Wechsel des empirischen Rechts beharren. Aufgabe einer Invariantentheorie des Rechts wäre es also, jene Formelemente herauszulösen, die sich bei aller Veränderung der besonderen Rechtsinhalte erhalten. Nur

1) Verdroß: Das Problem des freien Ermessens und die Freirechtsbewegung, Österr. Zeitschr. f. öffentl. Recht, 1. Bd., 1914, S. 625.

2) Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung, 1923, S. 126.

3) a. a. O., S. 145.

diesen Formen, nicht aber auch irgendeiner empirischen Rechtsregel, weder der Staatsverfassung, wie Merkl glaubt, noch auch der völkerrechtlichen Grundreihe, kann Unveränderlichkeit zugesprochen werden<sup>1)</sup>. Hier ist klar erkannt, daß die Rechtsqualität einer Norm nicht an der Zurückführbarkeit auf eine Grundnorm hängt, sondern in der Erfüllung einer auch gegen Grundnormänderungen invarianten Form begründet ist. Diese invarianten Formen selbst zu finden, hat Verdross nicht unternommen.

Fritz Sander hat, worauf auch Verdross verweist, eine solche Invariantentheorie in der Form einer Verfahrenslehre vom Standpunkt der Transzendentalphilosophie aus tatsächlich versucht<sup>2)</sup>. Hier dagegen wurde der an anderer Stelle<sup>3)</sup> skizzierte Versuch zugrunde gelegt, eine solche Invariantentheorie vom Boden objektivistischer Philosophie aus zu entwickeln.

Ein gewisser Rückschritt gegen die zuletzt erwähnte Erkenntnis von Verdross muß bei Ross festgestellt werden, so wertvoll und bedeutsam sein Werk auch ist<sup>4)</sup>. Es ist hier nicht der Ort für eine Kritik seines Normbegriffes und seines seltsamen Versuches, Sollen und Sein einander anzunähern. Wir gehen nur auf seinen Positivitätsbegriff ein, der, wie wir sehen werden, auch seinen Rechtsbegriff an wichtiger Stelle beeinflußt. Auch Ross geht von einer Kritik des Kelsenschen Delegationssystems unter einer vorausgesetzten Grundnorm aus. „Kelsen hat nur einseitig die deduktive Entstehungsweise von einer vorausgesetzten Grundnorm betont, aber, wie wir gezeigt haben, muß es von einer solchen Betrachtungsweise aus unfaßlich bleiben, welche Grundnorm Deduktionsbasis bilden soll. Das läßt sich nur durch vorausgehende Induktion bestimmen. Nur in der Weise wird die Positivität des Rechts verständlich<sup>5)</sup>. Es ist kein Widerspruch, daß die Entstehungsweise zugleich induktiv und deduktiv ist; denn, wie wir mehrere Male gesagt haben, sind dies nicht verschiedene und entgegengesetzte Prozesse, sondern ein und derselbe koordinierende Prozeß von zwei Seiten gesehen. Deshalb ist es Ausdruck für eine einseitige Betrachtung, das Rechtssystem ausschließlich als eine fortgesetzte stufenweise Konkretisierung von der Grundnorm aus zu bezeichnen. Man kann mit gleich großem Recht be-

1) a. a. O., S. 146.

2) Sander: Die transzendente Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens, Zeitschrift für öffentliches Recht, 1. Bd., 1919/1920, S. 468 ff. In die schwierigen Gedankengänge Sanders führt vielleicht am besten ein Marck: Substanz und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie, 1925, S. 42 ff.

3) In meiner Abhandlung: Gegenstandstheorie und Reine Rechtslehre, a. a. O., S. 321 ff.

4) Ross: Theorie der Rechtsquellen, 1929.

5) Die Sperrung von mir. Auf S. 286 heißt es: „Die Positivität einer Norm liegt so, richtig ausgedrückt, in der Zugehörigkeit zu einem System.“

haupten, daß es eine fortgesetzte stufenweise Abstrahierung von den konkret individuellen Zwangshandlungen ist. Beide Ausdrucksformen sind einseitig und verfehlt, da sich ein absoluter Ausgangspunkt an keiner Stelle, weder oben noch unten, findet. Die Grundnorm läßt sich nur verstehen als Grundnorm, wenn sie als Abstraktion von wirklichen Zwangshandlungen betrachtet werden kann; und diese lassen sich umgekehrt nur als rechtliche verstehen<sup>1)</sup>, wenn sie als Konkretisationen (durch eine Reihe von Stufen) von einer vorausgesetzten Grundnorm betrachtet werden können. Die Wirklichkeit des Rechts liegt in der durchgehenden Korrelation. Hieraus ergibt sich die sehr wichtige Konsequenz, daß, wenn eine relativ subordinierte Norm sich nicht als in einer superordinierten Norm begründet verstehen läßt, die notwendige Konklusion deshalb nicht ist, daß die subordinierte Norm als deduktiv systemwidrig nicht als Recht anerkannt werden kann. Da nämlich die subordinierte<sup>2)</sup> Norm selbst ihre Gültigkeit erst als Folge ihrer induktiven Übereinstimmung mit dem<sup>3)</sup> relativ individuellen Norm gewinnt, kann man ebensowohl schließen, daß die superordinierte Norm als induktiv systemwidrig nicht mehr als Recht anerkannt werden kann. Nur die Korrelation, nicht die Deduktion als solche, nicht die Induktion als solche, ist für die Geltung des Rechts entscheidend. Welcher von den beiden Schlüssen der richtige ist, kann nicht von vornherein entschieden werden, sondern hängt davon ab, welche der beiden Lösungen Ausdruck für die größte Korrelation sein wird<sup>4)</sup>. „Das System ist die letzte Rechtsquelle“<sup>5)</sup>. „Extrasystematisches Recht bedeutet hiernach Recht, das sich direkt ohne dazwischentretende abgeleitete Quelle aufs System bezieht“<sup>6)</sup>. Damit ist die Grundlage für den Gewohnheitsrechtsbegriff von Roß geschaffen: „Als rechtstheoretischer Begriff bezeichnet das Gewohnheitsrecht nicht eine bestimmte Stufe (die Gewohnheit nicht eine bestimmte Rechtsquelle), sondern alles Recht, das auf eine besondere Weise entstanden ist (d. h. sich erkennen läßt), nämlich voraussetzungsweise im Gegensatz zu gesatztem Recht; oder als direkt systembezogen, im Gegensatz zu abgeleitetem Recht; oder als induktiv im Gegensatz zu deduktiv entstandenem Recht“<sup>7)</sup>.

Das lange Zitat war nicht überflüssig, denn es bringt den Grundgedanken der Theorie von Ross nahezu erschöpfend zum Ausdruck. Dieser Gedanke ist aber offenbar folgender: Mit Kelsen wird der Ausgangspunkt genommen von dem Gedanken, daß die Rechtsqualität und Positivität einer Norm davon abhängt, ob sie als von der Grundnorm abgeleitet betrachtet werden kann. Anstoß aber wird daran genommen,

1) Von mir gesperrt. Auch auf S. 284 heißt es, das Kriterium zwischen Recht und Gewaltakt „liegt in der möglichst großen Korrelation der Handlungen in einem System, das Funktion einer entsprechenden wirklichen Willenstotalität ist“.

2) Soll wohl heißen: superordinierte.

3) Soll wohl heißen: der.

4) a. a. O., S. 281f.

5) a. a. O., S. 309.

6) a. a. O., S. 314.

7) a. a. O., S. 426.

daß dann gewisse Normen, wie besonders durch derogierendes Gewohnheitsrecht entstandene, nicht als rechtliche begriffen werden könnten. Darum wird der induktive Gedanke von Verdroß mit herangezogen, wonach die Grundnorm sich nach den darunter liegenden Rechtsakten richtet. Nun wird der Kelsensche Ausgangspunkt verlassen. Nicht Ableitbarkeit von einer Grundnorm, sondern Zugehörigkeit zum System ist für die Rechtsfrage und zugleich für die Positivitätsfrage entscheidend. Und dieses System ist halb deduktiv, halb induktiv gebildet und in stetiger Veränderung. Während aber Verdroß erkannte hatte, daß die Zugehörigkeit zu einem der Änderung unterworfenen System nicht mehr definierend für die Qualität „Recht“ ist und darum eine gegen solche Systemvariationen invariante Rechtsformtheorie gefordert hatte, macht Ross den unmöglichen Versuch, in einer Korrelation zwischen Grundnorm und einzelnen Rechtsakten den Rechtscharakter beider zu begründen. Das ist unmöglich, weil jede Relation — und auch Korrelation ist eine solche — den Bestand ihrer Fundamente voraussetzt. Die Relation wird durch die Fundamente fundiert, aber nicht die Fundamente durch die Relation. Ebenso wenig kann von zwei Gegenständen A und B, die miteinander in Relation stehen, A dadurch bestimmt werden, daß es zu B, und andererseits B dadurch, daß es zu A in Relation steht. Dies bedeutet nicht mehr und nicht weniger als eine im Wort „Korrelation“ versteckte Selbstbeziehung eines jeden der Glieder auf sich. Auf unseren Fall angewendet: Man kann eine Grundnorm annehmen und alles von ihr Abgeleitete als Recht betrachten. Dann braucht man das davon Abgeleitete gar nicht weiter besehen. Seine Rechtsqualität ist verbürgt eben durch die Ableitung von der angenommenen Grundnorm. Dafür aber muß man auch in Kauf nehmen, daß alles, was von ihr nicht ableitbar ist, Nichtrecht ist. Revolution ebensogut wie nicht delegiertes „Gewohnheitsrecht“ sind Nichtrecht. Sie als Recht aufzufassen, verbietet die Voraussetzung. Man kann es tun, hat aber damit die Grundnorm geändert, ein neues, wenn auch vielleicht nur differential verschiedenes System eingeführt. War früher Recht durch die Zugehörigkeit zum System der zunächst angenommenen Grundnorm definiert, so hat man nun eben mit dem System auch die Rechtsdefinition geändert, denn der Rechtsbegriff ist nicht als allgemeiner vorausgesetzt, sondern nur in Beziehung zum erst angenommenen System. In der Theorie von Ross ist diese Variierung der Grundnorm und damit des Systems und des Rechtsbegriffs in Permanenz erklärt. Das heißt, wir müssen die Normen mit einem Rechtsmaßstab messen, der selbst veränderlich ist und noch dazu so veränderlich, daß sein Zeiger immer, woran wir ihn auch anlegen, auf Recht zeigt. Die Folge davon ist aber auch, was Ross selbst zugibt: „Prinzipiell ist in dieser Hinsicht kein Unterschied zwischen einer ‚staatsumwälzenden‘ Revolution und der unmerklichen täglichen ‚Gewohnheitsrechts‘-Bildung durch die Rechtsanwendung“<sup>1)</sup>. „Eben durch vorraussetzungsweise entstandenes Recht äußert sich die unaufhaltsame kontinuierliche Akkomodation. Es ist

<sup>1)</sup> a. a. O., S. 314.

deshalb juristisch formal unmöglich, eine Grenze zwischen Kontinuität und Revolution zu ziehen. Diese Begriffe müssen — sollen sie überhaupt eine Bedeutung haben — politisch bleiben<sup>1)</sup>. So ergibt sich freilich „die größte Korrelation“. Dies ist aber auch die Bankrotterklärung dieser Rechtstheorie. Denn „Gewohnheitsrecht“ dieser Art soll zugleich als Recht — d. h. aber nach Ross als Bestandteil des Systems — begriffen werden und soll andererseits doch prinzipiell ununterscheidbar sein von der Revolution, dem Bruch der in demselben System begründeten Rechtsordnung. Recht und Unrecht ist ununterscheidbar geworden, unser Rechtsmaßstab hat versagt. Das Streben nach Verlebendigung des Rechtssystems hat es zu einem beliebig deformierbaren Körper gemacht und dieser Körper soll doch als Maßstab für den Rechtscharakter einer vorgelegten Norm dienen.

Mit den angedeuteten Theorien sind aber die Möglichkeiten erschöpft, den Rechtscharakter einer Norm auf ihre Systembezogenheit zu gründen. Geht man von einer Grundnorm aus und bestimmt darnach, was Recht ist, so läßt sich extrasystematische Rechtsbildung nicht begreifen. Geht man von den einzelnen Rechtsakten aus und steigt von ihnen induktiv zur Grundnorm auf, so wird diese zwar gefügig der Wirklichkeit folgen, verliert aber damit alle regulative Bedeutung und wird zur Rechtsbegründung untauglich. Die einzelnen Rechtsakte aber auf die Grundnorm und zugleich die Grundnorm auf die einzelnen Rechtsakte zu begründen ist eine logische Unmöglichkeit. So gelangt man zur Erkenntnis, daß der Rechtscharakter einer Norm überhaupt nicht von ihrer Systemzugehörigkeit abhängen darf.

Der täuschende Schein ist wohl in einer der vielen Äquivokationen des Wortes „Recht“ begründet. Nicht nur Recht in ethischem und in juristischem Sinn, nicht nur objektives und subjektives Recht wird mit demselben Wort bezeichnet. Auch im Bereich des objektiven Rechts bezeichnet es noch zweierlei, indem es einmal im Gegensatz steht zu Unrecht und das andere Mal zu Nichtrecht. Im Gebiet des Rechts (als Gegensatz zu Nichtrecht) gibt es noch Recht und Unrecht, besser ausgedrückt, rechtmäßiges und rechtswidriges Recht<sup>2)</sup>. Im populären Sprachgebrauch wird meist nur das erste als Recht bezeichnet und dieser Sprachgebrauch ist es auch, der die Konfundierung von ethischem und juristischem Recht (dieses als rechtmäßiges Recht gefaßt) begünstigt. Denn beide Male handelt es sich um eine Normgemäßheit; das eine Mal um eine Entsprechung gegenüber ethischen, das andere Mal um eine Entsprechung gegenüber juristischen Normen. Recht (im Gegensatz zu Nichtrecht) aber braucht weder den einen noch den anderen entsprechen. Es setzt keine Beziehung auf ein System voraus, sondern ist überall dort vorhanden, wo Normen die formellen Bedingungen des

---

<sup>1)</sup> a. a. O., S. 369.

<sup>2)</sup> Für rechtswidriges Recht auch Bierling: Juristische Prinzipienlehre, 2. Bd., 1898, S. 341f.

Rechtssatzes erfüllen. Und kein System kann Normen die Rechtsqualität verleihen, die diese Bedingungen nicht erfüllen. Systemzugehörigkeit und Rechtsqualität haben unmittelbar nichts miteinander zu tun. Jede Norm, die die für den Rechtssatz charakteristische Verknüpfung von Gebots- und Sanktionsnorm zeigt, ist eine Rechtsnorm und, wenn sie gegeben und überwiegend erfüllt ist, auch eine Norm positiven Rechts, mag sie einem System angehören oder nicht<sup>1)</sup>. Nur so wird auch Rechtsbildung im rechtsleeren Raum verständlich. Es ist nicht nötig, daß da gleich ein ganzes Rechtssystem in die Welt gesetzt wird. Eine Rechtsnorm nach der anderen kann, so wie es das Bedürfnis erfordert, gebildet werden. Zu Anfang, wo noch kein rechtlicher Maßstab vorhanden ist, wäre die Frage, ob rechtmäßiges oder rechtswidriges Recht vorliegt, überhaupt sinnlos und sie bleibt es, solange die Normen, mögen ihrer auch mehr sein, einen einstufigen Inbegriff bilden. Erst wenn Normen über Normgebung vorliegen, kann die Frage aufgeworfen werden, ob eine bestimmte Norm in dem vorgeschriebenen Verfahren gegeben wurde, ob sie also im Sinn der betreffenden Verfahrensnorm rechtmäßig oder rechtswidrig ist. Von der Beantwortung dieser Frage hängt aber der Rechtscharakter und auch der Positivitätscharakter der betrachteten Norm an sich nicht ab. Nur indirekt kann die Systemzugehörigkeit für die Positivität dieser Norm von Bedeutung sein. Diese neue Norm nämlich kann vermöge der Zugehörigkeit zu dem bereits positivierten System durch „erborgte Positivität“<sup>2)</sup> leichter positiv werden, als es ihr sonst möglich wäre. Sie braucht vielleicht für sich selbst die Positivitätserfordernisse überhaupt nicht aufzubringen, weil sie zur Gänze vom übrigen System mitgetragen wird. Die allgemeine Form des Rechts aber muß jede Norm selbständig erfüllen, die kann sie sich von keinem System borgen.

Das letztere scheint im Widerspruch zu stehen mit der Tatsache, daß Normen der Ethik oder der Sitte ohne weiteres vom Recht delegiert oder rezipiert werden können und nun als Recht gelten müssen. Der Widerspruch aber entsteht nur durch den Schein, daß sich durch die Rezeption an der Art der Norm nichts geändert hätte. Dies ist aber nicht der Fall. Entweder wurde sie ausdrücklich mit einer Sanktionsnorm versehen — vielleicht nur mit einer neuen, menschlich-diesseitigen etwa neben einer religiös-jenseitigen; oder sie erhielt eine Sanktionsnorm dadurch, daß sie ins Blankettgebot eines Rechtssatzes eintrat, der selbst schon als Rechtssatz eine Sanktionsnorm besaß; oder aber erhielt sie, wenn die Norm schon als Doppelnorm vorlag, durch die Rezeption wenigstens im Sanktionsteil den Charakter apodiktischen Sollens gegenüber früher bloß problematischem Sollen. Damit dies geschehe, ist aber an sich der Eintritt in ein System gar nicht erforderlich. Auch außerhalb eines Systems wären alle diese Veränderungen möglich. Und wenn eine Rezeption erfolgt, diese allgemeinen Eigenschaften aber der Norm doch nicht ver-

1) Ähnlich auch Bierling, a. a. O., S. 328.

2) Vgl. oben S. 152f.

liehen werden, so wurde sie eben trotzdem nicht zur Rechtsnorm, sondern vielleicht nur zur *lex imperfecta*.

Erinnern wir uns nun einen Augenblick an unsere Ergebnisse über Gewohnheitsrecht und Sitte. Beiden war gemeinsam, daß sie eine soziale Normengebung auf indirektem Weg durch Mitmeinen darstellten. Solche Normengebung durch Mitmeinen ist aber auch einzelnen Individuen durch konkludente Handlungen möglich. Sitte und Gewohnheitsrecht sind nur ein spezieller Fall von konkludenter Normgebung überhaupt. Erfüllt nun eine solche konkludent gegebene Sozialnorm die Bedingungen des Rechts überhaupt, so hat sie Rechtsqualität, ob sie von einem System aufgenommen wird oder nicht. Erfüllung dieser Bedingungen bedeutet nicht etwa, daß die implizit mitgemeinte Norm nun explizit formuliert wird. Das kann, muß aber nicht geschehen und würde nur an der Art des Gebens etwas ändern. Es würde für sich allein sogar zur Rechtwerdung nicht einmal genügen. Ob z. B. eine unsanktionierte Norm implizit oder explizit gegeben ist — Rechtsnorm ist sie auf keinen Fall. Erfüllt dagegen die implizit gegebene Norm die Bedingungen für Rechtsqualität und vielleicht auch für Positivität, so ist sie Rechtsnorm und positive dazu.

Die Aufnahme konkludenter Sozialnormen oder auch regelrechten Gewohnheitsrechts in ein System kann sich nun auf zweierlei Weise vollziehen. Entweder so, daß die bisher implizit im sozialen Verhalten mitgegebene Norm nun explizit gemacht und auch ausdrücklich gegeben wird. Dies ist der Fall, wenn etwa die Gesetzgebung ihr Material gewohnheitsrechtlichen Zuständen entnimmt. In diesem Fall wird man die Gewohnheit überhaupt nicht Rechtsquelle nennen können. Sie ist hier bloßes Material für die Gesetzgebung ganz ebenso, wie etwa irgendein vorgeschlagener Gesetzentwurf oder das Vorbild einer historisch früheren oder auch einer ausländischen Rechtsordnung. Anders, wenn die Gesetzgebung auf Gewohnheitsrecht verweist, es delegiert. Da wird an dem impliziten Charakter des Gewohnheitsrechts nichts geändert. Es wird nicht ungesetztes Recht in gesetztes verwandelt, sondern es bleibt ungesetzt, wie es war, obwohl gesetztes darauf verweist. Die Delegation ändert nicht das Wesen der delegierten Norm. Auch Verordnung bleibt Verordnung und wird, obwohl das Gesetz darauf verweist, dadurch nicht selbst zum Gesetz und ebenso bleibt Gesetz Gesetz und wird, obwohl die Verfassung es delegiert, dadurch nicht selbst zur Verfassung. Sonst käme man ja am Ende zur Konsequenz, daß überhaupt alle Rechtsstufen ihr Wesen verlieren und das der obersten delegierenden annehmen. Übrigens wird man von Gewohnheitsrecht auch dann zu sprechen haben, wenn eine Rechtsordnung nur auf Sitte verweist und diese erst durch die Verweisung zum Recht erhoben wird. Es kann dies z. B. so geschehen, daß die delegierende Norm die Norm der Sitte mit einer Sanktion versieht. In dem so entstandenen Rechtssatz aber ist die Gebotsnorm doch echt gewohnheitsrechtlicher Natur, sie ist konkludent gegeben und durch die Delegation nicht zur Satzung geworden. Natürlich kann auch umgekehrt ungesetztes Recht das gesetzte, aber auch ungesetztes wieder

gesollt. Die Sprache scheint kein Wort zu bieten, das, ähnlich wie „Gewohnheit“ für den Fall des rein tatsächlich regelmäßigen Verhaltens des Einzelnen, für den Fall des gewollten und in diesem Sinn gesollten Verhaltens des Einzelnen paßt<sup>1)</sup>.

Im sozialen Verhalten steht dagegen ein solches Wort zu Gebote: Sitte im Gegensatz zu bloßem Brauch. Sitte sind z. B. gewisse Grußformen. Zur Sitte gehört die Tracht und die Mode, deren Unterschied wohl nur darin liegt, daß jene eine relativ beständige, diese eine rasch wechselnde Kleidersitte ist. In allen diesen Fällen würde das Unterlassen des Üblichen nicht nur als ungewöhnlich, sondern auch als ungehörig, als gesellschaftlicher Verstoß empfunden. Auch wenn z. B. von „Hochzeitsbräuchen“ gesprochen wird, so dürfte dies im Sinn unserer Terminologie meist eine ungenaue Ausdrucksweise sein. In Gegenden, wo solche „Bräuche“ bestehen, ist eine Hochzeit zu der etwa nicht vom „Bittelmann“ eingeladen worden wäre, eben keine richtige Hochzeit, nicht eine, „wie es sich gehört“.

Dieses „Sich-Gehören“ ist nicht im Sinn ethischen oder sonst tatsächlichen, d. h. in irgendeinem Sinn richtigen Sollens aufzufassen. „Unsitte“ ist nicht einfach Negation von „Sitte“, d. h. etwas, was überhaupt keine Sitte wäre, sondern eine schlechte Sitte und im Gegensatz zum Ausdruck Unsitte bedeutet dann eben Sitte für sich allein eine schon irgendwie wertvolle Sitte<sup>2)</sup>.

Das ist eine auch sonst im Sprachleben vorkommende Erscheinung. So bedeutet „Charakter“ nicht nur schlechthin eine Disposition zu sittlich (gleichgültig, ob als schlecht oder als gut) qualifizierbaren Handlungen. Die Wendung, „ein Mann von Charakter“, meint einen von gutem Charakter, also einen mit der Disposition zu ethisch gutem Handeln; und „charakterlos“ wird nicht einer genannt, der überhaupt über keine ethisch relevanten Dispositionen verfügte (falls es einen solchen überhaupt geben sollte), sondern der, dem schlechte Dispositionen eigen sind. Ebenso müßte eine Sportmannschaft immer „in Form“ sein, wenn nur irgendeine Form damit gemeint wäre; einen Sinn bekommt der Ausdruck erst, wenn gute Form gemeint ist. Dabei ist aber daran festzuhalten, daß diese Ausdrücke auch in der wertindifferenten Bedeutung vorkommen, daß also — um auf unseren Fall zurückzukommen — Sitte zunächst nur ein irgendwie normgemäßes Gemeinschaftsverhalten bedeutet.

Weil es dabei nicht auf richtige Normen ankommt, sondern nur auf ein Sollen im Sinn irgendeines Willens, tritt bereits hier im Gebiet der Sitte die Frage nach der Positivität in unserem Sinn auf. Das kommt gut zum Ausdruck in Austins sonst nicht eben zu empfehlender Bezeichnung der Sitte als „positive morality“<sup>3)</sup>. Auch hier muß gesagt werden, daß natürlich jedes Verhalten irgendeiner tatsächlichen oder un-

<sup>1)</sup> Bierling: Juristische Prinzipienlehre, 1. Bd., 1894, S. 69, schlägt den Ausdruck „Eigensitte“ vor.

<sup>2)</sup> So auch Wundt: a. a. O., S. 131.

<sup>3)</sup> Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of positive Law, 1. Bd., 5. Aufl., 1885, S. 179ff.

tatsächlichen Norm entspricht, die dieses Verhalten fordert und im Reich der Gegenstände überhaupt vorhanden ist. Wenn aber diese Normentsprechung genügte, so wäre jedes Verhalten als Sitte zu bezeichnen. Das geschieht aber nur dann, wenn es im Sinn irgendeines Wollens gesollt ist, also von irgend jemand ernst gewollt wird. Dieser Wille wird in primitiven Verhältnissen bisweilen auch einem nichtmenschlichen Wesen, etwa einem Heros oder einer Gottheit zugeschrieben. Jedenfalls muß es nicht der Übende selbst sein; dieser mag vielleicht lieber das Gegenteil wollen — man denke an gewisse durch die Sitte eingeführte Geschenkverpflichtungen — und sich nur widerwillig fügen. Hier könnte man ja vielleicht noch sagen: „quamquam coactus tamen voluit“. Das trifft, rein psychologisch genommen, natürlich zu. Aber dieser Wille ist ein anderer als der, der zum Geben von Normen erforderlich ist. In einem gewissen Sinn ist ja schließlich jede Handlung gewollt, die nicht „unwillkürlich“ wie eine Reflexbewegung abläuft. Dieser Wille aber geht auf die Norm, insofern er sie befolgen, nicht insofern er sie geben will. Er setzt also ihre Gegebenheit bereits voraus. Diese verschiedene Intentionsrichtung charakterisiert den Willen zur Normgebung im Unterschied vom Willen zur Normbefolgung. Freilich können beide Arten von Normwillen auch in ein und derselben Person vorkommen und bei einer wirklich lebendigen Sitte wird dies die Regel sein. Der Einzelne wird der Sitte folgen, weil er ihr innerlich zustimmt, weil er es so für richtig und geboten hält.

Gerade deswegen aber, weil es auf die Auszeichnung durch objektive Richtigkeit, auf die Tatsächlichkeit des Sollens, bei der Sitte nicht ankommt, weil die Sitte auch unsittlich sein kann, ist ein ernstliches Wollen der Normen der Sitte unentbehrlich. Aus welchen Motiven sie gewollt werden, ob als Sitte oder weil sie — etwa irrtümlich — für religiöse oder ethische Normen gehalten werden, ist gleichgültig. Es braucht auch nicht der eben geschilderte günstigste Fall vorliegen, daß jeder, der die Norm übt, sie auch gibt. Zur Gegebenheit der Sitte genügt es, wenn ihr Inhalt von irgend jemand in Ernstbegehrung erfaßt wird. Das kann vielleicht eine führende Schicht oder auch eine Clique oder vielleicht gar nur eine einzige überragende Persönlichkeit sein, die möglicherweise schon lange tot ist. Gegebenheit ist ja etwas, was einer Norm, wenn nur einmal vorhanden, dauernd anhaftet. Ja, es ist nicht einmal nötig, daß der Geber der Sitte sie selbst auch übe. Heutzutage werden nicht selten von volkskundlich interessierten Städtern Versuche gemacht, verklungene Sitten wieder einzuführen, die möglicherweise so beschaffen sind, daß der Einführende selbst gar nicht in der Lage wäre, sie auch zu üben. Natürlich ist dies nicht die Regel, sondern schon ein recht exceptioneller Fall: Eine Art gesatzte Sitte. In der Regel wird vielmehr der Geber selbst gerade durch seine Übung den Normwillen indirekt zum Ausdruck bringen.

Was hinzukommen muß, ist — bei der Sitte nicht anders als beim Recht — die Geltung, d. h. die überwiegende Befolgung. Stärkstes, wenn auch nicht einziges Motiv dafür ist, daß die Übenden den Normwillen

das Gesetz eine Bestimmung unterläßt, weil es von der Voraussetzung ausgeht, daß solche Bestimmungen gewohnheitsrechtlich ohnehin vorliegen. In diesem Fall bedeutet die Lücke geradezu eine Verweisung auf bereits bestehendes Gewohnheitsrecht. Trifft dies aber nicht zu, so ist die Lücke eine Ermächtigung zur Bildung von Richterrecht. Wir wissen aber schon, daß Richterrecht zwar nicht notwendig Gewohnheitsrecht, immer aber konkludent gegebenes Recht und schon dadurch dem Gewohnheitsrecht verwandt ist. Bildet sich aber aus solchen einzelnen Fällen von Richterrecht, die an sich noch nicht präjudiziell wirken, eine ständige Praxis, so ist Gerichtsgebrauch entstanden, der nun einerseits für die Gerichte verbindlich ist, andererseits aber, weil er eben letzten Endes in der stillschweigenden Verweisung des lückenhaften Gesetzes begründet ist, auch als rechtmäßig gebildetes Gewohnheitsrecht gelten muß. Man erkennt hier die Bedeutung der Lückenfrage und abermals die Wichtigkeit der Interpretation, auf die schon an anderer Stelle hinzuweisen war<sup>1)</sup>.

### Die Geltung des Gewohnheitsrechts.

Die Eigenart des Gewohnheitsrechts liegt an der Art, wie es gegeben wird. Dadurch, daß es konkludent gegebene sozialrechtliche Norm ist, unterscheidet es sich von den sonstigen Rechtsnormen. Die übrigen Merkmale des Rechtsbegriffes kehren im Grund beim Gewohnheitsrecht in derselben Gestalt wieder, die sie auch beim gesetzten Recht haben. Es unterscheidet sich von gesetztem nicht durch den Inhalt, denn der Inhalt ist für den Charakter einer Norm als Rechtsnorm überhaupt gleichgültig. Es unterscheidet sich auch nicht in der Form, denn hat ein angeblicher Gewohnheitsrechtssatz nicht die allgemeine Form des Rechtssatzes, so ist er sicher nicht Gewohnheitsrecht.

Gewohnheitsrecht unterscheidet sich auch nicht in seiner Geltung von anderen Rechtsformen. Es ist darum im Grund keine Besonderheit, wenn man als Erfordernis des Gewohnheitsrechts überwiegende und langdauernde Übung fordert. Überwiegende Befolgung ist ganz ebenso auch Geltungserfordernis für jede andere Art von Recht. Daß man dies beim Gewohnheitsrecht besonders hervorhebt, dürfte zwei Gründe haben. Einmal interessiert man sich gerade beim Gewohnheitsrecht überhaupt mehr für den Entstehungs- oder eigentlich Positivierungsprozeß als bei anderem Recht, wo er als ziemlich selbstverständlich gilt. Und ferner ist der wenigstens auffälligste, wenn auch nicht gerade praktisch wichtigste Fall des Gewohnheitsrechts das derogatorische. Dieses aber muß als extrasystematisches Recht Geltung „selbst erwerben“, weil es sie nicht aus einem System, dem es ja gar nicht angehört, „borgen“ kann.

Eine Art Besonderheit des Gewohnheitsrechts ist nur, daß bei ihm Geltung in einem gewissen Sinn als selbstverständlich betrachtet werden kann. Freilich scheint das auf den ersten Blick keine Eigentümlichkeit

<sup>1)</sup> Vgl. oben S. 171 f.

des Gewohnheitsrechts zu sein. Denn, so könnte man sagen, wenn vom positiven Recht nur dort gesprochen werden soll, wo Rechtsnormen gegeben und in Geltung sind, dann ist es eben eine selbstverständliche tautologische Aussage, daß sie auch gelten. Die Besonderheit des Gewohnheitsrechts aber ist, daß bei ihm in einem gewissen Sinn Gegebenheit und Geltung zusammenfallen, indem in allen Fällen, wo es gegeben wird, auch seine Geltung, d. h. die Befolgung für diesen Fall gesichert ist. Das liegt im Wesen des konkludenten, indirekten Gebens von Recht. Wird Recht in der Übung konkludent gegeben, so bedeutet das ja, daß ein Verhalten an den Tag gelegt wird, das Verwirklichung einer stillschweigend vorausgesetzten Norm ist. Eben diese vorausgesetzte Norm wird aber durch dieses Verhalten auch erfüllt.

Und nicht anders ist es im Fall der konkludenten Normgebung durch Anwendung des Rechts von seiten gewisser Rechtsanwendungsorgane. Hier kann zunächst ganz dasselbe Verhältnis vorliegen, nämlich in bezug auf die Normen, die die Organe als für ihre Handlungen bindende Voraussetzung im konkludenten Handeln mitgeben. Der Fall unterscheidet sich in keiner Weise von dem ersten. Auch hier ist es ein Fall von Übung. Denn Normen, die für die Rechtsanwendungsorgane selbst gelten, werden ja von ihnen nicht angewendet, sondern geübt. So z. B. übt der Richter die Normen des Prozeßrechts genau so, wie der Kaufmann die des Handelsrechts; dagegen wendet der Richter in einem Prozeß zwischen Kaufleuten das Handelsrecht an, das diese üben. Aber auch bei dieser eigentlichen Anwendung fallen Geben und Befolgen zusammen. Wenn — um in unserem Beispiel zu bleiben — wegen Vertragsbruch eine Handelssache vor den Richter kommt, so ist zwar die betreffende Gebotsnorm von niemandem erfüllt worden; nicht von der Partei, denn gerade wegen Nichterfüllung steht sie ja vor dem Richter; nicht vom Richter, denn dieser hatte die betreffende Handelsnorm überhaupt nicht zu erfüllen und hat sie auch im Prozeß nicht zu erfüllen. Wohl aber realisiert er in der Rechtsanwendung die Sanktionsnorm des betreffenden Handelsrechtssatzes. Wie wir aber erkannten, kommt es für die Frage der Geltung eines Rechtssatzes nur darauf an, daß die Gebots- oder die Sanktionsnorm erfüllt wird. Gibt daher der Richter bei der Rechtsanwendung konkludent einen Rechtssatz, so ist eben dadurch, daß ein Anwendungsfall hier vorliegt, die Befolgung wenigstens der Sanktionsnorm des betreffenden Rechtssatzes sichergestellt.

In diesem Fall, in dem Befolgen (Üben oder Anwenden) der Norm und Geben zusammenfallen, fallen auch Rechtgebungs- und Rechtsbefolgungswille zusammen. Man kann also sagen, daß hier auch der Übende die *opinio necessitatis* hat. Und dieser Sachverhalt dürfte, unklar erfaßt, vorschweben, wenn es bisweilen heißt, daß Gewohnheitsrecht nur dort vorliege, wo die Rechtsgenossen das Bewußtsein haben, mit ihrer Handlungsweise eine Rechtsnorm zu erfüllen, unter Rechtsdruck zu stehen. Dieser Meinung liegt offenbar noch die alte Konfundierung von Gewohnheitsrecht und Volksrecht zugrunde, wobei still-

schweigend so etwas wie eine unmittelbare Demokratie vorausgesetzt wird, in der alles Recht nur Volksrecht ist. Man erkennt jetzt aber auch, daß diese Forderung durchaus nicht allgemein gilt. Denn beim Gewohnheitsrecht so wenig wie bei einem anderen muß der Kreis der Befolger mit dem Kreis der Geber zusammenfallen, vielmehr wird auch hier in der Regel der erste erheblich größer sein als der zweite. Befolger aber, die nicht zugleich Geber der Norm sind, brauchen die *opinio necessitatis* nicht zu haben. Das Recht begnügt sich mit objektiver Befolgung, ohne nach dem Motiv zu fragen.

Es wäre auch ein allzu sonderbares Ergebnis, daß die Geltung von Gewohnheitsrecht ganz selbstverständlich sein sollte, während doch in der Tat die Rechtswissenschaft seit den frühesten Zeiten bis in die Gegenwart sich sehr eingehend mit den „Erfordernissen des Gewohnheitsrechts“ beschäftigt hat. In Wirklichkeit hat es das Gewohnheitsrecht nicht nur nicht leichter, sondern bisweilen sogar merklich schwerer sich durchzusetzen als das Gesetzesrecht. Das gilt nämlich für alle Fälle des eigentlich derogatorischen Gewohnheitsrechts. Indem dieses sich gegen bestehendes Gesetzesrecht wendet, bekämpft es das System des Gesetzesrechts gleichsam von außen her. Als Norm außerhalb des Systemzusammenhanges aber kann eine solche derogatorische Gewohnheitsrechtsnorm nicht mit den übrigen Normen des Systems zusammen in die Grundnorm zurückprojiziert werden. Darum hat sie auch keinerlei Anteil an dem gesamten „Geltungsquantum“ des Systems, sondern muß sich ihre für die Positivität unerläßliche Geltung, d. h. überwiegende Befolgung, ganz allein erwerben. Wir hatten früher erkannt, daß Neueinführung sogar systematischen Rechts um so gewagter ist, an je höherer Stelle im System sie geschieht. Bedenkt man nun, daß eine systemwidrige Gewohnheitsrechtsnorm, auch wenn sie sich unmittelbar nur auf Rechtsverhältnisse letzter Stufe, z. B. Einzelbestimmungen des Mietenrechts, bezieht, sich doch indirekt auch gegen die Rechtserzeugungsbestimmungen des ganzen Systems wendet, indem es in ihrem Sinn liegt, sie solle gelten, obwohl sie nicht nach diesen Erzeugungsvorschriften gegeben wurde, so erkennt man, daß sie letzten Endes eine Änderung der Grundnorm des Gesamtsystems ist, von der sich ja alle einzelnen Rechtserzeugungsbestimmungen ableiten. Dann aber ist in der Tat die Durchsetzung derogatorischen Gewohnheitsrechts nicht mehr und nicht weniger als eine richtige kleine Revolution.

Eben deswegen aber, weil derogatorisches Gewohnheitsrecht nicht im Systemzusammenhang steht, sondern von außen eindringt, bestimmt sich seine Geltung auch nicht nach dem Satz von der *lex posterior*; ebensowenig wie sich eine Revolution auf ihn berufen kann, weil etwa das von ihr gegebene Recht später gegeben wurde als das, gegen welches sie sich wendet. Revolution und derogatorisches Gewohnheitsrecht sind beide auf ihre eigene Kraft zur Durchsetzung angewiesen.

Das ist, rein theoretisch gesehen, die Sachlage. In Wirklichkeit aber kann sie sich in besonderen Fällen oft recht erheblich anders gestalten, als diese Überlegungen allgemein zu ergeben scheinen. Es wurde bisweilen

— besonders in der Schule des Richterrechts — die Meinung vertreten, daß auch derogatorisches Gewohnheitsrecht dadurch staatliche Anerkennung, also Einbeziehung in das System, erfahren könne, daß es von den Gerichten des Staates angewendet wird. Das ist in einem gewissen Sinn richtig, bedarf aber doch genauerer Überlegung. Jedenfalls ist kein Gericht berechtigt, ein solches Gewohnheitsrecht ausdrücklich zu rezipieren, direkte Normgebung ist ja überhaupt nicht Sache der Gerichte. Und doch ist die Anwendung vor Gericht in zweierlei Richtung von Bedeutung. Einmal vermag sie — noch ganz abgesehen von der Systemfrage — der neuen Gewohnheitsrechtsnorm leichter zur Geltung zu verhelfen, was zunächst noch gar nicht Geltung im Sinn des Systems, also Geltung als rechtmäßiges Recht, bedeuten muß. Wir wissen ja, daß zur Geltung die Realisierung der Gebots- oder der Sanktionsnorm genügt. Bei dem nicht nur rechtlichen, sondern auch praktischen Sanktionsmonopol der Gerichte aber käme, wenn diese sich der Anwendung des betreffenden Gewohnheitsrechtssatzes versagen, nur mehr die überwiegende Befolgung der Gebotsnorm in Betracht. Damit wäre die Geltungsaussicht aber von vornherein stark herabgemindert. Wenden die Gerichte dagegen die fragliche Norm an, so tragen auch alle jene Fälle zur Geltung bei, wo zwar nicht die Gebotsnorm, aber doch die Sanktionsnorm, eben durch die gerichtliche Anwendung, erfüllt wurde. Das hat, von allen Systemfragen noch ganz abgesehen, große Bedeutung für die Durchsetzung derogatorischen Gewohnheitsrechts.

Nun ist aber die Anwendung vor Gericht auch für die Systemfrage nicht ohne Belang. Wegen der Rechtskraft auch des material rechtswidrigen Urteils besteht die durch gerichtliches Fehlurteil auf Grund eines derogatorischen Gewohnheitsrechts geschaffene Sachlage auch im Sinn des Systems zu Recht. Die eigentümliche Wirkung der Rechtskraft als „Fehlerkalkül“ ist also, daß zwar nicht der betreffende generelle Gewohnheitsrechtssatz, wohl aber das auf ihn begründete konkrete Rechtsverhältnis infolge des rechtskräftigen Urteils nun auch im Sinn des Systems zu Recht besteht: Ein rechtswidriges Urteil hat ein rechtmäßiges Rechtsverhältnis geschaffen. Aus mehreren übereinstimmenden Urteilen dieser Art könnte sich nun ein Gerichtsgebrauch bilden, der natürlich seinerseits, weil aus lauter rechtswidrigen Urteilen hervorgegangen, auch selbst rechtswidrig ist. Diese Urteilspraxis aber könnte z. B. Aufnahme in eine Verordnung finden. Hatte es sich bei dem fraglichen Gewohnheitsrecht um einen Gegenstand gehandelt, der durch Verordnung geregelt werden kann, so ist mit seiner Aufnahme in eine zu Recht erlassene Verordnung die Einbeziehung in das System erfolgt. Wäre dies aber nicht der Fall, weil das betreffende Gewohnheitsrecht vielleicht gesetzes- oder verfassungswidrig war, so würde sich daran durch die Aufnahme in die Verordnung nichts ändern; diese Verordnung wäre selbst rechtswidrig. Sie kann aber infolge einer Rechtskraftnorm höherer Stufe selbst bis zu etwaiger Anfechtung in Geltung bleiben und bis dahin nun die Gerichte auch rechtmäßig verpflichten. Das Spiel kann sich auf höherer Stufe wiederholen. So kann sich rechtswidriges Gewohnheitsrecht gleichsam

Schritt für Schritt Eingang in das System verschaffen, ohne daß es jemals rechtmäßig delegiert worden wäre. Es ist dann infolge der es schützenden Rechtskraftnorm auch rechtswirksam, aber immer nur „nach unten“, nicht „nach oben“, denn von der höheren Stufe her kann es jederzeit abgeändert werden. So ist auch seine Stellung im Stufenbau in diesem Fall angebbar, zwar nicht, wie sonst gewöhnlich durch Angabe einer delegierenden Norm, unter deren Stufenhöhe es steht, sondern durch Angabe der Rechtsschichten, auf die es seine Herrschaft ausgedehnt hat und über deren Stufenhöhe es steht. Und das ist wohl der höchste Triumph des rechtswidrigen Gewohnheitsrechts, daß es sich nicht nur tatsächlich durchzusetzen, sondern sogar in das System Eingang zu erobern vermag.

## Namenverzeichnis.

- |   |   |
|---|---|
| <p>Adickes 75, 91 f., 109 f., 145<br/>           Affolter 105<br/>           Ahrens 70<br/>           Anderssen 31<br/>           Anschütz 106<br/>           Aristoteles 1, 25<br/>           Augustinus 139<br/>           Austin 4, 107, 119 f., 125, 138, 156, 169<br/> <br/>           Barth 72<br/>           Bekker E. J. 70<br/>           Bekker Imm. 24<br/>           Bentham 91<br/>           Bergbohm 3, 4, 12, 24, 105<br/>           Beseler 28 f.<br/>           Bierling 4, 138, 153, 156, 159, 185, 186<br/>           Binder 4, 25<br/>           Binding 49 f.<br/>           Blackstone 121<br/>           Böhlau 27<br/>           Brie 6, 12<br/>           Brinz 105<br/>           Brown W. J. 124, 125 f.<br/>           Brütt 100<br/>           Brunner 161 f.<br/>           Bruns 30, 43<br/>           Bülow 107, 111, 112 f.<br/> <br/>           Campbell 119<br/>           Christiansen 38 f.<br/>           Clemens 36<br/>           Comte 72 f., 87, 94<br/>           Cropp 22<br/> <br/>           Danz 115 f.<br/>           Darwin 68, 91<br/>           Dernburg 30<br/>           Dniestrzański 87 f.<br/>           Dove 28</p> | <p>Dulong 154<br/>           Duroi 22<br/> <br/>           Ehrlich 68 f., 71 f., 79, 83 f., 93 f., 96, 105, 112<br/>           Einstein 69<br/>           Eisele 57 f.<br/>           Engländer 95<br/>           Erdmann 36<br/>           Eschenmayer 11<br/> <br/>           Falckenberg 34, 72, 73<br/>           Fechner 71<br/>           Feuerbach L. 67<br/>           Fichte 8, 9 f., 34, 67<br/>           Flavius Gnaeus (Deckname für Kantorowicz) 89, 95 f., 105<br/>           Fränkel 95<br/>           Frenzel 70, 72, 74 f.<br/>           Fries 39, 72<br/> <br/>           Gail 7<br/>           Gans 36, 37 f.<br/>           Gierke 29<br/>           Glanville 61<br/>           Gmür 52<br/>           Gnaeus Flavius (Deckname für Kantorowicz) 89, 95 f., 105<br/>           Goedeckemeyer 1<br/>           Goldschmidt L. 57<br/> <br/>           Hahn 94<br/>           Hamann 9<br/>           Harden 83<br/>           Hartmann Nicolai 5, 7<br/>           Harum 30<br/>           Hatschek 88<br/>           Heck 100 f.<br/>           Hegel 12, 26, 33 f., 42, 65, 108<br/>           Herbart 67</p> |
|---|---|

- Herder 9, 14  
 Herzfelder 48  
 Hinneberg 12  
 Hoffmann Em. 139  
 Holtzendorff 30  
 Huber 105  
 Hugo 13  
 Humboldt W. 9  
 Hume 61  
 Husserl 131  
  
 Ihering 41, 69, 90 f.  
  
 Jellinek G. 62 f., 178  
 Jellinek W. 53 f., 58, 106, 115, 117  
 Jodl 77  
 Joël 7  
 Jordan 107  
 Jung 97 f., 105, 106, 108 f.  
  
 Kant 8, 9, 39, 67  
 Kantorowicz 9, 89, 91, 95 f., 105  
 Kaufmann E. 106  
 Kaufmann F. 4  
 Kelsen 4, 174 f., 180, 181, 182, 183, 184  
 Kierulff 3, 39, 43 f., 48, 107 f., 109,  
 112, 119  
 Kirchhoff 41  
 Kirchmann 33, 68, 79, 89 f.  
 Kiss 105, 107, 118 f.  
 Knittermeyer 7  
 Kohler J. 30  
 Kornfeld 79 f., 94 f., 106  
 Kuntze 31 f., 41, 70  
  
 Laband 50, 53  
 Lamprecht 9  
 Landsberg 12, 29, 32, 91  
 Lask 4  
 Lasson 33, 35, 47 f.  
 Laun 105, 106  
 Leibniz 3, 9, 10  
 Leist 70 f.  
 Lessing 8 f.  
 Loening 12, 26  
 Lüders 55 f., 70  
  
 Mally 131, 165  
 Manigk 68  
 Marck 182  
 Markby 124 f., 127  
  
 Martinak 165  
 Martitz 114  
 Marx 94  
 Maxwell 69, 140  
 Mayer M. E. 4  
 Meier E. 54 f.  
 Meinong 131, 165  
 Merkl 107, 179 f., 181, 182, 189  
 Mitteis 29  
 Möller 9  
 Mokre 3, 24, 26, 27, 84, 130, 133, 136,  
 138, 142, 152, 161, 162, 174, 178,  
 182  
 Moór 106  
 Mynsinger 7  
  
 Nawiaski 53  
 Nelson 40  
 Newton 2, 3, 69  
  
 Oertmann 101, 116 f., 124  
 Otto 1  
  
 Peretiatkowicz 95  
 Petit 154  
 Pfersche 113  
 Plato 67, 140  
 Praechter 1  
 Puchta 7, 15 f., 24 f., 28, 29, 42, 48,  
 121  
  
 Radbruch 4  
 Reichel 30, 31  
 Reinach 4  
 Renner 94  
 Richter 32  
 Rolfes 24  
 Ross 111, 180, 182 f.  
 Roth 30  
 Rousseau 7, 12  
 Rückert L. 72  
 Rümelin G. 63 f., 92  
 Rümelin M. 66 f.  
 Rumpf 93  
 Russell 3  
  
 Sander 182  
 Savigny 7, 13 f., 27 f., 34, 36, 39, 42,  
 45, 68, 91, 121  
 Scheler 5, 135  
 Schelling 10 f., 25, 34, 38, 40, 42, 67

- Schiller 67  
Schlajker 93  
Schlegel A. W. 22  
Schloßmann 92  
Schmid R. 39 f., 44, 45 f.  
Schmidt B. 50 f.  
Schmidt R. 8  
Schneider 32  
Schreier 4, 132, 171  
Schreuer 29  
Schroeter 10  
Schultze 110 f.  
Schuppe 30 f.  
Seidler G. 58  
Seydl M. 48  
Sinzheimer 73 f., 95  
Sohm 29  
Somló 4, 104 f., 155, 172  
Spann 11  
Spencer 73, 87, 94  
Spiegel 106  
Stahl 29, 37  
Stammler 4, 24, 105, 136, 144, 161  
Sternberg 105
- Stintzing 7  
Sturm 70, 76 f.  
Tezner 88  
Thibaut 34  
Thöl 30, 70, 108 f.  
Ueberweg 1  
Ulpian 1  
Vangerow 29  
Verdroß 180 f., 184  
Völker 139  
Waechter 29, 30  
Weigelin 155  
Wenger 29  
Weyr 106  
Whitehead 3  
Windelband 1, 8  
Wolff 8 f.  
Wundt W. 71, 155, 156  
Zitelmann 40, 41, 58 f., 102 f., 175
-

---

**Manzsche Buchdruckerel, Wien IX**

---

**Rechtsphilosophie.** Von Dr. jur. et phil. **Max Ernst Mayer** †, Professor an der Universität Frankfurt a. M. Zweite, unveränderte Auflage. („Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft“, Band I.) VIII, 98 Seiten. 1926. RM 4,80 \*

---

**Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts.** Untersuchungen zur Geschichte der Rechts- und Staatslehre. Von Dr. Dr. **Johann Sauter**, Wien. IV, 231 Seiten. 1932. RM 16,—

---

**Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie?** Eine Erwiderung. Von **Hans Kelsen**. 31 Seiten. 1928. RM 1,80

---

**Beispiel, Exempel, Fall und das Verhältnis des Rechtsfalles zum Gesetz.** Vortrag, gehalten in der Göttinger Kantgesellschaft von **Hans Lipps**. 34 Seiten. 1931. RM 2,— \*

---

**Gleichheit vor dem Gesetz, Gerechtigkeit und Recht.** Entwickelt an der Frage: Welche Gewalten bindet der Gleichheitssatz in Art. 109 IRV? Von Dr. **Otto Mainzer**, Frankfurt a. M. VII, 126 Seiten. 1929. RM 6,90 \*

---

**Das Gesetz der Macht.** Von Prof. Dr. **Friedrich Wieser**. XVI, 562 Seiten. 1926. In Ganzleinen gebunden RM 27,—; in Halbleder gebunden RM 33,—

---

**Rechtskraft und Rechtsgeltung.** Eine rechtsdogmatische Untersuchung. Von Dr. jur. **Gerhart Husserl**, Gerichtsassessor, Privatdozent an der Universität Bonn. Band I: **Genesis und Grenzen der Rechtsgeltung**. XIV, 198 Seiten. 1925. RM 12,— \*

---

**Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Strafrechtsfolgen.** Von Staatsanwalt Dr. jur. **Karl Peters**, Privatdozent an der Universität Köln. XV, 255 Seiten. 1932. RM 19,80

---

**Das Rechtsgefühl in Justiz und Politik.** Von Geheimrat Professor Dr. **A. E. Hoche**, Freiburg i. Br. III, 102 Seiten. 1932. RM 5,80

---

\* Auf die Preise der vor dem 1. Juli 1931 erschienenen Bücher des Verlages Julius Springer-Berlin wird ein Notnachlaß von 10% gewährt.

**Der sinnhafte Aufbau der sozialen Welt.** Eine Einleitung in die verstehende Soziologie. Von **Alfred Schütz**, Wien. VII, 286 Seiten. 1932. RM 12,—; gebunden RM 13,50

---

**Grundlegung der Lehre vom sozialen Verband.** Von **Tomoo Otaka**, ord. Professor der Rechtsphilosophie an der Universität Keijo. XI, 280 Seiten. 1932. RM 12,—; gebunden RM 13,50

---

**Zur Biologie der Ethik.** Psychopathologische Untersuchungen über Schuldgefühl und moralische Idealbildung, zugleich ein Beitrag zum Wesen des neurotischen Menschen. Von Dr. **Otto Kant**, Privatdozent für Psychiatrie und Neurologie an der Universität Tübingen. (Bildet Band 7 der „Schriften zur wissenschaftlichen Weltauffassung.“) IV, 160 Seiten. 1932. RM 8,80

---

**Kritik der öffentlichen Meinung.** Von Dr. phil., Dr. jur. h. c., Dr. rer. pol. h. c. **Ferdinand Tönnies**, Geh. Reg.-Rat, ord. Professor der Staatswissenschaften. XII, 584 Seiten. 1922. RM 12,—\*

---

**Gesellschaft, Staat und Recht.** Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre. Unter Mitarbeit von: **J. Dobretsberger**-Graz, **W. Heinrich**-Brünn, **F. Kaufmann**-Wien, **J. Kraft**-Frankfurt a. M., **J. L. Kunz**-Wien, **R. A. Métall**-Genf, **A. Merkl**-Wien, **J. Moór**-Budapest, **T. Otaka**-Keijo, **L. Pitamic**-Washington, **F. Schreier**-Wien, **A. Verdroß**-Wien, **E. Voegelin**-Wien, **F. Weyr**-Brünn, **K. Yokota**-Tokio. Festschrift zum 50. Geburtstage von Hans Kelsen. Herausgegeben von **Alfred Verdroß**. V, 441 Seiten. 1931. RM 29,60

---

**Allgemeines Verwaltungsrecht.** Von Dr. **Adolf Merkl**, a. ö. Professor an der Universität in Wien. XVI, 400 Seiten. 1927. RM 27,—

---

**Zeitschrift für öffentliches Recht.** Herausgegeben in Verbindung mit **Gerhard Anschütz**-Heidelberg, **Max Hussarek**-Wien, **Max Lauer**-Wien, **Adolf Menzel**-Wien, **Adolf Merkl**-Wien, **Karl Rothenbücher**-München, **Richard Thoma**-Bonn, **Alfred Verdroß**-Wien, von **Hans Kelsen**-Köln. Schriftleiter; Alfred Verdroß-Wien. Erscheint in einzeln berechneten Heften von je etwa 160 Seiten Umfang. 4 Hefte bilden einen Band zum Preise von etwa RM 50,— bis RM 60,—.

\* Auf die Preise der vor dem 1. Juli 1931 erschienenen Bücher des Verlages Julius Springer-Berlin wird ein Notnachlaß von 10% gewährt.