

# RECHTSKRAFT UND RECHTSGELTUNG

EINE RECHTSDOGMATISCHE UNTERSUCHUNG

VON

**DR. JUR. GERHART HUSSERL**

GERICHTSASSESSOR, PRIVATDOZENT AN DER UNIVERSITÄT  
BONN

ERSTER BAND

GENESIS UND GRENZEN  
DER RECHTSGELTUNG



SPRINGER-VERLAG BERLIN HEIDELBERG GMBH

1925

# RECHTSKRAFT UND RECHTSGELTUNG

EINE RECHTSDOGMATISCHE UNTERSUCHUNG

VON

**DR. JUR. GERHART HUSSERL**

GERICHTSASSESSOR, PRIVATDOZENT AN DER UNIVERSITÄT  
BONN

ERSTER BAND

GENESIS UND GRENZEN  
DER RECHTSGELTUNG



SPRINGER-VERLAG BERLIN HEIDELBERG GMBH 1925

ISBN 978-3-662-31903-1      ISBN 978-3-662-32730-2 (eBook)  
DOI 10.1007/978-3-662-32730-2

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

MEINEM VATER  
GEWIDMET

## Vorwort.

Die folgende Untersuchung ist einem Hauptproblem der Rechtsdogmatik gewidmet. Unter Rechtsdogmatik verstehe ich die Wissenschaft von den Wesensvoraussetzungen des Rechts. Ihre Aufgabe ist die Herausarbeitung eines Systems reiner überzeitlicher Grundbegriffe, die eine Region apriorischer Möglichkeiten des Rechts bilden. Das Recht als raumzeitliche Wirklichkeit empfängt aus jener Region seinen wesentlichen begrifflichen Formenbestand. Die inhaltlichen Abweichungen verschiedener Rechte beruhen auf apriorisch (rechtsdogmatisch) vorgezeichneten Variationsmöglichkeiten der grundbegrifflichen Strukturen. Kein Recht aber, das sich der Wesensgesetzlichkeit des Rechts „überhaupt“ (des Systems der reinen Rechtsvoraussetzungen) zu entziehen vermag.

Die dogmatische Rechtswissenschaft ist ihrem Sinne nach unhistorisch. Sie hat am (historischseienden, geltenden) Recht nur insoweit Interesse, als dessen Inhalte grundbegrifflicher Reduktion zugänglich bzw. als faktische Besonderungen allgemeingültiger Rechtsstrukturen einsichtig sind. In jeder Einzelrechtsdogmatik — z. B. der des „gemeinen“ deutschen Zivilrechts — steckt eine Fülle von Erkenntnissen, die nur der Lösung aus der stofflichen Bezogenheit bedürfen, um durch Einfügung in den Begriffszusammenhang einer wahrhaft wissenschaftlichen Rechtsdogmatik ihre eigentliche apriorische Bedeutung zu enthüllen. Bei der dogmatischen Ausdeutung von Forschungsergebnissen, die durch Untersuchung von Gegenständlichkeiten eines bestimmten Rechtssystems gewonnen worden sind, ist freilich immer Vorsicht geboten. Es besteht die Gefahr, daß Gestaltungen dieses Rechts für allgemeingültige Rechtsbegriffe genommen werden, während sie in Wahrheit nur nach Komponenten Abwandlungen reiner Rechtsbegriffe darstellen, in ihrer Struktur zu einem wesentlichen Teil außerrechtlich bedingt sind. Der juristische Wesensforscher muß die Methode einer umfassenden Rechtsvergleichung befolgen:

Keine grundbegriffliche Untersuchung darf an dem Recht einer Periode allein orientiert sein. Die Blickwendung auf andere, durch historische Einfühlung zu erschließende Rechte — insbesondere frühe Rechte (zu denen auch das Völkerrecht gehört), deren Gestaltungen vermöge ihrer Primitivität einer Wesensanalyse am leichtesten zugänglich sind —, und die Vergleichung des dort Gesehenen mit Inhalten des modernen unmittelbar einfühlbaren Rechts lenkt das geistige Auge von selbst aufwärts zu den gemeinsamen überzeitlichen Grundstrukturen. Diese in ihrer Totalität als Wesensmöglichkeiten zu erfassen, erscheint ohne intime Kenntnis eines rechtlichen Anschauungsmaterials aus disparaten Perioden der Rechtsentwicklung nicht möglich. Es ist die Armut der menschlichen Phantasie, die zu dieser Methode einer rechtsdogmatischen Zwecken dienstbar gemachten Rechtsvergleichung nötigt. Für eine reine Rechtslehre wäre der Wert eines frei erdachten und eines wirklichen Rechts der gleiche: hier wie dort der Beispielswert einer juristischen Anschauungsmaterie. Aber keines Menschen Phantasie hat Kraft und Reichtum der konkreten soziologischen Anschauung. Eine Rechtsdogmatik, die nicht auf die lebendige Bilderwelt rechtlicher Wirklichkeiten als die von ihr begrifflich durchleuchtete, theoretisch gestaltete und verstandene Rechtswelt hinweisen kann, verfällt

unfehlbar (wie die Geschichte der Rechtswissenschaft zeigt) in einen Formalismus, der die großen Probleme der reinen Rechtswissenschaft zu sinnentleerten Formeln zusammenschrumpfen macht.

Die geforderte Methode harrt noch der Ausgestaltung. Ihre Handhabung wird immer in erheblichem Maße Sache des juristischen Taktes sein. Das gilt vor allem für die Fragen der Wahl und des Umfanges der Heranziehung positivrechtlichen Materials sowie der Ausdeutung historischer Rechtsformungen, wobei die bei einer unhistorischen Zielsetzung notwendig gegebene Gefahr der Vergewaltigung in fremden Rechten vorgefundener Rechtsgedanken sorgfältig vermieden werden muß.

Den methodisch als richtig erkannten Weg richtig zu begehen, bin ich bemüht gewesen. Man wird jedoch von diesem ersten Versuch souveräne Beherrschung der Methode nicht erwarten dürfen. Ich habe mich bewußt beschränkt, habe die Zirkelspannung der Fragestellungen lieber zu eng genommen, als begriffliche Variationen einzubeziehen, für deren zeitliche Realisierung mir die Anschauung fehlte. Die Untersuchung ist als zivilistische gedacht und geschrieben. Daß in diesem verengten, nur gelegentlich erweiterten Rahmen eine fruchtbare Behandlung des thematisch gestellten Problems möglich war, hoffe ich im folgenden gezeigt zu haben.

Andererseits ließ sich freilich ein Hinausgreifen über die Grenzen der Rechtsdogmatik nicht vermeiden. So wenig es meine Aufgabe war, eine Rechtsphilosophie zu schreiben oder eine apriorische Soziallehre zu entwerfen, ich war genötigt, wollte ich nicht unfundierte Thesen proklamieren, den Versuch zu machen, einige Grundsteine, die aus jenen Disziplinen einfach zu übernehmen nicht möglich schien, selber zu legen. Es handelt sich aber überall (auch im ersten Kapitel) bei sogearbeiteten Erörterungen um begrenzte, dem juristischen Zweck untergeordnete Analysen, deren endgültige philosophische Fundierung vorbehalten bleibt.

Eine Auseinandersetzung mit rechtsphilosophischen Systemen lag danach von vornherein außerhalb des Rahmens dieser Untersuchung. Aber auch von Hinweisen auf einzelne Erkenntnisse, die die rechtsphilosophische Literatur zutage gefördert hat, glaubte ich absehen zu sollen. Alle Autoren, die ein rechtsphilosophisches System entworfen haben, gehen von so anderen Voraussetzungen aus als diese Schrift, daß es immer erst einer eingehenden Prüfung und Darlegung meiner Stellung zu dem betreffenden System bedürfen würde, ehe ich von seinen einzelnen theoretischen Konsequenzen Gebrauch machen könnte. Das hätte auch für JULIUS BINDERS Philosophie des Rechts gelten müssen, wenn mir dieses bedeutende und umfassende Werk bei Abschluß dieser Schrift schon vorgelegen hätte.

Von dem Grundsatz, Hinweise auf die rechtsphilosophische Literatur zu unterlassen, habe ich nur in wenigen besonderen Fällen eine Ausnahme gemacht. Der wichtigste Fall betrifft den von HANS KELSEN (und seinen Schülern) aufgestellten Begriff der Rechtsgeltung. Eine Abgrenzung nach dieser Seite erschien geboten, da die wesentlichen Differenzen zwischen meiner Auffassung und jener Lehre ohne Unterstreichung des Trennenden vielleicht nicht scharf genug hervorgetreten wären. Es kommt hinzu, daß einige Schüler KELSENS der diese Schrift tragenden Grundauffassung der Rechtswissenschaft nahestehen. Die durchaus abweichende Methode bedingt hier die differenten Ergebnisse. Von der formalistischen, dem juristischen Gegenstand inadäquaten Behandlung rechtsdogmatischer Grundprobleme haben sich auch FRITZ SCHREIER und FELIX KAUFMANN nicht ganz frei machen können; die Methode KELSENS wirkt bei ihnen fort. Ihre Schriften bedeuten, trotz wichtiger Fortschritte in der Erkenntnis des formalen Rahmens der Rechtsdogmatik, sachlich doch einen Rückschritt gegen ADOLF REINACHS Werk, dessen Bedeutung von jenen nicht hinreichend gewürdigt wird. Der Leser dieser Untersuchung wird sofort erkennen, daß sie sich in entscheidenden Punkten von den Gedanken REINACHS entfernt. Das hindert mich nicht, das Verbindende festzustellen: die rein intuitive

Einstellung, die REINACH in so hohem Maße eigen war und die große fruchtbringende Hingegebenheit an die Probleme selber ermöglicht hat. REINACHS Versuch konnte freilich nicht zum angestrebten Erfolge führen. Sein weitgestecktes Ziel war bei einer stofflichen Bindung an das geltende bürgerliche Recht Deutschlands von vornherein unerreichbar. Die vielfach anfechtbaren Ergebnisse der REINACHSchen Schrift sind zu einem wesentlichen Teil die Folge seiner unzureichenden, nicht rechtsvergleichenden Methode, die ihn mit einem durchaus ungenügenden rechtlichen Anschauungsmaterial operieren ließ.

Es ist mehr als ein Zeichen kindlicher Dankbarkeit, wenn diese Schrift eine Widmung an meinen Vater trägt. Ihm verdanke ich das Verständnis für die prinzipiellen Notwendigkeiten jeder echten Wissenschaft, auch einer den letzten Erfordernissen der Wissenschaftlichkeit genügenden Jurisprudenz. Aus dieser Erkenntnis erwachsen Aufgabe und Methode. Dabei hat das Vorbild der phänomenologischen Forschungsweise nachhaltigen Einfluß gehabt.

Dies Bekenntnis zu einer geistigen Schülerschaft rechtfertigt nicht die Folgerung, es handle sich hier um ein Werk der phänomenologischen Schule. Diese Folgerung ist schon deshalb unrichtig, weil diese Schrift nicht philosophische, sondern rechtsdogmatische Ziele, ihr Verfasser als Jurist, nicht als Philosoph geschrieben hat.

Die folgende Untersuchung, die den ersten Teil des Gesamtwerks darstellt, ist aus einer mehrjährigen Beschäftigung mit rechtshistorischen, ins geltende innerstaatliche Recht und Völkerrecht weiterverfolgten Problemen hervorgewachsen. Die vielfachen Anregungen, die ich von anderen empfangen habe, spiegelt der Gedankengehalt dieser Schrift unmittelbar wieder. Zu besonderem Dank bin ich ERNST RABEL und JOSEF PARTSCH verpflichtet. Jener führte mich vor dem Kriege ins antike Recht ein. Dieser half mir durch weitgehende persönliche Förderung die jahrelang unterbrochene Verbindung mit dem rechtsgeschichtlichen Studium wiederzugewinnen und eröffnete mir ein inneres Verständnis für die Probleme des altgriechischen und hellenistischen Rechts.

Der juristischen Fakultät der Universität Bonn hat die Untersuchung als Habilitationsschrift vorgelegen. FRITZ SCHULZ hat das Manuskript gelesen und mich auf manche verbesserungsbedürftige Formulierung aufmerksam gemacht. Ich danke ihm dafür auch an dieser Stelle.

Bonn a. Rhein, Ende März 1925.

Gerhart Husserl.

# Inhaltsverzeichnis.

## Erstes Kapitel:

### Grundbegriffe.

	Seite
A. Recht und Rechtsgeltung . . . . .	1
§ 1 . . . . .	1
1. Recht . . . . .	1
a) Die Frage nach dem Wesen des Rechts (1).	
b) Der Begriff des Rechtssachverhalts (2).	
c) Rechtssubjekt und Rechtsgemeinschaft (2).	
Es gibt Rechtssubjekte verschiedener Ordnung (2). Rechtssubjekt und homo sapiens nicht identisch (2). Die Rechtsgemeinschaft setzt die Konstituierung eines „Wir“ der sich vergemeinschaftenden Subjekte voraus (3). Die Engelschar ist keine Rechtsgemeinschaft (3). Das einzelne Rechtssubjekt als Rechtsgenosse (4).	
d) Der Rechtskreis (5).	
e) Recht gleich Rechtsnorm. Objektives und subjektives Recht (5). Die Rechtswirkung (5).	
2. Geltung . . . . .	6
a) Das „Sein“ des Rechts kein Naturphänomen, kein psychischer Vorgang (6).	
b) Rechtsgeltung und außerrechtliche Geltung (8).	
Der Satz der Logik gilt kraft seiner Wahrheit (8). Der Rechtssatz ist Willenssatz (8). Bindung des Rechts an logische Gesetze (9). Vorrechtliche soziale Geltung des Gesetzentwurfs (9). Beispiel (9). „Philosophisches“ Recht (10). Das Recht unter Menschen ist menschliches Erzeugnis (11). „Wirklichkeit“ des Rechts (11). Seine prinzipielle Aufhebbarkeit (12). „Außerkräftsetzung“ einer Rechtsnorm (12).	
c) Das Recht wirkt in positiver und negativer Richtung (13).	
1. In positiver (13), 2. in negativer Richtung (13). Der Normbegriff (14). Begriff der Rechtskraft (15). Erläuterung an Beispielen (15).	
d) Die weitere Aufgabe (16).	
B. Abstrakte und konkrete Rechtsgeltung . . . . .	17
§ 2 . . . . .	17
I. Die Rechtskonkretisierung allgemein . . . . .	17
Die gestaltende Wirkung der Rechtskonkretisierung. (17)	
1. In bezug auf den Tatbestand (17).	
Die „Fallwerdung“ des Lebenssachverhalts im Strafprozeß (18). Verteidiger — Ankläger — Richter (18).	
2. In bezug auf das Recht selber (19).	
„Rechtsverwirklichung“ (19). Vergleich mit der künstlerischen Reproduktion (20). Abstrakte und konkrete Seinsform des Kunstwerks (20). Nicht der Werke der bildenden Kunst (21). Reproduzierbarkeit der Reproduktion (22). Die Parallele zwischen Rechts- und Konkretisierung und ihre Grenzen (22).	
3. Die „Objektivität“ des Gegensatzes abstraktes — konkretes Recht (23). Versuchte Rechtsformung (24). BüLows Auffassung der Rechtskonkretisierung (25).	
II. Die rechtsgeschäftliche Geltungserzeugung . . . . .	26
1. Der normative Charakter des Vertragsrechtes . . . . .	26
Der „Vertragswille“ (26). Das Willensziel der Vertragsschließenden (27). Das Rechtsgeschäft ist nicht bloßer „Tatbestand“ (27).	
2. Anwendung abstrakter Rechtsnormen der Gesamtrechtsgemeinschaft durch die vertragsschließenden privaten Rechtssubjekte . . . . .	27
Parteilicher Individualwille und rechtsgeschäftlicher Gesamtwille (28). „Vertrag“ und „Vereinbarung“ (29). Gegen HEILBORN (29).	



3. Vertragliche Rechtssetzung im „rechtsfreien“ Raume . . . . . 30

a) „Primäre Individualrechtsgeltung“ (30).  
 Individualrecht und Recht abstrakter Geltung (31). „Normenverträge“ (31). Soziologische Differenzierungen der Vertragstypen und juristische Unterscheidungen (31).

b) Originäre Rechtssetzung innerhalb eines Gesamtrechtsverbandes stehender Rechtssubjekte (32).  
 Der Staat in seinem Herrschaftsbereich alleinige Rechtsquelle? (32). Rechtsautonomie privater Rechtssubjekte (33). Der „Freigabeakt“ der Gesamtrechtsgemeinschaft (35). „Externe“ Rechtsgeltung (35). Privatrecht als Koordinationsrecht (36). Seine ursprüngliche Gestalt (37). Rechtlich freie, aber konventional abhängige private Rechtssetzung (37).

c) Ableitung der Rechtsgeltung „primären“ Vertragsrechts aus dem Satze „pacta sunt servanda“? (38).  
 MANIGKs Standpunkt (38). KELSEN (38). Ein Beispiel primären Vertragsrechts (39). Die Berufung auf den Satz p. s. s. als moralisches Argument (39). KELSENs Ableitung der Geltung dieses Satzes (39). K. setzt fälschlich gleich logische Geltung und Rechtsgeltung (40). Sein und Sollen (40). Gegen MANIGK (42). Autonom gesetztes Recht als „freies“ Recht (43). Richterliche Rechtsschöpfung (44). GEIBS „latentes“ Recht (44). Anlehnung der Rechtsprechung an Konventionalnormen (45). Wesensgesetzliche Bindung auch des „freien“ Rechts (46).

Zweites Kapitel:

Theorie des Rechtskreises.

Erster Abschnitt:

Das Recht im Ursprungsrechtskreis.

A. Die aktmäßige Konstituierung der Rechtsgeltung . . . . . 47

§ 3 . . . . . 47

I. Der zur Konstituierung des Rechtskreises erforderliche psychische Aktbestand 47

1. Der Willensakt und seine Verlautbarung . . . . . 48

Der interne psychische Vorgang ist „Entschluß“ (48). Als solcher keine Rechtsrealität (48). „Gott allein sieht das Herz“ (49). Willensverlautbarung nicht identisch mit Willenserklärung (49). Eine außerrechtliche Parallele (49). Verlautbarung des Willens an eine „intersubjektive Adresse“ erforderlich (50).  
 Mißverständnisse in der juristischen Literatur (50). Erläuterung am Beispiel der „Verzeihung“ (51).  
 v. THURS Definition der Verzeihung (51):

a) Dabei nicht geschieden Akt und Aktverlautbarung (51). Der Standpunkt anderer Autoren (52).  
 b) Es wird ferner verkannt, daß die V(erzeihung) der Willensregion angehört (52).  
 Die V. nicht „Gefühl“ (53). Richtig EGGER (53). Gegen WOLFF und KIPP (54). Die V. ist Rechtshandlung (54). Ihr außerrechtliches, sozial-ethisches Wirkungsfeld (55). Verzicht und Verzeihung (55). Schuldverlaß und Begnadigung (56). Fortentwicklung des Verzeihungstatbestands zum Rechtsakte (Verzichtsakte) (56). Beispiel aus dem attischen Recht (56).  
 Soziale Wirksamkeit von Willensakten ohne Willensäußerung ausgeschlossen (58). Scheinausnahmen (58).

2. Ist Willensäußerung (ohne dahinterstehenden Willensakt) als Aktkonstituente des Rechts möglich? . . . . . 59

Willensverlautbarung ist Ausdruck, Zeichen „für“ (59). Falsche Zeichenlegung (60). Beschränkungen der Zeichenkorrektur durch die Rechtsordnung (61). Generelle (sprachliche) Zeichensetzung (61). Im Gegensatz dazu die Chiffresprache, die eine individual-normative Zeichenzuordnung bewirkt (62). Normative Formgebundenheit (63). Ihre Modi (63). Formelle und formlose Rechtsakte (64). Die mögliche Doppelwirkung des Formzwanges (64). Zeichenzwangsbewertung (64). Sie ist auch bei formlosen Willensäußerungen möglich (65). Beispiel des § 164 II BGB. (65). Die Mentalreservation kein Fall der rechtssatzmäßigen Zuordnung von Zeichen zu indiziertem Akt (66).

	Erschwerung der Zeichenkorrektur durch die Rechtsordnung bei freier Zeichenwahl (67). Beispiel (68). Grundsätzliche Versagung einer Korrektur der Zeichenlesung im Bereiche des Rechtsformalismus (69). Das „Wort“ im primitiven Recht (70).	
	Auch in den Fällen normativer Zwangsbewertung bleibt der Unterwerfungsakt Konstituente der Rechtsgeltung (70). Er wird aber dem sinnlichen Zeichen normativ zugeordnet und unter Umständen fingiert (71).	
II.	Ergänzungen zu I. . . . .	71
1.	Der zur Normwerdung als Konstituente erforderliche Unterwerfungsakt braucht nicht den Charakter eines spontanen Entschlusses zu haben (71). „Gewohnheitsrecht“ (71). Auch hier keine Ablösung vom willentlichen Fundament (72). Der angebliche Gegensatz von „Recht“ und „Gesetz“ (72).	
2.	Das Geltungsfundament der staatlichen Rechtsordnung (73). Sie ruht auf der „Verfassung“ (73). Verfassungsmäßige Delegationen und Ermächtigungen zur Rechtssetzung an bestimmte Willensträger (73). „Revolutionäres Recht“ (74). Zeugung der „formellen“ Verfassung durch Gemeinschaftsrepräsentanten (74). Konstituierung der Rechtsgemeinschaft durch Willensvertreter (74). Setzung der Verfassung durch Majoritätsbeschluß? (75). Verfassungsänderung (75).	
3.	„In contractibus natura aequalitatem imperat“ 76). Kein Vertrag zwischen Freiem und Unfreiem? (76). Das Vertragsrecht muß für beide Teile im selben Sinne Norm sein (77). Verträge zwischen Staat und „Untertan“? (77). Auch die Anstellung als Beamter setzt im modernen Recht einen Vertrag voraus (77). Vertrag zwischen Sieger und Besiegtem? (78). Geltung des erzwungenen Rechtsgeschäfts (79).	
B.	Die Ersetzbarkeit der parteilichen Unterwerfungsakte . . . . .	80
I.	Grundlegung . . . . .	80
§ 4	. . . . .	80
	Fragestellung (80).	
I.	Es handelt sich hier um das Problem der Drittintervention . . . . .	80
	„Dritter“ (80).	
1.	Nicht hierher gehören die Fälle des sogenannten „Kontrahierungszwanges“ (80).	
2.	Die Stufen der vertraglichen Geltungsgenese (82). Vereinfachter Weg zur Normverbundenheit (82). Der regelmäßige Weg bei der Genese „gewöhnlicher Verträge“ (83). Der stufenweise Aufbau des Vertragsrechts (83). Einigsein — Nichteinigsein (83). a) Die Stufe der „totalen Nichteinigigkeit“ (84). Der allein vom Willen zur Macht getragene Krieg und der Krieg als Rechtsverfolgung (84). Im zweiten Falle ist ein „Streitgegenstand“ im Rechtssinne vorhanden (84). b) Die Stufe des „partiellen Nichteinigseins“ (85). Das Stadium der Vertragsverhandlungen, das zur Aufhebung der vorvertraglichen Willensgegensätzlichkeit der Parteien noch nicht geführt hat (86). Vertragliche Verbundenheit beruht auf Präentionsverzicht der Kontrahenten (86). Voraus geht ein Zustand möglicher Parteipräentionen (87). Der Sinn des Präentionsverzichts beim bindenden Vertragschlusse (87).	
3.	Die Möglichkeiten einer Drittintervention (88). Der intervenierende Dritte kann in verschiedenen Rollen tätig werden (88). Drittintervention im Falle des Normangriffes einer Partei (89). Dessen Wirkung auf das vertragliche Rechtsverhältnis (89). Wann kann der Dritte eingreifen? (89).	
II.	Die Rechtspräention . . . . .	90
	Definition (90). Das Präentionsverhältnis (91). Begriff des Streitiges (91). Die Neuformung des Rechtes durch den Rechtsstreit (91). Der Begriff der „Geltendmachung“ (92). Präention und prozessualer „Anspruch“ (93). Gegen WACHS Gleichsetzung von „Anspruch“ und „Rechtsschutzanspruch“ (94). Die Gegenpräention des Beklagten (94). Die Parteileistung im modernen Zivilprozeß (95). Abwandlungen der Parteipräentionen (95). Präention originären Rechts (96). Oder: Der Präendent verlangt nicht nur Rechtskonkretisierung, sondern auch Tatbestandsgestaltung (97). Kombination beider Arten der Abwandlung ist möglich (97).	

Die Rechtsprävention als Korrespondenzakt (97). Die Bedeutung des Eintritts des Dritten in das parteiliche Präventionsverhältnis; „Öffnung“ der Ich-Du-Beziehung (97). Der Gesamtrechtsverband als Dritter (98). Das dreiseitige Rechtsstreitverhältnis (98). Das Gericht als „Geltungsinstanz“ (99). Im Rechtsstreit wird eine normative Wirklichkeit „dargestellt“ (99). Der Rechtsstreit ein „bildhafter“ Kampf (100). Der signifikative Charakter der Prozeßhandlungen (100). Der Kampfgedanke im Strafprozeß (100). Soziologische Grundlage des Prozesses; besonders deutlich in früheren Rechtsperioden (101). „Nachaußenwendung“ der präentional geformten Parteiakte zufolge Eintritts des Dritten in das Streitverhältnis (102).

II. Rechtsgrundlagen und Geltungswert der Entscheidung des Dritten 102

1. Die Modalitäten der Dritrintervention (zwecks Ersatzes der parteilichen Unterwerfungsakte) . . . . . 102

§ 5 . . . . . 102

a) Dritteingriff zwecks Herstellung einer provisorischen, präentional fundierten Rechtsbeziehung der Parteien . . . . . 102

Zusammenschluß der Streitteile zum rechtsstreitmäßigen Präentionsverhältnis (102). Ersatz der erforderlichen Unterwerfungsakte der Parteien durch Diktat der intervenierenden Gesamrechtsgemeinschaft (103).

α) Dritrintervention bei Konstituierung des Prozeßrechtsverhältnisses . . 103

Der Grundsatz: „Ohne Einlassung des Gegners kein Rechtsstreit“ schließt einseitige Rechtsstreiteröffnung aus (103). Ladungsselbsthilfe (103). Kontrahierungszwang bei der Prozeßbegründung (104). Beispiel des römischen Formularprozesses (104). Aufgabe des Prinzips der vertraglichen Prozeßbegründung im Laufe der späteren Entwicklung (105). Fiktion der „negativen Litiskontestation“ bei Säumnis des Beklagten (106). Eremodizialverfahren (106). „Affirmative“ LC (106). ZPO § 331 a (107). Das Wesen der einseitigen Rechtsstreiteröffnung (107). Sie führt zur Prozeßbegründung zufolge „abstrakter“ Intervention der Gesamrechtsgemeinschaft (108).

β) Dritrintervention bei Erzeugung einer vorvertraglichen, nicht rechtsstreitmäßigen (partiellen) Einigung der Parteien . . . . . 108

Einigung auf eine Verhandlungsbasis (108). Zwangseingriff eines Dritten, der dieses beschränkte Ziel verfolgt (109). Die soziologischen Voraussetzungen (109). Das „Friedegebot“ im deutschen Mittelalter (110). Das Güteverfahren im modernen Recht (111). Intervention des Staates bei Gesamtstreitigkeiten sozialer Verbände (111). Das gegenwärtige Schlichtungsverfahren bei Arbeitsstreitigkeiten (112).

b) Dritrintervention nach Begründung des (dreiseitigen) Präentionsverhältnisses . . . . . 112

Der Spruch des Dritten (112).

α) Die verschiedenen Rollen, in denen der Dritte tätig werden kann . 113

„Arbiter“ und „arbitrator“ (113). Die Tätigkeit eines „mediator“ (114). Beispiele (114). Der Übergang vom mediator zum arbitrator (115). Funktionale Verschiedenheit (115). Der Spruch des arbitrator als Sachverhalt möglicher präentionaler Rechtsgeltung (116).

Andere Fälle eines auf Unterwerfung unter einen präentional geformten Sachverhalt angelegten Verfahrens (116). Beispiele (116). Präentionale Rechtsgeltung und „anfechtbare“ Rechtsgeltung (117). Die besondere Struktur des unverbindlichen Schiedsspruches gegenüber den erörterten Sachverhalten präentionaler Rechtsgeltung (118). Unterwerfung der Parteien unter den Spruch des arbitrator durch Diktat des Staates? (119).

β) Die „Verbindlichkeitserklärung“ (VE.) von Schiedssprüchen im gesetzlichen Schlichtungsverfahren . . . . . 119

Das Anwendungsgebiet der VE. (119). Ihre normative Funktion: Ersatz der parteilichen Annahme des Spruches (120). I. Der Schiedsspruch vor Annahme bzw. VE. (120). Er ist kein bloßer Vergleichsvorschlag (120). Die Auffassung DERSCHS, der Spruch schaffe bedingtes Recht (121). II. Die Annahme des Schiedsspruches (122). Die Annahmekte als reine Unterwerfungsakte (122). Vergleich mit dem prozessualen Anerkenntnis (122). Die Annahmeerklärung ist Prozeßhandlung (123). Daher Irrtumsanfechtung ausgeschlossen. Gegen DERSCH (123). Annahme des Spruchs und Rechtsmittelverzicht (123).

	Seite
Rechtlicher Sinn der VE. (124). Ihre spezifische normative Rechtswirkung (124).	
γ) Ist der (verbindliche) Schiedsspruch Entscheidung? . . . . .	125
<p style="margin-left: 2em;">Auch im Schlichtungsverfahren handelt es sich um Rechtsstreitigkeiten (125). Nicht freilich um Entscheidung einer Rechtsfrage im strikten Sinne (125). Der Begriff der „Entscheidung“ (126). Die primäre Zielsetzung des Richters (126). Das unrichtige Urteil (127). Das konstitutive Urteil (128). Dieses und der Schiedsspruch im Schlichtungsverfahren (128). Die dem Urteilenden hier obliegende Doppelaufgabe (128). Die ein konstitutives gerichtliches Urteil begehrende Partei macht ein Recht auf Rechtsänderung geltend (128). Nicht so der Prätendent im gesetzlichen Schlichtungsverfahren (129). Die Entscheidung des arbitrator als Billigkeitsentscheidung (129). Gerichtliche Entscheidungen nach billigem Ermessen (130). Auf solche Entscheidung hat die Partei einen Rechtsanspruch (130). Dieser Anspruch fehlt im Schlichtungsverfahren (131). Da ist die Streitlösung freie Willensleistung — der Parteien, des Dritten — (131). Kommt es aber zum bindenden Spruch, so ist dieser Entscheidung (131).</p>	
2. Die bindende Kraft der Entscheidung des Dritten . . . . .	132
§ 6 . . . . .	132
Antizipation der parteilichen Unterwerfungsakte . . . . .	132
a) Dem Dritten wird von den Parteien die Rechtsmacht zur Festsetzung des Leistungsquantums eingeräumt . . . . .	132
b) Der Dritte als von den Streitteilen zur schiedsrichterlichen Entscheidung gerufener Intervenient. . . . .	133
<p style="margin-left: 2em;">Parteiliche Anrufung einer schiedsrichterlichen Instanz auf Grund Schiedsvertrages oder ohne solchen (133). Schwäche der Geltungskraft des Spruches im Falle des Art. 37 II Haager Abk. v. 1907 (133). Generelle (abstrakte) Antizipation der die Entscheidungsgewalt des arbitrator konstituierenden Parteiakte (135). „Isoliertes“ und „institutionelles“ Schiedsgericht (135). Im zweiten Fall besteht „Einlassungszwang“ (135). Beispiel: Die Völkerbundsakte des Versailler Vertrages enthält keine obligatorische Schiedsgerichtsbarkeit (136). Wohl aber der deutsch-schweiz. Vertrag v. 3. 12. 1921 (137).</p>	
c) Geltungsgrund und -wert des gerichtlichen Urteils . . . . .	138
<p style="margin-left: 2em;">Der Spruch des institutionellen Schiedsgerichts (138). Geltungsgenetischer Gegensatz zwischen ihm und dem gerichtlichen Urteil (138). Die Quelle der Urteilsgeltung ist die Verfassung der Gesamtrechtsgemeinschaft (138). Die Urteilsrechtskraft als Eingriff in die Freiheitssphäre der privaten Rechtsgenossen (139). Die soziologischen Voraussetzungen für einen derartigen Eingriff waren nicht immer gegeben (139). Der von der Gesamtgemeinschaft delegierte Dritte hatte anfangs nur die Stellung eines arbitrator (140). Der Geltungswert des Richterspruchs früher Rechtsperioden (140). Der Richter gibt hier regelmäßig nur einen Beitrag zur Rechtsstreitlösung, die herbeizuführen Sache der Parteien ist (141). Urteilstwirkung und „Prozeßbeilegung“ im altbabyl. und germ. Recht (141). Prozessualer „Streitverzicht“ und rechtsgeschäftlicher Prätentionsverzicht (142). Die Geltungsgenese des richterlichen Urteils im Verhältnis zur Normwerdung anderer konkreter Rechtssachverhalte (143).</p>	

#### Zweiter Abschnitt:

### Erweiterung der Wirkungsgrenzen des Rechts.

A. Die Möglichkeiten einer extensiven Vermehrung der Rechtsgeltung . . . . .	144
§ 7 . . . . .	144
Fragestellung (144).	
I. Die Modi der Geltungserweiterung. . . . .	144
<p style="margin-left: 2em;">Die Bedeutung „externer“ Rechtsgeltung für das Sein eines Rechtssachverhaltes (145). Abschwächung des nur intern gültigen Rechts, dem Erlangung externer Rechtskraft bestimmt ist, zur vorläufigen, aufhebbaren Norm (145). Handelt es sich um konkretisiertes Recht der Gesamtgemeinschaft, so fallen Rechtsgeltung überhaupt und externe Rechtsgeltung zusammen (145). Verleihung externer Rechtsgeltung an autonom gesetztes Recht dagegen ein sekundärer Vorgang (146). Normaußen- und Norminnenwirkung (146). „Rechtskreisentbundene“ (absolute) Rechte universeller Rechtskraft (147).</p>	

Rechtskreise mit „dehnbarer“ Peripherie (147). Die Norminnenwirkung staatlichen Rechts gegenüber Ausländern (147). Die Beitrittsklausel bei schlichten Verträgen (149). Der „Beitrittszwang“ im innerstaatlichen Vertragsrecht (149). Die Allgemeinverbindlichkeitserklärung (AVE.) von Tarifverträgen (150). AVE. im Verhältnis zur VE. im gesetzlichen Schlichtungsverfahren (151). AVE. und die territoriale Geltung staatlichen Rechts (151).

II. Die Normwerdung rechtskreisentbundener Rechte . . . . . 151

Die Stellungnahme der Gesamtgemeinschaft zu Rechtssetzungen ihrer Genossen (152), zu universelle Rechtsgeltung prätendierendem konkreten Recht (152). Mitwirkung des Staates bei der Geltungsgenese rechtskreisentbundener Rechte (152). Gültigkeitserfordernisse sinnlicher Art (153). Z. B. das körperliche Haben einer Sache (153). Die zwei Stadien der Genese universeller Rechtsgeltung (153). Die Wertung der Rechtsgestaltung des ersten Stadiums durch die Gesamtgemeinschaft (153).

1. Volle Bejahung des parteilich gesetzten, der zur Zeugung universell wirkenden Rechts erforderlichen Form entbehrenden Rechtssachverhalts durch die Gesamtrechtsgemeinschaft. . . . . 154

Die insoweit anerkannte Norm entfaltet inter partes die volle Rechtswirkung . . . . . 155

a) Der Geltungswert sog. „relativer“ Rechte . . . . . 155

Das relative Recht gilt (mit seiner inhaltlichen Beschränkung), extern anerkannt, inter omnes (155). Verletzbarkeit von Forderungsrechten durch Dritte (155). Die Bedeutung des Satzes: „Res iudicata ius facit inter partes“ (156). Erstreckung der Rechtskraft auf Dritte (157). Die „Rechtskreisentbundenheit“ von Entscheidungen, die „für und gegen alle“ wirken (157). Die Normaußenwirkung des die Parteien allein bindenden gerichtlichen Urteils (158).

b) Beispiele für den oben S. 155 angegebenen rechtsdogmatischen Fall . . 159

Französisches Mobiliarkaufrecht (159). Art. 2279 Code civil (160). Das franz. Gesetz v. 23. 3. 1855 sur la transcription en matière hypothécaire (160). Analogie zur *βιβλιοθήκη ἐγκλίσεων* des römischen Ägypten (161) und zum Preußischen Eigentumserwerbsgesetz von 1872 (161). Die rechtsdogmatische Beurteilung der angeführten Sachverhalte (161).

2. „Halbe“ Bejahung der parteilichen Vorarbeit bei der Schaffung „absoluter“ Rechte durch die Gesamtgemeinschaft . . . . . 162

Die Wirkung ist: eine reduzierte Rechtsgültigkeit des Geschäftsbestandes (162). Die Reduzierung der Geltung betrifft auch die Norminnenwirkung (163). Die unterste Grenze abgeschwächter Rechtsgeltung (163). Die Parteien binden sich hier nur vorbehaltlich, vorläufig (163). Freie Lossagung von der rechtsgeschäftlichen Bindung aber nicht gestattet; Lossagung bedeutet Normbruch (164). Kein Rücktrittsrecht (164). Es besteht aber die Möglichkeit einer „Geltungsentwertung“, die tatbestandlich vorgezeichnet und in Rechnung gestellt ist (165). Die sekundäre Sanktionsnorm des Rechtsgeschäftes (165).

Speziell die Geltungsgenese absoluter Rechte (165). Mögliche Abwandlung des normgenetischen Aufbaus in der Weise der Zerlegung des ersten Stadiums der Normwerdung in zwei Phasen (165). Mit Abschluß der ersten Phase ist nur eine brüchige Rechtsgeltung erreicht (165). Die Verwirklichung der zweiten Phase erhebt den Erwerbssachverhalt zur vollwirksamen Norm inter partes (165). Die Normwerdung ist hier dreistufig (166).

Beispiel des hellenistischen Kaufrechts (166). Die *κηροίς νορία* (166). Abschluß des ersten Stadiums der Normwerdung mit Zahlung der *τιμή* (167). Der Gegensatz von *ἐργον* und *νόμος* im Charitonroman (167). Das Arralgeschäfft erzeugt einen Erwerbssachverhalt von brechbarer Rechtskraft (168). Rückgriff des Veräußerers auf die verkaufte Sache bleibt möglich (168). Der darin liegende Normbruch realisiert aber die *ἐπίτιμον*-Haftung (169).

B. Die „abhängige“ Rechtsgeltung als eine Grundform der unvollkommenen Normaußenwirkung. (Zugleich eine Theorie der „personalen“ Garantie) . . . . 169

§ 8 . . . . . 169

„Garantie“ konkretisierten Staatsrechts durch den Staat (170).

I. Die „personale“ Garantie . . . . . 170

Begriff (171). Der „auctor“ (171). „Innen“- und „Außen“-garantie (171).

1. „Innengarantie“ . . . . . 172

	Nicht hierher gehört die völkerrechtliche Garantie von Verträgen (172).	
	Analyse der vertraglichen „Innengarantie“ am Beispiel des hellenistischen Kaufrechts (173). Der auf Grund erfolgter Zahlung perfekte Kaufvertrag (173). <i>μη ἐπελεύσομαι</i> -Klausel im griech., „Haltensollen“ im germ. Recht (173). Die Perfizierung des Erwerbsgeschäftes kann von der Tatsache der Preiszahlung unabhängig gemacht werden (174). Die Vertragsrechtsgeltung von dem verlautbarten Verzicht des Verkäufers auf Anfechtung der Erwerbsnorm getragen (175). Die Wirkung dieses Verzichts. Beispiel anderer Rechte (175). Die <i>πωρία</i> -Klausel der gräko-ägyptischen Papyri (175). Das Vorstadium möglichen entgeltlichen Zugriffs des Veräußerers im Arralgeschäft festgehalten (176). Die Rechtsgeltung des Erwerbssachverhalts ist hier eine vom Willen des Verkäufers abhängige (177). Die sekundäre Garantie des Staates (177). Der Arralvertrag als Vorstufe des bindenden Kaufvertrages (178). Der Sinn der dem Arralverkäufer auferlegten „ <i>autoritas</i> gegen sich selber“ (178).	
2.	„Außengarantie“ . . . . .	179
	„Gewährschaft“ (179). Der Drittangriff (179).	
	a) Der Ausschluß des Anfechtungsrechts bestimmter Dritter gegenüber dem Erwerbssachverhalt durch Zustimmung dieser Rechtssubjekte (180), durch Verwirkung des Einspruchsrechts zufolge Verschweigung (181). Beispiele (181).	
	b) Die Rechtsstellung des Garanten . . . . .	182
	Die prozessuale Aufgabe des auctor (182). Auch Dritte können die Aufgabe übernehmen (182). Die Stellung des <i>βεβαιωτής</i> des altgriechischen Rechts (182). Der „Zeuge“ als Garant (183): Der Prozeßzeuge (183), der Geschäftszeuge (184). Der „Zeugenbeitritt“ bei Grundstücksveräußerungen (184). Beispiel (184).	
	c) Die Modi der „Außengarantie“ . . . . .	185
	Das völlig rechtskreisentbundene Recht (185). Vorstufen der universellen Rechtskraft (185). Erweiterung des Geltungskreises durch Beitritt Dritter. Die Beitrittsarten (185): <i>α</i> . Der „Dritte“ ist Delegierter der Gesamtgemeinschaft (185). <i>β</i> . Der Dritte ein sachlich unbeteiligter Zeuge (186). <i>γ</i> . Beitritt anfechtungsberechtigter Dritter (186). Deren funktionale Verwandtschaft zum Veräußerer (186). Die Korrespondenz von Präentionsverzicht und <i>autoritas</i> (187).	
3.	Der begriffliche Zusammenhang zwischen „Innen-“ und „Außen“-garantie	187
	Präentionsverzicht und Eviktionshaftung des Verkäufers beim römischen Manzipationskauf (188). Vollendung des Erwerbssachverhalts „nach innen“ (189). Behauptung „nach außen“ (189). Wirkung des Unterlassens der Innen- und Außengarantie seitens des Veräußerers (189). Die Formulierung in den gräko-ägyptischen Papyri (190). Begrenzung des hier zutage tretenden Gedankens (190). Völlige Analogie zwischen „Innen“- und „Außen“-garantie des Veräußerers beim Arralverkauf (191). Interpretation der Zeugnisse der Lexikographen über die <i>δίκη βεβαιώσεως</i> (191). Die Aufgabe des Veräußerers nach beiden Richtungen ein <i>βεβαιωτήν</i> (192). Die Leistung des nach außen defendierenden auctor (192). <i>παραδιδόναι</i> des Käufers, „firmare“ des Veräußerers (193). Rechtliche Bedeutung des Vorgangs (193). Klagantrag bei der <i>δίκη βεβαιώσεως</i> (194)? Die Entwertbarkeit der Rechtsgeltung des Erwerbssachverhalts in primärer Richtung muß sich auch vor dem Forum bemerkbar machen (194). Gerichtliche Geltendmachung der Sekundärhaftung (195). Möglich aber auch die Geltendmachung der — brüchigen — Primärhaftung trotz fehlender Garantie der Gesamtrechtsgemeinschaft (196). Dadurch wird an der Seinsform des Erwerbssachverhalts, der unter personaler Garantie des Veräußerers steht, im Prinzip nichts geändert (198). Die <i>δ. βεβ.</i> aus dem Arralvertrag (196). Der Defensionszwang im demotischen Recht (196). Der Gegenstand der <i>δίκη βεβαιώσεως</i> (197).	
II.	Schluß . . . . .	198
	„Personale“ Garantie und „abhängige“ Rechtsgeltung (198). Die Letztere eine Spezies des Genus „unvollkommene“ Rechtsgeltung; davon im II. Teile zu handeln (198).	

## Erstes Kapitel.

# Grundbegriffe.

## A. Recht und Rechtsgeltung.

§ 1. Unter „Rechtsgeltung“ soll verstanden werden: die Seinsform des Rechtes, vermöge deren der betroffene Sachverhalt den Charakter einer Rechtswirklichkeit erlangt.

Der Satz bedarf der Erläuterung:

I. „Recht.“

a) Die Frage nach dem Wesen des Rechtes ist eine metajuristische. Sie zu beantworten ist so wenig Aufgabe des Juristen, wie es dem Naturforscher obliegt, das Wesen der „Natur“ zu bestimmen. Aussagen über den Forschungsgegenstand einer Einzelwissenschaft betreffen unmittelbar den erkenntnismäßigen Gehalt dieser Disziplin, den Sinn ihrer Forschung. Darüber abschließend zu urteilen ist nur möglich vom Standpunkte eines Draußen- und Darüberstehenden, der die fragliche Erkenntnisregion dem Gesamtrahmen wissenschaftlicher Erkenntnis einordnet und den Wissenschaftsgegenstand durch Festlegung innerhalb dieser begrifflichen Grenzen bestimmt<sup>1)</sup>.

Der „Fachmann“ hat durch die Arbeit auf seinem Gebiete ein besonderes Verhältnis zu dessen Gegenständlichkeiten gewonnen, das ihn befähigt, einem Sachverhalte leicht anzumerken, ob er in sein Ressort gehört, bzw. wie er eingestellt werden muß, um in das Blickfeld seiner Disziplin zu fallen. Den Maßstab, dessen der Einzelwissenschaftler bedarf, um den theoretischen Unter- und Aufbau seines Faches für seine Forschungszwecke hinreichend zu verstehen und seine Disziplin gegen andere „Fächer“ abzugrenzen, gewinnt er durch Praxis, d. h. Arbeitserfahrung in seinem Forschungsgebiete. Was er über die Grundlagen seiner Wissenschaft weiß und wissen muß als auf diesem Erkenntnisfelde Arbeitender, ist „handwerksmäßiges“ Wissen. Nicht letzte Erkenntnis, sondern vorläufige, „interne“, weil nur die Fachleute angehende Feststellung des Forschungsgegenstandes. Damit kann und soll sich der Einzelwissenschaftler begnügen.

Die theoretische Klarheit der Rechtswissenschaft ist nicht die der Philosophie.

Auch im Rahmen und für die erkenntnismäßigen Zwecke dieser juristischen Untersuchung bedarf es keiner auf letzte Begriffsklärung angelegten Analyse des Wesens „Recht“. Da aber von der Seinsform des Rechtes die Rede sein soll, muß zuvor gesagt werden, welchen gedanklichen Inhalt der Rechtsbegriff in sich schließt. Das geschieht unter dem angedeuteten Vorbehalt und unter Verzicht auf eine fundierte Rechtfertigung. Die späteren Ausführungen werden zeigen, daß der zugrundegelegte Rechtsbegriff juristisch brauchbar ist.

<sup>1)</sup> Richtig ERNST BELING, Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie 1923, S. 12.  
Husserl, Rechtskraft und Rechtsgeltung I.

b) Ein Sachverhalt soll von uns dann als Rechtssachverhalt angesprochen werden (und als in die Rechtssphäre fallender gewertet werden), wenn er sich vermöge seines geistigen Gehaltes als auf das willentliche Verhalten von Individuen in der Relation „zueinander“ bezüglich darstellt und der Bezug den Sinn einer normativen Begrenzung der Einzelwillen hat.

Die Relation „zueinander“ setzt ein auf Grund intersubjektiver Verständigung gewonnenes „Miteinander“ der Subjekte voraus. Das heißt: es muß im Wege gegenseitigen Sichverstehens und Mitteilens von Person zu Person eine gemeinsame „Welt“ des Einverständnisses zwischen den Individuen dieses sozialen Kreises aufgebaut worden sein. Der sozialen, konventional fundierten Gemeinschaft fügt das Recht eine Willensverbundenheit hinzu. Das Recht konstituiert die Rechtsgemeinschaft, die den Individualwillen der Rechtsgenossen bindet, indem sie ihn ihrer Rechtsordnung unterordnet. Willensbindung des Einzelnen kraft Normunterworfenheit ist die spezifische Sozialfunktion des Rechtes. Normwirkung kommt dem Rechte zu, indem es gilt. Die besondere Seinsform rechtlicher Geltung verleiht einem Sachverhalte den Sozialwert des Rechtes<sup>1)</sup>. Die Fähigkeit, solcher Form teilhaftig zu werden, muß dem Rechtsinhalte von vornherein innewohnen. Maßgebendes Kriterium dafür, ob ein Sachverhalt rechtlicher Natur ist, bildet die Möglichkeit, ihn geltend zu machen, ohne inhaltliche Umdeutung (wobei Möglichkeit Wesensmöglichkeit meint).

Von Geltung und Geltendmachung des Rechtes ist in dieser Abhandlung zu handeln.

c) Das Recht setzt eine Mehrheit von Willensträgern — Rechtssubjekten — voraus. Nicht notwendig handelt es sich dabei um eine Mehrheit physischer Personen. Auch personale Verbände — Vereine, Staaten — können sich rechtlich untereinander oder mit Rechtssubjekten „erster Ordnung“ verbinden. Unter dieser Kategorie von Willensträgern wollen wir die Grundeinheiten jeder Gemeinschaft (also auch, aber nicht nur der Rechtsgemeinschaft) verstehen: die personalen Konstituenten, in die jede Personalität höherer Ordnung zerlegt werden kann. Wie für diese ein leibentbundenes Sein, ist für die Subjekte unterster Stufe — „natürliche“ Personen nennt sie der Jurist — leibliche Gebundenheit Charakteristikum. Und nicht bloß Erkennungsmerkmal, sondern Wesensnotwendigkeit. Da der Weg von Subjekt zu Subjekt durch das sinnliche Medium der Leiber führt, ist eine Vergemeinschaftung nicht leibbegabter Personen ausgeschlossen, es sei denn, es handle sich eben um Verbandssubjekte, die sich der Leiber ihrer personalen Grundeinheiten als Mittler bedienen.

Dagegen ist kein soziologischer Satz beweisbar, der die Bildung sozialer Verbände an das sinnliche Substrat einer bestimmten Leiblichkeit, nämlich der Species „homo sapiens“ bindet. Damit Vergemeinschaftung möglich sei, müssen die Einzelsubjekte psychisch in bestimmter, d. h. durch Analyse des bewußtseinsmäßigen Sachverhaltes gesetzlich bestimmbarer Weise qualifiziert sein. Daß solche Qualifikation eine Zuordnung zu einem naturwissenschaftlich definierten Leibgenus bedinge, ist nicht einzusehn. Eine durchaus abweichende leibliche Struktur der Marsbewohner würde deren Zusammenschluß zu Marsstaaten oder einem Marsweltbunde von derselben Wesensgesetzlichkeit wie entsprechende Verbände unter Menschen nicht entgegenstehen, wenn nur die bewußtseinsmäßigen Voraussetzungen für den Aufbau einer intersubjektiven „Welt“ auch „dort“ gegeben sind.

Aber auch was den besonderen Sozialsachverhalt „Recht“ angeht, kann eine Beschränkung auf das Menschengeschlecht in dem Sinne, daß allein ihm Angehörige der rechtlichen Vergemeinschaft fähig wären, nicht behauptet werden. Der

---

<sup>1)</sup> Vgl. das deutsche Rechtsspruchwort: „Recht ist, was gilt“ (GRAF und DIETHER, Deutsche Rechtsspruchwörter 1864, S. 5, Nr. 99).



Historiker und Rechtssoziologe, der dem Rechte als einem Stücke historischer Wirklichkeit, als einer Teilerscheinung in dem geistigen Gesamtbilde raumzeitlich gebundener Sozialitäten zugewendet ist, kann Recht und „menschliches“ Recht gleichsetzen. Wenn aber ein Jurist<sup>1)</sup> sagt: „Alles Recht ist nur für die Menschen und durch die Menschen vorhanden. Vom Wesen des Menschen ist daher auszugehen, um zum Wesen des Rechts vorzudringen“ —, so verbaut er sich damit den Weg zu einer allgemeingültigen Rechtsdogmatik, die etwas anderes ist und will als eine zusammenfassende Darstellung des Rechtes in menschlichen Gemeinschaften.

Freilich darf der Satz „ubi societas, ibi ius“ nicht in dem Sinne verstanden werden, als ob jede personale Gemeinschaft — wir gebrauchen das Wort im weitesten, auch die Gelegenheitsgesellschaft umfassenden Verstande, die von TOENNIES<sup>2)</sup> gemachte Unterscheidung zwischen „Gesellschaft“ und „Gemeinschaft“ vernachlässigend — zur Erzeugung einer Rechtsordnung geeignet und befähigt wäre. Rechtsgemeinschaftliche Willensverbundenheit wird erreicht durch Ausgleich verschiedenegearteter und -gerichteter Willensstrebungen einzelner, deren Wille sich dem höheren Gesamtwillen der Rechtsgemeinschaft unterordnet. Der in der selbstgesetzten Rechtsordnung der Gemeinschaft nach Zweck und Umfang formulierte Gesamtwille wird zur sozialen Wirklichkeit, indem die Gemeinschaftsmitglieder durch Willensakt ein „Wir“ konstituieren, das kraft der im Zeugungsakte liegenden Anerkennung über dem „ich“, „du“, „er“ der Einzelwillen steht. Nur da ist aber von Willensunterordnung der Gliedpersonen unter den Willen einer Rechtsgemeinschaft zu reden, wo die von den Individualwillenszielen bestimmten „Handlungsfelder“<sup>3)</sup> eine normative Begrenzung durch den Gemeinschaftszweck erfahren haben. Subjekte, deren Zielsetzungen von vornherein identisch sind, die ihrer Wesensbestimmung gemäß den gleichen intentionalen Inhalt (als ihren Lebensberuf) wollen, können eine Rechtsgemeinschaft nicht bilden. Wenn die Personen a, b, c dasselbe wollen, d. h. willentlich dem gleichen Ziele zustreben, so liegt eine Parallelität von Einzelwillen vor. Dieser Sachverhalt erzeugt an sich noch keine Gemeinschaft unter a, b und c. Jeder kann zwar sagen: Wir — a, b, c — wollen das gleiche x. Aber dies „Wir“ ist nicht Träger eines überindividualen Willens, sondern faßt die Einzelwillen als solche nur summativ zusammen. Es ist aber möglich, daß die Individuen a—c zu einem echten „Wir“ kommen, indem sie ihre bisher getrennten Handlungsfelder zu einem gemeinsamen zusammenlegen und das x als Gemeinschaftsziel neu konstituieren. Eine so geartete Vergemeinschaftung hat aber den Charakter einer rechtsgemeinschaftlichen Willensverbundenheit nur dann, wenn nicht bereits die Norm des eignen Wesens jeden der Genossen a—c auf das Ziel x festlegte, sondern erst durch die Gemeinschaftsnorm eine Willensbindung an dieses allen gemeinsame und vom widerstrebenden Einzelwillen unverrückbare Handlungsziel x erfolgt ist.

Keine Rechtsgemeinschaft ist daher die Engelschar. Sie ist eine soziale Vereinigung der Engel. Sie alle wollen das eine: Anbetung Gottes und Verkündung seiner Herrlichkeit. Zur Verwirklichung dieser Aufgabe in einem geplanten Zusammenwirken haben sich die Engel vereint und bilden den des Gesamthandelns fähigen Engelchor. Aber die „Chorordnung“ ist keine Rechtsordnung. Sie gibt dem Einzelwillen der Engel keine neue Zielsetzung, sondern vollendet vielmehr deren Willensintentionen, die ausschließlich der Engelsaufgabe zugekehrt sind. Es liegt hier so, daß das Glied des Verbandes auch in seinem Eigensein nichts

<sup>1)</sup> F. REGELSBERGER, Pandekten I, S. 58.

<sup>2)</sup> Gemeinschaft und Gesellschaft, 4./5. Aufl. 1922. Sehr beachtlich die Kritik von RACHFAHL, Staat, Gesellschaft, Kultur und Geschichte 1924, S. 4 ff.

<sup>3)</sup> Wir verstehen unter dem „Handlungsfeld“ eines Subjekts die von dessen freiem Willen beherrschte Sphäre praktischer Zielsetzungen. Wo ein Subjekt als willensunterworfenen handelt, fremdem Willen dient, ist sein Handlungsfeld heteronom, keines in unserm Sinne.

anderes ist als Träger des im Gemeinschaftszweck verobjektivierten Willens. Da ist kein Individualwille zu überwinden und zu beschränken durch die Norm der Gemeinschaft. Deshalb nicht, weil die Identität der Zielsetzung des Einzelnen und des den Gemeinschaftswillen betätigenden Genossen die Willensgegensätzlichkeit zwischen Individuum und Gemeinschaft von vornherein aufhebt. Wessen Wesen völlig durch eine Willenshaltung bestimmt wird, die auch das „Wir“ der Verbundenheit mit gleichgearteten Subjekten trägt, dem mangelt die Individualität. Denn diese schließt ein restloses Aufgehen in die Uniform eine Gemeinschaft aus. Engel sind keine Individuen. Sie können nur das eine gleiche: Engel-sein wollen. Anderes verlangt auch die Chorordnung nicht von ihnen. Es bindet sie keine überindividuelle Rechtsordnung, sondern die Norm eignen Wesens.

Wo eine Rechtsgemeinschaft besteht, da gibt es Gemeinschaft und Individuum als Subjekte verschiedener Handlungswelten, die sich nur teilweise decken. Diese Teildeckung wird erreicht, indem Individuen unter Verzicht auf Betätigung ihrer individuellen Handlungsfreiheit als Träger des rechtsgemeinschaftlichen Gesamtwillens fungieren. Jeder Rechtsgenosse verkörpert nämlich in sich eine duplex persona: Er ist einmal — innerhalb der ihm von der Rechtsgemeinschaft belassenen Freiheitssphäre — Individuum. Als solches kann der Einzelne zu anderen Einzelnen in mannigfache soziale Beziehungen treten und mit ihnen Ich-, Du-Verhältnisse anknüpfen, welche die größere Rechtsgemeinschaft, der die Beteiligten angehören, durchaus nichts angehn. Es handelt sich bei den gedachten Personenverbindungen nicht um rechtsgemeinschaftliche Vereinigungen. Eine Beziehung von Individuum zu Individuum hat niemals rechtliche Struktur. Damit diese gewonnen werde, ist ein Hinausgreifen über die Individualsphäre der sich zusammenschließenden Subjekte unerläßlich, wenn anders die Gemeinschaftsbindung eine rechtliche sein soll.

Als Rechtsgenosse ist das einzelne Subjekt zugleich und notwendig Träger des Gemeinschaftswillens. Der Einzelne hat, indem er sich (rechtlich) vergemeinschaftete, von seiner individuellen Willensfreiheit, wie sie vordem bestand, zugunsten der Gesamtheit des Verbandes etwas aufgegeben. Es hat eine die Freiheit (= Willkür) individuellen Handelns beschränkende Unterordnung des Einzelwillens unter den Willen der Rechtsgemeinschaft stattgefunden, so daß nun streckenweise auf dem Handlungsfelde, das früher das Individuum frei beherrschte, der Wille jener den Primat hat und die Handlungsnorm aufstellt. Der Einzelne hat die Rechtsgemeinschaft willentlich (mit-)konstituiert. Er ist, indem er dem Gemeinschaftswillen untertan ist, seinem eigenen Willen unterworfen. Dieser Willensvorgang ist nicht eine interne Angelegenheit des sich vergemeinschaftenden Individuums; er hat entscheidende soziale Außenwirkung: Die Unterordnung unter die Norm des Rechtsverbandes bewirkt eine Einordnung in den Kreis der Genossen. Als Glied der Gemeinschaft ist jeder Einzelne Repräsentant des Gesamtwillens, mag es sich nun um eine auf lange Dauer, den Einzelnen an den Wurzeln seiner Wesensstruktur (als eines zur Vergesellschaftung bestimmten Geschöpfes) erfassende Rechtsgemeinschaft nach Art des Staates handeln oder aber die Vergemeinschaftung zu einem speziellen, rein geschäftlichen Zwecke erfolgt sein. Immer lebt im Genossen des Rechtsverbandes neben dem individualen „Ich“ das genossenschaftliche „Wir“. Die Gemeinschaft kann ihn zum Funktionär des Gemeinwillens bestellen und durch ihn als ihr Organ handeln. Aber auch wenn das nicht erfolgt ist, verkörpert der Einzelne als Rechtsgenosse unauflösbar in seiner Person den Gesamtwillen. Das Gemeinschaftshandeln kann in den Händen bestimmter Genossen zentralisiert werden. Das bedeutet aber nur eine Beschränkung der anderen Genossen hinsichtlich der Ausübung der aus der Mitgliedschaft fließenden Teilhaberschaft am Gesamtwillen, niemals eine Aberkennung der Genossenqualität des Einzelnen. Eine Rechtsgemeinschaft, die den Einzelnen nur als Individuum gelten

ließe, hätte keine Rechtsgenossen; und würde sie nur bestimmte, bevorzugte Personen, die mit Gemeinschaftsfunktionen betraut sind, als Repräsentanten ihres Willens anerkennen, so wären nur diese zu einer Gemeinschaft rechtlich verbunden und die übrigen gehörten ihr in Wahrheit gar nicht an.

d) Als Ordnung einer Gemeinschaft von Rechtssubjekten ist das Recht an die personalen Grenzen derselben gebunden<sup>1)</sup>. Der Personenverband, für den ein Recht gilt, ist sein Rechtskreis. Ein Recht ohne Rechtskreis ist wie ein König ohne Land: es entbehrt der Rechtswirkung gegenüber normunterworfenen Subjekten, beherrscht keinen Willen, hat demnach überhaupt kein Sein im Rechtssinne, gilt nicht.

Jeder Rechtskreis hat „sein“ Recht. Soviel Rechtskreise, soviel Rechtssysteme. Daraus resultiert kein unbegrenztes Nebeneinander von Rechten. Es gibt Rechtskreise verschiedener Ordnungen, zwischen denen nicht eine Neben-, sondern eine Nacheinanderrelation besteht. So liegt es, wenn in einem größeren Rechtskreise, etwa der Staatsrechtsgemeinschaft Rechtskreise geringeren Umfanges — vertragliche Rechtsgemeinschaften einzelner Bürger — des gleichen Staatsverbandes bestehen. Hier sind die Rechtsordnungen der kleineren Gemeinschaften, deren Genossen zugleich personale Konstituenten des Rechtes höherer Ordnung sind, in einer später noch zu analysierenden Weise abhängig.

e) Unter „Recht“ soll verstanden werden: Rechtsnorm. Und zwar sowohl die generelle, in Einzelsätzen sich vervielfältigende Rechtsnorm nach Art einer Staatsverfassung als die der Regelung eines bestimmten Lebenssachverhaltes dienende individuelle Norm.

Aus dem Gesagten folgt die Gleichung: Recht = objektives Recht. Das sog. subjektive Recht ist, was es rechtlich ist, allein durch das „objektive“ Recht, die Rechtsordnung<sup>2)</sup>. Deren Normen formen das Recht des begünstigten, „berechtigten“ Genossen dieses Rechtskreises, indem sie ihm einen konkreten Sozialwert zuweisen. Wer sich auf „sein“ Recht beruft, macht in Wahrheit die Norm der seinen Rechtskreis beherrschenden Rechtsordnung geltend, aus der sich die Wertzuweisung an seine Person ergibt. Das „Haben“ eines Rechtes stellt eine eigene Erscheinungsform der Rechtsnorm dar. Was erscheint, genauer: gilt, ist immer das objektive Recht.

Aus der Verselbigung von Recht und Rechtsnorm folgt weiter die Gleichung: Rechtswirkung = Rechtssatzwirkung. Das Recht „wirkt“, indem es die ihm zufolge seines intersubjektiven Seins, d. i. seiner Geltung im fraglichen Rechtskreise zukommende bindende Kraft entfaltet. Rechtswirkung ist Willensbildung der normunterworfenen Rechtssubjekte. Dieser Satz ist der verschiedensten Ausgestaltungen in der Rechtswirklichkeit fähig, bleibt aber trotz aller Variationsmöglichkeiten in seinem primären Aussagegehalt unveränderlich. Nicht übersehen werden darf freilich, daß das Recht als sozial beachtlicher Wirklichkeitsbestand außer seiner „eigentlichen“ d. h. Rechts-Wirkung noch auf anderen Gebieten des sozialen Lebens Wirkungen haben kann. In solchen Fällen wirkt das Recht aber lediglich als Tatsache intersubjektiver außerrechtlicher Geltung, entfaltet keine Rechtswirkung in unserem strengen Sinne. Die Wirkung des Diebstahls eines Rechtsgenossen auf seinen Schwiegervater oder seinen Turnverein mag den Soziologen interessieren. Den Juristen geht der bezeichnete Sachverhalt in anderer Richtung an: insoweit nämlich durch Rechtsverwirklichung in concreto seitens des Diebes eine Normwirkung eingetreten ist. Die kriminelle Rechtswirkung des deliktischen Vorganges besteht allein in seiner tatbestandlichen Relation zu den gesetzlichen Strafbestimmungen.

<sup>1)</sup> Dieser Satz erfährt gewisse Einschränkungen durch das unten S. 147 Ausgeführte.

<sup>2)</sup> Vgl. nachdrücklich in diesem Sinne H. Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre 1911, S. 618 ff.; auch J. BINDER, Rechtsnorm und Rechtspflicht 1912, S. 20 (nicht unmißverständlich in der Formulierung und mit abzulehnenden Folgerungen).

Das Gleiche muß auch bzgl. der Rechtswirkung des abstrakten Rechtssatzes gelten. Die Folgewirkung der Zollgesetzgebung eines Landes auf seinen Wirtschaftsverkehr mit dem Auslande ist außerrechtlicher Natur. Das Recht wirkt hier als soziale Tatsache auf die Volkswirtschaft. Wie im vorigen Falle des Diebstahls, der als konkreter Rechtssachverhalt eine Rückwirkung auf die gesellschaftliche Stellung des Delinquenten entfaltetete, liegt hier eine Rechtswirkung insoweit nicht vor, da es zur Entfaltung der bindenden Kraft der betr. Norm nicht gekommen ist.

2. „Geltung“ soll die Seinsform des Rechtes heißen. Was bedeutet das „Sein“ einer Rechtsnorm? Gemeint ist offenbar mit der Rede vom Sein des Rechtes eine irgendwie geartete Faktizität, eine historisch-einmalige Tatsächlichkeit. „Das Recht gilt“ heißt: es ist als eine Sozialwirklichkeit mit Normwirkung in einem raumzeitlich gegebenen Rechtsverbände, ist hier — in diesem Rechtskreise — et nunc — in diesem Zeitabschnitte geltend.

a) Daß das Sein des Rechtes kein Naturphänomen sein kann, liegt auf der Hand. Recht ist etwas Geistiges. Seine Wirklichkeit, die es geltend geworden erlangt hat, ist nicht die eines Naturdinges<sup>1)</sup>.

Aber man könnte geneigt sein, die Rechtsgeltung als psychischen Vorgang, als realpsychische Tatsache zu verstehen: Das Recht gilt, indem es von Menschen gedacht wird und in ihrem Bewußtsein lebt. Das Recht also eine Vorstellung?

So in der Tat v. TUHR:<sup>2)</sup> „Wie das objektive Recht eine geistige, nur in ihren Wirkungen sinnlich wahrnehmbare Macht ist, so gehören auch die vom Gesetz vorgeschriebenen Rechtsfolgen der Gedankenwelt an; die Rechtsverhältnisse, subjektiven Rechte . . . sind nicht äußerlich wahrnehmbare Dinge, — niemand hat je ein Recht gesehen — sondern Vorstellungen, welche im Geist der beteiligten Menschen existieren . . .“, ferner: „. . . real ist, was in der Außenwelt wirkt und Änderungen in derselben herbeizuführen vermag. Die Rechtseinrichtungen, die in den Köpfen der Menschen leben, manifestieren sich . . .“<sup>3)</sup>.

Ähnlich z. B. SAUER<sup>4)</sup>: „Die generelle Rechtsnorm gilt als solche im Leben niemals und nirgends, sie existiert nur in den Köpfen der Betrachtenden.“

Nicht weit von diesen Auffassungen steht HATSCHEK<sup>5)</sup>, wenn er lehrt: „Sozialwissenschaftlich angesehen ist der Staat keine reale Substanz, sondern bloß Funktion der Gesellschaft. Diese Funktion ist ausschließlich psychischer Art, wie Sprache, Sitte, Religion . . . Sozial betrachtet ist der Staat nichts weiter als ein Ablauf von menschlichen Handlungen, allerdings ganz besonderer Art: nämlich auf die Erreichung bestimmter Zwecke gerichtet . . . Aber man muß sich hüten, diese Zwecke als außerhalb unser bestehende Realitäten anzusehen. Wir, nur wir legen, um dieses Ablaufen menschlicher Handlungen sinnvoll zu verstehen, ihnen ein Zweckvolles unter. . . als eine von uns eingeführte Hilfskonstruktion (sc. der Staat), ist er nur unsere Kreatur, d. h. eine Fiktion, die wir annehmen müssen, um unsere Rechtsordnung besser zu verstehen. Nach seiner juristischen Seite ist der Staat Rechtspersönlichkeit, juristische Person.“

Hier überall scheint die gleiche Grundvorstellung der Autoren durch: Rechtsdinge sind im Bewußtsein der Menschen gegebene und dort realpsychisch vorhandene Denkvorgänge. Diese Auffassung geht fehl. Sie verwechselt das Bewußtsein „von etwas“ mit dem „etwas“ selber<sup>6)</sup>. Die Erzeugung des Rechtes, seine Überführung

<sup>1)</sup> Insoweit ist KELSEN, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff 1922, S. 76, durchaus beizutreten.

<sup>2)</sup> v. TUHR, Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. II, S. 3/4.

<sup>3)</sup> v. TUHR, a. a. O. Bd. I, S. 371.

<sup>4)</sup> WILHELM SAUER, Grundlagen des Prozeßrechts 1919, S. 281/2, vgl. ebendort S. 23.

<sup>5)</sup> J. HATSCHEK, Deutsches und preußisches Staatsrecht. Bd. I, 1922, S. 3/4.

<sup>6)</sup> Die Verwechslung tritt unmittelbar in Erscheinung bei ERNST BELING, Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie. Da lesen wir S. 17: „Das Recht . . . ist eine empirische Gegebenheit . . . Es ist nicht Norm, sondern Massenvorstellung von einer Normierung, einem Normiertsein durch den betreffenden Verband . . .“ (vgl. auch S. 39, wo von „Normierungsvorstellungen“ die Rede ist). Zwei Seiten weiter (S. 19) wird dagegen das „wirkliche Recht“ von den „Normvorstellungen“, von denen „sich die Einzelnen im menschlichen Zusammenleben tatsächlich leiten lassen“, ganz richtig unterschieden und erklärt: „Das Recht ist die massenpsychologische Normierung selber.“ Ein offener Widerspruch!

in die (intersubjektive) Rechtswirklichkeit erforderte allerdings konkrete Bewußtseinsakte individueller Rechtssubjekte. Ist das Recht aber einmal zur Entstehung gekommen und Rechtsrealität geworden, so besteht diese — die Rechtsgeltung — gerade darin, daß das Recht unabhängig von der ferneren Stellungnahme der Rechtsgenossen besteht und sich auch deren ausdrücklicher Willensauflehnung gegenüber behauptet. Ob ein Rechtssatz von einem Genossen seines Rechtskreises tatsächlich gedacht wird, ist für die Geltung dieser Norm völlig unerheblich. Ein Recht gilt, auch wenn alle seinem Bann unterworfenen Rechtssubjekte traumlos schlafen. Es ist hier auf die durchschlagenden, den Sachverhalt klar herausstellenden Bemerkungen von REINACH zu verweisen<sup>1)</sup>.

Diesen Gedankengängen nähert sich wohl auch (unbewußt) v. TUHR, wenn er meint<sup>2)</sup>, den geistigen Dingen sei „eine Realität, wie den körperlichen, wenn auch von anderer Beschaffenheit zuzusprechen“ und weiter unten ausführt, „daß die Rechtsverhältnisse zwar nicht als körperliche Dinge, wohl aber als geistige Beziehungen kraft des Gesetzes tatsächlich<sup>3)</sup> existieren...“ Oder soll diese „Existenz“ rechtlicher Sachverhalte an das individuelle Bewußtseinserlebnis gebunden sein als Vorstellung?

Aus dem Gesagten folgt, daß die bindende Kraft einer Rechtsnorm niemals auf psychisches Verhalten ihrem Rechtskreise angehörender normunterworfenen Rechtssubjekte gegründet werden kann. Psychische Akte, die sich auf die geltende Rechtsnorm beziehen, sind nur dann für deren Rechtsgeltung von Bedeutung, wenn sie den Charakter von Aufhebungsakten haben und als solche geeignet sind, das Sein des betreffenden Rechtssachverhaltes aufzuheben, indem sie seine Rechtsgültigkeit zerstören. Solange das nicht geschah, gilt das Recht als intersubjektiv seiender, „jenseits“ der Bewußtseinserlebnisse der normunterworfenen Personen stehender geistiger Sachverhalt, und es ist in bezug auf seine Geltung im Rechtssinne irrelevant, wie sich sein Normgehalt im Bewußtsein dieses oder jenes Rechtsgenossen spiegelt.

Unzutreffend ist daher, was TRIEPEL<sup>4)</sup> zur Begründung der bindenden Kraft des Völkerrechtes anführt: „Ich finde die bindende Kraft des Völkerrechtes einmal darin begründet, daß in dem Gemeinwillen, dessen Inhalt dem Staate als Norm seines Verhaltens gegen andere Staaten erscheint, ihm nicht ein durchaus fremder, sondern zugleich sein eigener Wille entgegentritt . . . Freilich: der Wille des Staates, der jenen Gemeinwillen mitbegründet, ist nicht unwandelbar. Er kann sich ändern in dem Sinne, daß der Staat sich jetzt nicht ebenso an der Gesamtwillensbildung beteiligen würde, wie er es früher tat. Ist er dennoch an den Rechtsatz gebunden? Ich glaube, man kann sich mit der Versicherung begnügen, daß er sich an ihn gebunden fühlt. Das ist eine Tatsache, die sich durch keinen Hinweis auf geschehene Rechtsbrüche wegeln läßt. Sie mag einer weiteren Ableitung fähig sein, aber sie bedarf ihrer jedenfalls für den Juristen nicht.“

Es wäre schlimm, wenn sich der Jurist mit einer derartigen psychologischen Tatsache bei der Feststellung, ob einem Sachverhalte Rechtsgültigkeit zukommt, begnügen müßte. Daß sich jemand rechtlich gebunden fühlt, d. h. an eine Normunterworfenheit seinerseits glaubt, kann als Indiz für das Bestehen einer Rechtsgeltung einen gewissen Beweiswert haben. Als hinsichtlich der Geltungserzeugung konstitutiver Faktor der Geltungsgenese der Rechtsnorm kommt die bezeichnete psychische Tatsache jedoch gar nicht in Frage. Ein Sachverhalt, der von der Ein-

<sup>1)</sup> A. REINACH, Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes (S.-A. aus dem Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung, herausg. v. E. HUSSERL, Bd. I) 1913, S. 9f. (speziell bezüglich des Begriffes „Anspruch“). Die gegen REINACH gerichteten Ausführungen von FRITZ SCHREIER, Grundbegriffe und Grundformen des Rechts 1924, S. 57ff. sind zur Widerlegung REINACHS nicht geeignet.

Vgl. hier noch im Sinne des Textes GEORG SIMMEL, Soziologie 1908, S. 558 und die Bemerkungen von ERICH BRODMANN, Recht und Gewalt 1921, S. 43 (zweifelnd derselbe früher: Stoff des Rechts 1897, S. 48).

<sup>2)</sup> a. a. O. Bd. II, S. 4/5, Anm. 7.

<sup>3)</sup> Bei v. TUHR nicht gesperrt.

<sup>4)</sup> H. TRIEPEL, Völkerrecht und Landesrecht 1899, S. 82; zustimmend und entsprechend formulierend SCHANZE, Zeitschrift f. Rechtsphilosophie, Bd. 3, 1921, S. 239.

stellung der beteiligten Rechtssubjekte fortlaufend derart in seiner „Geltung“ abhängig ist, entbehrt der bindenden Kraft und ist kein Recht.

b) Rechtsgeltung ist ein Sein eigener Art. Das Recht ist Produkt individueller Bewußtseinsakte, als geltendes aber von der psychischen Haltung, den Bewußtseinsenerlebnissen seiner Erzeuger — der personalen Konstituenten des Rechtssachverhaltes — unabhängig. (Von einer hier außer acht zu lassenden, weil nur scheinbaren Korrektur dieses Satzes wird bei der Darlegung des rechtsdogmatischen Sachverhaltes: „Abhängige Rechtsgeltung“ zu sprechen sein.) Ein Rechtssubjekt, das einen Tatbestand als Rechtsnorm willentlich anerkennt, verleiht ihm damit den Seinswert einer intersubjektiven, dem eignen Bewußtseinsstrom gegenüber transzendenten sozialen Wirklichkeit. Kraft seiner Geltung ist das Recht intersubjektiv, d. h. innerhalb seines Rechtskreises eine Realität, der die Anerkennung von keinem Rechtskreisangehörigen versagt werden kann.

Wir sprechen auch von der „Geltung“ logischer Sätze. Diese Geltung hat mit der Rechtsgeltung die Transzendenz gegenüber dem Bewußtseinsenerlebnisse des Individuums, für das die Geltung besteht, gemein. Aber logische Geltung ist etwas grundsätzlich anderes als Rechtsgeltung.

Der Satz der Logik verdankt seine Gültigkeit der Wahrheit. „Er gilt“ heißt: er ist wahr; ihn „geltend machen“ heißt: seine Wahrheit präbendieren; ihn „beweisen“: ihn als inhaltlich wahr erweisen, — was nur mit den Mitteln der Logik geschehen kann.

Die Wahrheit des logischen Urteils ist an keine raumzeitlichen Grenzen gebunden. Ein logisches Urteil kann durch Urteilsakte, d. i. Urteilen im Sinne des konkreten psychischen Vorganges der Urteilsfällung in zeitlich beliebig wiederholter Folge vollzogen werden; es gilt aber auch und mit völlig gleicher Geltungskraft (nämlich der der Wahrheit), wenn es noch niemals vollzogen wurde. Wer einen logischen Satz — etwa einen mathematischen Satz — zum ersten Male denkt und logisch ableitet, fügt der Gültigkeit dieses Satzes nichts hinzu. Umgekehrt: Wer ein angebliches logisches Gesetz, das bisher von allen von ihm wissenden Menschen für wahr gehalten wurde, als falsch aufweist, hat keine logische Geltung zerstört — der Satz galt nie —, sondern lediglich den Glauben der betr. Menschen an die (scheinbare) Satzgeltung vernichtet.

Ganz anders die Rechtsgeltung. Kein Rechtssatz gilt, weil er wahr ist. Die Begriffe „wahr“ und „falsch“ sind hier — in Hinsicht auf den Geltungsgrund des Rechtes — unanwendbar. Die Geltung eines Rechtssachverhaltes kann niemals aus logischen Prämissen abgeleitet werden. Die Wurzeln der Geltungskraft des Rechtes liegen ganz wo anders. Die Rechtsnorm gilt nicht als Erkenntnissatz, sondern als Willenssatz. Vom handelnden Subjekte, nicht von dem erkennenden heischt das Recht Anerkennung<sup>1)</sup>. Der Wille des Normunterworfenen ist gebunden. Seiner Handlungs-, nicht seiner Denkfähigkeit werden durch die Rechtsordnung Grenzen gesetzt.

Freilich: Wie alles Geistige ist das Recht an die Gesetze der Logik gebunden. Die logischen Satzformen, die für den Satz überhaupt gelten, gelten auch für den Rechtssatz. Aber mit dieser logischen Grundstruktur der Rechtsnorm darf nicht ihre Wesensstruktur verwechselt werden. Das Wesen des Rechtes wird durchaus verkannt, wenn man den Rechtssatz als Urteil definiert. Damit wird eine rein formal-logische Bestimmung gegeben, die nichts darüber aussagt, was denn diesem Urteile den Rechtscharakter verleiht.

Soll es sich um Recht handeln, so muß dem logisch formulierten Gedankeninhalte Geltung in dem spezifischen Sinne sozialer Rechtsgültigkeit zuteil geworden

<sup>1)</sup> Völlig verkannt wird aber das spezifische, normative Sein des Rechtes, wenn man es selber als ein System von Handlungen bezeichnet (so M. E. MAYER, Rechtsphilosophie 1922, S. 55/56).

sein. Diese Geltung ist raumzeitlich gebunden; sie ist das Erzeugnis historisch-einmaliger Willensvorgänge und bleibt in die Zeitwirklichkeit, der sie entstammt, verwurzelt. Allgemeingültigkeit im logischen Verstande ist dem Rechte wesensfremd. Nur die Subjekte bindet es, die seinem — historischen — Geltungskreise angehören.

Wohl gibt es auch in der Willensregion überzeitliche Gesetze, die nicht minder unbedingt und allgemein gelten als logische Normen. Aber das sind keine Rechtssätze<sup>1)</sup>. Es sind apriorische Sätze über Wesenszusammenhänge rechtlich-inhaltlicher Natur, die der Überführung in die soziale Wirklichkeit bedürfen, um Rechtsgeltung, d. i. rechtliches Sein zu erlangen. Das Recht, wie immer es im einzelnen ausgestaltet wird, gewinnt seinen Rechtsinhalt zu einem wesentlichen (und bestimmbareren) Teile aus solchem Begriffsmateriale einer apriorischen Sozial- und Rechtslehre. Aber von „Recht“ in unserem Sinne kann erst dann gesprochen werden, wenn dem Sachverhalte der Seinswert der Rechtsgeltung zuteil geworden ist. Was nicht in die Form der Rechtsgeltung gegossen ist, ist vorrechtlicher Sachverhalt<sup>2)</sup>.

Das ist nicht so zu verstehen, als ob erst die Verleihung der Rechtsgeltung an einen rechtliche Normierung eines Lebenstatbestandes enthaltenden Sachverhalt diesem den Charakter einer sozial beachtlichen Tatsache gäbe. Es ist durchaus möglich, daß einem noch der Rechtsgültigkeit entbehrenden Tatbestande schon ein Sozialwert zukommt, obwohl die normative Wirkung einer Rechtswirklichkeit erst in einem späteren Stadium der Geltungsgenese erreicht wird.

Der Gesetzesentwurf ist nicht Recht, hat aber — der Öffentlichkeit schlechthin oder den an der Gesetzgebung beteiligten Organen der Staatsrechtsgemeinschaft zugänglich gemacht — als Diskussionsstoff und konkreter Rechtsinhalt möglicher Zukunftsgeltung sozialen Wert. Feststellung des Gesetzesinhaltes (des Rechtsinhaltes der künftigen Rechtsnorm) ist keineswegs eine bloß logische Aufgabe. Es handelt sich hier um die Fixierung und Formulierung eines gedanklichen Etwas, das sich seinem Sinne nach als Ordnung intersubjektiver Beziehungen zwischen Subjekten dieses personalen Kreises darstellt. Es bedarf nurmehr des formalen Aktes der Geltungsverleihung — in der Sprache des Staatsrechtes: der „Sanktion“ —, um dem inhaltlich bereits vollendet vorliegenden Sachverhalte normative Geltungskraft (Gesetzeskraft) zu verleihen. Rechtlich ist allerdings der zweite Schritt der entscheidende. Insofern besteht zweifelsohne eine Rangordnung unter den einzelnen Stadien der Gesetzgebung<sup>3)</sup>. Der rücksichtlich der Geltungswerdung des Sachverhaltes grundlegende Akt ist die Sanktion. Sie wird im heutigen Reichsrechte *uno actu* mit der Feststellung des Gesetzesinhaltes durch den Reichstag vollzogen: RV. Art. 68 II<sup>4)</sup>. Trotzdem handelt es sich — nicht anders als im alten Reichsrechte, wo die Sanktion dem Bundesrate vorbehalten war, während es zur Feststellung des Gesetzesinhaltes übereinstimmender Mehrheitsbeschlüsse des Reichstags und Bundesrats bedurfte<sup>5)</sup>, — auch heute um wesensverschiedene Vorgänge, deren Vollzug, weil Setzung des Rechtsinhaltes und Geltungsverleihung in einer Hand vereinigt sind (der des Reichstages), zeitlich zusammenfallen kann. Es liegt wie in den Regelfällen rechtsgeschäftlicher Rechtsgestaltung: die Parteien setzen den Rechtsinhalt des Vertrages, der zwischen ihnen künftig als Norm

<sup>1)</sup> Wohl aber Sätze rechtlicher Bedeutung. Gegen RIEZLER, Apriorisches Recht (S.-A. aus der Kant-Festschrift des Archivs für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 1924), S. 14/15.

<sup>2)</sup> Das erst noch „zur Geltung zu bringende“ Recht ist kein Recht, auch keine andere Art Recht neben dem gesetzten (positiven) Recht: Gegen JAHRREISS, Problem der rechtlichen Liquidation des Weltkrieges 1924, S. 86.

<sup>3)</sup> Gegen KELSEN, Hauptprobleme (oben S. 5 Anm. 2) S. 416.

<sup>4)</sup> Vgl. ANSCHÜTZ, Die Verfassung des Deutschen Reichs 1921, S. 128, Ziffer 6.

<sup>5)</sup> Vgl. P. LABAND, Staatsrecht des Deutschen Reichs Bd. II<sup>5</sup> (1911), S. 29f., auch „Systematische Rechtswissenschaft“<sup>2</sup> 1913, S. 349.

gelten soll, miteinander verhandelnd fest und erkennen dieses ihr Werk, den vertraglichen Rechtssachverhalt als rechtsgültig an, ihn dadurch mit bindender Normwirkung für ihren speziellen Rechtskreis ausstattend. (Über die aktmäßige Struktur dieses letzteren Vorganges wird noch näher zu handeln sein.) Bei der staatlichen Normsetzung sind die Phasen der Rechtswerdung verfassungsmäßig festgelegt und treten formal verlaublich auseinander. Hier gibt als konstitutiver Akt der Geltungszeugung die Sanktion dem Gesetzesentwurfe die Seinsform des Gesetzes. Nun erst ist der Gesetzessachverhalt in der Rechtssphäre existent als Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung. Der Endpunkt der Rechtsgeltungsgenese ist aber auch jetzt, mit Sanktionierung des Gesetzes, noch nicht erreicht. Noch kann das Gesetz seine normative Wirkung im Verhältnis zu den Rechtsgenossen nicht entfalten. Ein weiteres formales Moment muß hinzukommen, damit dem Gesetze Normwirkung zuteil werde: die Publikation gem. Art. 70 RV. Nur das verfassungsmäßig verkündete Gesetz ist rechtsverbindliche Norm für das norminhaltlich betroffene soziale Verhalten der Bürger. Diesem zweistufigen Vorgang der gesetzlichen Geltungsgenese kann sich noch eine dritte Stufe aufbauen: Regelmäßig tritt das Gesetz nicht schon im Zeitpunkt seiner Verkündung, sondern erst mit Ablauf einer Frist von 14 Tagen in Kraft: RV. Art. 71. Vor seinem „Inkrafttreten“ entbehrt das Gesetz der gegenwärtigen Normwirkung. Es ist aber nicht so, daß das Gesetz erst mit seinem Inkrafttreten überhaupt Geltungskraft erlangt. Während das nicht verkündete Gesetz noch nicht „fertig“ ist, d. h. unvollkommenes Recht von noch brüchiger, unter Umständen sogar zerstörbarer Rechtsgeltung — arg. Art. 72, 73 RV. — darstellt und der bindenden Wirkung gegenüber den Rechtsgenossen gänzlich ermangelt, ist die normative Wirkung eines publizierten, aber noch nicht in Kraft getretenen Gesetzes nur gehemmt. Es gilt bereits mit latenter Rechtskraft als ein „ruhendes“ Recht, das bis zum Zeitpunkt des Inkrafttretens seine norminhaltliche Funktion der Bestimmung der einschlägigen Lebenssachverhalte nicht ausüben kann, der Anwendung im konkreten Falle unfähig.

Auf Einzelheiten ist hier nicht einzugehen. Worauf es an dieser Stelle ankommt, ist: klarzustellen, daß das Eingehen in die Seinsform der Rechtswirklichkeit ein zusammengesetzter Werdungsprozeß sein kann, der sich aber in jedem Falle schon mit seiner ersten Stufe von allen voraufgehenden Phasen der Genese des Rechtssachverhaltes scharf und grundsätzlich abhebt. Nur auf die Geltungsverleihung an den Sachverhalt zielende Akte betreffen die Rechterzeugung unmittelbar. Alles andere ist Vorarbeit. Das beste, d. i. gerechteste „Recht“, das der Seinsform geltenden Rechtes ermangelt, gilt nicht im Rechtssinne und ist kein Recht in unserem Sinne.

Insoweit ist MEYER-ANSCHÜTZ<sup>1)</sup> durchaus zuzustimmen, die den Begriff des philosophischen Rechtes überhaupt verwerfen und erklären: „es gibt kein anderes Recht als positives“. Zutreffend wird von den genannten Schriftstellern auch der Ausdruck „allgemeines Staatsrecht“ zur Bezeichnung derjenigen Sätze, „welche sich auf Wesen und Zweck des Staates beziehen“, abgelehnt. In der Tat handelt es sich hier überall um Gegenständlichkeiten, die nicht Rechtscharakter im Sinne von Sachverhalten des geltenden Rechtes haben.

Im Folgenden verlassen jedoch MEYER-ANSCHÜTZ die klare Grenzlinie, welche Recht und die vorrechtliche Welt geistiger Gegenstände juristischer Struktur scheidet, indem sie unter allgemeinem Staatsrecht diejenige Disziplin begreifen, die „das Recht des Staates überhaupt, d. h. aller möglichen Staaten, namentlich der Staaten einer bestimmten Zeitepoche oder Kulturstufe bezeichnet“, während es das besondere Staatsrecht mit dem „speziellen Recht eines einzelnen Staates oder einer Staatengruppe“ zu tun habe.

Das bedeutet gegenüber dem früher Gesagten eine Inkonsequenz. Zwei verschiedene Betrachtungsweisen rechtlich strukturierter Sachverhalte werden hier nicht genügend geschieden: Wissenschaftliche Betrachtung des Rechtes (d. i. geltenden Rechtes) hat zum Gegenstande notwendig historische Rechtswirklichkeit, Recht in realen, wenn auch vielleicht raumzeitlich

1) MEYER-ANSCHÜTZ, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts 1919, § 18, S. 60.



auseinanderliegenden Geltungskreisen. Ein Forscher dagegen, der eine Sphäre der Rechtsregion (z. B. das Recht des Staates) „überhaupt“ untersucht, befindet sich nicht auf dem Boden einer rechtshistorischen Sachverhalten gewidmeten Wissenschaft, sondern treibt rechtsdogmatische Wesensforschung, die der begrifflichen Gegenständlichkeit möglichen Rechtes, z. B. der Rechtsordnung in einem gedachten Staate zugewendet ist. Auf ein solches Ziel kann eine allgemeine Staatslehre im Sinn der genannten Autoren nicht gerichtet sein, denn das wäre ein „philosophisches“ Staatsrecht, das sie gerade verwerfen.

Der Widerspruch in den Ausführungen von MEYER-ANSCHÜTZ a. a. O. wird dadurch verdeckt, daß unter dem Recht des Staates „überhaupt“ nicht nur das Recht „aller möglichen Staaten“, sondern zugleich „namentlich“ das Recht „der Staaten einer bestimmten Zeitepoche oder Kulturstufe“ verstanden wird. Das Wörtchen „namentlich“ überbrückt einen theoretischen Abgrund: es verkleistert den Wesensgegensatz apriorischer Rechtsdogmatik und rechtsgeschichtlicher — auch die Gegenwart ist historisch — Forschung. In diesem Punkte besteht eine prinzipielle Unklarheit der Verfasser, die der ganzen Einleitung des bezeichneten Werkes anhaftet; sie ist „Grundbegriffe des Staatsrechts“ überschrieben Was soll hier gegeben werden? Eine Grunddogmatik des positiven Staatsrechts auf rechtsvergleichender Grundlage? Oder eine juristische Wesenslehre des Staates? Die Frage wurde von den Autoren nicht aufgeworfen. Sie haben sich daher bei der Behandlung des Einleitungsstoffes für keine Alternative entscheiden können.

Doch kehren wir zum engeren Gegenstande unserer Untersuchung zurück:

Die Konstituierung des Rechtes — seine Geltungserzeugung — erfolgt durch konkrete Willensakte. Ob Kinder eine Spielregel zur bindenden Norm für den Kreis der Spielenden erheben, indem sie sagen: „Das soll gelten“, oder ob Erwachsene die Rechtsverbindlichkeit eines Rechtsgeschäftes durch Namensunterschrift fixieren, es ist der wesensgleiche Vorgang: das geistige Etwas, auf das sich die Willensäußerung bezieht, erlangt durch die geäußerten Bewußtseinsakte der beteiligten, d. i. die Rechtsgemeinschaft — der Spieler, der Kontrahenten — bildenden Subjekte intersubjektive Geltungskraft.

Von der aktmäßigen Struktur der Geltungserzeugung wird weiter unten zu handeln sein. Hier stellen wir fest: Die Rechtsgeltung ist — wenn wir den Kreis möglicher Rechtssubjekte auf die Naturgattung „Mensch“ beschränken — menschliches Erzeugnis. Menschen sind Schöpfer der Rechtsnormen; ihr Individualwille verleiht dem Satze Geltungskraft. Der Rechtsgeltung teilhaftig geworden ist das Recht aber von dem Individualbewußtsein jedes Genossen der Rechtsgemeinschaft aktmäßig losgelöst. Das Recht ist innerhalb seines Geltungskreises ein Stück objektiver, d. h. dem Individualwillen als Norm widerstehender Sozialwirklichkeit. Diese ist nicht weniger (nur anders) wirklich als ein Naturding. Die Welt besteht nicht nur aus den sinnlich wahrnehmbaren Dingen. Geistige Sachverhalte wie das „Recht“ deren Sein nicht mit den Sinnen des Leibes wahrnehmbar ist, sind darum doch „da“. Nur ist ihre Bewußtseinsgegebenheit eine andersartige.

Die differente Seinsform solcher Sachverhalte darf nicht dazu führen, daß ihnen überhaupt die Existenz aberkannt wird, wie es KIPP<sup>1)</sup> tut, dem F. STEIN<sup>2)</sup> mit den Worten zustimmt: „Rechte oder Ansprüche gehören nicht der Sinnenwelt an, sie sind lediglich Gegenstände unserer Vorstellung . . . Auch das rechtsgestaltende Urteil schafft nichts Reales, sondern nur eine gedachte Rechtsfolge . . .“ Gegen diese Auffassung des Rechtes wurde schon oben S. 6 Stellung genommen. Es ist keineswegs bloß „eine Bildersprache“, wenn man von Entstehung, Sichverändern, Untergehen und ähnlichen Modi des Rechts spricht, wie KIPP meint. Und es ist noch keine „körperweltliche Auffassung von Rechten und Rechtswirkungen“, wenn man diese Dinge „für mehr als ein Bild, für Wahrheit“ nimmt. Man muß sich nur von der Vorstellung einer Identität von Wirklichkeit und sinnlicher Wirklichkeit freimachen und das geistige Auge für die unsinnliche Wahrnehmung geistiger Realitäten, deren Seinsform unsichtbar ist, schärfen. Diesem Auge ist die Rechtsnorm deutlich genug erkennbar. Der nächtlich einsteigende und dabei eine Fensterscheibe zertrümmernde Dieb stößt durch diese Handlung fühlbarer wohl noch als an das splitternde Glasding gegen die Rechtsnorm des § 243 StGB. Die Scheibe bricht, aber das Gesetz widersteht dem Angriffe. Stärker als die Materie ist hier das unsichtbare Sein: die Geltung des Rechts.

<sup>1)</sup> TH. KIPP in der Berliner Festschrift für F. v. MARTITZ 1911, S. 211 f.

<sup>2)</sup> FRIEDRICH STEIN, Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung 1912, S. 93, vgl. denselben, Grundfragen der Zwangsvollstreckung 1913, S. 41.

Aufhebbar bleibt freilich jedes Recht. Seine Geltung kann willkürlich wieder beseitigt werden. Die Individualwillensakte, welche das Recht zum geltenden erhoben, können durch neue, konträre Willensakte aufgehoben werden. Damit wird die den Rechtsgenossen auferlegte Bindung beseitigt, indem das Sein der Rechtsnorm der aktmäßigen Fundamentierung beraubt wird.

Von diesem Sachverhalte ist der Fall, daß die Rechtswirkung einer Rechtsnorm für Zeit suspendiert wird, zu scheiden. So liegt es, wenn ein Rechtssatz vorübergehend „außer Kraft“ gesetzt wird<sup>1)</sup>. Das bedeutet keine Aufhebung der betreffenden Rechtsnorm; diese bleibt als Rechtssachverhalt mit unverändertem intersubjektiven Geltungsgrundwert erhalten. Die Außerkraftsetzung auf Zeit richtet sich nicht gegen das rechtliche Sein der Norm. Wohl aber wird die Seinsweise des Rechtes betroffen: Es gilt zwar noch, kann aber seine spezifische Geltungswirkung der normativen Bestimmung der einschlägigen Tatbestände des sozialen Lebens nicht entfalten. Die rechtsdogmatische Sachlage ist durchaus entsprechend, wie wenn ein Gesetz als verfassungsmäßig zustande gekommenes und der vorgeschriebenen Seinsform als ausgefertigtes und publiziertes teilhaftig gewordenes schon gilt, noch aber in seiner normativen Wirkung gehemmt ist, da der Zeitpunkt des „Inkrafttretens“ in der Zukunft liegt. Diesen das Gegenstück zum hier in Frage stehenden Sachverhalt bildenden Fall lernten wir bereits oben S. 10 kennen.

Ein Recht aufheben heißt: seine Seinsform zerbrechen; es damit der Rechtsgeltung entkleiden. In diesem Sinne ist RV. Art 13, Abs. I zu verstehen („Reichsrecht bricht Landrecht“). Es handelt sich hier nicht um bloße Außerkraftsetzung der dem Reichsrecht widerstreitenden Norm des Landrechtes durch den die gleiche Materie regelnden reichsrechtlichen Satz. Die betreffende landrechtliche Norm wird vielmehr zerstört, ihres rechtlichen Seins beraubt und ist daher, weil auch keiner latenten Geltung mehr teilhaftig, nicht imstande, mit Wegfall des entgegenstehenden Reichsgesetzes „wiederaufzuleben“, d. h. ihre bis dahin nur gehemmte Geltungskraft jetzt normativ auszuwirken. Vgl. zutreffend ANSCHÜTZ<sup>2)</sup>, der den richtig gedachten Sachverhalt aber unrichtig beschreibt, wenn er sagt:

„Das Reichsgesetz beseitigt nicht sowohl die bindende Kraft des Landesgesetzes, sondern dessen Dasein“. Eine begriffliche Zweifung von „Dasein“ und „bindender Kraft“ eines Gesetzes ist nicht angängig. Es ist nicht dasselbe, ob man sagt: „Das Gesetz ist in Kraft getreten“, oder „es hat bindende Kraft“. Die zweite Aussage ist inhaltlich identisch mit dem Satze: „Das Gesetz ist verbindlich“ oder: „Das Gesetz gilt“, oder „es ist (im Rechtssinne)“. Demgegenüber ist das Inkrafttreten ein sekundärer Vorgang, der das Sein der Norm voraussetzt. Sehr deutlich Art. 61 der Preuß. Ver. vom 10. 11. 1920. Da heißt es im Abs. 1: „Ein Gesetz ist verbindlich, wenn es verfassungsmäßig zustande gekommen und vom Staatsministerium in der vorgeschriebenen Form verkündet worden ist . . .“ Und im Abs. 2: „Wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt, tritt es mit dem vierzehnten Tage nach Ausgabe . . . in Kraft.“ Nicht anders im entgegengesetzten Falle der befristeten oder bedingten Außerkraftsetzung einer Rechtsnorm. Liegt aber ein wirksamer Normbruch vor — wie im Falle des Art. 13 Abs. I RV. —, so bricht das geltungsmäßige Substrat des Rechtes zusammen; dieses hört auf zu „sein“, indem es seine bindende Kraft einbüßt.

Die Aufhebbarkeit einer Rechtsnorm kann erschwert werden. So sind uns aus dem altgriechischen Recht Bestimmungen bekannt, nach deren Anträge auf Abänderung oder Aufhebung (griechisch gesprochen: *συγγεῖν [καταλύειν] ἢ μεταποιεῖν*) gewisser Gesetze unter die schwersten Strafen gestellt waren<sup>3)</sup>. Das sind Versuche, die betreffende Normgeltung zu verewigen. Weder auf diesem noch auf anderen Wegen kommt man zum Ziele der Unaufhebbarkeit einer Rechtsordnung. Aus der Gebundenheit des Rechtes an einen raumzeitlich festliegenden Rechtskreis folgt mit

<sup>1)</sup> Beispiel: Gesetz über die einstweilige Außerkraftsetzung der Vorschrift des § 247 des BGB. vom 3. März 1923 (RGBl. I, S. 163).

<sup>2)</sup> ANSCHÜTZ, *Verfassung*, S. 46 unter a; im selben Sinne auch schon bei MEYER (oben S. 10 Anm. 1), S. 715 Anm. a.

<sup>3)</sup> EGON WEISS, *Griechisches Privatrecht I*, 1923, S. 87/88 mit Quellenbelegen Anm. 175.

Notwendigkeit, daß mit Sprengung dieses Kreises, indem sich die ihn bildende personale Gemeinschaft von Rechtssubjekten (ersatzlos) auflöst, auch die Rechtsordnung, welche hic et nunc galt, zusammenstürzt. Der willkürlichen Lösung von Willensverbundenheiten rechtlich vergemeinschafteter Individuen kann kein Riegel vorgeschoben werden, dessen Öffnung nicht möglich wäre. Bei Konstituierung ihrer Gemeinschaft unter selbstgesetzter Norm mögen die Genossen noch so feierlich versprechen, daß ihr Bund „ewig“ sein soll, solange die Gemeinschaftsglieder Rechtssubjekte sind mit freier Willensbestimmung über ihre soziale „Welt“, kann den gewollten Bruch des Rechtsbandes, das sie verband, niemand — auch der eigene frühere Wille der Rechtsgenossen selber nicht — hindern. Recht unter Menschen ist und bleibt menschliches Erzeugnis. Menschen haben es geschaffen, indem sie sich seiner Rechtswirkung unterwarfen. Menschen können es wieder aufheben, indem sie durch neue Willensakte den normativen Willen zerbrechen, sich von seiner Herrschaft befreien.

Wir stellen hier nur die grundsätzliche Möglichkeit der Aufhebung geltender Normen fest. Von dem „Wie“ wird später gehandelt werden.

c) Es „gibt“, d. h. es sind rechtsdogmatisch als möglich aufweisbar Rechtsgeltungen von sehr verschiedener Kraft und Seinsweise. Bei aller Ungleichheit ist sämtlichen Rechtsgeltungen Wirkung in zwei Richtungen gemeinsam:

1. In positiver Richtung wirkt das Recht kraft seiner Geltung als den Willen der ihm Unterworfenen bindende Norm. Das Recht „gilt“ heißt hier: diese Regelung der Sozialbeziehungen ist maßgebend, ist Richtschnur für das Handeln und überhaupt willentliche Verhalten der normbetroffenen Rechtssubjekte. Diese seine positive Wirkung kann das Recht nur im Umfange der von ihm erfaßten Lebenstatbestände entfalten. Die Geltung einer Rechtsnorm betrifft nur die Rechtssubjekte als Ordnungsmaßstab ihrer sozialen Betätigung, die durch ihr Verhalten an der Schaffung oder Erhaltung eines Tatbestandes beteiligt sind, dem der betreffende Rechtssatz inhaltlich gilt. In diesem Betrachte geht ein Vertrag zwischen A und B die Rechtssubjekte C bis N nichts an, auch wenn A bis N derselben größeren Rechtsgemeinschaft, welche die den Vertrag A—B rechtlich fundierenden Rechtsnormen aufgestellt hat, angehören.

Mit der rechtskräftigen Regelung eines Sachverhaltes ist ein Ende (*finis*, *τέλος*) erreicht: Die im Rechte gegebene neue Handlungsnorm des einschlägigen sozialen Verhaltens hat frühere Willensstrebungen der beteiligten Rechtssubjekte abgelöst. Der eigen (individuell) gerichtete, retrospektiv vom erreichten *finis* gesehen, normwidrige Parteiwille ist überwunden und ein Rückgriff auf das normativ gesperrte Handlungsfeld des rechtlich insoweit eingeeengten Individualwillens ausgeschlossen. Diese „Sperrwirkung“ des Rechtes ist charakteristische Geltungswirkung. Die Rechtsnorm schließt, indem sie gilt, Rechtspräventionen, die ihrem Norminhalte, den Richtlinien ihrer Verhaltensnormierung widersprechen, aus. Man kann hier, wenn man das Gesagte auf den Spezialfall der Urteilsnorm im Rechtsstreite anwendet, mit REGELBERGER<sup>1)</sup> von der „abwehrenden Kraft der rechtskräftigen Entscheidung“ sprechen. Damit treten wir bereits auf die andere,

2. negative Seite der Rechtsgeltung. Von dieser Seite gesehen stellt sich die Rechtsgeltung als Bestandsfähigkeit des Rechtes dar. Diese Fähigkeit nicht als Eigenschaft der Geltungsdauer verstanden, sondern im Sinne der Kraft des Rechts, sich gegenüber willentlichen Auflehnungen in seinem Bestande zu behaupten.

MERKL<sup>2)</sup> freilich erklärt, nachdem er die Gleichsetzung von Rechtskraft und Rechtsgeltung abgelehnt hat: „... unter der Rechtskraft selbst wollen wir diespezifische Geltungsdauer von Rechtlichem verstehen“. Diese Definition wird dem Wesen der Rechtskraft in

<sup>1)</sup> Pandekten I § 196, V, S. 701/2.

<sup>2)</sup> ADOLF MERKL, Die Lehre von der Rechtskraft (Wiener Staatswissenschaftliche Studien herausg. von H. KELSEN, Bd. 15) 1923, S. 177 und S. 178/9, Anm. 1.

keiner Weise gerecht. Als „konstituierendes Merkmal“ der Rechtsgeltung wird von MERKL „der Zeitbegriff“ angesehen. Aber der Zeitbegriff ist ein durchaus metajuristischer; auf ihn eine Rechtsanalyse (im Sinne einer rechtsdogmatischen Untersuchung) begründen, heißt auf eine juristische Erklärung des betr. rechtsdogmatischen Sachverhaltes verzichten. In der Tat ist eine Förderung des Rechtskraftproblems durch MERKLS Abhandlung nicht erkennbar. An dieser Stelle muß eine Auseinandersetzung mit den Thesen MERKLS über das Wesen der Rechtskraft unterbleiben.

Es handelt sich um Behauptungsfähigkeit der Rechtsnorm gegenüber Angriffen von Rechtssubjekten, gleichviel von welcher Seite sie kommen. Aber es macht natürlich einen wesentlichen Unterschied, ob der Angreifer dem Kreise der Rechtssubjekte zugehört, die sich zu der von der angegriffenen Norm als Rechtsordnung beherrschten Rechtsgemeinschaft zusammengeschlossen haben, oder ob ein außerhalb dieses Rechtskreises Stehender das Recht nicht gegen sich gelten lassen will. Es kann sehr wohl sein, daß eine Rechtsnorm sich dem Angriffe gegenüber, der aus der ersten Richtung kommt, — „intern“ — behauptet, aber nach außen, d. h. im Verhältnis zu Dritten, die außerhalb des speziellen Rechtskreises stehen, jedoch mit dessen Genossen in einem größeren Rechtsverbande vereint sind, der Geltungskraft ermangelt, in welchem Falle eine „bloß interne“ Rechtsgeltung vorliegt. Doch davon später<sup>1)</sup>.

Der „Angriff“ gegen das Recht besteht darin, daß der Versuch gemacht wird, den normgemäßen Sachverhalt seiner Geltungswirkung gegen den Angreifer zu berauben seine Seinsform durch eine mit dem angegriffenen Recht unverträgliche, vom Angreifer versuchte Rechtsformung zu ersetzen. Die Gültigkeit des Rechtes bringt solche Angriffe zum Scheitern; im Panzer vollkommener Geltung widersteht das Recht allen Anfechtungen. Freilich: Es gibt Grade der Rechtsgeltung. Neben der bis zur allseitigen Unangreifbarkeit gesteigerten Rechtskraft höchster Stufe stehen rechtliche Seinsformen minderer Dignität. Aber wie reduziert die Geltungskraft eines Rechtssachverhaltes immer sei, ein Minimum an bindender Wirkung muß ihm erhalten geblieben (oder verliehen) worden sein. Ein Recht, dem die Willensüberlegenheit gegenüber dem Individualwillen so sehr mangelt, daß es jedem normwidrigen Verhalten eines Rechtssubjektes nachgeben muß und dem seine Geltung Bestreitenden nichts entgegenzusetzen vermag, vermöge dessen es diesen Angriff abwehren könnte, verdient nicht den Namen „Recht“, der rechtlichen Existenz in Wahrheit entbehrend.

Dort wo die Geltungserzeugung an bestimmte Organe einer Gesamtrechtsgemeinschaft delegiert ist, gehört zur Rechtsgeltung des auf diese Weise gesetzten Rechtes — gleichviel ob nur die Verleihung der Seinsform an einen vorgegebenen Sachverhalt oder auch darüber hinaus die rechtsinhaltliche Tatbestandssetzung delegiert war — der Ausschluß der „Selbstkorrektur“ der Norm durch den Geltungserzeuger. Die freie Abänderbarkeit eines Normsachverhaltes kommt einer Negierung seiner Rechtsgültigkeit gleich. Vorausgesetzt, daß die Abänderung nicht durch einen dem Akte der Geltungserzeugung spiegelbildlich konformen *contrarius actus* der auch hierzu delegierten Instanz des Rechtsverbandes vollzogen wird. Die Möglichkeit einer sogear teten Rechtsreform steht der Rechtsgültigkeit des zu reformierenden Rechtes ebensowenig entgegen wie die grundsätzlich gegebene Aufhebbarkeit des Rechtes überhaupt dessen Rechtsgeltung Abbruch tut (vgl. oben S. 12)<sup>2)</sup>. Diese Gebundenheit des zur Geltungsverleihung delegierten Dritten an seine Entscheidung — ausdrücklich ausgesprochen in § 318 ZPO. — ist aber nur eine Seite der Geltungswirkung des Sachverhaltes. Der primäre Geltungseffekt ist immer und notwendig die Gebundenheit des Willens der Rechtssubjekte, die der Rechtssachverhalt norminhaltlich angeht: der Parteien. Ihnen gegenüber muß

<sup>1)</sup> Siehe unten § 7.

<sup>2)</sup> Vgl. auch HATSCHEK, Staatsrecht, Bd. 2, 1923, S. 97.

das vom Dritten festgestellte Recht Normcharakter mit der bezeichneten doppel-seitigen Wirkung erlangt haben, damit von Rechtskraft gesprochen werden kann.

Wie aber verhält sich der Begriff „Rechtskraft“ zum Begriffe „Rechtsgeltung“? Jener wird heute in einem engeren technischen Sinne gebraucht. Mit „Rechtskraft“ bezeichnet man in der gegenwärtigen juristischen Literatur Deutschlands ganz überwiegend den prozessualen Sachverhalt der „res iudicata“ (l'autorité de la chose jugée), indem man das Wort nur anwendet, um den geltungsmäßigen Effekt der bindenden Streitentscheidung durch einen kraft Delegation legitimierten Dritten zu bezeichnen. Rechtskraft in diesem Sinne bildet eine theoretisch sehr bedeutsame und praktisch besonders wichtige Spezies des rechtsdogmatischen Genus Rechtsgeltung — eine Spezies, die auch unser besonderes Interesse finden wird. Wir übernehmen den vorgefundenen Rechtskraftbegriff in seiner Grundbedeutung, wenschnon nicht in seiner technischen Beschränkung: Es soll in allen Fällen einer individuellen, einem einmaligen Rechtssachverhalte geltenden Rechtsformung von „Rechtskraft“ gesprochen werden können, ohne Rücksicht darauf, ob die Seinswerdung der Norm Leistung einer außerparteilichen Instanz ist oder eigne Arbeit der Parteien. Auch der rechtsgültige Vertrag zwischen privaten Rechtssubjekten, die ihren Willen, sich zur Vertragsrechtsgemeinschaft zusammenschließend an die selbstgesetzte Norm banden, soll uns „rechtskräftig“ heißen. Neben der Rechtskraft steht als zweiter Typ der Rechtsgeltung die „Gesetzeskraft“ der generellen Rechtsnorm. Eine dritte Spezies bilden die Fälle individueller, aber universell wirkender Rechtsgeltung (sog. „absolute“ Rechte).

Ehe wir weitergehn, wollen wir uns die dargestellten Rechtswirkungen des Rechtes im Verhältnis zu den normbetroffenen Rechtssubjekten noch etwas veranschaulichen:

Sehr deutlich charakterisiert die normative Kraft des rechtsgültigen Vertrages DEMOSTHENES, indem er sagt<sup>1)</sup>:

*„ὅσα μὲν γὰρ ἀμφισβητήσιμά ἐστι τῶν συμβολαίων, κρίσεως δεῖται... τὰ δὲ παρ' ἀμφοτέρων ὁμολογηθέντα τῶν συντιθεμένων, καὶ περὶ ὧν συγγραφαὶ κεῖνται ναυτικά, τέλος ἔχειν ἅπαντες νομίζουσι, καὶ χρῆσθαι προσήκει τοῖς γεγραμμένοις.“*

Es handelt sich hier um die Rechtskraft des in einer *συγγραφῇ κνωία* fixierten Parteivertrages; ihre Wirkung besteht nach DEMOSTHENES darin, daß zufolge der parteilichen Einigung ein *τέλος* erreicht ist, das einen Rückgriff auf vorvertragliche Ansprüche ausschließt, und daß der Vertrag die maßgebliche Verhaltensnorm in Zukunft für die Kontrahenten (soweit die Einigung reicht und schriftlich niedergelegt ist) bildet: *χρῆσθαι προσήκει τοῖς γεγραμμένοις*<sup>2)</sup>.

Die DEMOSTHENISCHE Beschreibung der Rechtskraftwirkung eines Vertrages entspricht durchaus — auf den Sachverhalt der Rechtsstreitschlichtung durch einen neutralen, von der Gesamtrechtsgemeinschaft delegierten Dritten übertragen —, der begrifflichen Auslegung, die das Reichsgericht<sup>3)</sup> der Bestimmung des § 7 Abs. 1 Satz 3 („Seine Entscheidungen — sc. die Entscheid. des Mieteinigungsamtes — sind unanfechtbar“) der Mieterschutzverordnung vom 23. 9. 1918 (in der Fassung der V. vom 22. 6. 1919) gibt. Das RG. sagt: . . . „Daraus folgt nicht nur, daß es kein Rechtsmittel gegen Beschlüsse des MEA. gibt und daß auch eine Klage gegen seinen Spruch ausgeschlossen ist, sondern es muß auch . . . der Inhalt eines solchen Beschlusses für die Parteien selbst wie für ein später entscheidendes Gericht sachlich bindend sein.“

Die Rechtskraft des Spruches des MEA. ist mit diesen Worten in positiver und negativer Richtung eindeutig charakterisiert. Schärfer noch als DEMOSTHENES a. a. O. hebt das Reichsgericht die Behauptungsfähigkeit (Unanfechtbarkeit) des Sachverhaltes gegen — gerichtliche — Angriffe der Parteien hervor. Trotzdem handelt es sich im letzteren Falle um eine Rechtsgeltung minderer Dignität, um ein rechtliches Sein geringerer Kraft. Die Entscheidung des MEA. bringt keine endgültige Regelung der streitigen Rechtsbeziehungen der Parteien. Ihre Geltung ist in einer Richtung anfechtbar: sie unterliegt der „Selbstanfechtung“ durch Korrektur seitens des

<sup>1)</sup> DEMOSTHENES, orationes ed. DINDORF (Bibl. Teubneriana) XXXV, § 27 cf. eod. § 39; ferner z. B. or. XLVIII, § 46.

<sup>2)</sup> Vgl. bezüglich der letzteren (positiven) Geltungsfunktion der *συγγραφῇ κνωία* J. PARTSCH, Griechisches Bürgschaftsrecht I, 1909, S. 149/50, Anm. 6 und ZHR. Bd. 70, S. 474f. mit weiteren Nachweisen.

<sup>3)</sup> RGZ. 101, S. 115; vgl. RGZ. 103, S. 315.

Geltungserzeugers (des MEA.) selber. Mit Recht hat das Reichsgericht die rechtliche Zulässigkeit der nachträglichen Abänderung oder Aufhebung des ergangenen Beschlusses durch das MEA. selber bejaht<sup>1)</sup>. Es bedarf aber eines dahingehenden Antrages einer Partei. Die Entscheidung bindet auch das MEA. Nur ist diese Bindung eine lösbare. Nicht durch parteiliche Anfechtung; die ist ausgeschlossen durch die proklamierte Unanfechtbarkeit der Entscheidungen des MEA. Aber der Parteiwille ist es, der den Abänderungsantrag stellend den Willen der Behörde (des MEA.) von der Selbstbindung befreit.

Diese auslösende Wirkung der Parteiinitiative in bezug auf die Geltungskraft eines Spruches gegenüber der rechtsprechenden Instanz ist überall dort gegeben, wo die Letztgenannte einer Beschwerde, die sich gegen ihre Entscheidung richtet, „abhelfen“ kann. So liegt es in den Fällen der sog. „einfachen“ Beschwerde nach der ZPO. (§ 571) und StPO. (§ 306 II); desgl. im Steuerberufungs-, -anfechtungs- und -beschwerdeverfahren nach der RAbgO.: die angefochtene Entscheidung kann von dem Finanzamt bzw. der sonstigen Steuerstelle, die sie erlassen hat, abgeändert werden, vgl. §§ 244, 277, 282 RAbgO. Auch das Gesetz über Mieterschutz und Mieteinigungsämter vom 1. Juni 1923<sup>2)</sup> hat den Grundsatz der Abänderbarkeit der Entscheidungen des MEA. beibehalten und eine den angeführten Bestimmungen der genannten Gesetze durchaus entsprechende Regelung getroffen: § 42 I l. c. (vgl. § 21 der Anordnung für das Verfahren vor dem MEA. vom 19. 9. 1923<sup>3)</sup>). Das bedeutet jedoch gegenüber dem früheren Zustand — nach der MSchVO. vom 23. 9. 1918 —, was die Rechtsgeltung der Beschlüsse des MEA. angeht, eine wesentliche Änderung. Überall nämlich, wo die Änderungsbefugnis der entscheidenden Stelle die Folge einer Parteibeschwerde ist, hat die Parteiinitiative eine geltungsmäßige Doppelwirkung: Einmal die erwähnte Auslösendwirkung, zufolge deren die bindende Kraft des Beschlusses dem Beschließenden gegenüber, wenn auch nicht völlig (definitiv) aufgehoben, doch suspendiert ist: dieser ist durch seinen früheren, im betr. Beschlüsse zu intersubjektiver Rechtsgültigkeit erstarrten Willen nicht mehr gebunden; er kann den selbstgestalteten Sachverhalt frei auf seine Richtigkeit untersuchen. Kommt er dabei zu dem Ergebnis, daß die Beschwerde begründet ist, so hilft er ihr ab, indem er die Norm des Beschlusses zerbricht, ihn auch den Normbetroffenen gegenüber und „nach außen hin“ der Rechtsgeltung entkleidend. Im anderen Falle erneuert er die Selbstbindung, die Abänderung versagend und sich damit der ersten Entscheidungsnorm von neuem willentlich unterwerfend. Dennoch hat die Entscheidung noch nicht den gleichen Geltungswert, den sie vordem — vor Einlegung der Beschwerde — besaß, wiedererlangt. In diesem zweiten Falle muß das Gericht (oder die sonst entscheidende Behörde) den Sachverhalt der Beschwerdestelle zur Entscheidung vorlegen. Das ist die andere Wirkung der Beschwerde: Sie fungiert zugleich als Parteiangriff auf die Rechtsgeltung des Beschlusses, als echte gerichtliche Anfechtung. Eine mit der Beschwerde anfechtbare Entscheidung hat von vornherein eine den normbetroffenen Rechtssubjekten gegenüber reduzierte Rechtskraft. Erfolgt (durch Einlegung der Beschwerde) die Anfechtung, so erfährt der Sachverhalt als nunmehr faktisch angefochtener eine weitere geltungsmäßige Reduktion (abgesehen davon, daß der Akt der Anfechtung die Selbstbindung der Beschlusseinstantz gelöst hat). Die Beschwerdestelle kann ihrerseits trotz erneuter Bejahung der Rechtsgeltung des angefochtenen Beschlusses durch die erste Instanz, die erklärt, der Beschwerde nicht abhelfen zu wollen, die Seinsform des Beschlußrechtssachverhaltes völlig zerstören, indem sie der Beschwerde stattgibt und die angefochtene Norm aufhebt. Die letztere Wirkung eines echten Normangriffes hat die Beschwerde in jedem Falle. Dagegen kann die erste (Auslösungs-) Wirkung fehlen: So in den Fällen der sofortigen Beschwerde gemäß ZPO. § 577 III und StPO. § 311 III, wo das Gericht, dessen Entscheidung angefochten wird, zu deren Abänderung nicht befugt ist. Von der anfechtbaren Rechtsgeltung wird noch im weiteren Verlaufe der Untersuchung die Rede sein<sup>4)</sup>.

An dieser Stelle ist hierauf nicht weiter einzugehen.

d) Wir brechen die allgemeinen Erörterungen über das Wesen der Rechtsgeltung hier ab. Um den Begriff in seiner Totalität zu erfassen, um seine rechtliche Tragweite und Struktur als Sachverhalt der intersubjektiven Wirklichkeit zu begreifen, ist ein Studium des Rechtes in seinen formalen Ausgestaltungen, des seinsmäßig entfalteten Rechtes erforderlich. In welcher Form ein Recht ausgeprägt wird und auf dem „Markt“ intersubjektiver Werte („Geltungen“) erscheint, ist bis zu einem gewissen Grade beliebig, d. h. im Wesen des Rechtes nicht von vornherein und allgemeingültig vorgezeichnet, vielmehr eine Funktion von außerrechtlichen Zeitumständen (Wirtschaftsverhältnisse, Kulturstufe, Marktlage im

<sup>1)</sup> RGZ. 103, S. 316; dazu MEYEROWITZ in JW. 1923, S. 722/23 mit Lit.; auch BRANDIS, Arch. Ziv. Pr. Neue Folge Bd. 1, 1923, S. 182/3.

<sup>2)</sup> RGBl. 1923 I, S. 353.

<sup>3)</sup> RGBl. 1923 I, S. 889.

<sup>4)</sup> Vgl. unten S. 117.

weitesten Sinne). Durch Analyse der rechtsdogmatischen Struktur der mannigfachen Seinsweisen des sich raumzeitlich entfaltenden Rechts gelangt man aber zu gewissen Geltungsgrundformen. Von diesen läßt sich zeigen, daß sie im Wesenssachverhalt der Rechtsgeltung als apriorische formale Möglichkeiten enthalten sind und typische Differenzierungen der Rechtswirklichkeit „überhaupt“ darstellen. Mit einer derartigen Typenlehre haben wir es im folgenden zu tun. Unser Ziel wird dabei nicht sein, ein vollständiges System der möglichen Seinsformen des Rechts zu geben. Die Betrachtung einzelner Geltungstypen ist nicht Selbstzweck; sie dient nur mittelbar der Erreichung des eigentlichen Zieles dieser Untersuchung, Klarheit zu gewinnen über das (rechtliche) Wesen der Rechtsgeltung. Das Einzelne hat im Rahmen dieser Arbeit immer die Bedeutung eines Beitrages zum Ganzen und Interesse nur insoweit als es das Ganze erhellt. Zunächst wird noch von einer grundbegrifflichen Gegensätzlichkeit, dem Verhältnisse von abstrakter zu konkreter Rechtsgeltung zu sprechen sein.

## B. Abstrakte und konkrete Rechtsgeltung.

§ 2. I. Ein Recht ist (gilt) abstrakt, wenn es seinem Inhalte nach nicht an einen historisch-einmaligen Sozialtatbestand geknüpft ist. Anders ausgedrückt: Die abstrakte Rechtsnorm bezieht sich nicht auf die raumzeitliche Wirklichkeit in der Weise, daß sie nur da wäre, d. i. Geltung hätte für einen historisch individuellen Lebensvorgang, diesen zu normieren bestimmt; sie gilt vielmehr als Norm möglicher Tatbestände einer durch den Rechtsinhalt bestimmten Wesensart. Die Abstraktheit eines Rechtes besteht mithin darin, daß es an die normativ erfaßte Rechtswirklichkeit nicht heranreicht, da es von ihr, die als historische notwendig einmalig individuell ist, abgelöst ist. Das Recht abstrakter Geltung bezieht sich primär (seinem Rechtsinhalte nach) auf den generellen, typisch vorgezeichneten „Wenn“-Tatbestand. Im Gegensatz zum konkret geltenden Rechte, das ein Stück sozialen Lebens unmittelbar ergreift. Abstrakte Rechtsgeltung ist Gesetzesgeltung im prägnanten Sinne. Ihr Kennzeichen: konditionale Fassung der Rechtsnorm. Wobei der Wennsatz den generell bezeichneten Tatbestand enthält. Erfüllt eine Sozialwirklichkeit, ein historisch-individueller Tatbestand diese *condicio legis*, so liegt ein „Fall“ vor, der unter das betreffende Gesetz „fällt“. Um vom individuellen Tatbestande zum Rechtsfall zu gelangen, bedarf es eines besonderen Verfahrens, das zur Fallwerdung führt, der Rechtsanwendung. Diese stellt eine normative Beziehung zwischen Rechtsnorm und Tatbestand her. Sie enthält einmal einen logischen Vorgang: den der Subsumtion des Lebenstatbestandes unter das gesetzliche Tatbestandsschema. Darüber hinaus stellt die Rechtsanwendung aber auch einen Willensvorgang dar: Sie erzeugt durch Konkretisierung der abstrakten Norm *hic et nunc* eine neue Seinsform des Rechtes, das eine Überführung in die Form konkreter Geltung erfährt; es „ist“ zufolge der Rechtsanwendung im konkreten Falle jetzt etwas intersubjektiv „vorhanden“, was vorher nicht galt. Das zeigt: Die Rechtsanwendung ist nicht nur rechtliche Beurteilung eines Tatbestandes, sondern zugleich ein rechtsgestaltender Vorgang, der die Welt der Rechtswirklichkeiten um einen individuellen Normsachverhalt von intersubjektiver Geltung bereichert.

Die Rechtskonkretisierung hat gestaltende Wirkung in zwifacher Richtung:

I. Einmal in Hinsicht auf den Tatbestand. Dieser erfährt durch die rechtliche Bewertung eine Umdeutung: Aus einem historischen Faktum von außerrechtlicher Seinsstruktur wird unter der bildenden Hand des Rechtsanwendenden ein Stück norm betroffener Wirklichkeit. Die Subsumierung unter das Gesetz formt den Tatbestand zum juristischen Sachverhalt, der nurmehr eine auf das juristisch

Wesentliche reduzierte Faktizität darstellt. Wie alle theoretische, normative Beurteilung von Tatsächlichem bedeutet die rechtliche Subsumtion eine Typisierung des Faktums, das seiner Einmaligkeit, seines *róde tí*-Charakters entkleidet zum Exempel, zum Fall erstarrt. Die mit vollzogener Rechtsanwendung geleistete Fixierung der abstrakten Norm im individuellen Falle reißt das Stück Leben, das der Rechtskonkretisierung unterworfen wurde, von dem Boden seiner historischen Bedingtheiten los.

So hebt der Schuldigspruch der Geschworenen, der die Frage aus Art 337 Code d'instruction criminelle gemäß Art. 348 — vgl. §§ 293, 308 deutsche StPO. alter Fassung (vor der Verordnung vom 4. I. 1924) — positiv beantwortet, das zur Anklage gestellte Individualverhalten des Angeklagten aus dem Kreise der rechtlich indifferenten Dinge mit bindender Kraft heraus. (Daß die kriminelle Rechtsanwendung damit noch nicht zu Ende geführt ist — im Strafprozesse erfolgt die Rechtskonkretisierung sukzessive — interessiert hier nicht.) Richtig, daß die Tat den Täter schuldig macht, nicht der Schuldspruch des Richters. Aber der letztere stellt erst die Zuordnung von Rechtsnorm zu Tatbestand rechtsgültig her. Und das ist der juristisch (geltungsmäßig) wesentliche Schritt. Als Substrat der angewendeten Norm stellt der kriminell bedeutsame Lebenssachverhalt in die schematische Form des gesetzlichen Wenn-Tatbestandes gepreßt, selbst ein normatives Etwas dar. Darum geht der Kampf zwischen Verteidiger und Staatsanwalt im Strafprozeß: Jener versucht den inkriminierten Tatbestand der „Fallwerdung“ zu entziehen. In jedem Falle. Plädiert der Verteidiger auf Freisprechung des Angeklagten, so ist sein Ziel, die der Tat, welche zur Anklage steht, durch den Eröffnungsbeschluß oder in dessen Ermangelung durch die Anklage zuteilgewordene — vorläufige — Rechtsformung zu zerbrechen (indem er Freisprechung erreicht) und damit die — endgültige — Stempelung des Tatbestandes zum Rechtssachverhalte, zur konkreten kriminellen Rechtswirklichkeit (indem Verurteilung erfolgt) zu verhindern. Aber auch wenn der Verteidiger nicht einen Freispruch seines Klienten erreichen will, ist es seine Aufgabe und muß ihm Leitstern sein für sein Verhalten in der Hauptverhandlung (und schon vorher), im Plaidoyer und sonst, die einer Fallwerdung der Tat widerstehenden Tatbestandsmomente aufzudecken, zu unterstreichen und herauszuheben. Notwendig nimmt der Verteidiger — dazu beruft ihn sein Amt — gegenüber dem kriminellen Vorgange, um dessen Aburteilung es sich handelt, einen individualistischen Standpunkt ein. Er will die Tat gerade in ihrer Einmaligkeit als Handlung dieses Täters, in ihrer Bedingtheit durch Anlage und Milieu verständlich und dem Individuum Mensch (das auch im Richter steckt) einsichtig machen. Entgegengesetzt ist das Ziel des Anklägers. Der Staatsanwalt ist von Amts wegen blind gegen alles, was an dem kriminellen Geschehnisse den Charakter der individuellen Einzigartigkeit hat. Er sieht nur das Typische, in den gesetzlichen Merkmalen der anzuwendenden Strafnorm Vorgegebene an dem Tatbestande. Was dem rechtsformenden Griffe entgleitet, mit den Zangen des Gesetzes nicht faßbar ist, existiert für den Ankläger nicht.

Über diesem unaufhebbaren, nur in den Formen abzumildernden Gegensatz zwischen Ankläger und Verteidiger steht der Richter. Als Rechtsanwender gehört er freilich auf die Seite des Staatsanwalts. Bei Beantwortung der Frage: Ist der Täter schuldig im Sinne des Gesetzes, ist die Einstellung des Richters keine andere als die des Anklägers; beide streben in gleicher Weise dem Ziele richtiger Rechtsanwendung zu. Aber die richterliche Aufgabe im Strafprozesse reicht über bloße Rechtsanwendung hinaus. Ein schlechter Strafrichter, der nur das leistet und nicht mehr tut. Seine richtig verstandene Stellung weist ihm zugleich, indem sie ihn dazu beruft, über das Strafmaß, in vielen Fällen auch über die Strafart und den Strafvollzug zu entscheiden, eine große soziale Aufgabe zu. In Erfüllung dieser zweiten Aufgabe hat der Richter — in gewissem Umfange gilt das auch für den Zivil-



richter (der Werturteile, z. B. über Verschulden in Ehesachen, Treu und Glauben u. dgl. zu fällen hat) — als Soziologe zu urteilen. Da heißt es, den Tatbestand als Lebenswirklichkeit begreifen. Eine auf solchem, der Rechtsanwendung transzendenten Felde sozialen Handelns gefällte Entscheidung, die „ohne Ansehung der Person“, d. h. des Individuums in seiner Einzigartigkeit, das zu verstehen nur der Mensch Richter imstande ist, erfolgte, wäre leerer Formalismus, ein Urteil nach dem unheilvollen Grundsatz: *Fiat iustitia, pereat mundus*. In der letzteren Betätigung trifft der Richter mit der Zielsetzung des Verteidigers zusammen. Auch mit diesem muß der Richter ein Stück Weges gehen. Aber sein Endziel deckt sich mit keinem der Parteiziele (auch wenn der Richter vielleicht im Einzelfalle zum gleichen Ergebnisse kommt wie der Staatsanwalt oder der Verteidiger), denn es wird nur durch Erfüllung der richterlichen Doppelaufgabe, wie wir sie erkannten, erreicht.

Uns geht im gedanklichen Zusammenhange dieser Untersuchung allein die rechtskonkretisierende und, wo das der Fall ist, rechtsschöpferische Tätigkeit des Richters an. Von ihr gilt wie von aller richterlichen Rechtsanwendung, daß sie (bei voller Durchführung des Rechtsstreits) zur urteilsmäßigen Feststellung des nach dem Bilde des gesetzlichen Wenn-Tatbestandes geformten, das konkretisierte Recht fundierenden historisch-seienden Tatbestandes führt.

2. Wir blicken jetzt in die andere Richtung, in der der Vorgang der Rechtskonkretisierung seine gestaltende Kraft entfaltet, und fragen: Was bedeutet die Rechtsanwendung für das Recht selber?

Die abstrakte Rechtsnorm besteht unberührt und unverändert durch die Rechtsanwendung fort. Sie galt, ehe sie jemals angewendet wurde, und gilt, nachdem sie (in einem Falle oder viele Male) zur Anwendung kam, mit der gleichen bindenden Kraft, die rechtlich weder durch Anwendung der Norm bereichert noch durch deren Nichtanwendung gemindert wurde. Etwas Neues (im Kreise sozialer Werte) ist aber doch erreicht worden, indem die Rechtsnorm abstrakter Geltung angewendet wurde: Eine zweite, konkrete Geltung ist neben die abstrakte getreten. Wie ist das Nebeneinander dieser Geltungen geartet? Das Seinsverhältnis beider kann durch die Worte: „primär“ — „sekundär“ gekennzeichnet werden. Die konkrete Rechtsgeltung wurde durch Ableitung aus der abstrakten Seinsform des Rechtes erzeugt. Auch das konkretisierte Recht in der tatbestandlich *hic et nunc* gebundenen Seinsform hat Normcharakter und -wert. Aus Rechtsanwendung erwächst kein neues Recht<sup>1)</sup>. Es handelt sich hier lediglich um die Überführung des (abstrakten) Rechtes in eine andere (konkrete) Seinsform. Der normative Sachgehalt bleibt durch die Beziehung der Rechtsnorm auf einen einmaligen Tatbestand unberührt. Es ist die Geltung des Rechtes, die mit Zeugung eines individuellen Normsachverhaltes auf eine neue, konkretere Wirklichkeitsstufe gehoben wird, ohne daß aber eine Aufhebung des Seins der Norm in abstracto erfolgt. Betrachtet man die Rechtsanwendung unter dem Aspekte der historisch-konkreten Wirklichkeit und Rechtswirksamkeit in bezug auf gegebene Lebenstatbestände, so kann man von Rechtsverwirklichung sprechen. Sie bedeutet das bestimmungsgemäße Eingehen des Rechtssatzes in die Form konkreten, im „wirklichen“ Leben wirkenden Rechtes. Auf Geltendmachung gerichtete konkrete Willensakte bemächtigen sich des durch seine abstrakte Existenz vom Leben abgerückten Rechtes, um es zur Tageswirklichkeit des Falles herniederzuziehen und dort in konkreter Fassung lebendig werden zu lassen. Es liegt in dem Wesen abstrakter Rechtsgeltung, daß solche Verwirklichung möglich ist. Und zwar nicht einmal, sondern in beliebig

<sup>1)</sup> Vgl. insoweit zutreffend v. TUHR, Allg. Teil des BGB. II § 50 Anm. 14: „Das Resultat dieser Konkretisierung der Rechtsnorm, der Niederschlag aus dem Zusammentreffen der Rechtsnorm mit den Tatsachen des Lebens ist aber nicht eine spezielle Rechtsregel, sondern ein konkreter Rechtszustand.“

vielen Fällen. Auch die Wiederholbarkeit einer Rechtskonkretisierung derselben Rechtsnorm ist im abstrakten Rechte als Möglichkeit vorgezeichnet. Ganz entsprechend der grundsätzlichen Wiederholbarkeit des Vollzuges eines logischen Satzes durch Anwendung auf einen bestimmten seiner Gesetzlichkeit unterliegenden Sachverhalt. In einem wesentlichen Punkte ist aber die Gesetzesanwendung im Bereiche der Logik von der Rechtsanwendung unterschieden: Der logische Satz hat nur die eine unveränderliche Seinsform logischer Geltung; von seiner Verwirklichung kann nicht gesprochen werden, wenn hinsichtlich eines konkreten geistigen Etwas festgestellt wird, daß hier ein Gesetz der Logik Anwendung findet. Solche Feststellung fügt der Satzgeltung nichts hinzu, hebt sie auch auf keine neue Seinsstufe. Eine Festlegung der logischen Norm auf ein „hic et nunc“ findet durch das Urteil: „Hier gilt der logische Satz X“ nicht in der Weise statt, daß man sagen könnte, die Norm sei in die Wirklichkeit als eine Seinskonstituente des fraglichen Wirklichkeitsbestandes eingegangen. Sätze der Erkenntnis haben die eine Form ihrer Geltung. Sie können der Lebenswirklichkeit nicht näher gebracht werden, da diese sie „nichts angeht“: Logische Sätze haben keine Sozialfunktion und sind geltungsmäßig auf keine historische Realität (keinen Geltungskreis) bezogen.

Dagegen lassen sich in anderen Bewußtseinsregionen Parallelerscheinungen der doppelten Seinsweise des Rechtes aufweisen. Wir wollen, um uns den Gegensatz von konkreter und abstrakter Rechtsgeltung noch weiter zu verdeutlichen, als Beispiel einer weittragenden Parallele die künstlerische Reproduktion ins Auge fassen:

Für Werke der Literatur und Musik ist eine doppelte Seinsform, eine „abstrakte“ und „konkrete“ — ästhetische — Geltung charakteristisch. Einmal das Sein des in Schrift- oder sonstigen Lautzeichen intersubjektiv verlaublichen und damit als ästhetischer Wert vorhandenen Werkes. Daneben die konkrete Seinsform des durch Aufführung zu Gesicht oder Gehör (oder beidem) gebrachten Kunstwerkes.

Als geistiges Gut des Kulturkreises, an den sich der Künstler mit seiner Schöpfung wendet, steht diese vollendet da, sobald das Kunstwerk, durch intersubjektiv eindeutige Verständigungszeichen verobjektiviert, vom Schöpfer „herausgestellt“ worden ist. Nicht die Premiere macht das Drama. Niedergeschrieben hat die Dichtung, die Komposition bereits die dem objektiv, d. h. intersubjektiv seienden Werte charakteristische Transzendenz gegenüber dem individuellen Bewußtseinstrome des Autors und Unabhängigkeit von seinen Bewußtseinerlebnissen erlangt. Dieses (Kunst-)Sein umschließt einen nach objektiven (überindividuellen) Maßstäben bestimmbar und zu wertenden Sinn, an dem auch der Autor, obwohl Erzeuger, nicht mehr rütteln kann, es sei denn, er zerstörte das sinnliche Substrat, die Niederschrift: den Leib des Kunstwerkes, damit dessen intersubjektives Sein, das eine sinnliche Form hat, aufhebend. Das könnte auch jeder Dritte tun, dem ein Zugriff auf den „Leib der Dichtung“ möglich ist. Der „Seele“ des Kunstwerkes, seinem geistigen Gehalt gegenüber gibt es ebenfalls nur „Dritte“. Das will sagen: Der Schöpfer eines Kunstwerkes steht diesem, nachdem er es — seines Geistes Kind — einmal in sinnlicher Zeichenform vollendet und so der Welt geschenkt hat, wie ein Dritter gegenüber. Er kann das Sein des von ihm geschaffenen Werkes nicht mehr verrücken. Solches versuchend stößt er gegen einen (durch seine Kraft) unbrechbaren Widerstand: die geistige Realität seiner Schöpfung, — nicht anders als der Erzeuger einer Rechtsnorm deren Bestand (intersubjektives Sein) angreifend am Panzer der Rechtsgeltung abprallt.

Aber auch in der Welt ästhetischer Werte ist diese abstrakte Seinsform des nur ein Zeichendasein führenden Werkes nicht letzte Wirklichkeit. Es liegt im Sinne künstlerischer Schöpfungen, daß sie in die konkrete Form der Darstellung eingehen. Die Komposition wie das Drama oder Gedicht sind zur Darstellung durch Reproduktion bestimmt. Die Reproduktion, die „Aufführung“ eines Kunstwerkes

ist schöpferische Leistung. Aber es liegt wie bei der Rechtsverwirklichung: Wie diese nicht neues Recht schafft, sondern die präexistente abstrakte Norm in der neuen Form konkreter Rechtsgeltung zur Erscheinung kommen läßt, so entfaltet die ästhetische Verwirklichung, die Reproduktion des Kunstwerkes nur die von dessen Autor abstrakt im Manuskripte angelegte Welt der Gefühle (und Handlungen) zu lebendiger, sinnlicher Wirklichkeit. Es ist nicht so, daß jede der beliebig wiederholbaren Aufführungen des Dramas „Hamlet“ ein neues Kunstwerk „Hamlet“ erzeugte, so daß es soviel Werke dieses Namens und Gehaltes gäbe wie Aufführungen. Neu und einzigartig ist an jeder Reproduktion der Modus der Verwirklichung des künstlerischen Gedankens, die ästhetische Wirklichkeitsform.

Es besteht hier ein tiefgreifender Unterschied zwischen den Künsten, deren Darstellung in der Zeit ist, die sich zeitlich entfalten und inhaltlich an einen Zeitablauf gebunden sind — Musik, Dichtung, Tanz —, und der bildenden Kunst. Nur jenen Kunstgattungen ist die abstrakte Seinsform und ihre reproduktive Konkretion in zeitgebundener Darstellung eigen. Das Gemälde ist an diese Leinwand in dieser Farbausführung unlösbar gebunden. Mit Zerstörung der Leinwandlichkeit hört es als Kunstwerk auf zu bestehen. Ein Fortleben im Gedächtnis der Menschen, die das zerstörte Bild gekannt haben, ist kein Kunstsein mehr im strengen Sinne, sondern nur der Nachhall eines solchen im Individualbewußtsein einzelner, die den verlorengegangenen intersubjektiven Wert in ihrem Erlebnisstrom bewahren. Mehrfache Darstellungen des einen Kunstwerkes sind in der bildenden Kunst ausgeschlossen. Es gibt nur ein Originalgemälde. Das Bild ist, indem es der Maler auf die Leinwand brachte, vollendet in dem Sinne, daß es die letzte Wirklichkeitsstufe, die eine weitere Konkretion nicht mehr zuläßt, erreicht hat. Wer ein Werk der bildenden Kunst kopiert, konkretisiert damit nicht das Original. Er übernimmt zwar dessen ästhetischen Gehalt. Aber diese Übernahme des Inhaltes bedingt keine Abhängigkeit der Seinsform. Das Sein der Kopie ist genau so primär wie das des Originales. Die Kopie ist ein neues Werk, das seinen Geisteszinhalt entlehnt hat, aber als ästhetischer Wert dem kopierten Werke nebengeordnet ist und seine Existenz von dem letzteren nicht ableitet. Das Verhältnis von Original und Kopie entspricht, was die Frage der (ästhetischen) Geltung angeht, der Rechtsgeltungsbeziehung zwischen einem bestehenden Gesetze des Rechtsverbandes X. und der jenem nachgebildeten — jenes Inhalt genau kopierenden — Rechtsnorm einer koordinierten Rechtsgemeinschaft Y.: Es ist klar, daß von einer abgeleiteten Rechtsgeltung hier nicht die Rede sein kann. Es hat vielmehr lediglich eine Übernahme von Rechtsstoff aus dem fremden Rechtskreise stattgefunden. Die Rechtserzeugung erfolgt durch Geltungssverleihung seitens Y. in voller Unabhängigkeit von X.

Übrigens ist auch die Beziehung von Skizze zu ausgeführtem Bildwerke nicht — woran man bei flüchtiger Betrachtung des Sachverhaltes denken könnte — eine solche von abstrakter zu konkreter ästhetischer Seinsform. Die Skizze ist mit dem vollendeten Bilde auf der gleichen Seinsstufe; sie unterscheidet sich von diesem nicht durch ein Minus an ästhetischer Realität, sondern durch geringeren künstlerischen Sachgehalt. Diese inhaltliche Schwäche wirkt allerdings auf die Seinsform, den Wert der Skizze als Geisteszinhalt des betr. Kulturkreises zurück. Die Skizze ist gegenüber dem Bilde ein Kunst Ding geringerer Seinskraft; beides sind ästhetisch konkrete Werke, aber die erreichte Konkretion ist von ungleicher Intensität. In der Sphäre des Rechtes werden wir solchen Geltungsgraden noch begegnen. Skizze / Gemälde = Vorvertrag (Waffenstillstand, Verlobung) / endgültigem Verträge (Friedensvertrag, Eheschließung): diese Relationsgleichung wird in späterer Untersuchung ihre Rechtfertigung finden.

An dieser Stelle interessiert uns nur der Vorgang der Konkretisierung ästhetischer Werte (als Parallele zur Rechtsverwirklichung): Die künstlerische Reproduktion, sagten wir, schafft eine neue Form der Kunstwirklichkeit gegenüber dem bloßen Zeichendasein des in der Niederschrift nur mangelhaft — abstrakt — verleblichten Kunstwerkes, das dem Betrachter (Leser), der die Zeichen verstehend auflöst, weitere Verleblichung durch mitarbeitende Phantasie zumutet. „Wirklichkeit“ meint geistige Realität, ästhetisches Sein, das den besonderen Gesetzen dieser Bewußtseinsregion folgt. Auf die historische Faktizität der dargestellten Vorgänge kommt es bei der Aufführung des Kunstwerkes nicht an. Nur was von den Fakten Darstellung ist, fällt in den Bereich der ästhetischen (Wertung und) Geltung. Für die künstlerische Wirkung macht es nichts aus, ob wirkliche oder eingebildete Akteure vor mir ein Schauspiel aufführen. Eine Hamletszene, die ich im Traume erschauere, kann größere ästhetische Kraft haben als deren Aufführung in Reinhardts Kammerspielen.

Daß es auf den historisch-einmaligen Ablauf bei der künstlerischen Darstellung und auf die psycho-physische Realität der dargestellten Vorgänge nicht ankommt, erhellt auch aus der Möglichkeit einer weiteren Reproduzierung der Reproduktion (Aufführung) im Wege mechanischer Vervielfältigung z. B. durch den Kinematographen: Bei jeder einzelnen mechanischen Wiedergabe handelt es sich um einen historisch neuen Vorgang. Aber durch Wiederholung der Wiedergabe wird die Darstellung auf keine neue ästhetische Wirklichkeitsstufe gehoben. Es ist ein und dieselbe Kunstwirklichkeit, die mechanisiert weiterverbreitet wird. Konkretisiert wird durch die bildlichen Wiederholungen im Kino lediglich der Filmstreifen, der im Verhältnis zu den Erscheinungen vor dem Publikum abstrakten Zeichencharakter hat und der bildmäßigen Ausführung durch Aufführung bedarf; aber diese Filmkonkretisierung ist nicht ästhetischer, sondern technischer Natur. Darstellerisch (und damit ästhetisch) war die Leistung vollendet durch Agieren der Schauspieler vor dem Kinooperator. Das ist die Darstellung, die ihren ästhetischen Wirklichkeitscharakter weder verliert noch ändert dadurch, daß sie in unzähligen Wiederholungen vervielfältigt auf der Leinwand erscheint. Bei der kinematographischen Darstellung — wie bei andern Arten mechanischer „Kunst“-reproduktionen, z. B. Radioaufführungen — löst sich die Reproduktion bewußt von ihrem historischen Substrate, der einmaligen Faktizität darstellerischer Formgebung los. Trotzdem bleibt das Kunstwerk, wenn auch in neue Sinnlichkeit übersetzt, als solches erhalten.

Aber gleichviel, ob die Darstellung zwar an sich wiederholbar ist, als faktische Aufführung des Kunstwerkes aber den Charakter zeitwirklicher Einmaligkeit hat oder ob sie weitere Spiegelungen erfährt und dadurch selbst reproduzierbar wird, — in jedem (auch im ersten) Falle hat die künstlerische Reproduktion eine eigentümliche Scheinatur. Die dem Zuschauer vorgeführte, nach der Norm der vom Autor im „abstrakten“ Kunstwerke niedergelegten Gedanken geformte Wirklichkeit ist eine bildhafte. Ihr Sinn ist: Abbild sein der höheren Welt ästhetischer Werte, die sich in diesen einmaligen Vorgängen der Aufführung sinnbildlich offenbart. Vermöge ihrer auf die ästhetische Norm des Kunstwerkes, das hier konkretisiert wird, zurückweisenden Bildnatur entfaltet die künstlerische Reproduktion die spezifische Kunstwirkung. Weil Schein einer historischen Faktizität und gespielte Handlung, ist der dramatische Tatbestand (den der Dichter vorzeichnete) beliebig wiederholbar, ohne seinen darstellerischen Sinn zu verlieren. Entsprechendes gilt für die Darstellungen im Bereiche der anderen an Zeitablauf gebundenen Kunstgattungen. Überall ist die ästhetische Geltung eine abgeleitete, durch Verwirklichung der Kunstgedanken des Autors im hic et nunc der Reproduktion gewonnene Seinsform des einen Kunstwerkes, das dargestellt seinen gewollten Ausdruck findet.

Die Wesensähnlichkeit dieses ästhetischen Sachverhaltes mit der Rechtskonkretisierung ist unverkennbar. Auch in der Region des Rechtes erhält das Faktum (der Tatbestand) erst durch die normative Formung seine juristische Bedeutung und erfährt damit, indem die vorrechtliche Faktizität mit einer Normschicht überlagert wird, eine Umbildung zu einem rechtlichen Formgebilde von intersubjektiver Gültigkeit. Man kann auch von einer „Bildhaftigkeit“ des juristisch erfaßten Tatbestandes sprechen. Sie ist dann gegeben, wenn das Lebensfaktum durch rechtliche Konkretisierung abstrakter Rechtsnormen des Gesamtverbandes — die originäre Setzung konkreten Rechtes kommt hier noch nicht in Betracht — zum Exempel des angewendeten Rechtes, zum „Fall“ — vom Standpunkt der Sozialwirklichkeit: degradiert, vom Standpunkt des Rechtsanwenders: — erhoben worden ist. Sieht man allein auf den normativen Gehalt des Falles, alle Merkmale, die das konkrete Recht nicht mitbilden helfen, aus dem Blickfeld rückend, so bleibt vom Lebenssachverhalte die individuelle Rechtswirklichkeit zurück, für deren rechtlichen Sinn es gleichgültig scheint, ob das tatbestandliche Substrat der historischen Wirklichkeit entstammt oder ein in freier Phantasie gebildeter Rechtsfall ist. Aber so sehen, heißt nicht genau, nicht alles sehen: Für die rechtliche Konstruktion kommt es auf die historische Wahrheit des Tatbestandes nicht an. Aber wir stellten schon früher fest<sup>1)</sup>, daß sich die Rechtskonkretisierung nicht in der logischen Tätigkeit des juristischen Konstrukteurs erschöpft. Nur da

<sup>1)</sup> Vgl. oben S. 17.

führt die Rechtsanwendung zu ihrem Ziele: Erzeugung konkreten Rechtes, wo eine Verknüpfung der abstrakten Norm mit einem raumzeitlich seienden Lebenssachverhalte stattgefunden hat. Die bloß logische Operation der juristischen Subsumierung eines gedachten Falles unter (geltendes) abstraktes Recht bewirkt niemals das Eingehen dieses Rechtes in die konkrete Seinsform.

In dem wesentlichen Punkte des Verhältnisses der verwirklichten Norm zur vorgegebenen, von der normativen Formung erfaßten Lebensrealität versagt die Parallele zwischen Rechtsanwendung und künstlerischer Darstellung. Diese gestaltet eine „erfundene“, d. h. vom Künstler erdachte Realität, die von vornherein mit dem wirklichen Leben nicht verknüpft ist und auch darstellerisch konkretisiert keine Bindung an die historisch seiende Wirklichkeit erfahren, vielmehr ihre ästhetische Lebensunwirklichkeit bewahren soll. Die Rechtskonkretisierung dagegen hat es zu tun mit Sachverhalten der lebendigen Sozialwirklichkeit, diesen durch rechtliche Formung juristischen Gehalt gebend. Das braucht nicht derart zu geschehen, daß ein außerrechtlicher Vorgang der Sozialsphäre nachträglich eine rechtliche Umdeutung erfährt und so zum Rechtssachverhalte gestaltet wird. Möglich, daß der Tatbestand von vornherein zu dem Zwecke erzeugt wird, eine bestimmte Rechtswirkung zu erzielen, die Tatbestandselemente so gestaltet werden, daß sie sich ohne weiteres der künftigen erstrebten Seinsform des konkreten Rechtes, das sie tatbestandlich fundieren, einfügen. So liegt es bei Normgestaltung durch Parteiwillen: rechtsgeschäftlicher Rechtsformung. Aber auch hier geben die rechtsgestaltenden Subjekte mehr als einen bloßen „Fall“, ein juristisches Bild, das frei im Raume rechtlichen Denkens schwebte und nichts wäre als Ausdruck von Rechtsnormen. Die im Rechtsgeschäfte erfaßte Wirklichkeit ist, wenn auch bewußt normgemäß gestaltet, doch nicht vom Boden des sozialen Lebens abgelöst, sondern bleibt in ihm als eigenartig geformter und durch diese Form sich in die zweite Welt des Rechtes hineinhebender individueller Sachverhalt verwurzelt.

In der Kunst wie im Rechte hat nur Geltung, was die Form der jeder der beiden Bewußtseinsregionen eignenden (Kunst-, bzw. Willens-) Wirklichkeit angenommen hat. Während aber das Kunstwerk reines Formgebilde ist, das nur in der und durch die Darstellung lebt, besteht in der Rechtssphäre eine Bindung an das historisch vorgegebene soziale Leben. Auch wo die Rechtsnorm (als abstrakte) an einen individuellen Lebenssachverhalt nicht geknüpft ist, besteht diese Wesenseigentümlichkeit der Rückbeziehung auf eine raumzeitlich vorhandene Wirklichkeit, wenn auch zunächst nur in thesi. Aber es ist der Sinn des Gesetzes, Anschluß an das Leben durch Verwirklichung seines Normgehaltes in der Sozialrealität zu gewinnen und zu bewahren. Was das konkrete Recht angeht, so ist die Tatbestandssetzung zu scheiden von dem Vorgange der Geltungsgenese im engeren Sinne: der Geltungsverleihung an den Sozialsachverhalt. Nur im letzteren Punkte besteht naturgemäß eine der künstlerischen Reproduktion vergleichbare Wesensstruktur. Wir werden später<sup>1)</sup> sehen, daß sich das Recht bei der Geltungserzeugung sehr wohl der Mittel einer bildhaften Darstellung vermittels „Aufführung“ vor einem Publikum — der Rechtsgemeinschaft oder von ihr bestellten Repräsentanten — bedienen kann. Aber solche Darstellung ist nur Mittel zum Zweck der Geltungsverleihung (evtl. der Geltungserweiterung) an einen historisch realen Sachverhalt.

3. Die Rechtskonkretisierung erfolgt durch psychische Akte. Das Ergebnis dieser (willentlichen) Bewußtseinsvorgänge ist das konkrete Recht, ein Normsachverhalt, den die Bindung einer Rechtsnorm an den individuellen Wirklichkeitsbestand gezeugt hat. Von der Seinsform des konkreten Rechtssachverhaltes gilt das bereits oben S. 11 hinsichtlich der Rechtsgeltung allgemein Gesagte: Menschliches Bewußtsein zeugt eine geistige Realität von intersubjektiver Rechtskraft,

<sup>1)</sup> Unten im II. Teil der Untersuchung.

die dem Individualbewußtsein der Erzeuger als transzendentes Ding gegenübersteht. Es ist ein Kardinalfehler, den Gegensatz: abstraktes — konkretes Recht als einen solchen der Betrachtungsweise des theoretisierenden Juristen zu deuten, wie das SAUER<sup>1)</sup> tut. Nicht der Betrachter entscheidet, welche Seinsform einem Rechts-sachverhalte zukommt, nicht in seinem Bewußtsein läuft das betrachtete Recht der veränderten Einstellung folgend den Weg der Rechtsanwendung zum Ziele konkreter Geltung. Der Rechtssachverhalt ist konkret, nachdem er die Form konkreter Rechtsgeltung angenommen hat. Dieses Sein findet der juristische Betrachter vor. Vorausgesetzt, daß es den rechtsetzenden Rechtssubjekten gelang, das geistige Erzeugnis ihrer Bewußtseinsakte zu einer ihren speziellen Rechtskreis mit normativer Geltungskraft beherrschenden, intersubjektiv gehaltenen Rechtsordnung zu erheben. Blieb es beim Versuche der Geltungsverleihung an den betreffenden Sachverhalt, weil von anderer Seite die Anerkennung als Rechtsnorm versagt wurde, so kam es zwar von seiten des Versuchenden zu einer Herausstellung des Tatbestandes, dem Rechtsgeltung erwirkt werden sollte, in die intersubjektive Welt der zur Entscheidung über Ablehnung oder Anerkennung der Bindung an den vorgelegten konkreten Rechtsbestand berufenen Rechtssubjekte, aber der Erfolg der Erstarkung zur bindenden Rechtsnorm blieb aus. Die Fälle versuchter Rechtsformung spielen im Rechtsleben eine hervorragende Rolle. Jeder Rechtsstreit ist aktmäßig aufgebaut auf die Versuche der Parteien, einen ihnen inhaltlich günstigen Sachverhalt als im Verhältnis zum Gegner, in dem rechtsstreitmäßig begründeten speziellen Rechtskreise der Prozeßbeteiligten konkret gültigen zu erweisen. Der Kläger gibt, den Klageanspruch erhebend, einen inhaltlich aus den klagbegründenden Tatsachen zusammengesetzten Sachverhalt als ein Sein von intersubjektiver Normqualität aus, das in seiner Person die behauptete Rechtswirkung gegen den Beklagten reflektiert. Der Streit geht nun nicht etwa um den die Konkretisierung der einschlägigen Rechtssätze des staatlichen Rechtes vollziehenden (und prozessual verlautbarenden) Bewußtseinsakt des die Rechtsgeltung Behauptenden. Nicht die Klage im Sinne der Klaghandlung, sondern in dem zweiten Sinne der Rechtsbehauptung, genauer des durch den Akt des Behauptens prätendierten Rechts, des „Anspruchs“ im prozessualen Wortverstande ist Streitgegenstand<sup>2)</sup>. Der Gegner bekämpft den prozessualen Angriff abwehrend nicht den realen psychischen Akt des Behauptens einer Rechtswirkung seitens des Prätendenten, sondern das behauptete Recht, indem er dessen prätendierte Rechtsgeltung seinerseits als eine intersubjektiv nicht behauptungsfähige, bloße Scheinrechtsgeltung aufzuweisen unternimmt. Über das prätendierte, von der Partei anspruchsmäßig geformte konkrete Recht hat auch der zur Entscheidung des Rechtsstreites berufene Dritte, der Richter über Behauptungsfähigkeit der parteilichen Rechtsformung zu urteilen. Verneint der Richter die vom Kläger geltendgemachte Rechtsfolge zu dessen Ungunsten entscheidend, so zerbricht er das vom Prätendenten versuchsweise geformte Recht inter partes, indem er die beanspruchte Rechtsgeltung als scheinbare deklariert und den behaupteten Tatbestand (unter Umständen nach inhaltlicher Korrektur) aus der zerstörten Seinsform, die ihm der Kläger gab, löst und in eine andere nun intersubjektiv (die Parteien) bindende Form kleidet. Die psychologischen Vorgänge parteilichen Behauptens und Urteilens kommen dabei nur als aktmäßige Konstituenten des Streitgegenstandes in Betracht, sind aber nicht selber das „Was“ des Rechtsstreits.

Auf diese prozessualen Gestaltungen der konkreten Rechtsgeltung wird noch zurückzukommen sein. Der gegebenen Andeutungen bedurfte es an dieser Stelle, um hinzuweisen auf grundsätzliche Unterscheidungen, an denen SAUER achtlos

<sup>1)</sup> WILHELM SAUER, Grundlagen des Prozeßrechts 1919, S. 20f. und S. 282; auch DJZ. 1924, Sp. 255.

<sup>2)</sup> Richtig KONRAD HELLWIG, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts Bd. III, 1908, S. 1.

vorübergeht, dadurch zu seinen unbefriedigenden und sachwidrigen Aufstellungen a. a. O. gelangend. Das Gegenteil von dem, was SAUER behauptet, ist richtig: Bei dem Gegensatz von abstraktem und konkretem Recht handelt es sich um eine im Sachverhalt selbst gelegene, gegenständliche Verschiedenheit, nicht aber — wie S. will — um eine aus verschiedener Anschauungsweise des gleichen Gegenstandes im Gehirn des Betrachters erzeugte Doppelseitigkeit der Einstellung.

Daß so die rechtsdogmatische Sachlage sei, hat schon O. BÜLOW (den SAUER mit Unrecht bekämpft) richtig herausgefühlt. Er spricht von der Entwicklung des abstrakten Rechtes zum vollen, wirklichen Recht<sup>1)</sup>, von der Unfähigkeit der Rechtsregeln, ein vollkommenes Recht, ein „fertiges“ Recht herzustellen, von der „Mangelhaftigkeit, der Ergänzungsbedürftigkeit des abstrakt-hypothetischen Rechtes“. Nach ihm bedürfen „die abstrakten, hypothetischen Anordnungen des toten Gesetzesworts“, „die abstrakten Rechtsgebote . . .“, damit die Rechtsordnung an das wirkliche Rechtsleben heranreichen und dessen Anforderungen nachkommen kann, einer Ergänzung . . . der beständigen Mitwirkung, der rechtsvollendenden Tätigkeit des Richteramts „sowohl wie der „Beihilfe“ Privater durch Rechtsgeschäfte.“<sup>2)</sup> Die richterlichen Urteile fördern „konkrete Rechtsbestimmungen, deren Keim schon in den abstrakten Rechtsvorschriften enthalten war, zur vollen Entfaltung“<sup>3)</sup>.

Das Wesen der Rechtskonkretisierung ist mit diesen Sätzen, wenn auch nicht analysiert, so doch klar und einleuchtend beschrieben. Man sieht: Die Rechtsverwirklichung ist kein spekulativer Vorgang im Bewußtsein eines Theoretikers, sondern spielt sich in der intersubjektiven Seinssphäre des geltenden Rechtes als willentlich fundierte Entwicklung ab. Die Rechtsanwendung ist, indem sie die abstrakte Rechtsnorm der individuellen Lebenswirklichkeit verbindet, konstitutiv, schafft durch „application to concrete cases effective law“<sup>4)</sup> und das ist in der Welt des Rechtes, die um konkrete Rechtswirklichkeiten bereichert wird, etwas Neues. Das wird auch von KONRAD HELLWIG<sup>5)</sup> der gegen BÜLOW a. a. O. polemisiert, verkannt. Er bestreitet die Ergänzungsbedürftigkeit des Gesetzes und daß die Tätigkeit des Richters eine rechtsvollendende sei. HELLWIG wendet sich gegen die Auffassung, die dem Richter die Aufgabe der Erzeugung neuer Rechtsinhalte (in beschränktem Umfange) zuweist. Davon kann allerdings bei der Rechtskonkretisierung im strengen Sinne nicht die Rede sein. Aber der richtig verstandene, durch gelegentliche Äußerungen freilich in der Richtung der von HELLWIG bekämpften Auffassung leicht mißzuverstehende und tatsächlich<sup>6)</sup> mißverstandene BÜLOW meint das auch nicht. Führt man den von B. selbst nicht angewandten Begriff der „Rechtsgeltung“ in seine Darlegungen ein, so wird, ohne daß deren Sinne Gewalt angetan wird, klar, daß die BÜLOWschen Thesen sich auf die Geltungsgenese des zur Konkretion gelangenden Rechtes beziehen und den in der Seinssphäre der Rechtsnorm sich abspielenden Vorgang formaler Rechtsvollendung beschreiben. Das ergibt sich deutlich daraus, daß BÜLOW<sup>7)</sup> die Entfaltung abstrakter Rechtsvorschriften zu konkreten Rechtsbestimmungen durch das richterliche Urteil in scharfen Gegensatz stellt zu der Hervorbringung neuer, von der Gesetzgebung selber noch nicht aufgestellter Rechtsgebote durch das Rechtsgeschäft. Im ersteren Falle der richterlichen Rechtsanwendung handelt es sich danach lediglich und ausgesprochen darum, die abstrakte Gesetzesnorm aus der Seinsform genereller Geltung durch Konkretisierung im Streitfalle in die „Wirklichkeits“-Form eines tatbestandgebundenen, individual geformten Rechtes zu überführen. Durch das Rechtsgeschäft

<sup>1)</sup> OSKAR BÜLOW, Klage und Urteil 1903, S. 78 f.

<sup>2)</sup> OSKAR BÜLOW, Geständnisrecht 1899, S. 130 f.

<sup>3)</sup> Geständnisrecht S. 133.

<sup>4)</sup> Vgl. ELIHOU ROOR, Presidential Adress at the 15. Annual meeting of the American Society of International Law 27. 6. 1921 („International Conciliation“ Nr. 165, S. 276).

<sup>5)</sup> K. HELLWIG, Lehrbuch des ZPR. II, S. 167 ff.

<sup>6)</sup> HELLWIG selber und die von ihm a. a. O., S. 168, Anm. 19 Zitierten. Auf die literarische Fehde zwischen BÜLOW, WACH und anderen, die sich über diese Fragen entsponnen hat, ist hier nicht einzugehen.

<sup>7)</sup> a. a. O., S. 133.

werde dagegen Recht geschaffen. Dieser zweite BÜLOWsche Satz ist nicht ohne Grund angegriffen worden. Er bedarf der Sinnklärung und Prüfung (insbesondere auch in Hinsicht auf die Grenzen seines Geltungsbereiches):

II. 1. Daß dem Rechtsgeschäft — wir sprechen im folgenden nur von dem rechtsgeschäftlichen Grundtypus des Vertrages — die Fähigkeit zur Rechtskonkretisierung innewohnt, daß auf vertraglichem Wege konkretes Recht für den Rechtskreis der Kontrahenten geschaffen wird, kann nicht wohl bestritten werden. Der Vorgang ist der, daß durch Einigung der Vertragsgenossen auf das vertragliche Willensziel ein über den Einzelwillen stehender Gesamtwille, der seinen Rechtsinhalt der gesetzlichen Ordnung des Gesamtrechtsverbandes, dem die Vertragsteile angehören, in seinen normativen Grundzügen entlehnt, erzeugt wird. Durch geeignete, dahinzielende Willensakte der Parteien (über deren psychologische Struktur noch zu reden sein wird) erlangt das Vereinbarte intersubjektive Verbindlichkeit für ihren speziellen, durch den Vertragsinhalt zweckbegrenzten Rechtskreis. Welche Behauptungsfähigkeit dem rechtsgeschäftlichen Gesamtwillen gegenüber den Individualstrebungen der Kontrahenten zukommt, ist eine allgemeiner Beantwortung sich entziehende Frage. Unerläßlich und genug, daß die Vertragsrechtsordnung den Willen der einzelnen, die sich ihr unterworfen haben, mit normativer Kraft, wenn auch in beschränktem Umfange bindet. Mit PUNTSCHART<sup>1)</sup> zu reden: „Der Vertrag ist Satzung, Norm der Vertragsteile und als solche objektive Ordnung“, — oder wie SIMMEL einmal<sup>2)</sup> sagt: „. . . ist der Kontrakt geschlossen, so steht er als objektive Norm über beiden Parteien“.

A. v. TUHR<sup>3)</sup> nennt das eine „mystische Anschauung“. Er meint: „Wenn zwei Menschen dasselbe wollen und zu wollen erklären, so entsteht daraus, wenn man die Tatsachen unbefangen betrachtet, kein über den Parteien schwebender und nirgends zu lokalisierender<sup>4)</sup> psychischer Vorgang, wohl aber, nach Vorschrift des Gesetzes, ein für beide Parteien gemeinsam geltender, weil von jedem von ihnen gewollter Rechtszustand.“

Wer den dogmatischen Sachverhalt der Vertragsgenese so betrachtet, ist keineswegs unbefangen, vielmehr in naturalistischen Vorurteilen befangen, die ihm die Einsicht in die wahre Sachlage gänzlich verbauen. Das rechtliche Resultat der parteilichen Willenseinigung ist eben kein psychischer Vorgang, sondern eine intersubjektive Gegenständlichkeit der früher beschriebenen Art. Der „Vertragswille“ ist eine Realität von normativer Struktur, die ebensowenig zu „lokalisieren“ ist wie die Schönheit einer Melodie. v. TUHRs Polemik geht deshalb fehl; seine positive Charakterisierung der Rechtswirkung der vertraglichen Willenseinigung — „ein für beide Parteien gemeinsam geltender, weil von jedem von ihnen gewollter Rechtszustand“ — gibt den Sachverhalt ganz richtig wieder.

Wie weit die Rechtsgeltung des vertraglich Festgesetzten eignes Werk der Kontrahenten ist, in welchem Maße der Vertrag seinen Normcharakter aus dem Parteiwillen schöpft, läßt sich allgemein nicht sagen. Es kann sein — wir haben hier selbstverständlich nicht Rechtserzeugung durch souveräne, d. h. von keiner größeren Rechtsgemeinschaft eingeschlossene und bei der Rechtssetzung von ihr abhängige Rechtssubjekte im Auge —, daß die Gesamtrechtsgemeinschaft bei der Schaffung konkreten Rechts durch ihrem Verbands angehörnde Rechtssubjekte wesentlich beteiligt ist (Beispiel: die altrömische arrogatio). Oder die rechtsgeschäftliche Formung wird in gewissen Stadien der Geltungsgenese der freien Hand Privater überlassen, die Rechtsgemeinschaft behält sich aber die organschaftliche Intervention im Schlußstadium der Seinswerdung des betr. Normsachverhaltes vor (Beispiel: Grundstückserwerb nach Rechten mit Grundbuchsystem). Oder endlich: Die Rechtsgestaltung wird ausschließlich von den normbeteiligten Rechtsgenossen ge-

1) PUNTSCHART, Schuldvertrag und Treugelöbniß 1896, S. 69/70.

2) GEORG SIMMEL, Soziologie 1908, S. 209.

3) v. TUHR, Allg. Teil des BGB. II, S. 225.

4) Sic!



tätigt. Weitere Varianten sind denkbar. Eine entscheidende Rolle spielt hier die Frage, welcher Stärkegrad und personale Umfang der Rechtsgeltung erreicht werden soll. Davon wird weiter unten zu handeln sein.

Aber gleichviel wie sich die Leistung der Geltungserzeugung auf die privaten Glieder des Vertragsrechtskreises und die größere Rechtsgemeinschaft verteilt — soll es sich überhaupt um einen Vertrag handeln, den der freie Wille der Individuen fundiert (im Gegensatz zum „diktierten“ Vertrag und konkreter Rechtsgeltung auf Grund staatlicher „Verbindlichkeitserklärung“ im weitesten Sinne), so muß der Sachverhalt von den Kontrahenten selber willentlich als Rechtsordnung für ihren speziellen Kreis, der Rechtskraft zuteil werden soll, angelegt sein. Das heißt nicht, daß die Vertragsparteien bei Vertragsschließung sich den erstrebten rechtlichen Erfolg in seiner juristischen Beschaffenheit genau vorgestellt haben müssen. Wohl aber ist erforderlich, daß die Parteien ihr geschäftliches Handeln als in die Region des Rechtes fallendes und auf Bindung ihrer Individualwillen, soweit der Vertragsinhalt es vorschreibt, abzielendes erkennen, daß sie die zu erzielende Wertverschiebung als dem Rechte gemäß und darum mit Bestandsfähigkeit gegenüber Rückgriffsversuchen einer Partei begabte werten<sup>1)</sup>.

Es ist deshalb irreführend (auch im Munde des Prozessualisten), zu sagen: „Rechtsgeschäfte bilden lediglich den Tatbestand, auf den die Rechtsordnung Anwendung findet“<sup>2)</sup>. Darin besteht gerade das Wesen des Rechtsgeschäftes und sein maßgebendes Unterscheidungsmerkmal gegenüber anderen rechtlich erheblichen Tatsachen nach Art der bloßen „Rechtshandlungen“<sup>3)</sup>, daß es mehr gibt als den Tatbestand und die Tatsachen bereits — mehr oder minder vollkommen — rechtlich formt<sup>4)</sup>.

2. Verträge unter Genossen eines umfassenden, nach Art des Staates organisierten Rechtsverbandes haben es regelmäßig mit der Individualisierung abstrakter Rechtsnormen der Universalrechtsordnung zu tun. Das geschieht, indem ein spezieller Lebenssachverhalt rechtlicher Regelung unterworfen wird. Um Rechtsgeltung hic et nunc, in diesem unwiederholbaren Sonderfalle ist es dabei den Kontrahenten zu tun.

Bei diesen Regelfällen vertraglicher Formung alltäglicher Lebenstatbestände tritt der normative Charakter des Rechtsgeschäftes im Bilde des parteilich gestalteten Sachverhaltes oft stark zurück. Der soziologisch eingestellte Betrachter der Gestaltung eines Geschäftes, wie es der normale Wirtschaftsverkehr mit sich bringt, sieht Akte der Güterverschiebung und findet, auf die sie fundierenden Intentionen der Parteien zurückgehend, nichts vor, was nach Willen zur Normwirklichkeit aussieht. Dem Juristen sollte jedoch bei Betrachtung der aktmäßigen Struktur eines noch so individueller Regelung dienenden Vertrages der normative Bestand nicht verborgen bleiben. Norm kann hier nur heißen konkrete Rechtsnorm.

<sup>1)</sup> Vgl. gut REGELSBERGER, Pandekten I 1893, S. 489 und v. TUHR, Bürg. Recht Allg. Teil (in Springers Encykl. der Rechts- und Staatswissenschaft) 1923, S. 36 sub. III, vgl. denselben, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts I 1924, S. 132; ferner ENNECCERUS, Lehrb. des bürgerl. Rechts I 1 (Allg. Teil), 9. Bearbeitung 1923, § 136 II A, S. 355 mit Lit., dort Anm. 3; auch noch W. APELT, Der verwaltungsrechtliche Vertrag 1920, S. 41.

<sup>2)</sup> So (nicht wörtlich) HELLWIG, Lehrb. des ZPR. II, § 89 I, S. 142, vgl. System des ZPR. I 1912, § 31 III, S. 78; unrichtig auch GROTE, JW. 1921, S. 332, Sp. I. Gegen HELLWIG mit Recht GIESKER-ZELLER, Beiheft zur Rhein. Zeitschr. für Privatr. u. Prozeß, Jg. 6, S. 72.

<sup>3)</sup> Zu dem Begriff: PETER KLEIN, Rechtshandlungen im engeren Sinne 1912 § 1, S. 7 ff.; v. TUHR, Allg. Teil des BGB. II, S. 107 und Schweiz. Obligationenrecht I, § 23, S. 152 f.; ENNECCERUS a. a. O., S. 336 ff.; PLANCK, BGB. I (4. Aufl. 1913), S. 223 Ziffer 2; auch J. HATSCHEK, Lehrbuch des deutschen und preuß. Verwaltungsrechts, 2. Aufl., 1922, S. 11; Derselbe, Völkerrecht 1923, S. 123. Kritisch zur Unterscheidung zwischen Rechtsgeschäft und Rechtshandlung neuesten E. v. HIPPEL, Problem des fehlerhaften Staatsakts 1924, S. 25 ff.

<sup>4)</sup> Vgl. auch WINDSCHEID-KIPP, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Auflage 1906 I, § 69 Anm. 1a im Anfang.

Dieser fehlt die Anwendbarkeit auf beliebig wiederholbare Tatbestände; sie ist an diesen Tatbestand gebunden, gilt nur ihm; aber die individualisierte Geltung ist Rechtsgeltung, *hic et nunc*, aber von normativer Rechtskraft in bezug auf das konkrete Stück sozialer Wirklichkeit. Das wurde schon früher festgestellt.

Der vertraglich gesetzte Wille steht als Norm über den Vertragsgenossen, deren Verhalten (soweit es den normierten Sachverhalt berührt) nach seinem Maßstabe als normgemäß oder normwidrig beurteilt werden kann. „*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*“: Code civil Art. 1134<sup>1)</sup>. Dieser Satz beschreibt die Normwirkung des Vertrages nach seiner inhaltlich vorgezeichneten Richtung: in bezug auf den gebundenen Willen der Kontrahenten. Aber nicht diese Subjekte allein geht die Gesetzeskraft der Vertragsrechtsordnung an. Auch und gerade die Gesamtrechtsgemeinschaft, welche die Konkretisierung ihrer abstrakten Rechtsnormen dem Willen einzelner rechtsgeschäftlich handelnder Rechtsgenossen überließ, muß den vertraglich geschaffenen Sachverhalt als normativen werten. Die bezeichnete positive Einstellung der Universalrechtsgemeinschaft wird bedeutsam im staatlich organisierten Rechtsstreite: Da kommt es bei der richterlichen Nachprüfung der außerprozessualen (parteilichen) Rechtsformung unter Umständen sehr wesentlich darauf an, ob der Streitpunkt auf tatsächlichem Gebiete liegt oder ob es sich dabei um eine Rechtsfrage handelt. Nur auf Gesetzesverletzung kann nach der deutschen ZPO. die Revision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gestützt werden: § 549 ZPO. Mit Recht hat man<sup>2)</sup> die Frage der Rechtswirksamkeit eines Vertrages als Rechtsfrage, nicht als Tatfrage aufgefaßt und eine fehlerhafte Beurteilung des Richters in diesem Punkte für korrigierbar durch das Revisionsgericht erachtet, da ein Gesetz im Sinne des § 550 ZPO. verletzt wurde. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob es sich bei dem der richterlichen Nachprüfung unterstellten Rechtsgeschäfte um bis zum Extrem einmaliger Geltung in bezug auf einen speziellen Lebenstatbestand individualisiertes Recht der Gesamtrechtsgemeinschaft (die den Richter delegierte) handelt oder ob über die Rechtswirkung eines Normenvertrages gestritten wird, der die abstrakten Gesetze der Rechtsgemeinschaft nicht völlig individualisiert, sondern selber Rechtssatzgeltung für wiederholbare Fälle im engeren Kreise der seiner Norm unterworfenen Rechtsgenossen beansprucht. Auf den Grad der rechtsgeschäftlichen Rechtskonkretisierung kommt es hier nicht an. Wo immer Recht der Gesamtrechtsgemeinschaft von den privaten Rechtssubjekten zur rechtsgeschäftlichen Normierung eines sie angehenden Sozialtatbestandes benutzt, sozusagen „ergriffen“ wurde zwecks Bindung an den Tatbestand, ist das Erzeugnis von normativer Struktur und der Vorgang der Geltungsgenese daher der Nachprüfung des über die Rechtsfrage allein entscheidenden Revisionsgerichtes zu unterstellen.

Jeder Vertrag, gleichviel woher er seinen Rechtsinhalt nimmt, schöpft seine Geltungskraft aus Willensakten, die zum Aufbau des vertraglichen Gesamtwillens geführt haben. Der Satz gilt für Vertragsnormen abstrakter sowohl wie individuell gestalteter Seinsform. Auch das einem transitorischen Wirtschaftszwecke dienende Rechtsgeschäft des täglichen Verkehrs (Kauf, Miete) führt zur Konstituierung eines dem Parteiwillen überlegenen, verobjektivierten Vertragswillens.

Man kann das Vorhandensein eines über den Parteien derartiger Verträge als Norm stehenden Gemeinwillens nicht mit dem Hinweise auf die entgegengesetzten wirtschaftlichen Ziele der Parteien synallagmatischer Verträge abtun und negieren. Es ist richtig, daß bei einem Tauschvertrage der eine Teil „haben“, der andere „geben“ will (und umgekehrt hinsichtlich der korrespondierenden Gegenleistung). Aber der Vertrag kommt erst und nur dadurch zustande, daß beide Parteien be-

<sup>1)</sup> Dazu COLIN-CAPITANT, Cours élémentaire de droit civil français I<sup>3</sup>, 1921, S. 60.

<sup>2)</sup> Vgl. DANZ, Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3. Aufl. 1911, S. 198f. Ferner FRIEDRICH STEIN, Komm. zur ZPO., 11. Aufl., 1913, III 4 zu § 549.

zöglich beider Leistungsverpflichtungen sowohl haben als geben, nämlich den Leistungsaustausch als Ganzes wollen und diesen geeinten, den vorvertraglichen Interessengegensatz überbrückenden Willen als ein Etwas von intersubjektiver Rechtsgeltung anerkennen, das sie willentlich bindet<sup>1)</sup>.

Das wird völlig verkannt von denjenigen, die — im Anschluß an BINDING<sup>2)</sup> — den „Vertrag“ in Gegensatz stellen zu der „Vereinbarung“ und nur diese als ein „auf gleiche Rechtseffekte gerichtetes Rechtsgeschäft“ gelten lassen, während der „Vertrag“ (zwischen Staaten) eine „Bindung inhaltlich verschiedener Staatswillen darstelle“<sup>3)</sup>. Es ist durchaus nicht so, daß man mit TRIEPEL<sup>4)</sup> sagen kann: „Der äußere reale Zweck, zu dem die Kontrahenten handeln, ist für beide der gleiche“, und dann den Vertrag definieren als „die Vereinigung mehrerer Personen von verschiedenem, aber korrespondierendem Interesse zu inhaltlich entgegengesetzten, auf denselben äußeren Zweck gerichteten Willenserklärungen“. Gewiß, in der Regel ist bei derartigen Geschäften „der innere psychische Zweck, dem zu Liebe die Handlungen erfolgen, . . . bei beiden verschieden, und zwar einander entgegengesetzt.“ Aber was haben diese psychischen Motivationen, die zur Vertragsschließung den Anstoß geben, mit dem rechtlichen Zwecke des geschlossenen Vertrages zu tun? Es kann durchaus nicht zugegeben werden, daß „der Zweck jedes echten Vertrages, wie jedes Rechtsgeschäftes überhaupt . . . in erster Linie eine tatsächliche Veränderung, eine Verschiebung der äußeren Zustände oder umgekehrt ihre Erhaltung“ ist.

So mag der Wirtschaftssoziologe urteilen, nicht der Jurist. Für diesen kann „Zweck“ des Vertrages nur heißen: rechtlicher Zweck. Eine auf tatsächliche Veränderung des betr. Sozialsachverhaltes gerichtete Willensbestimmung der Parteien muß für den der Rechtsformung zugewendeten juristischen Betrachter als außerhalb der Grenze seines Blickfeldes liegend unbeachtlich sein. Hat TRIEPEL mit seiner Begriffsbestimmung des Vertragszweckes recht, so gibt es keinen im Rechtssinne. Aber er hat nicht recht. Die zur Bildung des vertraglichen Gesamtwillens notwendigen Willensakte der Parteien sind intentional nicht auf das faktische Ziel des erstrebten Sozialwertes, sondern auf das gemeinsame Ziel der Normschaffung gerichtet; als rechtsgestaltende Subjekte, die bindendes Recht für ihren Vertragsrechtskreis formen wollen, sind die Parteien in einer ganz anderen Richtung tätig als der, in die allein TRIEPEL, die aktmäßige Vertragsgenese betrachtend, blickt. Das wird klar und inhaltsbestimmt werden, wenn wir die aktmäßige Konstitution der Rechtsgeltung in concreto analysieren.

Allerdings sind die willentlichen Intentionen der Kontrahenten nicht die gleichen bei vertraglicher Setzung von Normen abstrakter oder konkreter Geltung. Aber auch im zweiten Falle ist, wie wir feststellten, die Erhebung des Tatbestandes zum Normsachverhalte Wesensnotwendigkeit, wenn anders das Erzeugnis den Seinwert einer sozialen Realität von rechtlicher Struktur haben, ein Vertrag im Rechtssinne sein soll. Es ist nicht zutreffend, wenn HEILBORN<sup>5)</sup> — gegen KAUFMANN<sup>6)</sup> polemisierend — behauptet: „Wenn ein Staat sich die Abtretung einer Provinz versprechen läßt, so will er die Provinz, aber keine Norm“. Das die Provinz als genießender Inhaber Haben- und Haltenwollen ist kein rechtliches Wollen und noch kein zur rechtsgeschäftlichen Aktkonstituente geeignetes Willensverhalten. Als Kontrahent des Zessionsvertrages über die Provinz will der Staat mehr als den Zustand des faktischen, „naturalen“ Habens. Er will eine rechtliche Zuordnung der übertragenen Sache, will das ihm vertraglich eingeräumte Haben der Provinz unter Berufung auf den Vertrag gegenüber Rückgriffspräventionen des Zedenten behaupten können. Dann muß es aber eine Rechtsnorm geben, die das Haben des Erwerbers rechtfertigt, seinen Besitz als normgemäßen erscheinen läßt. Diese Rechtsnorm kann nur der Vertrag selber sein. Ein Rekurs auf überparteiliches Recht einer höheren

1) Gegen GEORG JELLINEK, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905, S. 205.

2) KARL BINDING, Festgabe für WINDSCHEID 1888, S. 69 und neuerdings „Zum Werden und Leben der Staaten“ 1920, S. 191 f.

3) HATSCHKE, Verwaltungsrecht, S. 56 und Völkerrecht, S. 9/10.

4) H. TRIEPEL, Völkerrecht und Landesrecht 1899, S. 44 und 71; vgl. dagegen die überzeugenden Ausführungen von ERICH KAUFMANN, Wesen des Völkerrechts 1911, S. 160 f.; zweifelnd bzgl. des Begriffes „Vereinbarung“ KORMANN, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte 1910, S. 41 f.; zu vergl. auch die Bemerkungen bei APELT, Der verwaltungsrechtliche Vertrag 1920, S. 59 ff. mit Lit. S. 59, Anm. 1; dazu noch v. TUHR, Allg. Teil des BGB. II, S. 237.

5) PAUL HEILBORN, Grundbegriffe des Völkerrechts 1912, S. 42.

6) ERICH KAUFMANN, a. a. O., S. 166 f.

Gesamtrechtsgemeinschaft ist hier, wo ein Vertragsschluß zwischen souveränen Rechtssubjekten in Frage steht, ausgeschlossen. Aber auch wenn es sich um vertragliche Konkretisierung abstrakter Rechtssätze handelt, die der Rechtsordnung des Gesamtrechtsverbandes entnommen sind, ist es die konkrete Rechtsnorm des Vertrages, die die Parteien bindet. Die Rechtskraftwirkung des vertraglichen Sachverhaltes gegenüber den Kontrahenten wurde erreicht, indem diese sich unter Überwindung ihrer vorvertraglichen Willensgegensätzlichkeit zur Gestaltung des Rechtsgeschäftes zusammenschlossen und dem gemeinsamen Erzeugnis ihrer Willen sich, seine bindende Kraft bejahend, unterwarfen.

3. Verträge des Privatrechtsverkehrs der von uns bisher ins Auge gefaßten Art sind rechtlich produktiv hinsichtlich der Seinsform des Rechtes; sie zeugen nicht neue Rechtssätze, sondern wenden bereits seiendes (geltendes) Recht an. Sagt man: Durch Rechtsgeschäfte wird Recht geschaffen —, so meint man die Erzeugung der Norm selber (wie häufig der Ausdruck lautet: des objektiven Rechtes), d. h. die Schaffung von Recht, das vordem noch nicht „da war“, keine Geltung im Rechtsinne hatte. Dabei denkt man regelmäßig an die Erzeugung von Rechtsnormen in der abstrakten Form des tatbestandsentbundenen Gesetzes. Ein prinzipieller Unterschied ist aber in diesem Punkte nicht anzuerkennen, je nachdem ob es sich um Recht in konkreter oder abstrakter Seinsform handelt. Wir betrachten im folgenden speziell die Sachverhalte rechtsgeschäftlicher Erzeugung konkret geltenden Rechts. Die Erzeugung abstrakt geltender Gesetze interessiert an dieser Stelle nicht.

a) Konkret (individuell) geltendes Recht hat nicht notwendig die Geltung abstrakter Rechtsnormen in einem größeren Rechtskreise zur Voraussetzung. Wo das der Fall ist, bedeutet die Schaffung des individuellen Normsachverhaltes Verwirklichung der präexistenten, generell geltenden Rechtsnorm in dem früher entwickelten Sinne. Wo dagegen noch keine einschlägige abstrakte Norm gilt, ist Setzung individuellen Rechtes im Wege der Rechtsanwendung nicht möglich. Da muß die Norm selber erst erzeugt, d. h. zur Rechtswirklichkeit erhoben werden. Wir wollen in solchem Falle der Setzung konkreten Rechtes ohne Anlehnung an die Rechtsordnung einer größeren Rechtsgemeinschaft die Form (Seinsweise) des so geschaffenen Rechtsachverhaltes als „primäre Individualrechtsgeltung“ bezeichnen.

Der Vorgang ist nicht ungewöhnlich. Historisch ist das wohl die älteste Form der Rechtserzeugung. Moderne Gesetzestchnik formt abstrakte Rechtssätze. Primitiveres Rechtsbewußtsein knüpft rechtsbildend an dem Einzelfall an und bleibt mit der Rechtsgestaltung im Konkreten. Noch heute spielt das „case law“ einer schöpferischen Gerichtspraxis eine bedeutende Rolle. Davon wird noch zu reden sein<sup>1)</sup>. Der Weg der Entwicklung erst führt zur abstrakt geltenden Rechtsnorm: Das individuell gestaltete Recht gilt an sich nur für diesen einen Sozialsachverhalt. Aber aus wiederholter, normativ gleichgearteter Rechtsformung ähnlicher Tatbestände erwächst eine zunächst konventionale, durch Übung begründete Allgemeingeltung des zur Anwendung gebrachten Rechtsgedankens. Die Rechtsform verliert allmählich ihren Individualcharakter und löst sich von dem Stück Wirklichkeit, mit dem sie geboren wurde. Durch Abstrahierung von dem konkreten Sachverhalte erlangt die Norm schließlich auch ohne ausdrückliche Anerkennung als Gesetz dieser Rechtsgemeinschaft generelle Normgeltung und wird zur abstrakten im Sinn der Anwendbarkeit in beliebigen wiederholbaren Fällen.

Primäres, d. h. von keinem Rechte höherer Ordnung seine konkrete Form ableitendes Recht wird immer dort geschaffen, wo die rechtsetzenden Rechtssubjekte nicht der Rechtsordnung einer höheren, ihren speziellen Kreis einschließenden Gemeinschaft unterworfen sind. Handelt es sich dabei um Verträge, die der Re-

<sup>1)</sup> Im II. Teil.

geltung konkreter Lebenssachverhalte gewidmet sind, so nimmt der erzeugte Sachverhalt notwendig die Form primärer Individualrechtsgeltung an. Sind die Vertragsschließenden nicht Genossen einer bereits bestehenden Rechtsgemeinschaft, so ist klar, daß nur aus ihrer vertraglichen Verbundenheit ihnen Recht erwachsen kann, daß zwischen ihnen und für sie allein die Rechtskraft hat, was durch ihren Willen zur *lex inter partes* erhoben wurde. Hier handeln die Rechtssubjekte im „rechtsfreien Raume“, mit BINDING<sup>1)</sup> zu reden: „in der Luft der Freiheit, der rechtlichen Ungebundenheit“. Erst der Vertragsschluß erzeugt Recht unter ihnen. Rechtsinhalt und Rechtsform werden von den souveränen Rechtssubjekten geschaffen. Das Rechtsgeschäft ist ihnen die alleinige Rechtsquelle. „Rechtssatz und Rechtsgeschäft müssen auf den obersten Stufen der Rechtsordnung zusammenfallen“<sup>2)</sup>: dieser Satz gilt in allen Fällen der rechtsschöpferischen Vertragsgestaltung. Gleichviel, ob es sich um Individualrecht handelt oder Recht abstrakter Geltung. Im rechtsfreien Raume in Rechtsbeziehung tretende Subjekte werden das Bestreben haben, ihre Beziehungen, wenn wiederholter Rechtsverkehr in Aussicht steht, an Normen zu orientieren, die über den zur Normierung Anlaß gebenden Einzelfall hinaus als Richtschnur für ihr Verhalten in zukünftigen Fällen ähnlicher Art dienen können. Diesem Bedürfnisse genügen nicht hinter den Individualvereinbarungen stehende Konventionalnormen des Sozialzusammenhanges, in dem die Kontrahenten stehen. Es bedarf hier vielmehr abstrakter Rechtssätze, die auf vertraglichem Wege fixiert und zu bindender Kraft für die Vertragsparteien erhoben werden.

Verträge mit solchem Gegenstande nehmen eine ausgezeichnete Stellung im Gesamtrahmen der rechtsgeschäftlichen Kategorie „Vertrag“ ein. Sie sind anderen Verträgen, die bloße Individualregelung einer einmaligen Faktizität bezwecken, an Rechtsgehalt und sozialer Bedeutung weit überlegen. Es kann aber nicht anerkannt werden, daß es sich dabei um einen heterogenen rechtsgeschäftlichen Typus handelt. Die das meinen und nur Verträge, die Sachverhalte konkreter Rechtsgeltung darstellen, als „Vertrag“ im strengen Sinne gelten lassen wollen — BINDING, TRIEPEL und Genossen — verkennen (worauf schon oben hingewiesen wurde) den normativen Gehalt, welchen jeder, noch so spezielle Rechtsgeltung gebende Vertrag enthält. Es ist deshalb kein glücklicher, weil die wahre Rechtsstruktur des Vertrages überhaupt verdunkelnder Sprachgebrauch, wenn man Verträge, die abstraktes Recht für die Kontrahenten normieren, unter dem Sammelnamen „Normenverträge“ klassifikatorisch zusammenfaßt. Der Sprachgebrauch ist unschädlich, wenn man sich seiner Ungenauigkeit bewußt bleibt. Es soll deshalb an ihm nicht gerüttelt werden. Wir halten aber fest: Normativen Charakter hat notwendig jeder Vertrag. „Vertrag schlechthin“ und „Normvertrag“ stehen im Verhältnis von Genus zu Spezies. Auch der gewöhnliche Vertrag ist Rechtsordnung für die Parteien; nicht minder, nur anders als der „Normenvertrag“.

Es ist etwas anderes, ob ein Vertrag abstraktes Gemeinschaftsrecht konkretisiert oder selber Rechtsquelle ist. Im zweiten Falle bedeutet es aber juristisch keinen prinzipiellen Unterschied in bezug auf die Rechtserzeugung, ob der Sachverhalt die Seinsform abstrakter oder konkreter Geltung annimmt. Vom soziologischen Standpunkt betrachtet ist das Bild freilich ein sehr verschiedenes: Der Abschluß eines Geschäftes des täglichen Verkehrs führt bei normgemäßem Vollzuge noch zu keiner die Leistungsdaten überdauernden Verbundenheit der Kontrahenten und auch die mehrfach wiederholte Schließung solcher Verträge bewirkt nur die Bildung der lockeren Interessengemeinschaft von Geschäftsfreunden oder: Firma — Kunde. Wird dagegen durch Vertrag unter den Beteiligten eine zur

1) BINDING, *Werden und Leben der Staaten*, S. 226.

2) ERICH KAUFMANN, *a. a. O.*, S. 169/70.

Anwendung in unbestimmt wieviel und welchen zukünftigen Fällen dieses Geschäftstypus bestimmte Rechtsordnung statuiert, so gelangt eine auf Dauer angelegte soziale Verbundenheit Hand in Hand mit der rechtlichen Vergemeinschaftung zur Entstehung, welche die Kontrahenten als Genossen eines Verbandes zusammenschließt. Um scharfe Gegensätze handelt es sich hier freilich nicht. Übergänge zwischen den Formen sozialer Verbundenheit überbrücken die Gegensätze der — immerhin theoretisch faßbaren — Typen der personalen Gemeinschaft.

Die Typik der Gemeinschaftsformen gehört der Soziologie an, nicht der Jurisprudenz. Für den Juristen sind diese Typen zwar keineswegs ohne Bedeutung; ihnen entsprechen rechtliche Differenzierungen in der Struktur der Rechtsgemeinschaften. Aber in dem an dieser Stelle interessierenden Punkte des Geltungswertes des Vertrages überhaupt kommt ein Unterschied zwischen den vertraglich erzeugten Rechtsgemeinschaften nicht in Betracht. Es kommt hier nur auf das „Was“ an, nicht das „Wie“ der Vergemeinschaftung der Vertragsgenossen unter der Rechtsordnung des Vertrages. Durch jeden Vertrag, gleichviel in welcher Form er das Recht für den Rechtskreis der Kontrahenten ausprägt, wird eine Rechtsrelation unter den Rechtsgenossen, für die die Vertragsnorm gilt, geschaffen. Wo eine Rechtsnorm gilt, da ist ein personaler Geltungskreis. Der Kreis derer, die dem gleichen Rechte als einer für ihr Verhalten mit Rechtskraft maßgeblichen Rechtsordnung unterworfen sind, hat die juristische Struktur einer Rechtsgemeinschaft. Die Vergemeinschaftung kann transitorischen Charakter haben oder auf dauernden Bestand angelegt sein; sie kann die ganze soziale Personalität der Genossen ergreifen oder auch nur an einem Punkte des sozialen Lebens der beteiligten Subjekte ihre Bindungsfunktion entfalten. Je nachdem handelt es sich um eine Rechtsgemeinschaft höherer oder niederer Ordnung. Aber es ist willkürlich, nur da von einer Rechtsgemeinschaft zu sprechen, wo die rechtliche Bindung eine dauernde ist und in einer Rechtsordnung nach Art einer Staatsverfassung oder eines Gesellschaftsvertrages Ausdruck findet. Es genügt zur Konstituierung einer Rechtsgemeinschaft auch die Setzung einer Individualnorm, wenn diese nur zu rechtlicher Ordnung erstarkt ist<sup>1)</sup>.

b) Ist vertragliche Rechtserzeugung allein möglich zwischen souveränen Rechtssubjekten? Aus dem vorhin Gesagten ergibt sich bereits die Verneinung der gestellten Frage: Da die den Rechtskreis beherrschende Rechtsordnung nicht eine solche höchster Stufe zu sein braucht, ist nicht einzusehen, warum das Bestehen einer Rechtsgemeinschaft die Begründung einer weiteren Rechtsgemeinschaft unter denselben Personen ausschließen sollte. Ist das der Fall, so gibt es mehrere konzentrische Kreise mehrerer Rechtssysteme. Verschiedene Rechtsordnungen sind ineinandergelagert, wobei eine Rangordnung unter ihnen besteht. Es gibt einen Rechtskreis erster Ordnung, zu dem die anderen Rechtskreise in dem Verhältnis der Abhängigkeit stehen.

Es sind hier Abhängigkeiten verschiedener Art denkbar:

Liegt es so, daß die Rechtsformung des engeren vertraglichen Rechtskreises lediglich in der Konkretisierung des Rechtes der höheren Rechtsgemeinschaft besteht, so hat der Vertragskreis überhaupt kein eigenes Recht, ist keine Rechtsgemeinschaft im Sinne eines autonomen Rechtsverbandes. Auf diese Möglichkeit der Erzeugung bloß sekundärer Rechtsgeltung wollen manche Autoren die vertragsschließenden Genossen einer staatlichen Rechtsgemeinschaft beschränken.

So z. B. v. TUHR<sup>2)</sup>: „M. E. kann ein privatrechtliches Rechtsgeschäft . . . kein objektives Recht schaffen.“ Ferner KONRAD HELLOWIG<sup>3)</sup>: „Keine Rechtsquelle sind die Bestimmungen, die

<sup>1)</sup> WENZEL, Juristische Grundprobleme 1921, S. 396/7 sieht in diesem Punkte ganz richtig; er spricht von Völkerrechtsgemeinschaften.

<sup>2)</sup> v. TUHR, Allg. Teil des BGB. II, S. 237, vgl. Schweiz. Obligationenrecht I S. 121.

<sup>3)</sup> Lehrbuch des ZPR. II, S. 142.

von den Parteien beim Abschluß von Rechtsgeschäften getroffen werden.“ Ähnlich auch PUNTSCHART<sup>1)</sup>: „Streng genommen ist es nicht ganz richtig, von den Wirkungen des Vertrages zu reden, weil damit gesagt ist, daß er, das Rechtsgeschäft, die Rechtswirkungen hervorbringe, der Vertragswille die Rechtsfolgen erzeuge. Allein die Rechtswirksamkeit geht nicht aus dem Vertrage, sondern einzig und allein aus der auf die juristische Tatsache des Vertrages angewandten Rechtsordnung hervor. Jede rechtliche Wirkung hat ihren Grund im objektiven Recht, in dem Gewohnheitsrecht oder im Gesetze . . . Die Willenserklärung des Vertrages ist also nur das Mittel, wodurch die Rechtsordnung zur Anwendung gelangt und Rechtswirkungen ins Leben ruft.“ — Sätze, in denen P. das früher — S. 69/70 a. a. O. — Bemerkte wesentlich modifiziert.

Zu dem gleichen Ergebnis kommen bezgl. des Vertrages (im Gegensatz zur „Vereinbarung“) die Vertreter der Theorie „Vereinbarung-Vertrag“<sup>2)</sup>.

Alleinige Rechtsquelle soll danach der Staat sein. Das ist sicher unzutreffend. Kein Staat reißt die (originäre) Rechtsetzung auf allen Lebensgebieten an sich. Ein staatliches Monopol der Rechtserzeugung innerhalb einer Volksgemeinschaft ist praktisch undurchführbar. Die Vielgestaltung der einer normativen Lösung harrenden sozialen Probleme verbietet es, abstrakte Rechtssätze für alle Konfliktmöglichkeiten und zur Regelung aller aus neuen Bedürfnissen erwachsenden Rechtsfragen von einer Zentralstelle aus aufzustellen. Der Staat mag noch so umfassende Macht über seine Bürger haben. Der schöpferischen Mitarbeit der Individuen seines Kreises wird er bei der Rechtsbildung nie entraten können<sup>3)</sup>.

Es kommt hier freilich sehr darauf an, um Rechtsnormen welcher Dignität es sich handelt. Wer nur das „Recht“ nennt, was im ganzen Bereiche der Staatsrechtsgemeinschaft Geltung hat, anwendbar ist auf alle ihre Rechtsgenossen, für den ist allerdings ein Hervorgehen des Rechtes aus anderer Rechtsquelle als der des Staates nicht denkbar. Zwar braucht der Staat nicht der „Erfinder“ des neuen Rechtsgedankens zu sein. Diesen kann ein engerer Kreis, vielleicht überhaupt kein Kreis von Rechtssubjekten, sondern ein einzelner geprägt haben. Aber aus solcher Prägung erwächst dem gedachten Rechte noch keine Geltung, sie ist höchstens eine private Vorformung, an die der Staat bei seiner endgültigen, geltendes Recht konstituierenden Rechtsformung anknüpfen kann. Vorausgesetzt, daß Recht allein das ist, was durch den Staat selber Geltung in seinem Kreise erlangt hat. Aber diese Identifizierung von Recht und Staatsrecht entspricht nicht dem von uns oben S. I eingeführten Begriffe „Recht“. Sie ist unhaltbar. Recht kann auch von einer engeren Rechtsgemeinschaft innerhalb des Gesamtrechtsverbandes erzeugt werden, soweit die den einzelnen Rechtsgenossen von der Gesamtheit belassene rechtliche Freiheitssphäre reicht.

In welchem Umfange die Staatsgemeinschaft die private Rechtsbildung ad hoc vergemeinschafteter Subjekte ihrer Rechtssphäre zuläßt, ist abhängig von der (in verschiedenen Kulturepochen sehr verschiedenen) Grenzziehung zwischen Individuum und Gemeinschaft. Innerhalb der ihm eingeräumten Freiheitssphäre erzeugt der Einzelne sich mit anderen Rechtsgenossen vertraglich zusammenschließend aus eigener Kraft, autonom Recht.

Diese Rechtsautonomie wird bei einem Sondersachverhalte: der Vereinsatzung und Satzung anderer genossenschaftlichen Personalverbände überwiegend anerkannt<sup>4)</sup>. Autonome Rechtssetzung soll dagegen innerhalb des staatlichen Rechtskreises nicht möglich sein, wenn dem engeren Rechtsverbande die auf staatlicher Anerkennung beruhende Rechtspersönlichkeit mangelt. Aus diesem Grunde versagt z. B. ANSCHÜTZ dem Landtag die „parlamentarische Autonomie“ bei der Setzung seiner Geschäftsordnung; das sei „ein irreführender Ausdruck, da Autonomie, Selbst-

1) PUNTSCHART (oben S. 26 Anm. 1) S. 73.

2) Vgl. BINDING, Werden der Staaten, S. 213f., TRIEPEL, a. a. O., S. 70; HATSCHKE, Deutsches und preuß. Staatsrecht II 1923, S. 217 sub b; auch JELLINEK (oben S. 29 Anm. 1), S. 313.

3) Vgl. auch die Bemerkungen von EHRLICH, Soziologie des Rechts 1913, S. 8ff., 131.

4) Lit. bei ENNECERUS, Lehrbuch des BR. I 1 (1923), § 40, Anm. 8.

gesetzgebung nur üben kann, wer ein rechtliches Selbst besitzt, was bei dem Landtag, der keine Korporation, sondern nur ein Kollegium darstellt, nicht der Fall ist<sup>1)</sup>.

Aber warum soll es einer besonderen, qualifizierten Anerkennung des Sonderrechtskreises und der staatlichen Verleihung der Rechtssubjektivität bedürfen, um die Rechtserzeugnisse dieser speziellen Rechtsgemeinschaft als primäre Normsachverhalte auch gegenüber dem Staatsrechtsverbände erscheinen zu lassen? Art. 29, Abs. 2, Preuß.V. (vgl. Art. 26 RV.) spricht dem Parlamente ausdrücklich das Recht zu, sich eine Geschäftsordnung zu geben. Deutlicher kann die Anerkennung der parlamentarischen Rechtsautonomie in diesem Punkte kaum verlaublich werden. Die Geschäftsordnung des Landtages (Reichstages) ist auch nicht etwa staatliches Recht, nicht eine Verordnung auf Grund Verfassungsermächtigung und kraft staatlicher Delegation. Das zeigt sich darin, daß (unbestritten) die Anwendung der Rechtssätze der Geschäftsordnung nicht der Nachprüfung durch ein staatliches Gericht unterliegt, sondern höchstens durch eine Instanz des parlamentarischen Rechtskreises selber (so Preuß. Landtagsgeschäftsordnung i. d. Fassung von 1921 § 59a), welcher Instanz der Fall zur Entscheidung über die Rechtsgültigkeit seiner Erledigung (beruhend auf Konkretisierung des Parlamentsrechtes) vorzulegen ist. Auch PV. Art. 20 letzter Satz (cf. RV. Art. 28 erster Satz) deutet in diese Richtung: Wenn der Präsident des Landtages die Polizeigewalt im Parlamentsgebäude ausübt, so tut er das (gegenüber den Abgeordneten) im Rahmen und auf Grund der Geschäftsordnung. Daß die Polizeigewalt des Präsidenten nicht Ausfluß der staatlichen Gewalt ist, sondern Befehlsgewalt kraft Autonomie des Parlamentes, unterliegt wohl keinem Zweifel. Umfang und Inhalt dieser Rechtsmacht, soweit sie gegen Parlamentsmitglieder gerichtet ist, soll nun durch staatliches Recht, nämlich die als solches gedeutete Geschäftsordnung bestimmt werden? Welch' unnatürliche Auffassung! Die allein befriedigende Lösung ist die, daß nicht nur in Hinsicht auf die Exekutive des Präsidenten, sondern bezüglich des ganzen parlamentarischen Geschäftsbetriebes, dort überall, wo es sich um geschäftsordnungsmäßige Tatbestände handelt, primäre Rechtsbildung und Anwendung dieses originären Rechtes nach autonomem Prozeßrechte des Parlamentes vorliegt. (Daß dieses Parlamentsrecht nicht die Form der Rechtsgeltung angenommen habe, sondern nur „Konventionalregeln, d. h. Normen kraft faktischer Übung“ enthielte, wie HATSCHEK a. a. O. annimmt, ist, was die Geschäftsordnung angeht, unbewiesen und abzulehnen.)

Es ist nicht einzusehen, was es im Punkte: originäre Rechtssetzung ändern würde, wenn der rechtsetzende Personalverband als Rechtssubjekt staatlich anerkannt wäre. Aber auch in der Region des Privatrechtes muß man sich von der Vorstellung freimachen, nur als Korporationen von der Gesamtrechtsgemeinschaft registrierte engere Vertragsgemeinschaften seien mögliche Träger autonomen Rechtes. Schuld an dieser abgelehnten Begrenzung der Anerkennung privater Rechtsautonomie trägt die bekämpfte irrige Auffassung, wonach ein normatives Rechtsgebilde nur gegeben ist, wenn abstrakt geformtes Recht zur Erscheinung kommt. Hat man sich einmal mit dem Gedanken der Erzeugung primärer Individualrechtsgeltung vertraut gemacht, so wird man auch in einem einfachen Leistungsvertrage, den private Rechtsgenossen in bezug auf Sozialsachverhalte, die der staatlichen Rechtsnormierung nicht unterworfen wurden, schließen, die rechtsschöpferische Leistung erkennen und sie unbedenklich der Setzung genereller Normsachverhalte nach Art einer Vereinssatzung an die Seite stellen.

<sup>1)</sup> ANSCHÜTZ, Deutsches Staatsrecht in Holtzendorff-Kohlers Enz. der Rechtswissenschaft, 7. Aufl. Bd. 4, 1914, S. 144; zustimmend und ebenso begründend G. JELLINEK, System (oben S. 29 Anm. 1), S. 169 zu Anm. 2; eingehend zu dieser staatsrechtlichen Frage HATSCHEK, Staatsrecht I, § 23 mit Lit.



Von der Gesamtrechtsgemeinschaft und von einem engeren Rechtsverbände innerhalb derselben geprägtes Recht liegen auf verschiedenen Ebenen. Eine Ableitung der Rechte niedriger Ordnung aus der umfassendsten und stärksten Rechtsquelle der Staatsrechtsgemeinschaft ist hier nicht möglich. Das gerade ist der Sinn einer Gewährung der Freiheit an private Rechtsgenossen, ihre Rechtsbeziehungen autonom zu gestalten — der „Vertragsfreiheit“ im weitesten Wortverstande — daß die staatliche Zwangsgemeinschaft unter Verzicht auf eigene Rechtsetzung den betreffenden Sozialbereich der privaten Rechtsgestaltung freigibt.

Die Rechtslage ist keine wesentlich andere, wenn es sich um abstrakte Rechtssetzungen von Rechtssubjekten höherer Ordnung handelt, die ihrerseits Glieder einer Universalrechtsgemeinschaft sind. Auch da kann autonomes Recht zufolge Freigabeakts erzeugt werden. Sehr deutlich RV. Art. 12 Abs. 1: Die Rechtsautonomie der von der Gesamtrechtsgemeinschaft des Deutschen Reichs eingeschlossenen engeren Rechtsverbände (der Länder) wird, soweit Freigabe der Rechtssetzung seitens des Reiches erfolgt, bestätigt. Es ist etwas grundsätzlich anderes, wenn ein Land qua Rechtsgenosse des Reichs rechtlich handelt, abstraktes Reichsrecht anwendend. Dann fungiert es, wie das Individuum bei rechtsgeschäftlicher Konkretisierung staatlicher Rechtsnormen, außerhalb der ihm belassenen Freiheitsphäre als Mitträger des Reichswillens, als Organ der Reichsrechtsgemeinschaft, und der so gezeugte Rechts-sachverhalt ist ein reichsrechtlicher.

Um einen Fall der letztgenannten Art handelt es sich (richtiger Ansicht nach<sup>1)</sup>), wenn eine Landesregierung in Gemäßheit des Art. 48 Abs. 4 RV. im Wege der Rechtssetzung „einstweilige Maßnahmen“ trifft; sie schafft damit Reichsrecht.

Der „Freigabeakt“ kann sehr verschieden aussehen. Es sind da Abstufungen möglich von der bloßen Duldung individueller Rechtsgestaltung bis zur ausdrücklichen Anerkennung der rechtsgeschäftlichen Parteiwillkür durch staatliche Abstempelung des autonom gezeugten Rechtes als „rechtsgültig“. Vom Standpunkte des Staates gesehen stellt sich die Rechtsautonomie engerer Rechtsgemeinschaften innerhalb des staatlichen Rechtsverbandes dar als bloße „Befugnis“ auf Grund der Staatskonzession zu privater Normerzeugung auf dem betreffenden freigegebenen Lebensgebiete<sup>2)</sup>. Dieser Standpunkt ist einseitig. Er legt die Anschauung nahe, als ob in den Fällen autonomer Rechtsetzung Rechtsquelle der die Autonomie gewährende höhere Rechtsverband wäre. Dem ist nicht so. Die Autonomiegewährung ist bei der Rechtserzeugung des autonomen Rechtes kein konstitutiver Faktor<sup>3)</sup>; dieses ist als Normsachverhalt in seinem originären Rechtskreise (der vertraglichen Gemeinschaft der von ihm als Rechtsordnung beherrschten Rechtssubjekte) mit willentlicher Konstituierung der Rechtsgeltung seitens der normbeteiligten Personen „fertig“ und wird durch Hinzutritt der staatlichen Anerkennung in seinem Rechtsgehalte nicht verändert. Die Ermächtigungsnormen der Gesamtrechtsgemeinschaft bzw. seine nachträgliche Anerkennung betreffen lediglich die Wirksamkeit des privat geschaffenen Rechtes „nach außen“, d. h. im weiteren Rechtskreise des Staates und diesem gegenüber. Die staatliche Anerkennung macht die autonome Rechtsetzung zu einem allgemeingültigen Rechtssachverhalte<sup>4)</sup>. Indem die größere Rechtsgemeinschaft zu Rechtsgestaltungen Einzelner innerhalb ihres Herrschaftsbereiches positiv Stellung nimmt, fügt sie der auf den Entstehungrechtskreis des (hier) autonomen Verbandes beschränkten, internen Rechtsgeltung eine Außenwirkung im Gesamtrechtskreise: die externe Rechtswirksamkeit hinzu.

Die staatliche Anerkennung des von privaten Rechtssubjekten gesetzten autonomen Rechtes hat die Wirkung, daß der engere Rechtskreis ohne seine Selbständigkeit gegenüber dem Staatsrechte als Rechtsquelle zu verlieren, doch geltungsmäßig

1) Vgl. Thür. OVG. in JW. 1924, S. 1282/3 im Anschluß an RICHARD GRAU, Diktaturgewalt des Reichspräsidenten 1922, S. 142.

2) Vgl. STAUBS Kommentar zum HGB., 11. Aufl. 1921, Bd. 1, Allg. Einl. Anm. 37.

3) Gegen ÖRTMANN, Rechtsordnung und Verkehrssitte 1914, S. 11.

4) Zu vgl. auch die Bemerkungen von MAX WEBER, Wirtschaft und Gesellschaft (Rechtssoziologie) 1922, S. 412/3 über das Prinzip der „Vertragsfreiheit“.

als Teilkreis in die Peripherie des staatlichen Geltungskreises eingefügt wird. Dadurch erfährt die intern geformte Rechtsgeltung, wie später<sup>1)</sup> noch näher zu zeigen sein wird, eine wesentliche Verstärkung.

Die Tatsache, daß über den rechtsgeschäftlich handelnden und sich vergemeinschaftenden Rechtsgenossen eine höhere korporativ organisierte Rechtsgemeinschaft steht, ändert demnach an sich nichts an dem rechtlichen Bestande des von jenen originär gesetzten Rechtes. Deshalb vermag das Recht einer innerstaatlichen speziellen Vertragsrechtsgemeinschaft Staatsumwälzungen des größten Umfanges, ja eine völlige Sprengung des Staatsverbandes zu überdauern, ohne seine bindende Kraft gegenüber den normunterworfenen Rechtssubjekten seines Sonderkreises einzubüßen. Nur eine staatliche, der Universalgeltung im Gesamtverbande teilhaftige Rechtsnorm könnte durch zwingende Andersregelung des fraglichen Lebenssachverhaltes das autonome Vertragsrecht zerbrechen, indem sie dem Staate die Rechtsetzung auch auf diesem Gebiete vindizierend den „Freigabeakt“ damit widerruft. Solange das nicht geschehen ist, ist private Rechtsgestaltung in dem als staatsrechtsfrei überlassenen Raume davon unabhängig welche Stellungnahme der Staat zu diesem Rechtserzeugnis einnimmt. Es macht in diesem Punkte keinen Unterschied, ob über den rechtshandelnden Rechtssubjekten eine zum Staat erstarkte höhere Zwangsrechtsgemeinschaft steht oder ein „Völkerbund“ oder eine Sozialverbindung, die noch nicht zur Bildung eines Rechtskreises geführt hat, wie die „Gemeinschaft der Kulturnationen“.

Privatrecht im Bereiche privater Rechtsautonomie ist durchaus und in demselben Sinne Koordinationsrecht wie das Völkerrecht. Die entgegengesetzte Auffassung KAUFMANNS, der allein dieses als Individualrecht anerkennt, das Privatrecht dagegen nur als Subordinationsrecht gelten lassen will<sup>2)</sup>, beruht auf einer unzutreffenden Wertung der bei der innerstaatlichen Individualrechtsetzung entscheidenden Konstituenten.

Freilich, soweit die rechtsgeschäftliche Rechtsgestaltung bloße Konkretisierung der abstrakten Staatsrechtsnormen ist, funktioniert das vertragschließende Privatrechtssubjekt als Glied des Verbandes, dessen Normen es in concreto anwendet. Dieser Vorgang ist ohne Parallele im Völkerrecht. Auf solche Sachverhalte allein bezogen ist die von KAUFMANN gelehrte Unterscheidung beider Rechte berechtigt. Abzulehnen ist sie jedoch hinsichtlich der Rechtsgeschäfte des innerstaatlichen Rechtsverkehrs, die nicht abstraktes Staatsrecht reproduzieren, sondern Recht schaffen. KAUFMANN spricht a. a. O. davon, was das Wesen des Privatrechtes ausmache und wodurch es sich grundsätzlich vom Völkerrecht unterscheide. Dann muß aber das Privatrecht dort gesucht und untersucht werden, wo es sozusagen in „Reinkultur“ erscheint. Man darf jedenfalls nicht Sachverhalte des Rechtes einer hochorganisierten Staatsrechtsgemeinschaft mit kodifiziertem Privatrechte zum Ausgang und Exempel der Betrachtung nehmen, wie das KAUFMANN tut. Auf diesem Entwicklungsendpunkt verleugnet das Privatrecht seine charakteristischsten Züge. Die Fähigkeit im Staatsverbande stehender Rechtssubjekte, selber rechtsschöpferisch tätig zu werden, tritt da nur noch unvollkommen in Erscheinung. Das Verhältnis Individuum — Staat hat sich in der Rechtssphäre im Laufe der Entwicklung immermehr zuungunsten des ersteren verschoben. Der mächtüberlegene Staat strebt zur Rechtsmonopolisierung und läßt rechtsfreien Raum, in dem autonome Rechtsformung privater Rechtssubjekte möglich bleibt, nur noch in bescheidenem Maße bestehen. Niemals aber kommt es zur restlosen Aufhebung der autonomen Rechtssetzung einzelner. Immerhin: Die Sphäre der privaten Rechtsautonomie ist begrenzt und tritt gegenüber der ausgedehnten, durch ihre Universal-

1) Unten S. 144f.

2) E. KAUFMANN, Wesen des Völkerrechts 1911, S. 171 ff.

rechtsgeltung im ganzen Staatsrechtskreise wesentlich verstärkten Rechtssetzung durch den Staat selber durchaus zurück.

Ein ganz anderes Bild bietet sich aber dem juristischen Betrachter in Zeiten staatlicher Schwäche und legislatorischer Zurückhaltung. Hier fehlen auf weiten Strecken des sozialen Lebens die Gesetze, an denen die Rechtsgenossen ihr rechtsgeschäftliches Handeln orientieren und die sie anwenden könnten. Nicht nur hinsichtlich der Durchsetzung privater Rechte sind die Individuen mangels staatlicher Exekutionsmittel auf eigne Kraft angewiesen. Die Rechtssetzung bleibt selber in großem Umfange dem Willen der rechtsgeschäftlich Handelnden überlassen; ihr freier Wille formt die Norm für ihr Verhalten im konkreten Falle. Freilich: Wenn schon souverän bei der Rechtsgestaltung, sind die Kontrahenten doch in Rechtsform und -inhalt abhängig von der Konvention des sozialen Kreises, dem sie angehören. Diese Abhängigkeit ist aber keine rechtliche. Eine vertragliche Abweichung von den einschlägigen Konventionalnormen würde der Rechtskraft des Vertrages keinen Abbruch tun. Es ist deshalb unzutreffend, wenn MANIGK<sup>1)</sup> sagt:

„Die Tausende uns überlieferten Privatkontrakte des hellenistischen Ägypten leiten ihre Wirksamkeit aus keinem Staatsgesetz ab, denn ein solches existierte nicht, sondern aus der unabhängig vom Staat soziologisch erwachsenen consuetudo.“

Mit der Berufung auf die soziale Tatsache der „consuetudo“ ist die Rechtsgeltung des geschlossenen Vertrages nicht gerechtfertigt oder erklärt. Entweder die consuetudo ist bereits zur Rechtsgeltung erstarkt. Dann ist sie abstrakte Norm und die Gemeinschaft, für die sie gilt, eine Rechtsgemeinschaft. Das nimmt aber MANIGK selber für die fraglichen Sachverhalte nicht an. Ermangelt jedoch die consuetudo der abstrakten Rechtsgeltung, so bedarf es in jedem Falle der parteilichen Rechtssetzung notwendig der originären Rechtsgestaltung, da es an zu konkretisierenden Rechtsnormen einer Gesamtrechtsgemeinschaft fehlt. Die Kontrahenten bedienen sich zwar der aus häufiger Tätigkeit ähnlicher Rechtsgeschäfte erwachsenen konventionellen Vertragsschablonen. Solange aber die in diesen Geschäftsformularen zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken nicht durch Akt der Gesamtrechtsgemeinschaft den Charakter von Rechtsnormen erlangt haben, besteht Rechtsautonomie der vertragschließenden Individuen.

Insoweit es sich um originäre Rechtssetzung handelt, kann nach dem Gesagten, was die Rechtserzeugung angeht, kein Unterschied anerkannt werden, je nachdem die rechtserzeugenden Subjekte Glieder einer größeren Rechtsgemeinschaft sind oder es nicht sind.

Wenn BÜLOW<sup>2)</sup> sagt: „... der individuelle Wille offenbart sich als ein zur Rechtsnormierung bevollmächtigtes und mitwirkendes Organ des objektiven Rechts. Es wird auf diese Weise dem subjektiven Willen ... eine Bedeutung als ein dem objektiven Recht eingefügtes, zur Rechtsnormierung verwendetes Hilfsglied zugesprochen ...“ und wenn KAUFMANN<sup>3)</sup> meint, „der individuelle Wille“ bleibe „Organ einer objektiven überindividuellen Ordnung, ... in einem solchen Organverhältnis des individuellen Willens liege überhaupt das Wesen des Privatrechts begründet ...“ und KELSEN<sup>4)</sup> erklärt: „Dieser objektive Vertragswille ist eben selbst eine Rechtsordnung, eine Teilrechtsordnung, deren objektive Geltung aus der Gesamtrechtsordnung stammt, deren Teil sie ist ...“ so wird hier überall das Wesen der rechtsschöpferischen Parteilätigkeit im Privatrechte verkannt.

Es heißt die Funktion des Privatrechtes im Rechtsleben sehr ungenügend würdigen, wenn man nur die Sachverhalte berücksichtigt, wo staatliches Recht von den Parteien angewendet wird und diese als Funktionäre der Universalrechtsgemeinschaft rechtlich handeln. Wo die privaten Rechtsgenossen originär Recht setzen,

1) A. MANIGK, JW. 1923, S. 487, Sp. II.

2) Arch. Ziv. Pr., Bd. 64, 1881, S. 88, Anm. 52, auch Geständnisrecht, S. 135.

3) E. KAUFMANN, a. a. O., S. 175, vgl. S. 177.

4) HANS KELSEN, Problem der Souveränität 1920, S. 270 vgl. S. 171.

kann davon keine Rede sein, daß sie als Bevollmächtigte des Staates fungieren und daß ihr Rechtserzeugnis seine Rechtskraft aus der Gesamtrechtsordnung ableitet. Nicht als Staatsbürger tätigen die Individuen in solchen Fällen die Rechtserzeugung, sondern als zufolge der ihnen gewährten bzw. belassenen Rechtsautonomie in ihrer Unabhängigkeit von der höheren Rechtsgemeinschaft bestätigte Rechtssubjekte. Gibt es keine staatlich organisierte Rechtsgemeinschaft über den rechtsgeschäftlich handelnden Rechtssubjekten, so zeugen sie Recht völlig aus eigener Kraft. Sind die rechtsbildenden Individuen dagegen einer Staatsrechtsgemeinschaft eingeschlossen, welche aber streckenweise auf eigne Rechtssetzung verzichtet hat, so soll die Rechtsgestaltung jener auch auf den verzichtsbetroffenen Lebensgebieten staatliche Rechtsformung durch private Organe sein? Das heißt den Sachverhalt auf den Kopf stellen! Als ob der Staat, als er sich konstituierte, die Rechtssubjektivität aller in seinem Herrschaftsbereiche befindlichen Personalitäten mit samt ihren individuellen Rechtssphären zertrümmert hätte, um sie dann künstlich wieder, soweit es seinen Zwecken gemäß war, zu beleben, indem er ihnen seinen Odem einblies. So ist es doch nicht! Vielmehr bleibt allen Angehörigen einer Rechtsgemeinschaft bei deren Konstituierung Rechtsautonomie in dem Maß erhalten, als sie ihnen nicht durch ausdrückliche Akte des höheren Rechtsverbandes entzogen worden ist. Den Individuen bleibt die rechtliche Möglichkeit, trotz Zusammenschlusses zum staatlichen Rechtskreise eigne Rechtskreise zu bilden indem sie sich in staatsrechtsfreien Raume vertraglich vergemeinschaften. Dann bestehen verschiedene, auf verschiedenen Rechtsebenen liegende Rechtskreise, die durch bejahende Stellungnahme des Staates auf eine Geltungsebene — die des Staatsrechtes — bezogen werden. Davon später.

c) Mit Recht betont MANIGK<sup>1)</sup> die Unmöglichkeit, „die Verbindlichkeit des Staatsvertrages anders abzuleiten als die des Privatvertrages“. Er lehnt — mit uns — die „Anschauung, daß die Rechtswirksamkeit der Privatverträge auf staatlicher Ermächtigung beruhe“, ab und bestreitet, daß „die Rechtsordnung die Wirkungen des Privatvertrages vorschreibe“. Richtig sieht er, daß Rechtssetzung durchaus nicht notwendig von Staats wegen und kraft staatlicher Organschaft erfolgen muß, die Bildung des Rechtes vielmehr auch „ohne und vor formaler Schaffung von Staatenverbänden“ erfolgen kann, da „alles Recht“ überhaupt „von unten aus erwächst und nicht von oben gegeben wird“.

Trotzdem will MANIGK nicht den individuellen Willen der Kontrahenten als Rechtsquelle gelten lassen. Private Rechtssetzung durch Schaffung primär geltenden Rechts, das an vorgegebene abstrakte Rechtsnormen nicht angelehnt ist, will er nicht zulassen. Nach MANIGK erhält notwendig jeder Vertrag Rechtsgültigkeit durch überparteiliche Normen, die der Wille einer größeren Gemeinschaft trägt. „Ohne Subordination unter ein Ganzes ist Recht unmöglich“. Es muß eine vor dem Vertragsschluß und von einem größeren, wenn auch bloß soziologischen Verbände geprägte Norm geben, von der das Individualrecht der Kontrahenten und seine Rechtswirksamkeit abgeleitet ist. Diese Norm lautet: „Pacta sunt servanda“. MANIGK erklärt: „Mit dem Momente . . ., wo man den Satz pacta sunt servanda (und seine Einschränkungen) als objektive Rechtsnorm — inner- und außerstaatlich — leugnet, leugnet man auch die Rechtsnatur dieser Verträge“.

Solcher Auffassung begegnen wir — hinsichtlich der Rechtsbildung im Völkerrecht — auch bei anderen Schriftstellern. Mit besonderer Entschiedenheit stellt KELSEN<sup>2)</sup> den Satz p. s. s. hin als den „völkerrechtlichen Vertragsrechtssatz“, der „nicht selbst als eine durch Vertrag oder sonstwie durch Anerkennung begründete Rechtsnorm gelten kann“, aus dem „das gesamte Vertragsvölkerrecht seine Geltung vielmehr . . . herleitet“, nicht anders wie „das ganze innerstaatliche Privatrecht, die rechtsgeschäftlich begründeten Rechte und Pflichten, Individual-

1) JW. 1923, S. 487.

2) KELSEN, a. a. O., S. 217 und 206.

rechtsnormen . . . sich letztlich . . . auf die innerstaatlichen Gesetzesnormen über Rechtsgeschäfte . . . gründen“. Auch VERDROSS<sup>1)</sup> erklärt diesen Satz für die „Voraussetzung des ganzen Vertragsrechts“<sup>2)</sup>.

Aber es ist nicht einzusehen, wozu es dort, wo die Formulierung einschlägiger Gesetze durch eine größere, die Kontrahenten einschließende Rechtsgemeinschaft unterblieb, dieses Generalnenners vertraglicher Rechtsgeltung bedarf, warum eine nicht an abstrakte Rechtsnormen angelehnte vertragliche Individualrechtsnorm der Rechtskraft gegenüber den Vertragsschließenden entbehren soll. Wie wenn die Kontrahenten auch kein Band sozialer Konvention verbindet? Setzen wir folgenden Fall:

Zwei Menschen begegnen sich in der Wüste fernab von menschlicher Siedlung. Sie sind verschiedener Rasse und haben einander nie gesehen. Der eine (A) hat gedörrtes Fleisch bei sich; ihn dürstet. Der andere (B) trägt einen Beutel Wassermelonen; er hat Hunger. Sie messen einander mit Blicken. Die Stärke scheint gleich, die Gewinnchance eines Kampfes daher jedem Teil ungewiß. Sie schließen aus dieser Erwägung, durch Zeichen sich verständigend, einen Tauschvertrag (Melonen gegen Fleisch), den sie sofort bar vollziehen. Beider in betuernden Gesten verlautbarter Wille geht dahin, den durch den Tauschvertrag geschaffenen Zustand des Habens als rechtmäßigen und unangreifbaren zu achten. Nun lassen sie sich beieinander nieder und halten friedlich Mahlzeit. Dem B verblieb noch ein Teil des eingetauschten Fleisches unverzehrt, als er einschläft. Wenn ihm jetzt A den Rest des zuvor tauschweise hingegebenen Fleisches heimlich wegnimmt und sich damit aus dem Staube macht, handelt er nicht rechtswidrig, und zwar deshalb, weil er die Norm des mit B geschlossenen Vertrages mißachtete und sich handelnd gegen sie auflehnte? Die Frage ist unbedingt zu bejahen. Die rechtsdogmatische Lage ist deutlich: Der Vertragsschluß hat die Individuen A und B, die bis dahin kein willentlich vergemeinschaftender Kreis umschloß, zu einer individuellen Vertragsrechtsgemeinschaft mit bindender Kraft zusammengefügt. Über ihnen steht als Rechtsordnung die Individualnorm des Tauschvertrages. Eine Subordination der beiden Rechtssubjekte hat stattgefunden, nicht unter „ein Ganzes“, aber unter den vertraglichen Gesamtwillen, die *lex contractus*.

Dieser primären Rechtskraft des Vertrages fügt die Berufung auf den Satz „*pacta sunt servanda*“ nichts hinzu; sie enthält, von einem der Kontrahenten gegenüber dem zum Vertragsbruche neigenden Gegner ausgesprochen, vielleicht ein wirksames moralisches Argument. Aber rechtliche Bedeutung könnte dem Satze, daß Verträge zu halten sind, doch nur dann zukommen, wenn er selbst den Charakter und Geltungswert einer Rechtsnorm hätte<sup>3)</sup>. Lebt er nur als ethische Verhaltensnorm im Bewußtsein der Kontrahenten, so kann die Rechtsgeltung des Vertrages in keiner Weise auf ihn, der eine moralische Forderung an den einzelnen darstellt und nicht mehr (mag er auch ethisches Gemeingut der gesamten Sozialität sein, der die Parteien angehören), zurückgeführt werden.

Für Kelsen stellt sich die Sache ganz anders dar. Ihm macht die Konstituierung des Satzes *p. s. s.* als Rechtssatz keine Schwierigkeiten. Er lehrt<sup>4)</sup>:

„Denn der Rechtssatz, daß Verträge zu erfüllen sind, diese Grundlage des ‚willkürlichen‘ Völkerrechtes, muß — da er nicht durch den Willen eines Einzelstaates oder mehrerer Einzelstaaten gesetzt werden kann — er soll ja erst die Verbindlichkeit dieses ‚Willens‘ und damit diesen ‚Willen‘ als Rechtstatsache begründen — als natürliches Recht, d. h. hier aber

<sup>1)</sup> ALFRED VERDROSS, Niemeyers Zeitschr. f. int. R. 29, 1921, S. 84, der sich auf LISZT, DJZ. 1916, Sp. 18 beruft.

<sup>2)</sup> Ähnlich KAUFMANN a. a. O., S. 54; vgl. RIVIER, Völkerrecht, 2. Aufl. 1899, S. 14; HEILBORN, Grundbegriffe des Völkerrechts 1912, S. 44/5 schränkt den Gedanken ein. Vom Standpunkt des Soziologen ALFRED VIERKANDT, Gesellschaftslehre 1923, S. 264/5.

<sup>3)</sup> Richtig WENZEL, Jur. Grundprobleme 1921, S. 511.

<sup>4)</sup> Problem S. 206.

nichts anderes als eine Rechtshypothese vorausgesetzt werden“ und weiter unten<sup>1)</sup>: „. . . der Völkerrechtssatz p. s. s. verdient . . . vollauf den Namen einer Satzung, d. i. einer Rechtsatzung im Sinne einer objektivnotwendigen Voraussetzung von Rechtsnormen, einer Hypothese, durch die ein Völkerrecht als die Konstituierung einer Gemeinschaft koordinierter Gemeinwesen allererst ermöglicht wird.“

Der Satz p. s. s. gilt also nach KELSEN nicht kraft willentlicher Bejahung seiender Rechtssubjekte. Seine — wie anderer „Ursprungsnormen“ — Geltung ist vielmehr als „objektive“<sup>2)</sup> von vornherein und grundsätzlich der willentlichen Stellungnahme individueller Rechtssubjekte gegenüber transzendent. Diese das Wesen der Rechtsgeltung, die, weil an einen historisch individuellen Rechtskreis unlöslich gebunden, immer eine historische Faktizität ist, völlig verkennende — auch von Schülern KELSENS<sup>3)</sup> übernommene — Auffassung erklärt sich daraus, daß die Rechtskonstituierung, die Normschaffung innerhalb der Rechtssphäre nicht in ihrer Eigenart als Willensvorgang begriffen wird. KELSEN verkennt den wesensmäßigen Unterschied von Rechtsgeltung und logischer Geltung, den wir oben<sup>4)</sup> hervorhoben. Man lese nur die folgenden Sätze<sup>5)</sup>:

„In welchem Verhältnis steht . . . die Normativität der Staats- und Rechtsordnung, d. i. ihre spezifische Geltungsexistenz zu ihrer Faktizität, d. i. der Wirksamkeit des Vorstellens, Fühlens, Wollens, kurz des Erlebens dieser Ordnung? Zunächst sicherlich in keinem anderen Verhältnis als jenem, in dem sonst ein psychischer Akt zu dem ihm zugeordneten geistigen Inhalt steht! . . . Dessen — sc. des pythagoräischen Lehrsatzes — Geltung findet ihren spezifischen Grund nicht in der Tatsache, daß er gedacht wird, sondern in irgendwelchen letzten Axiomen. So findet auch die als ‚Staat‘ bezeichnete Zwangsordnung den Grund ihrer Geltung durchaus nicht in der Wirklichkeit der Wollungen und Handlungen, die sie zum Inhalt haben. Die Frage nach dem Geltungsgrund der souveränen Zwangsrechtsordnung, nach dem Existenzgrund des Staates führt zu einer höchsten, als gültig vorausgesetzten Norm, die als Ursprungsnorm die letzte Quelle jenes konkreten, individuell bestimmten Normensystems darstellt, das man mit dem historisch gewordenen Namen eines staatlichen Gemeinwesens bezeichnet . . .

Diese Ursprungsnorm, die man voraussetzen muß, um einen . . . Staat zu begreifen, ist die Verfassung im rechtslogischen Sinne.“

Diese von KELSEN geformten Sätze lassen eine Einsicht in das Wesen der Rechtsgeltung und ihrer Aktkonstituenten vermissen. Man (der Jurist) sieht leicht, was KELSEN fehlt: die für das Verständnis der Rechtserzeugung grundlegende Einsicht, daß aus dem „Sein“ der willentlichen Bewußtseinsakte individueller Rechtssubjekte das „Sollen“ der Rechtsnorm, die normative Wirklichkeit der durch Unterwerfungsakte konstituierten Vertragsrechtsordnung entsteht. KELSEN sieht ganz richtig, daß die Unabhängigkeit vom Individualwillen der Rechtsgenossen und das ihrer Willkür Entrücktsein zum Wesen der Rechtsnorm gehört. Aber er erkennt nicht, daß diese Transzendenz der Norm eigne Willensleistung der beteiligten Subjekte ist, daß diesen ihr eigener Wille, zur intersubjektiven Geltung gelangt, als nicht mehr rücknehmbare, gegenüber späterer Sinnesänderung dessen, der sich der Norm unterwarf, behauptungsfähige Rechtswirklichkeit gegenübersteht.

Der Blick in die geltungsgenetische Wesensstruktur des Rechts muß sich KELSEN infolge seines (in der KELSENSCHULE fortwirkenden) Dogmas, daß von

<sup>1)</sup> a. a. O., S. 217.

<sup>2)</sup> a. a. O., S. 206.

<sup>3)</sup> Eine Darstellung der rechtsphilosophischen Lehren der Wiener Schule fällt durchaus aus dem Rahmen unserer Betrachtungen. Verwiesen sei hier nur auf: FRITZ SCHREIER im „Logos“ Bd. XI, 1923, S. 309f., derselbe, Grundbegriffe und Grundformen des Rechts 1924, insbes. S. 44f., 85f., 177f.; FELIX KAUFMANN, Logik und Rechtswissenschaft 1922 (hier insb. S. 111/12 zu vergleichen), derselbe, Kriterien des Rechts 1924, passim; ADOLF MERKL, Die Lehre von der Rechtskraft 1923, S. 201, 209f.

<sup>4)</sup> S. 8f.

<sup>5)</sup> KELSEN, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff 1922, S. 93/94, vgl. auch „Staat und Recht“ in Kölner Vierteljahrshefte für Sozialwissenschaften, 2. Jahrg., Heft 4, 1922, S. 36f.

„Sein“ zu „Sollen“ kein Weg führe, verschließen. Aber das Dogma ist abzulehnen<sup>1)</sup>. Es gibt normatives Sein. Gäbe es das nicht, so wäre kein Recht und alle Rechtswirklichkeit bliebe unverstündlich.

Das Fehlen der bezeichneten Erkenntnis macht es KELSEN unmöglich, die Normgeltung eines Vertrages „aus sich heraus“, d. h. als schöpferische Tat der Kontrahenten zu begreifen. Er muß von seinem Standpunkte aus, wonach nur das geistige Etwas Normqualität hat, das mit rechtslogischer, „objektiver“ Geltung unerreichbar und unabhängig von ihrem realpsychischen Verhalten über den Parteien steht, den Vertrag als Rechtsquelle leugnen. Er spricht diesen Gedanken aus, indem er sagt:

„Nur oberflächliche Betrachtung kann den Einzelwillen der vertragschließenden . . . Subjekte die rechtserzeugende Kraft letzten Endes zusprechen. Diese ruht in der über den Parteien stehenden, von ihrem Willen gänzlich unabhängigen Vertragsrechtsnorm . . . Tritt hier nicht der Vertrag als ein von dem Einzelwillen der Parteien verschiedener, zu diesen — falls sie sich in anderer als der vom objektiven Recht vorgeschriebenen Weise ändern — in Widerspruch tretender, höherer ‚Wille‘ entgegen? Freilich ist dieser ‚Wille‘ etwas anderes als der psychologische Akt, der den rechtlichen Tatbestand bildet; so wie ja die auch als ‚Wille‘ bezeichnete Rechtsordnung kein psychischer Wille ist . . .“<sup>2)</sup>. Im folgenden legt KELSEN dann dar, daß die „objektive Geltung“ des Vertrages aus der Gesamtrechtsordnung stammt.

Und woher leitet die Gesamtrechtsordnung ihre Geltung ab? KELSEN<sup>3)</sup> antwortet:

„Ihren Geltungsgrund findet die Staats- oder Rechtsordnung nicht in dem Seinsfaktum irgendeiner in der Außenwelt sich vollziehenden Satzung, sondern in der Voraussetzung einer höchsten Norm als einer Ursprungshypothese.“

Wenn demnach jede Rechtsgeltung letzten Endes zurückgeführt werden kann auf eine „Rechtssatzung im Sinne einer objektiv-notwendigen Voraussetzung von Rechtsnormen<sup>4)</sup>“, eine Ursprungshypothese von logischer Geltung — als welche im zwischenstaatlichen Recht nach KELSEN der Satz „pacta sunt servanda“ anzusehen ist —, wenn der normative Charakter eines konkreten Sachverhaltes der Rechtssphäre allein seiner Ableitung aus der Ursprungsnorm verdankt wird, was bleibt denn noch den rechtsgestaltenden Subjekten in rechtlicher Hinsicht zu tun übrig?

KELSEN sieht den Vorgang der Verwirklichung der Verfassung im rechtslogischen Sinne darin, daß diese mit konkretem Rechtsinhalt erfüllt wird: „. . . In dieser stufenweisen Abfolge von der Ursprungsnorm der Verfassung bis zum individuellen Staats- oder Rechtsakt erfüllt sich die Staats- oder Rechtsordnung mit immer konkreterem Inhalt. Und so holt jede konkrete Norm ihre Geltung aus der höchsten Ursprungsnorm, ihren Inhalt aber aus den Seins-tatsachen des Urteils und des Gesetzesbefehls (oder Beschlusses), durch die sich das genetische System, der Ursprungszusammenhang der normativen Ordnung stetig vollzieht . . .“<sup>5)</sup>.

<sup>1)</sup> Insoweit zutreffend ERICH BRODMANN, *Recht und Gewalt* 1921, S. 19 ff. Seine gegen KELSEN gerichteten Worte mögen zu scharf sein; die Tendenz seiner Polemik, die von echt juristischem Geiste getragen, rechtsfremde Konstruktionen abwehrt, ist durchaus zu billigen.

<sup>2)</sup> KELSEN, *Problem der Souveränität*, S. 269/70.

<sup>3)</sup> KELSEN, *Staatsbegriff*, S. 94/5.

<sup>4)</sup> KELSEN, *Problem*, S. 217.

<sup>5)</sup> KELSEN, *Staatsbegriff*, S. 94; im selben Sinne F. KAUFMANN, *Kriterien des Rechts* 1924, S. 157, vgl. denselben, *Kant-Studien* Bd. 29, Heft 1/2, S. 240f.; im wesentlichen übereinstimmend SCHREIER, *Grundbegriffe*, S. 179f., 178, 45 (Die Rechtsnorm „ein zeitloser, irrealer Gegenstand“, die „keine Stelle in der Zeit erhalten“ kann, während die Rechtssetzung „Tatbestand“, zeitlicher Vorgang ist). Andererseits sieht S. richtig, daß das (positive) Recht seine „Gültigkeit“ notwendig auf faktische Setzungsakte gründet (S. 179). Aber man kann nicht von Rechtsnorm sprechen, wo die Rechtsgeltung mangelt und nicht den Vorgang der Geltungsverleihung als nichtnormative Faktizität werten.

Vgl. auch S. 88 a. a. O., wo SCHREIER davon spricht, daß die „Leerformen der reinen Rechtslehre durch Tatbestände erfüllt“ werden; so erhalte man „wirkliches“ Recht.

Unklar MERKL, a. a. O., S. 209f., 219.

Überall wird hier der Unterschied zwischen der logischen Geltung rechtsdogmatischer Wesensgesetze und der willentlich fundierten Rechtsgeltung (in unserem Sinne), die einen

Dem kann nicht zugestimmt werden. Vielmehr: Bei der Rechtsformung — einerlei ob es sich um Rechtsanwendung oder um Setzung originären Rechtes handelt — kann allerdings eine Übernahme des Rechtsinhaltes, d. i. des Rechtsstoffes der zu zeugenden Norm immer stattfinden, und es ist dabei nicht von Bedeutung, ob der übernommene Gedankengehalt bereits in der Form rechtlicher Geltung vorgefunden wird oder nicht. Eine Ableitung aber der Rechtsgeltung eines historisch einmaligen Sachverhaltes von einer „Norm“, die nicht ist, d. h. in keinem raumzeitlich fixierten Rechtskreise gilt, ist ein gedachter Vorgang, der nicht als Rechtskonkretisierung noch überhaupt als möglicher Ablauf der Rechtsgeltungsgenese begriffen werden kann.

Die Berufung KELSENS auf den Satz *pacta sunt servanda* als eine die zwischenstaatliche Vertragsrechtsgeltung rechtfertigende abstrakte Norm ist nach dem Gesagten als unzulässiger Rekurs auf ein logisches Fundament der Rechtsgeltung zu verwerfen<sup>1)</sup>. Seine Darlegungen der Bedeutung des hypothetischen „Rechtssatzes“ *pacta sunt servanda* sind nicht geeignet, unsere These der primären Rechtsgeltung im rechtsfreien Raume geschlossener Verträge zu erschüttern.

Rechtsdogmatisch korrekt ist dagegen, was MANIGK zur gleichen Frage sagt. Auch nach ihm wird der Satz *pacta sunt servanda* zum Rechtssatz ohne willentliche Bejahung der Gesamtrechtsgemeinschaft; er wird ja nur vom Willen soziologischer Verbände getragen, ist nicht normatives Bestandteil der Staatsrechtsordnung. Aber MANIGK erkennt sofort, daß auf diesem soziologischen Fundament keine Rechtsgeltung aufgebaut werden kann. Und wenn er in dem oben S. 37 angeführten und abgelehnten Satze von einer Ableitung der Wirksamkeit von Privatkontrakten „aus der . . . soziologisch erwachsenen *consuetudo*“ spricht, so ist das nicht im Sinne einer Anwendung abstrakt geltenden Rechtes zu verstehen. Aus der *consuetudo* wird Rechtsnorm erst durch parteiliche Anerkennung: Diesen Gedanken spricht MANIGK ausdrücklich aus. Er erklärt<sup>2)</sup>:

„Der Rechtssatz *pacta sunt servanda* steht ja nicht einmal im BGB. und gilt<sup>3)</sup> auch zivilrechtlich hier nur durch *consuetudo*, kraft stillschweigender Anerkennung der Kontrahenten, die Kontrakte schließen. Er gilt auf genau diese Weise im Völkerrecht.“

Das heißt: Die Vertragsparteien übernehmen den vorrechtlichen — ethischen — Satz *pacta sunt servanda* als Teilrechtsinhalt ihres Vertrages und formen ihn, indem sie ihn als bindend anerkennen und dadurch zum (grundlegenden) Stück ihrer Individualrechtsordnung machen, zur Rechtsnorm mit Geltung im speziellen Kreise der Vertragsrechtsgemeinschaft.

Daß solche Rechtsgestaltung möglich ist, d. h. gegen kein Gesetz der Rechtsdogmatik oder der Logik verstößt, ist ohne weiteres zuzugeben. Wohl aber ist die Notwendigkeit dieser rechtlich-konstruktiven Erfassung des bezeichneten Sachverhaltes zu bestreiten. Für das geltende innerstaatliche Recht brauchen wir die MANIGKSche Konstruktion, soweit es sich um vertragliche Rechtskonkretisierung handelt, um deswillen nicht, weil die Parteien hier abstrakte Rechtsnormen vorfinden, deren Anwendung in concreto zur Geltungsverleihung an den Vertrags-sachverhalt führt. Aber auch in der Region primären, nicht von einem Rechte höherer Ordnung abgeleiteten Individualrechtes erscheint jene Konstruktion der vertraglichen Geltungsgenese keineswegs zwingend. Sie unterlegt den Parteien

---

geistigen Bestand erst zum „Recht“ als einer Wirklichkeit wie ein Kunstwerk oder eine Sprache macht, vernachlässigt. Das gilt auch von SCHREIER, obwohl dieser „mögliches“ und „wirkliches“ Recht sehr wohl unterscheidet (a. a. O. S. 85f.).

Eine Auseinandersetzung mit den Lehren SCHREIERS und KAUFMANNs, deren Verdienste auf rechtskritischem Gebiete gerne anerkannt werden sollen, muß hier unterbleiben.

<sup>1)</sup> Richtig (gegen KELSEN) SAUERLÄNDER, JW. 1924, S. 643 Sp. II: „Die Logik . . . vermag keinen einzigen rechtlichen Satz von sich aus zu liefern.“

<sup>2)</sup> MANIGK, JW. 1923, S. 487, Sp. II.

<sup>3)</sup> Das Wort „gilt“ ist bei MANIGK nicht gesperrt.



Willensintentionen, die eine Analyse des psychologischen, aktmäßigen Tatbestandes der Vertragsschließung nicht aufzuweisen vermag. MANIGK mutet den Parteien, die die Verwirklichung eines konkreten praktischen Zieles erstreben, zu, daß sie sich mit der Statuierung einer denkbar abstrakten Rechtsnorm aufhalten, damit die Rechtsformung beginnen und erst von da zur Regelung des individuellen Sachverhaltes — dem eigentlichen Vertragszwecke — schreiten. Welch komplizierter und psychologisch unwahrscheinlicher Vorgang! Man könnte einwenden: Aber die Kontrahenten erkennen den Satz *pacta sunt servanda* ja stillschweigend an; infolgedessen sieht der Prozeß sehr einfach aus und ist es auch für die Parteien. Dagegen ist zu bemerken, daß auch die stillschweigende, d. h. nicht verbale Anerkennung sich im Vertragsbestande sinnlich abzeichnen müßte; die fehlende „Abzeichnung“ durch „ergänzende Vertragsauslegung“ zu ersetzen, erscheint hier bedenklicher noch als in anderen Fällen: Es handelt sich nicht um die Ergänzung der vertraglichen Abmachung in einem Einzelpunkt, dessen Erwähnung die Parteien beim Vertragsschlusse unterließen, sondern darum, den Parteien das Bekenntnis zu dem angeblich den ganzen Vertrag normativ fundierenden Satz p. s. s. in den Geschäftswillen zu legen. Das muß mangels eines eine derartige Parteiintention indizierenden Tatbestandsmomentes, und da die rechtsdogmatische Struktur des Sachverhaltes die bezeichnete Lückenfüllung nicht fordert, unterbleiben.

Es bleibt also dabei: Rechtsschöpferische Vertragsgestaltung führt zur Bildung originären Rechtes, das auch formal (geltungsmäßig) autonom ist, in der Seinsform „primärer Rechtsgeltung“ im Kreise konkreter Rechtswirklichkeiten erscheint. Die vertragsschließenden Rechtssubjekte statuieren souverän, was gelten soll und daß es gelten soll. Der Wille der Parteien läuft auf das Willensziel, daß sie „bestimmte, von ihnen aufgestellte Normen als Rechtsnormen gelten lassen und befolgen wollen.“<sup>1)</sup>

Rechtszeugung im rechtsfreien Raume ist Zeugung „freien“ Rechtes. Das will besagen: Soweit die Rechtsautonomie reicht, ist Anlehnung an vorgegebenes Recht in der Weise, daß dieses zur Anwendung in concreto gelangt, ausgeschlossen; das originäre Recht leitet sein rechtliches Sein nicht von abstrakten Rechtsnormen einer höheren Rechtsgemeinschaft ab. Das muß überall dort gelten, wo die Rechtsordnung des Rechtsverbandes, innerhalb dessen der spezielle Rechtskreis gebildet wird, keine abstrakte Norm enthält, die zur Anwendung gebracht werden könnte, und wenn für solchen — oder im Besonderen diesen — Fall der zu regelnde Sachverhalt autonomer Rechtssetzung freigegeben ist.

Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob die Geltungserzeugung eigne Arbeit der beteiligten Rechtsgenossen ist oder ob ein Dritter (auf Grund parteilicher Ermächtigung oder kraft rechtsgemeinschaftlicher Delegation) Recht „sprechend“ die *lex inter partes* mit Rechtskraftwirkung formt. Auch im zweiten Falle der richterlichen Rechtssetzung wird originäres und „freies“ Recht geschaffen, wenn die oben bezeichneten (negativen) Voraussetzungen gegeben sind. Es ist nun allerdings richtig, daß der Richter im modernen Staate nicht bestellt ist, Recht zu schaffen, sondern das geltende Staatsrecht im einzelnen Prozeßfall anzuwenden. Aber die Möglichkeit, daß der Richter, auf dem Entscheidungszwang lastet, infolge der Lückenhaftigkeit der Staatsrechtsordnung in Sonderfällen gezwungen ist, autonomes Recht zu sprechen und das Rechtsverhältnis der Parteien einer Individualnorm primärer Geltung zu unterstellen, ist in keiner Rechtsgemeinschaft auszuschalten. Auch im geltenden deutschen Recht nicht. K. HELLWIG freilich denkt anders. Nach ihm hat es der Richter ausschließlich mit Rechtsanwendung tun. Die Rechtfertigung dieses Standpunktes ergeben folgende Worte HELLWIGS<sup>2)</sup>:

<sup>1)</sup> TH. NIEMEYER, *Völkerrecht* (Sammlung Göschen), 1923, S. 128.

<sup>2)</sup> *Lehrbuch des ZPR. II*, S. 169, vgl. S. 173.

„Überall wendet das Gericht bereits bestehendes Recht an. Recht ist aber nicht nur der unmittelbare Inhalt des geschriebenen Rechts und des ausgebildeten Gewohnheitsrechts, sondern die Gesamtrechtsordnung enthält auch Rechtsnormen, die weder geschrieben noch durch Übung bereits zu einem formal bindenden Rechtssatz erstarkt sind“.

Aber was HELLWIG hier darlegt, ist widerspruchsvoll. Ein „Recht“, das nicht zum „formal bindenden Rechtssatz erstarkt“ ist, verdient diesen Namen nicht. Rechtliche Bindung ist immer und notwendig formal. Ein „Recht“, das nicht formal bindet, bindet überhaupt nicht und ist daher keine der Anwendung fähige Rechtsnorm. Das bedarf keiner weiteren Ausführung. HELLWIG gibt in dem angeführten Satze im Widerspruch zu seiner eignen These, daß der Richter lediglich Recht anwende, wenn man den juristischen Sinn des in diesem Satze Gesagten richtig erfaßt (was H. nicht tut), selber die Möglichkeit originärer Rechtsformung durch den Richter zu.

Ähnlich argumentiert GEIB<sup>1)</sup> und setzt sich den gleichen Einwendungen wie HELLWIG in diesem Punkte aus, GEIB, dem ERICH BLEY<sup>2)</sup> durchaus zustimmt, äußert sich folgendermaßen:

„Die Aufgabe des Gesetzgebers steht dem Richter nie zu, selbst dann nicht, wenn wahre Lücken im objektiven Recht vorhanden sind und folgeweise neues Recht vom Richter gefunden werden muß... Selbst da also, wo der Richter der Sache nach neues Recht schafft, tut er dies formell doch immer nur in Gestalt der Deklaration bereits vorhandenen latenten Rechtes.“

GEIB gibt die richterliche Setzung inhaltlich neuen, und damit eben originären Rechtes ausdrücklich zu. Trotzdem soll, was der Richter hier rechtlich leistet, insofern nicht rechtsschöpferisch sein, als es auf „Deklaration bereits vorhandenen latenten Rechtes“ beruht. Das Recht, das der Richter in solchen Fällen spricht, hat danach, obwohl „neu“ den Charakter eines abgeleiteten Rechts, das seine Geltung „latentem“ Staatsrechte entnimmt. Aber wie soll solche „formale“ Abhängigkeit der Rechtsformung möglich sein, wenn der Rechtsinhalt neu ist, eine abstrakte Rechtsnorm, auf die das konkrete Recht zurückweisen soll, mithin gar nicht besteht? Das kann nicht sein. Aber so meint es GEIB auch in Wahrheit gar nicht. Hinter der irreführenden Formulierung steht der Gedanke, daß der Richter einen vorgegebenen, nicht gesetzlich fixierten Rechtsgedanken zur vollen Konkretion durch „Deklaration“ in der Entscheidung des Rechtsstreites führt. Anders kann, was GEIB dazu sagt, nicht verstanden werden und die Bemerkung von BLEY a. a. O.: „Auch das der Sache nach, d. h. inhaltlich neue Recht ist deshalb von Rechts wegen immer nur Offenbarung latenten Rechts“ — deutet gleichfalls in diese Richtung. Nach GEIBS und BLEYS Auffassung ist das vom Richter gesetzte Recht eben in Wirklichkeit nicht neu, sondern als Recht nur Anwendung des bereits „latent“ geltenden Rechtssatzes der Gesamtrechtsordnung. Ein unklarer Gedanke! Was meint hier der Ausdruck „latentes Recht“? Soll darunter eine Norm, deren bindende Kraft gehemmt ist, verstanden werden, ein ruhendes Recht im oben S. 10 festgelegten Sinne? Daran ist offenbar nicht gedacht. Es wäre auch nicht einzusehen, wie die Hemmungswirkung in den gedachten Fällen „latentem“ Rechts beschaffen sein sollte und was geschehen müßte, damit der betr. „Rechtssatz“ volle Rechtskraft erlangt. Es ist doch nur eines von beiden möglich: Entweder das abstrakte Recht gilt, gleichviel mit welchem Grade der Rechtskraft. Dann ist der Richter Rechtsanwender, nicht Rechtsschöpfer. Oder aber das „latent vorhandene“ Recht gilt noch nicht. Dann zeugt der Richter originäres Recht in der Form primärer Individualrechtsgeltung. Das letztere ist wohl von den genannten Autoren gemeint. Sie haben Fälle im Auge, wo gesetzliche Regelung fehlt und „fixierte Rechtssätze“

<sup>1)</sup> OTTO GEIB, Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozeß 1909, S. 234/35.

<sup>2)</sup> ERICH BLEY, Klagerecht und rechtliches Interesse (Leipz. rechtswissenschaftliche Studien, Heft 5), 1923, S. 10/11.

(BLEY) dem Richter jedenfalls nicht vorliegen. BLEY führt als Beispiel den im Art. 1 des SchwZGB. geregelten Fall an. Ist das aber eine Norm, die den Richter zur „Deklaration . . . latenten Rechtes“ anweist, so ist klar, daß das sog. latente Recht ein Nichtrecht darstellt, so daß der sich darauf beziehende Richter in der Tat neues Recht zeugt und demnach von einer abgeleiteten Rechtsgeltung hier in keinem (juristischen) Sinne die Rede sein kann. Der Sinn des Art. 1 SchwZGB. ist unmißverständlich: Zunächst wird hier der Grundsatz ausgesprochen, der Richter hat nach Gesetz und in zweiter Linie nach Gewohnheitsrecht zu entscheiden. Insoweit ist die richterliche Rechtsprechung Anwendung abstrakter Rechtsnormen. Fehlen aber abstrakte Rechtsnormen, die in dem zur Entscheidung stehenden Falle konkretisiert werden könnten, so soll der Richter „nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.“ Der Wortlaut bringt deutlich zum Ausdruck, daß es sich in diesen Fällen der richterlichen Entscheidung um originäre Rechtssetzung in bezug auf den individuellen Streitsachverhalt handelt. Es ist der Richter, der im konkreten Prozeßfalle an Stelle des ordentlichen Gesetzgebers und mit bloß individueller Rechtswirkung eine Rechtsnorm — die in abstrakter Form nicht vorhandene — aufstellt. Dabei soll sich der Richter von Rechtsgedanken, die er vorfindet, leiten lassen. Der Absatz 3 des Art. 1 schreibt ihm generell vor: „Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.“

Ganz entsprechend ist die Rechtsprechung im Schiedsgerichtsverfahren bei Streitigkeiten zwischen Deutschland und der Schweiz auf Grund des deutsch-schweizerischen Schiedsgerichts- und Vergleichsvertrages vom 3. 12. 1921<sup>1)</sup> geregelt. Es heißt da im Art. 5, Abs. 2 — nachdem im Abs. 1 zunächst gesagt ist, welche Rechtsnormen das Schiedsgericht grundsätzlich seinen Entscheidungen zugrunde zu legen hat —: „Soweit im einzelnen Falle die vorstehend erwähnten Rechtsgrundlagen Lücken aufweisen, entscheidet das Schiedsgericht nach den Rechtsgrundsätzen, die nach seiner Ansicht die Regel des internationalen Rechtes sein sollten. Es folgt dabei bewährter Lehre und Rechtsprechung.“

Es wird hier vorausgesetzt, daß eine abstrakte Rechtsnorm in der grundsätzlich anzuwendenden Rechtsordnung fehlt, der Richter aber insofern einer originalen geistigen Leistung enthoben ist, als er außerrechtliche, d. h. nicht zur Rechtsgeltung gelangte, aber traditionell von einem engeren oder weiteren Kreise von Personen geprägte und gehaltene Sätze rechtlichen Inhalts vorfindet, denen er rechtssprechend folgen kann und soll. Daß solche Orientierung des Rechtsschöpfers an Rechtsgedanken, die Tradition des betr. Kulturkreises oder Wissenschaft oder auch Rechtsprechung entwickelt haben, ohne daß es zur (gewohnheitsrechtlichen) Bildung von abstrakten Rechtsnormen gekommen ist, nicht den rechtlichen Sinn einer Rechtskonkretisierung hat, liegt auf der Hand. Auch der dogmatische Sachverhalt, den das Dekret Sowjetrußlands über das Volksgericht vom Jahre 1920 normiert, ist kein anderer. Wenn es da im § 22 heißt<sup>2)</sup>:

„Bei der Entscheidung von Prozeßsachen hat das Volksgericht die Dekrete der Arbeiter- und Bauernregierung anzuwenden; falls ein zutreffendes Dekret fehlt, oder wenn ein solches Lücken aufweist, hat es das soziale Rechtsempfinden zur Richtschnur zu nehmen . . .“

so bedeutet das eine Proklamierung des „freien“ richterlichen Rechtes in keinem anderen Sinne als dem des Art. 1 des SchwZGB. Wenn das „soziale Rechtsempfinden“ überhaupt imstande ist, einen Entscheidungsmaßstab für den Streitfall zu liefern, so ist diese Richtschnur doch immer nur ein vorrechtliches Gedankengebilde, das der Richter erst zur rechtlichen Gestalt formt, daraus die Individualnorm seiner Entscheidung ableitend.

Die letzterörterten Fälle haben das Gemeinsame, daß überall konkretes Recht in Anlehnung an mehr oder minder vollkommen entwickelte Konventionalnormen des größeren Kulturverbandes geformt wird, ohne daß aber eine Ableitung des Rechtes und seiner Geltung aus der Rechtsordnung einer höheren Rechts-

<sup>1)</sup> Vgl. Gesetz vom 28. 2. 1922, RGBl. I 1922, S. 217.

<sup>2)</sup> Zitiert nach FREUND, Das Zivilrecht Sowjetrußlands 1924, S. 16.

gemeinschaft stattfindet. Die rechtsdogmatische Sachlage ist die gleiche wie bei den Sachverhalten rechtsgeschäftlicher Rechtsgestaltung im Rahmen einer Konvention, die den Rechtsverkehr nicht rechtlich gearteten, aber soziologisch fundierten Normen unterstellt. Als eine derartige konventionale Grundnorm lernten wir auch den Satz „pacta sunt servanda“ im Völkerrecht kennen.

Rechtshaltliche Abhängigkeiten dieser Art sind faktischer Natur: tatsächlich vorgefundene Rechtsgedanken werden übernommen und nach eventueller Umgestaltung oder Weiterführung in die Seinsform der Rechtswirklichkeit gegossen. Darüber hinaus besteht eine gegenständliche Abhängigkeit der rechtsgestaltenden Subjekte, die nicht raumzeitlich begründet ist:

Die hier proklamierte „Freiheit“ der Rechtsgestaltung durch Rechtssubjekte, die sich im rechtsfreien Raume unter selbstgesetzter Norm primärer Geltung vergemeinschaften, darf nicht als Proklamierung willkürlicher Rechtssetzung gedeutet werden. Gewissen im Wesen des Rechtes vorgezeichneten Anforderungen muß jede Rechtsschöpfung genügen. Immer muß es sich um die Formung von Rechtsstoff handeln. Die Rechtsautonomie gestattet keineswegs beliebige „Erfindungen“ der Parteien auf rechtlichem Gebiete<sup>1)</sup>. Die Bindung an die Wesensformen jeden Rechtes ist unauflösbar; sich ihr entziehen, heißt das Erzeugnis des Rechtscharakters berauben. Völlige Ungebundenheit der autonomen Rechtssubjekte besteht nur in bezug auf die Formgebung, die Geltungsverleihung insofern, als es ihre Sache ist, ob sie den vertraglichen Sachverhalt mit Rechtskraft für ihren speziellen Kreis umkleiden und auf die Weise zum gültigen (normativ bindenden) Rechtssachverhalt erheben wollen. Rechtsautonomie bedeutet nach dem Gesagten lediglich: die Fähigkeit der rechtsetzenden Subjekte, Rechtsgedanken, die noch nicht zur Rechtsgeltung (innerhalb eines größeren Rechtsverbandes, dessen Rechtsordnung die betr. Rechtssubjekte unterworfen sind) erstarkt sind, Rechtskraft gegenüber den Genossen ihres rechtsgeschäftlichen Sonderkreises zu verleihen. Das Wesentliche dabei ist — gegenüber der Formung konkreten Rechtes im Wege der Rechtskonkretisierung — daß eine Willensbildung der Rechtsgestalter durch vorgegebene, faktisch seiende d. i. für sie mit bindender Kraft geltende Rechtsnormen eines übergeordneten Rechtsverbandes entfällt. Die andere wesensgesetzliche Bindung liegt in der „Sache“ und hat mit der Geltungsgenese des Rechtes nichts zu tun; sie interessiert hier nicht.

Zur Setzung primär geltenden Rechtes sind Rechtssubjekte immer befähigt, soweit nicht diese ihre rechtsgestaltende Freiheit durch Rechtsnormen einer größeren Rechtsgemeinschaft, deren Rechtsband sie mit normativer Kraft umschließt, beschränkt oder aufgehoben worden ist. Freilich: Solche primäre Vertragsrechtsgeltung wirkt nur intern, bleibt ohne Anerkennung eines größeren Rechtskreises auf das Ich—Duverhältnis der vertragschließenden Rechtsgenossen beschränkt. Dieser geminderte Geltungswert, den die Sachverhalte nicht extern anerkannter originärer Rechte gemein haben mit anderen Fällen der bloß internen Rechtskraft, darf nicht zu der Auffassung führen, hier läge Recht im strengen Sinne überhaupt nicht vor. Von dieser „Geltungszelle“ aus vollzieht sich der Aufbau der den Kreis des Gesamtrechtsverbandes umfassenden Universalrechtsgeltung.

Das wird klar werden, wenn wir Einsicht erlangt haben in die aktmäßige Struktur des Rechtskreises und die Modalitäten seiner Erweiterung. Davon wird im folgenden Kapitel zu handeln sein.

<sup>1)</sup> Gegen A. REINACH, Die apriorischen Grundlagen des bürgerl. Rechts 1913, S. 6; mit Recht gegen REINACH auch SCHREIER, Grundbegriffe, S. 87 f.

## Zweites Kapitel.

# Theorie des Rechtskreises.

## Erster Abschnitt.

### Das Recht im Ursprungsrechtskreis.

#### A. Die aktmäßige Konstituierung der Rechtsgeltung.

§ 3. Den Begriff des Rechtskreises haben wir oben S. 5 festgestellt. Die dort apodiktisch gegebene begriffliche Festlegung soll nunmehr im Wege rechtstheoretischer Analyse gerechtfertigt werden.

Der Rechtskreis ist das personale Korrelat der Rechtsgeltung. Er gibt dem Rechte den „Ort“, an dem, den Raum, in dem es wirkt. Dabei meint Wirkung die spezifische Geltungswirkung des Rechtes gegenüber den Genossen seines Rechtskreises, die norminhaltliche Bindung, welche das Recht in bezug auf den Individualwillen der bezeichneten Rechtssubjekte entfaltet. Daß es darüber hinaus noch Möglichkeiten einer „Außenwirkung“ des Rechtes gibt, dem „externe“ Rechtsgeltung zuteil geworden ist, daß überhaupt die Grenzen des personalen Kreises, der das betreffende Recht willentlich zeugte und hält, mit den Wirkungsgrenzen seiner (des Rechtes) normativen Kraft nicht zusammenfallen müssen, wurde schon<sup>1)</sup> angedeutet und wird im zweiten Abschnitte dieses Kapitels zum Gegenstand besonderer Untersuchung gemacht werden.

Vordem und an dieser Stelle handelt es sich darum, den aktmäßigen Aufbau des Rechtskreises selber zu untersuchen oder, was dasselbe bedeutet, die Struktur der Willensakte (und deren Wirksamwerden), die zur Erzeugung der Seinsform des Rechtes und damit der Bildung der Rechtsgemeinschaft erforderlich sind, zu ergründen.

I. Von dem zur Erzeugung intersubjektiver Rechtsgültigkeit erforderlichen psychischen Aktbestand ist schon früher die Rede gewesen. Wir sagten<sup>2)</sup>: „Die Konstituierung des Rechtes — seine Geltungserzeugung — erfolgt durch konkrete Willensakte“. Wir können, im Sinne unserer früheren Betrachtungen verbleibend hinzufügen: durch Willensakte der normbetreffenen Rechtssubjekte, die sich dem „Recht“ als Norm ihres personalen Kreises unterwerfen, dadurch die Rechtsgemeinschaft zeugend. Diese Beschreibung der rechtsdogmatischen Sachlage der Geltungsgenese ist nicht unrichtig, aber ungenau; sie genügte im Rahmen des ersten Kapitels als vorläufiger Ausdruck des genetischen Sachverhaltes, der dort nicht Gegenstand der Betrachtung war. Hier aber soll genaue Einsicht in die zur Rechtsformung führenden Willensvorgänge gewonnen werden. Da kommt es auf eine eindringende Analyse der Rechtsgeltungsgenese an.

<sup>1)</sup> Vgl. oben S. 35.

<sup>2)</sup> Oben S. 11.

Der bezeichnete, kurz dahin zu formulierende Fundamentalsatz: „Um einem Rechtssachverhalte normative Kraft zu verleihen, bedarf es willentlicher Unterwerfungsakte der den personalen Kreis der (künftigen) Rechtsnorm bildenden Rechtssubjekte“, sagt zu wenig und zu viel.

#### I. Zu wenig:

Der Unterwerfungsakt ist ein Willensvorgang im Subjekt, das zu dem Entschlusse gelangt: Das soll für mich Geltung haben. Er ist psychologisch vollendet, wenn das Individuum die willentliche, bejahende Stellungnahme gegenüber dem Geltung prätendierenden Sachverhalte innerlich vollzogen, sich zur Anerkennung desselben als Norm über den eignen Willen entschlossen hat. Von diesem Vorgang ist streng zu scheiden die Unterwerfungserklärung. Letztere wird durch einen zweiten, selbständigen psychischen Akt inauguriert. Die Aktverlautbarung ist nicht von dem für die Normerzeugung konstitutiven Willen zur Unterwerfung getragen, sondern beruht auf einem Erklärungswillen, einem neuen, intentional auf Verlautbarung jenes Willens gerichteten Willensakte. Auch wenn beide Akte zeitlich zusammenfallen: das Subjekt entschließt sich im Augenblicke der Erklärung zur erklärten Willensbindung, — liegen psychologisch in Wahrheit zwei verschiedene Aktleistungen vor. Der Erklärungsakt enthält nur eine Deklarierung des intern vollzogenen Entschlusses, er konstatiert: Dies ist mein Wille. Die Abgabe einer sogeartetten Erklärung setzt den die Willensstellung auf Unterwerfung herbeiführenden psychischen Akt voraus. Fehlt dieser Akt, so ist die Willenserklärung falsch, da sie das Sein einer nicht vorhandenen, willentlich vom Subjekte nicht fundierten Willenshaltung konstatiert. (Daß die falsche Willenserklärung intersubjektiv einer wahren gleich geachtet werden kann, wird sich später zeigen.)

Der primäre, konstitutive Willensakt der Unterwerfung ist ein konkreter psychischer Vorgang. Er gehört in die Gruppe der Willensakte: Entschluß. Das Wort bezeichnet zugleich das Akterzeugnis: die auf Grund des Aktvollzuges sich ergebende kontinuierliche Willenshaltung des Subjektes, das den fraglichen Entschluß (im ersten Sinne des Entschließungsaktes) faßte. Es ist eine Eigentümlichkeit des Willensträgers, der Entschlußcharakter hat, daß er eine dauernde Willenshaltung des Willensträgers erzeugt, die — ganz abgesehen von einer intersubjektiven Außenwirkung nach erfolgter Verlautbarung — dem Individuum als Verhaltensnorm permanenter Geltung, die besteht, auch wenn das Subjekt nicht daran denkt, und auf die es immer wieder „zurückgreifen“ kann, gegenübersteht. Um diese Willenshaltung aufzuheben, den Entschluß seiner Fortgeltung, kraft deren er das Subjekt als zur Norm verobjektivierter eigener Wille bindet, zu entkleiden, bedarf es eines neuen auf „Durchstreichung“ des früheren Entschließungsaktes (oder Außerkräftsetzen der vorhandenen Willenshaltung unmittelbar) gerichteten Willensaktes von der gleichen Struktur eines Entschließungsaktes. (Von den Sonderfällen des Außerkräfttretens von Entschlüssen ohne Aufhebungsakt, im Wege einer „Willenszersetzung“, eines Verfalles der nicht mehr bewußt „aufrechterhaltenen“ Willenshaltung soll hier abgesehen werden.)

Das alles spielt sich im einsamen Subjekte ab. Die bindende Wirkung eines als Verhaltensnorm gewerteten und gewollten Sachverhaltes, die auf solchen „internen“ Willensakten, „Akten der Einsamkeit“ beruht, ist niemals Rechtsgeltung. Der Entschluß eines Individuums: Von heute an rauche ich nicht mehr, hat zwar für dieses Normcharakter; durch Selbstunterwerfung unter den Grundsatz künftigen Nichtrauchens ward ein Vorsatz von der Kraft einer Verhaltensnorm erzeugt, der Zuwiderhandeln (durch Rauchen) einen Normbruch bedeutet. Nicht aber einen Rechtsbruch. Das liegt auf der Hand: das durch den bezeichneten Vorsatz normierte Verhalten ist kein die Relation zu anderen Rechtssubjekten betreffendes, kein soziales Verhalten; Rauchen als solches ist „Privatsache“, die Dritte, d. h. die Sozialität nichts angeht. Aber auch wenn das Individuum sich zu einem sozialen Ver-

halten von rechtlicher Erheblichkeit, z. B. zur Annahme einer Vertragsofferte entschließt, bleibt der unausgesprochene noch so „feste“ Entschluß ohne intersubjektiven Geltungswert. Was erreicht wurde, ist willentliche Bindung des aktvollziehenden Subjektes sich selbst gegenüber, aber keine im Verhältnis zu anderen Subjekten wirkende Rechtsgeltung. Der bloße „Innenentschluß“ entbehrt der Rechtswirkung. Als interne Angelegenheit des einzelnen geht er die Gemeinschaft nichts an. Damit dem grundlegenden, konstitutiven Stiftungsakte der Unterwerfung unter einen Sozialsachverhalt als künftige Normwirklichkeit Rechtscharakter zuteil werde, ist seine Verlautbarung erforderlich. Allein der Willensvorgang kann Aktkonstituende eines geistigen Bestandes von intersubjektiver Geltung sein, der anderen Subjekten sichtbar, d. i. erkennbar geworden ist. Diese Wesensnotwendigkeit aller intersubjektiven Geltung bedarf etwas näherer Betrachtung.

„Gott allein sieht das Herz.“ Der Satz will sagen: Gott vermag die psychischen Vorgänge, die sich im Innern, in der Seele des Menschen abspielen, unmittelbar, d. h. ohne daß es einer sinnlichen (leiblichen) Äußerung des betr. Individuums bedürfte, „wahrzunehmen“. Was Subjekte, die einen Leib haben — zu denen „Gott“ jedenfalls nicht gehört — angeht, so gilt das Gegenteil: Ein Wissen über Bewußtseinsvorgänge eines anderen kann lediglich im Wege intersubjektiver Verständigung erlangt werden. Alle Verständigung zwischen Bewußtseinsträgern erfolgt aber vermittels sinnlicher Äußerungen. Es gibt unter Wesen, die eine sinnliche Hülle umgibt, keinen Konnex, der nicht durch leibliche, Psychisches — gewollt oder ungewollt (Beispiel: „dieses Lachen verrät eine niedrige Gesinnung“) — ausdrückende und an des anderen Leiblichkeit sich wendende Äußerungen des sich mitteilenden oder unbeabsichtigte Auskunft über seine Seelenzustände gebenden Individuums hergestellt würde. Niemals kann das sinnliche Medium zwischen den Subjekten ausgeschaltet, der Wall der Leiber übersprungen werden. So wenig ich selber meinen Leib auch nur für Zeit abtun und soweit distanzieren kann, daß er nicht mehr zum Ich gehört, sondern ichfremde Außenwelt ist, so wenig vermag die soziale Gemeinschaft der Individuen sich zu „entleiblichen“, indem sie ihr sinnliches, aus dem Kontakte der durch die Sinne aufeinanderwirkenden Individualleiber gebildetes Substrat der intersubjektiven „Welt“ aufgibt. So paradox es klingt — das Gesagte gibt die richtige Grenze der Satzbedeutung —: Es sind die Leiber, die die intersubjektive Welt der Sozialität aufbauen. Willentliches (wie jedes andere) Zusammenwirken individueller Subjekte setzt gegenseitiges Sich-Verstehen voraus. Sich-Verstehen beruht notwendig auf Sich-Verständigen; dieses aber ist nur möglich durch Einfühlung, vermöge deren ein Subjekt die leiblichen Verlautbarungen eines anderen als auf bestimmte, eignen Bewußtseinserlebnissen im Wesen entsprechende psychische Vorgänge hindeutende sinnliche Daten zu erkennen vermag<sup>1)</sup>.

Der nicht sinnlich verlautbarte Willensakt ruht unsichtbar in der Brust des wollenden Rechtssubjekts. Ein Willensvorgang, der keinen Schatten in die Welt der Leiber wirft, nicht im sinnlichen Substrate aller Sozialität eine durch Einfühlung anderer Personalitäten deutbare Linie abzeichnet, ist, weil niemandem erkennbar und erreichbar, intersubjektiv nicht vorhanden, ein Nichts.

Werfen wir einen Blick in eine andere Sozialsphäre: Die Liebe zu einem anderen Individuum ist als Seelenzustand „da“, gleichviel ob die geliebte Person davon weiß oder nicht, ist durch deren Stellungnahme durchaus nicht bedingt. Das Wort: „Wenn ich dich liebe, was geht's dich an“, spiegelt diese Erkenntnis mit unvergleichlicher Klarheit wieder. Die Liebe wird nichts anderes, wenn sie durch eine Liebeserklärung verlautbart wird. Für den anderen ist sie jedoch erst „da“, wenn er durch leibliche Äußerungen des Liebenden (welcher Art immer, weder braucht eine bewußte Deklaration der Gefühle noch überhaupt eine an die geliebte Person

<sup>1)</sup> Zutreffend NELSON, System der philosophischen Rechtslehre, 1920, S. 58.

adressierte Verlautbarung vorzuliegen) von dessen Seelenzustand Kenntnis bekommen hat. Nun erst ist die Liebe ein intersubjektiv beachtliches Faktum, eine Konstituente der sozialen Wirklichkeit und kann zur Vergemeinschaftung der beiden beteiligten Subjekte in einem Liebesbunde führen.

In der Willenssphäre gilt mutatis mutandis das gleiche. Die vom Rechtssubjekte einzunehmende Willensstellung gegenüber dem Rechtssachverhalte ist erreicht mit Vollzug des normbejahenden, zum Entschluß: Ich will mich dieser Regelung als einer verbindlichen Rechtsordnung unterwerfen, erstarkten Willensaktes. Soziale Wirksamkeit erlangt der Willenssachverhalt jedoch nur durch Erklärung des Aktvollzuges an eine intersubjektive Adresse.

Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Willenserklärung an einen bestimmten Erklärungsgegner gerichtet ist oder nicht. In jedem Falle wendet sich der seinen rechtlich erheblichen Willen Erklärende an die soziale Außenwelt und muß seine Verlautbarung als eine den „dahinterliegenden“ psychischen Akt indizierende Äußerung aufgefaßt werden können. Vor „Empfangnahme“ der Willenserklärung durch ein Glied (oder Organ) der intersubjektiven Gemeinschaft ist ein Wirksamwerden des — bis dahin sozial nicht vorhandenen — Willensaktes ausgeschlossen. (Daß die Rechtswirkung vielleicht zurückdatiert werden kann, ist eine Sache für sich.) Die Unterscheidung zwischen „empfangsbedürftigen“ und nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen (ZITELMANN) ist daher im Ausdruck nicht glücklich. Besser spricht man mit v. TUHR<sup>1)</sup> im ersten Falle von „richtungsbedürftigen“ Willenserklärungen. Daß eine Rechtsgemeinschaft bestimmte Formen der Willensverlautbarung vorschreiben und das Wirksamwerden des geäußerten Willens von sinnlichen Daten mannigfacher Art abhängig machen kann, sei hier nur erwähnt. Es wird davon noch unten unter 2 zu sprechen sein.

Da ein Willensakt erst durch sinnliche Äußerungen des wollenden Rechtssubjekts zum sozialen Akte wird, ist es ausgeschlossen, daß der nicht verlaubliche psychische Vorgang je Rechtswirkung noch irgendeine andere soziale Bedeutung erlangt. Diese Erkenntnis findet in den deutschen Rechtssprüchwörtern in verschiedenen Formulierungen ihren Ausdruck.

Zum Beispiel: „Gedanken sind vogelfrei“; „Schweigen und Denken tut niemand kränken“; „Fürs Denken kann man niemand henken“; „Man kann falschen Mut nicht sehen, die Tat sei denn dabei“<sup>2)</sup>.

Dieses vom Volksempfinden (in bezug auf kriminelle Sachverhalte) richtig herausgefühlte, durch die leibliche Struktur jeder Sozialität bedingte Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem inneren, die entscheidende Willenshaltung des Rechtssubjektes stiftenden Willensakte und der intersubjektiven Verlautbarung dieses internen Vorganges wird in der juristischen Literatur häufig nicht richtig erkannt. Der Jurist neigt dazu, da für ihn ein Willensverhalten unmittelbar nur als Konstituente einer Rechtswirklichkeit in Betracht kommt, den zugrundeliegenden psychologischen Sachverhalt allein nach seiner intersubjektiven Außenseite zu bewerten. Bei dieser Einstellung fällt leicht der „eigentliche“, den betreffenden Sozialsachverhalt willentlich fundierende (wenn auch für sich allein nicht rechtlich wirksame) psychische Aktbestand unter den Tisch und lediglich die sinnliche Äußerung wird Gegenstand der dem Sachverhalt der Rechtskonstituierung zugewendeten Betrachtung. Eine derartige oberflächliche Beurteilung des psychologischen Fundamentes einer Rechtsgeltung — wobei „Oberfläche“ die Region leiblicher Konventionalität des fraglichen Sozialverbandes meint — wird nahegelegt und unterstützt dadurch, daß die den Rechtsgeltungswert eines Willensverhaltens bestimmende Stellungnahme der Gesamtrechtsgemeinschaft vielfach ausschließlich auf Grund einer intersubjektiv vorgefundenen leiblichen Willensverlautbarung erfolgt, ohne daß weiter gefragt wird, ob das durch die Verlautbarung indizierte (interne) Willensverhalten auch tatsächlich gegeben ist. (Von Fällen der Art wird noch zu sprechen sein.) Zum vollen Verständnis der zur Genese einer Normwirklichkeit gehörigen Willenszusam-

<sup>1)</sup> Allg. Teil des Bürg. Rechts II, S. 428 (im Anschluß an LEONHARD, Allg. Teil des BGB. 1900, S. 268 sub V).

<sup>2)</sup> Vgl. GRAF und DIETHER, Deutsche Rechtssprüchwörter 1864, S. 292.



menhänge kann aber nur vordringen, wer die angedeuteten Differenzierungen des Aktbestandes erkennt und reinlich scheidet.

Die Unsicherheit in der Beurteilung dieses rechtsdogmatisch hochwertigen psychologischen Sachverhaltes tritt sehr deutlich hervor in der Bewertung, welche die juristische Literatur der Gegenwart einem konkreten Falle rechtlich bedeutsamen psychischen Verhaltens zuteil werden läßt. Die folgende Besprechung dieses Falles und seiner literarischen Beurteilung soll zugleich dazu dienen, die gewonnene Unterscheidung zwischen Akt und Aktäußerung mit konkreterem Inhalte zu erfüllen.

Es handelt sich um den Begriff der Verzeihung im Sinne des modernen deutschen Privatrechts.

A. v. TUHR<sup>1)</sup> bezeichnet die Verzeihung als eine „rechtlich erhebliche Gefühlsäußerung“<sup>2)</sup>. Diese Begriffsbestimmung verkennt das Wesen der Verzeihung in doppelter Hinsicht:

a) Fälschlicherweise wird die Verzeihung als psychischer Akt mit dessen Verlautbarung verselbigt. Wie allgemein anerkannt wird<sup>3)</sup>, braucht die Verzeihung nicht erklärt zu werden, es genügt vielmehr jedes Verhalten des Verzeihenden, aus dem auf die psychische Tatsache der Verzeihung geschlossen werden kann. Die mannigfachen möglichen Erscheinungsweisen der Verzeihung in der intersubjektiven Sozialwirklichkeit stimmen darin überein, daß sie auf den gleichen psychischen Vorgang — eben den der Verzeihung — zurückdeuten. Wäre die Identifikation von Verzeihung und Äußerung richtig, wie v. TUHR und andere<sup>4)</sup> meinen, so würde sich ergeben, daß die sinnliche Verlautbarung an und für sich die Verzeihung darstellt, d. h. keinen signitiven Charakter, sondern aktmäßig Eigenbedeutung hat, ohne auf ein psychisches Verhalten als ihre Bedeutung zurückzuweisen. Gegen diese offenbar sinnwidrige Folgerung aus der bekämpften Definition der Verzeihung kann nicht eingewendet werden: Allerdings hat die fragliche Äußerung Zeichencharakter, auf ein „Gefühl“ nämlich hindeutend. Richtig. Aber da die Verzeihung die Äußerung selber sein soll, hätte danach das Gefühlszeichen zugleich eine nichtzeichenmäßige Bedeutung und die Verzeihung würde auf ein dahinterliegendes Gefühl weiterweisen. Ganz abgesehen von diesen psychologisch unverständlichen Konsequenzen, die sich aus der v. TUHRschen Begriffsbestimmung, wenn man sie strikt interpretiert, ergeben, ist es doch ganz ausgeschlossen, daß die vielfachen Verzeihenskundgebungen, die in Vorgängen der Sinneswirklichkeit von rein faktischer (außerrechtlicher) Natur — z. B. Wiederaufnahme der erotischen Beziehungen unter Ehegatten — als solche die Verzeihung darstellen. Das würde einer völligen Preisgabe des einheitlichen Begriffes der Verzeihung gleichkommen. Daß der Sachverhalt in Wahrheit ein anderer ist, zeigt sich auch an folgendem: Das Verfahren der Feststellung, ob eine Verzeihung vorliegt — was im Ehescheidungsprozeß wegen § 1570 BGB. oft von entscheidender Bedeutung ist — geht immer den Weg, daß man zu ermitteln sucht, ob in dem äußeren Verhalten der angeblich verziehenhabenden Person eine Verzeihung „gefunden“, ob es als Verzeihungsausdruck aufgefaßt werden kann.

<sup>1)</sup> v. TUHR a. a. O. II S. 120 vgl. S. 126 und Allg. Teil des Schweiz. Obligationenrechts I 1924, S. 155; im gleichem Sinne wohl auch ENNECERUS, BGB. I 1 (1923) § 128 Anm. 7.

<sup>2)</sup> Vgl. auch ELTZBACHER, Die Handlungsfähigkeit I 1903, S. 197f. und die bei PETER KLEIN, Rechtshandlungen im engeren Sinne 1912, S. 118, Anm. 52 Zitierten (dortselbst S. 117 Anm. 47 weitere Literaturnachweise.)

<sup>3)</sup> Vgl. E. FREUDENBERG, Die Verzeihung (Jur. Diss. Rostock 1903), S. 10; BGB. Komm. von Reichsgerichtsräten, 5. Aufl. 1923, § 1570 Anm. 4, § 532 Anm. 2; weitere Rechtspr. bei M. WOLFF, Familienrecht 1923 § 35 Anm. 22. Dissidenten bei KLEIN a. a. O., S. 118 Anm. 48.

<sup>4)</sup> Z. B. Komm. von Reichsgerichtsräten § 1570 Anm. 3; LINDEMANN-SOERGEL, BGB., 2. Aufl. 1923 zu § 1570, wo freilich wenige Zeilen später die Verzeihung als „tatsächlicher innerer Vorgang“ definiert wird. Nicht klar ist die Auffassung KLEINS (vgl. S. 121 und andererseits S. 122f.).

Es ist hier die Frage zu beantworten: Sind sinnliche Zeichen eines als Verzeihung im Sinne des Gesetzes zu wertenden psychischen Verhaltens feststellbar? Ein anderes Verfahren können auch diejenigen, die die Verzeihung als Äußerungsakt auffassen, nicht anwenden, um den Zweifel, ob im gegebenen Falle Verzeihung vorliegt oder nicht, zu lösen. So vorgehend heben sie aber ihre eigene These der Verlautbarungsnatur der Verzeihung selber auf.

Der Widerspruch tritt klar zutage bei ENGELMANN<sup>1)</sup>. Die Verzeihung wird da zunächst als „Ausdruck eines inneren Vorgangs“ definiert. Später heißt es dann: „die Verzeihung braucht nicht ausdrücklich, kann vielmehr auch stillschweigend erklärt werden“. Die beiden Aussagen sind unvereinbar. Ein „Ausdruck“ kann nicht noch einmal „erklärt“ werden, ist selbst Erklärung. Höchstens könnte eine Sinndeutung des Ausdruckes auf Grund anderer Ausdrücke in Frage kommen — es wird z. B. ein Fremdwort durch ein Wort der eignen Sprache „erklärt“ — aber dann handelt es sich niemals um eine Erklärung im Sinne der Verlautbarung eines internen nichtsinnlichen Vorganges (wovon ENGELMANN offenbar spricht), sondern um Deutung eines Sinnlichen selber.

Wie jedes psychische Verhalten bedarf die Verzeihung, um soziale Geltung zu erlangen, der intersubjektiv verständlichen Verlautbarung. Insoweit ist die Beschreibung von KNOKE bei PLANCK<sup>2)</sup> ganz zutreffend; sie lautet:

„Die Verzeihung ist aber auch nicht ein rein innerer Vorgang. Vielmehr muß die verzeihende Gesinnung, um rechtlich bedeutsam zu werden, nach außen durch ein schlüssiges Verhalten des Verzeihenden erkennbar geworden sein.“

Hier ist das Verhältnis von Verzeihung zu Verzeihungsäußerung richtig erfaßt. Aber die der Verzeihung mit diesen Worten zuteilwerdende Begriffsanalyse weist einen anderen Mangel auf. Einen Fehler der psychologischen Bewertung der Verzeihung, der sich ganz ähnlich auch bei v. TUHR a. a. O. findet.

b) Es wird nämlich dabei verkannt, daß die Verzeihung einen in die Willensregion gehörenden psychischen Aktsachverhalt darstellt, ein Willensakt ist. KNOKE spricht von „verzeihender Gesinnung“<sup>3)</sup>. Gesinnung ist ein seelisches Verhalten im Sinne einer kontinuierlichen ethischen Haltung der betr. Person. Diese Haltung bedarf einer aktmäßigen Fundierung. Der zugrundeliegende Akt ist im Falle verzeihender Gesinnung, die eine besonders geartete Einstellung gegenüber dem verletzenden Verhalten einer anderen Person bedeutet, die Verzeihung selber, ein Willensakt von Entschlußcharakter. Die Gesinnung ist vorhanden bei dem gekränkten Rechtssubjekte, weil dieses sich entschlossen hat, den kränkenden Angriff des anderen nicht mehr als solchen gelten zu lassen. Die Möglichkeit, daß die veränderte Einstellung nicht durch einen spontanen Bewußtseinakt herbeigeführt wurde, besteht hier wie in anderen Fällen. Es kann sein, daß mit Verblässen des Gefühles der Kränkung eine versöhnliche Gesinnung gegenüber dem Verletzenden sich des Gekränkten nach und nach bemächtigt. Aber verzeihen ist dem Missetäter doch erst, wenn durch willentliche Stellungnahme, durch Entschluß des Verletzten ein Zurückgreifen auf die Kränkung im Verhältnis zu jenem ausgeschlossen und die gewandelte Einstellung in diesem Punkte dadurch zur definitiven, gewollten geworden ist.

KNOKE geht also bei seiner Beschreibung nicht ganz auf den Grund des psychologischen Sachverhaltes. Nicht um Verlautbarung bloß der Gesinnung handelt es sich. Das äußere (intersubjektiv erkennbare) Verhalten des Verzeihenden muß darüber hinaus den Akt der Verzeihung selbst indizieren.

<sup>1)</sup> (STAUDINGER-)ENGELMANN, Komm. zum BGB., 7./8. Aufl., Familienrecht 1913, 4 zu § 1570, S. 682 u. 683.

<sup>2)</sup> PLANCKS Komm. z. BGB., 4. Aufl., Schuldverhältnisse II 2, 1923, § 532 Anm. 2.

<sup>3)</sup> Ähnlich z. B. KLEIN a. a. O., S. 122.

Völlig abzulehnen ist die Auffassung<sup>1)</sup>, das der Verzeihungsäußerung zugrundeliegende, die Verzeihung selbst bedeutende psychische Verhalten sei „Gefühl“, „Empfindung“. Wie soll es möglich sein, daß ein bloßes Gefühl in der Seele des Verletzten, wenn auch dem Verletzer kundgetan, das durch die Kränkung herbeigeführte moralische Unrecht beseitigt mit der Wirkung, daß dieser von seiner Schuld jenem gegenüber befreit ist? Zur Erzielung dieser Wirkung bedarf es eines Willensaktes, der das „Schuldverhältnis“ zwischen Verletzer und Verletztem aufhebt und an seine Stelle die soziale Relation der (insoweit) Versöhnten setzt. Der verzeihene Unrechtssachverhalt ist nicht mehr, nachdem ihn der Vergebende durch den konstitutiven Akt der Verzeihung seines Unrechtsgehaltes im Verhältnis der beiden Beteiligten entkleidet, die Schuld des Kränkenden sozusagen „durchgestrichen“ hat<sup>2)</sup>. Wenn v. TUHR<sup>3)</sup> bemerkt:

Die Verzeihung ist . . . ein Verhalten, aus welchem hervorgeht, daß die durch das Benehmen des Gegners hervorgerufene Kränkung nicht mehr besteht resp. im Fall der Ehescheidung, daß die Ehe vom Standpunkt des verletzten Ehegatten aus nicht mehr zerrüttet ist“,

so ist damit der Effekt der Verzeihung hinsichtlich der sozialen Beziehung der fraglichen Personen richtig gekennzeichnet. Es bleibt aber völlig dunkel, wie geartet das psychische Verhalten sein muß, das solches bewirkt, und in welcher Weise das Nichtmehrbestehen der Kränkung aus ihm „hervorgeht“.

Mangelt es bei v. TUHR durchaus an einer klaren Einsicht in die Struktur des Willenssachverhaltes Verzeihung, so finden wir dagegen eine dem doppelschichtigen psychologischen Bestande der rechtlich wirksamen Verzeihung durch adaequate Beschreibung gerechtwerdende Darstellung bei EGGER<sup>4)</sup>.

Dieser schreibt zu Art. 137 III SchwZGB. („Keine Klage hat der Ehegatte, der dem Ehebruch zugestimmt oder ihn verziehen hat“):

a) Die Verzeihung ist Versöhnungsentschluß . . . Der Verzeihende will die Ehe nicht mehr wegen der begangenen Untreue als eine tief zerrüttende betrachten . . .

b) Die Verzeihung verlangt Versöhnungswillen . . . Der Versöhnungswille muß ein ernstlicher sein.

c) Die Verzeihung muß, um Rechtswirkungen zu haben, notwendigerweise ihren Ausdruck finden. Einer besonderen Form bedarf es nicht. Sie kann ausdrücklich oder stillschweigend geschehn . . .“

Hier ist sowohl der Aktcharakter der Verzeihung als die rechtliche Bedeutung der Aktverlautbarung mit voller Klarheit erfaßt. Demgegenüber bedeutet es eine Halbheit in der erkenntnismäßigen Erfassung des Rechtssachverhaltes Verzeihung im Sinne des Art. 137 SchwZGB., wenn GMUER sagt<sup>5)</sup>:

„Mit dem Nachweise der Verzeihung ist dargetan, daß derjenige Ehegatte . . . diese Tat von Anfang an nicht als tiefe Ehrenkränkung empfand oder nachträglich nicht mehr als solche empfindet oder endlich, daß er über die Verletzung hinwegsehen will . . .“

Die Rechtsordnung soll sich unter Umständen mit dem Nachweise einer Empfindung des gekränkten Ehegatten begnügen? Das könnte doch nur in dem Sinne geschehen; daß die als vorhanden erwiesene Empfindung als Indiz für eine erfolgte Verzeihung gewertet wird. Aber das scheint nicht der Meinung GMUERS zu entsprechen. Nach ihm erfüllt sowohl ein Nichtempfinden der Kränkung wie das Darüberhinwegsehenwollen den Tatbestand der Verzeihung nach Art. 137/138 SchwZGB. Damit wird die Verzeihung als ein psychischer Sachverhalt besonderer Art überhaupt negiert. Es ist undenkbar, daß die Verzeihung einmal Gefühl und dann wieder Willensakt ist. Nur eines von beiden kann richtig sein. Das Letztere.

<sup>1)</sup> v. TUHR a. a. O.; RGZ. Bd. 96, S. 269 und Bd. 105, S. 107 (JW. 1924, S. 294 Nr. 6); auch WARNEYER, Komm. z. BGB. I 1923 zu § 532, der von „gewissen inneren Empfindungen, die den Willen der Verzeihung erkennen lassen“ spricht.

<sup>2)</sup> Dies richtig erkannt zu haben, ist das Verdienst HENLES (Vorstellungs- und Willens-theorie 1910, S. 365); seine Folgerungen sind freilich abzulehnen. Darüber weiter unten. Die Einwendungen KLEINS (a. a. O. S. 119f.) widerlegen HENLES Grundauffassung der Verzeihung nicht.

<sup>3)</sup> A. a. O., S. 120/21; vgl. auch Mot. zum BGB. IV, S. 602.

<sup>4)</sup> EGGER, Familienrecht des Schweizer. ZGB. 1914, S. 83.

<sup>5)</sup> M. GMUER, Komm. z. SchwZGB. (1. Aufl. 1914), Familienrecht, Nr. 22 zu Art. 138.

Richtig erkennen den der Verzeihungsäußerung zugrundeliegenden Willensakt der Verzeihung (neben EGGER) KIPP<sup>1)</sup> und WOLFF<sup>2)</sup>). Beider Definition der Verzeihung ist jedoch nicht einwandfrei. Wenn KIPP sagt:

„M. E. heißt verzeihen: dem Schuldigen irgendwie zu erkennen geben, daß man ihm wegen seiner Tat in Zukunft keinen Nachteil zufügen wolle;“

und wenn WOLFF erklärt:

„Verzeihung ist weder eine Tatsache des inneren Gefühlslebens noch eine Äußerung dieser Tatsache . . . vielmehr die Erklärung des Willens, aus der Tat des Schuldigen in Zukunft deswegen keine Folgen herzuleiten, weil die vom Gegner hervorgerufene Kränkung nicht mehr bestehe. Sie ist danach eine in bestimmter Weise motivierte Verzichtserklärung.“ —,

so geben sie statt des Aktes der Verzeihung selber eine Folgewirkung desselben an, während dieser zum bloßen Motiv der Verzeihung herabgedrückt wird. Eine Zukunftswirkung hat die Verzeihung als solche und unmittelbar jedenfalls nicht. Der Akt richtet sich gegenständlich auf das Vergangene: das geschehene Unrecht. Diesem nimmt die Verzeihung den sozialen Wert (für das Ich-Duverhältnis beider Teile) einer ethischen Schuld. Verziehen hat auch, wer an die Zukunftsfolgen seiner Einstellung zum Verletzenden gar nicht gedacht hat. Auf der anderen Seite ist sehr wohl möglich, daß ein Gekränkter den Entschluß faßt, sich später dem Schuldigen gegenüber nicht auf die Kränkung zu berufen, aus der Sache nichts „machen“ zu wollen, ohne aber verziehen zu haben. Der Unterschied zwischen den beiden Stellungnahmen des Verletzten liegt auf der Hand. Der letztere Willensvorgang ist im Verhältnis zum ersten, der eigentlichen Verzeihung durchaus sekundär und liegt auf einer ganz anderen Willensebene. Wer keine Folgen aus der Kränkung herleiten will, hat sein Verhältnis zum Gegner im Rahmen des sozialen Gesamtzusammenhanges im Auge, sieht auf den Schuldigen als Genossen des gemeinsamen Sozialverbandes. Die Verzeihung dagegen gilt dem Individuum, dem Menschen X als solchen<sup>3)</sup>).

Das Gesagte ergibt: Die Verzeihung ist niemals Rechtsgeschäft. Vielmehr eine vorrechtliche Realität, an die in gewissen Fällen von der Rechtsordnung Rechtsfolgen geknüpft werden, mithin eine Rechtshandlung<sup>4)</sup> im früher festgestellten Sinne<sup>5)</sup>). Die Sozialwirklichkeit, welche der Verzeihende durch konstitutiven Akt zerstört und neu gestaltet, ist kein Rechtssachverhalt. Die Verzeihung gilt als Akt nicht der Normwirklichkeit, auch wo eine solche die Unrechtsrelation zwischen Kränkendem und Gekränktem überlagert, sondern der ethischen Wertung der Ich-Dubeziehung. Die schuldzerstörende Wirkung der Verzeihung liegt auf moralischem Gebiete. Daß sie unter Umständen in den Bereich des Rechtes hinüberwirkt, verdankt sie den das ausdrücklich normierenden Rechtssätzen einer geltenden Rechtsordnung. Wo das der Fall ist, bildet die — verlaubliche — Verzeihung ein Tatbestandsstück des betreffenden Rechtssachverhaltes, wirkt als außerrechtliches Faktum, nicht als Geltungskoeffizient. Sie hat eine rechtliche Funktion, indem sie auf außerrechtlichem sozial-ethischen Boden eine Sozialwirklichkeit umgestaltet und eine rechtlich erhebliche Tatsache: die Entschuldung des Verletzers erzeugt. Und zwar mit bindender Kraft. Die bindende Wirkung der Verzeihung, die einseitig ihre schuldzerstörende Kraft entfaltet — die Schuld des Kränkenden ist im Ich-Duver-

<sup>1)</sup> WINDSCHEID-KIPP, Lehrbuch des Pandektenrechts 9, Aufl. 1906 Bd, II, S. 562.

<sup>2)</sup> M. WOLFF, Familienrecht, § 35 VI 1 S. 121; vgl. auch die verwandte Begriffsbestimmung FREUDENBERGS a. a. O. § 2 A: „Unter Verzeihung versteht man die Willenserklärung einer Person, eine ihr zugefügte Verletzung nicht, beziehungsweise nicht mehr, nachtragen, das heißt, dieser Verletzung keinen Einfluß auf ihr ferneres Denken und Handeln gestatten zu wollen.“ Daß die letztzitierten Definitionen alle insofern mangelhaft sind, als sie eine begriffliche Sonderung von Verzeihung (als Akt) und Verzeihungsverlautbarung vermissen lassen, ergibt sich aus dem oben (unter a) gegen v. TUHR Bemerkten.

<sup>3)</sup> Das wird von HENLE a. a. O. nicht hinreichend gewürdigt.

<sup>4)</sup> Richtig KLEIN a. a. O. S. 121 und S. 118 Anm. 51 Zitierte.

<sup>5)</sup> Oben S. 27 zu Anm. 3.

hältnis aufgehoben, ohne daß es auf Zustimmung des Schuldigen oder auch nur Kenntnisnahme von der Verzeihung seinerseits ankäme — besteht darin, daß durch seinen Akt der Verzeihende selber gebunden ist in dem Sinne, daß er ihn nicht zurücknehmen kann. Diese Bindung ist aber vom Hinzutreten eines weiteren Tatbestandsmomentes, nämlich der Aktäußerung seitens des Verzeihenden abhängig. Solange die Verzeihung nicht verlautbart wurde, ist sie auch nicht intersubjektiv wirksam geworden; sie kann zwar ihre ethische Wirkung der Schuldauflösung schon ausüben, hat aber noch nicht den Wert einer sozialen Wirklichkeit, auf die sich der, dem verziehen ward, berufen könnte. Es handelt sich hier um den Schritt von ethischer Wirkung an sich, die allein das verzeihende Subjekt betrifft, zu einer sozial-ethischen Wirkung, die auch das andere Individuum, den Schuldigen angeht. Ist der zweite Schritt getan, indem die Verzeihung intersubjektiv — nicht notwendig dem Schuldigen gegenüber — geäußert wurde, so kann der Akt der Verzeihung nicht mehr zurückgenommen werden. Er steht jetzt als dem Bewußtsein des Verzeihenden transzendente, sozial durch die Verlautbarung im Bewußtsein der Sozialität verankerte ethische Norm über dem Willen des Erklärenden. Der Verzeihungsgegner kann gegenüber Versuchen des Gekränkten, auf das ihm angetane Unrecht zurückzugreifen, sagen: Dieser Rückgriff ist ausgeschlossen, denn zwischen uns gilt als (ethische) Norm das Durchstrichensein meiner moralischen Schuld durch deinen Verzeihungsakt.

Die Analogie dieser Geltungsgenese auf dem außerrechtlichen Gebiete der Sozialethik mit entsprechenden Sachverhalten der Rechtssphäre liegt auf der Hand. Wo die Rechtsordnung einer Universalrechtsgemeinschaft dem normativ Begünstigten (Berechtigten) gestattet, auf die ihn begünstigende Normwirkung zu verzichten mit dem rechtlichen Erfolge, daß der Rechtssachverhalt, der in der Person des Verzichtenden als „dessen Recht“ (auf das Verzicht geleistet wird) reflektiert, seiner Rechtsgeltung im aktmäßig intendierten Umfange verlustig geht, da ist, wenn man die entsprechenden Fälle eines Verzichtes auf schuldrechtliche Ansprüche (im weitesten Sinne) ins Auge faßt, die geltungsmäßige Wirkung im Wesen keine andere als die im Wege der Verzeihung herbeigeführte.

Rechtliche Schuld ist willentliche Gebundenheit auf Grund individueller Rechtsnorm. Die Schuld ist relativ, besteht auf Grund eines Schuldverhältnisses gegenüber jemandem; dieser jemand kann ein einzelner Rechtsgenosse oder auch die Rechtsgemeinschaft selber — das Letztere liegt regelmäßig im modernen Strafrecht vor — sein. Der Verzicht desjenigen, dem gegenüber die Schuldbindung besteht, entschuldigt, gehörig verlautbart, den Schuldner, befreit ihn von seiner Bindung im Willen. (Daß die Rechtsordnung vielleicht schuldnerische Zustimmung zum Gläubigerverzicht fordert, damit die Erlaßwirkung eintritt — so § 397 BGB. — bedeutet zwar eine Abschwächung der Rechtswirkung des Verzichtsaktes, verändert aber nicht seine Wesensstruktur). Nicht anders als bei der Verzeihung ist zwischen dem Verzichtsakt selber und dessen Äußerung zu unterscheiden: hier wie dort muß diese hinzukommen, damit die Erlaßwirkung: Aufhebung der Schuld (rechtlich bzw. sozialethisch) eintritt.

Wie von der echten Verzeihung der in die Zukunft gerichtete Entschluß, sich gegenüber dem Schuldigen auf die erfolgte Kränkung nicht mehr berufen zu wollen, zu scheiden ist, so von dem bezeichneten Sachverhalte der Entschuldung durch Totalverzicht des Berechtigten der beschränktere Verzicht auf eine bloße (rechtliche) Folgewirkung des Schuldigseins, — ein Verzicht, der das Schuldverhältnis als solches bei Bestand läßt und nur eine aus ihm zugunsten des Gläubigers sich herleitende Einzelwirkung zum Fortfall bringt.

Schulderlasse der letzteren Art sind im Privatrecht eine alltägliche Erscheinung: Der Gläubiger verzichtet auf einen „Einzelanspruch“, z. B. den Anspruch auf Ersatz des Verzugschadens (§ 286 BGB), ohne aber das Schuldverhältnis als Ganzes, den schuldrechtlichen „Orga-

nismus“ durch Verzicht auf den ihm als Aktivkorrelat zustehenden Gesamtanspruch, dem auf der Passivseite die schuldnerische Bindung entspricht, aufzuheben.

Besonders charakteristisch ist im Kriminalrecht der Fall der Begnadigung, der folgendermaßen zu beurteilen ist: Der Täter wird schuldig, indem er der einschlägigen Norm der Rechtsordnung der Gesamrechtsgemeinschaft zuwiderhandelnd den Deliktstatbestand verwirklicht. Das normwidrige Tun genügt, um das deliktische Schuldverhältnis zwischen Delinquenten und Rechtsgemeinschaft zu erzeugen. Eine — nicht die einzige — Folge der (gerichtlich festgestellten) Schuld ist die Strafe. Sie allein wird durch den Akt der Gnade erlassen. Die Rechtsgemeinschaft verzichtet, indem sie die Begnadigung — generell durch Amnestie oder im einzelnen Straffalle — ausspricht, auf ihren Strafanspruch, der durch Strafverbüßung seine Befriedigung erfährt. Der begnadigte Verbrecher ist aber mitnichten entschuldigt; er ist schuldig der betreffenden strafbaren Handlung nach wie vor. Gnade ist kein Schuldverzicht, ihre Ausübung durchstreicht zwar die Unrechtsfolge der Strafe, nicht aber die Schuld selber<sup>1)</sup>. Das zwischen dem Individuum, dessen kriminelle Schuld gerichtlich festgestellt wurde, und dem Staat bestehende Schuldverhältnis kann allein durch Freisprechung (auf Grund des Urteils der höheren Instanz oder in einem Wiederaufnahmeverfahren) aufgehoben werden. Die Rechtswirkung der Gnade bleibt also hinter der sozialetischen Wirkung der Verzeihung um einen prinzipiellen Schritt zurück.

Die Wesensverwandtschaft zwischen Verzeihung und (vollem) Schuldverzicht, was willentliche Struktur und intersubjektiven Effekt der Akte angeht, zeigt sich auch in folgendem: Die Verzeihung ist an sich nicht Rechtsakt, sondern als ethischer Akt ein vorrechtlicher Sachverhalt. Es besteht aber die Wesensmöglichkeit, daß die Verzeihung von der Rechtsordnung nicht nur als Rechtshandlung gewertet, sondern darüber hinaus mit einem rechtsgeschäftlichen Verzichtsakte derart verbunden wird, daß ein vom Grundakte der Verzeihung getragener Gesamtwillenssachverhalt rechtlich in Erscheinung tritt, dem schuldzerstörende Wirkung im Rechtssinne zukommt. Und das nicht in der Weise einer äußerlichen Verkoppelung zweier Akte. Die verwandte Struktur von Verzeihung und Verzicht macht es vielmehr möglich, der Verzeihung eine gewollte Fernwirkung auf rechtlichem Gebiete zu verleihen. Die Verzeihung übernimmt hier durch Erweiterung ihres Wirkungsfeldes zugleich die schuldrechtliche Funktion des Erlasses, den in diesem steckenden Verzichtsakt in sich aufnehmend. Das Resultat ist ein Gesamtakt von einheitlicher Grundstruktur, dem die Doppelwirkung (ethisch — rechtlich) nach seinem intentionalen Bewußtseinsgehalte zukommt. Der Wille des Verzeihenden bezieht sich da zugleich auf den Rechtserfolg. Die so erweiterte Verzeihung ist nicht mehr bloß rechterhebliche Tatsache — wie z. B. im Falle des § 532 BGB. —, sondern als Rechtsakt willentlich gesetzter Geltungskoeffizient der speziellen Normwirklichkeit: Schuldverlaß.

Die angedeutete Wesensmöglichkeit einer Fortentwicklung der Verzeihung zum Rechtsakte, indem der Akt sein primäres Willensziel in der ethischen Region überschießend, in der Rechtssphäre weiterwirkend als Verzichtsakt das Fernziel rechtlicher Schuldauflösung erreicht, findet in der Gestaltung eines wirklichen (historisch seienden) Rechtes ihre Bestätigung.

Es handelt sich um eine rechtssatzmäßige Wirklichkeit im antiken attischen Rechte: Der *φόνος ἀκούσιος* zog kraft Gesetzes die Strafe der Verbannung nach sich; der Schuldige mußte innerhalb bestimmter Frist die Heimat verlassen. Vgl. DEMOSTHENES<sup>2)</sup>: „τί οὖν ὁ νόμος κελεύει; τὸν ἀλόνα ἐπ' ἀκούσιῳ φόνῳ ἐν τισιν εἰρημένους χρόνους ἀπελθεῖν τακτὴν ὁδὸν καὶ φεύγειν.“ Diese Unrechtsfolge wird [aber durch Verzeihung (*αἴθεσις*) der nächsten Verwandten (*συγγενεῖς*)] beseitigt. Die Verzeihung hebt hier nicht nur das ethische „Schuldverhältnis“ zwischen dem Täter und der Familie des Getöteten auf, sondern löst zugleich die rechtliche,

<sup>1)</sup> Daher bleibt die Einziehung als Sicherungsmaßnahme trotz Amnestie zulässig: RG.Str. Bd. 53, S. 125. Vgl. auch KARL FRIEDRICH, JW. 1924, S. 264 § 11: „Allgemein gesagt, beseitigt die Amnestie nicht alle rechtlichen Wirkungen einer strafbaren Handlung, sondern nur die strafrechtlichen, läßt aber alle anderen öffentlich- und privatrechtlichen Folgen bestehen, sie kommt daher auch dem nicht zugute, der für die Straftat eines anderen verantwortlich ist, ohne Täter zu sein. Sie ist kein Schuldaußschließungsgrund.“

<sup>2)</sup> Or. XXIII § 72; dazu auch LIPSUS, Das Attische Recht und Rechtsverfahren 1915, S. 610.

deliktische Schuldbindung des Täters, womit die Straffolge des Deliktes entfällt. Der Schuldige, dem verziehen ward, darf als Entschuldeter nach Athen zurückkehren. DEMOSTHENES a. a. O.: „... φεύγειν ἕως ἄν αἰδέσθαι τινα τῶν ἐν γένει τοῦ πεπονθότος“. Der Verziehende vollzieht hier einen Akt, der als bewußter Willensakt in das Gebiet des Rechtes hinüberreicht, nicht nur Verzeihung im eigentlichen Sinne ist, sondern zugleich Verzichtsakt mit Schuldverlaßwirkung. Die letztere Wirkung kann erzielt werden auf Grund staatlicher Rechtsnorm, die die verletzten Individuen (die *συγγενεῖς*) zur Verichtsleistung legitimiert.

Mit Recht stellt DEMOSTHENES diesen Sachverhalt der rechtswirksamen „Verzeihung“ mit dem des Erlasses vermögensrechtlicher Verbindlichkeiten in eine Linie. Hier, in den Fällen des Anspruchsverzichts im engeren Sinne (*ἄφραεις ἐγκλημάτων*), wie dort bei der *αἰδεῖσις* ist die Schuldbindung des Verzichtsgegners durch Willensakt des Berechtigten (Gekränkten) rechtsgültig aufgehoben. Die maßgebende, den Sachverhalt in beiden Fällen mit großer begrifflicher Schärfe zeichnende Stelle bei DEMOSTHENES lautet<sup>1)</sup>:

„...καὶ γὰρ ἀκούσιοι φόνοι καὶ ὕβρεις εἰς ἃ μὴ δεῖ καὶ πολλὰ ἄλλα τοιαῦτα γίνονται. ἀλλ' ὅμως ἀπάντων τούτων ὄρος καὶ λύσις τοῖς παθοῦσι τέτακται τὸ πεισθέντας ἀφεῖναι. (§ 59) καὶ τοῦθ' οὕτω τὸ δίκαιον ἐν πᾶσι ἰσχύει ὥστε, ἂν ἐλὼν τις ἀκουσίον φόνον καὶ σαφῶς ἐπιδείξας μὴ καθαρόν μετὰ ταῦτ' αἰδέσθαι καὶ ἀφῆ, οὐκεὶ ἐκβαλεῖν κύριος τὸν αὐτὸν ἔστιν. οὐδέ γ', ἂν ὁ παθὼν αὐτὸς ἀφῆ τοῦ φόνου, πῶν τελευτῆσαι τὸν θράσσαντα, οὐδενὶ τῶν λοιπῶν συγγενῶν ἕξεισιν ἐπεξίεναί, ἀλλ' οὗς ἐκπίπτειν καὶ φεύγειν, ἂν ἀλίσκωνται καὶ τεθνάται προσταττουσιν οἱ νόμοι, τοῦτους, ἂν ἀφεθῶσιν, ἅπαξ ἀπάντων ἐκλύει τῶν δεινῶν τοῦτο τὸ ῥῆμα. (§ 60) εἰθ' ὑπὲρ μὲν ψυχῆς καὶ τῶν μεγίστων οὕτως ἰσχύει καὶ μένει τὸ ἀφεῖναι, ὑπὲρ δὲ χρημάτων καὶ ἐλαττόνων ἐγκλημάτων ἄκρον ἔσται; μηδαμῶς.“

Die Formulierung des § 59 a. a. O. lehnt sich gedanklich eng an PLATON<sup>2)</sup> an:

„ἔάν, δ' ἄρα τις εἰς τοσοῦτον ἀκρατῆς θυμοῦ γίγηται πρὸς τοὺς γεννήσαντας, ὥστε μανίας ὁργῆς τῶν γεννητόρων τοιμῆσαι κτεῖναι τινα, ἔαν μὲν ὁ τελευτήσας πρὶν τελευτῆσαι τὸν θράσσαντα φόνον ἀφῆ ἕκων, καθάπερ οἱ τὸν ἀκούσιον φόνον ἐξεργασάμενοι κοθαρθεῖς καὶ ἴλλα ὅσαπερ ἐκείνοι πράξας καθαρός ἔστω, ἔάν δὲ μὴ ἀφῆ, πολλοῖς ἐνόχος ἔστω νόμοις ὁ θράσας τι τοιοῦτον.“

Der Akt der Verzeihung hat schuldbefreiende Wirkung nach beiden Darstellungen. Der konkrete Normsachverhalt der Deliktsschuld (*πολλοῖς ἐνόχος νόμοις*) wird durch den Doppelakt einer rechtswirksamen Verzeihung (*αἰδέσθαι καὶ ἀφῆ*) beseitigt. Freilich muß noch ein weiteres Tatbestandsmoment hinzutreten, damit der Rechtserfolg völliger Entschuldung des Täters erzielt werde: Dieser ist erst dann rein von Schuld (*καθαρός*), wenn er gewisse Rechtsvorschriften religiöser Reinigung erfüllt hat. Vgl. PLATON<sup>3)</sup>: „... καθαρθεῖς κατὰ τὸν ἐκ Δελφῶν κομισθέντα πρὸς τούτων νόμον ἔστω καθαρός.“ Es liegt also so, daß die Verzeihung konstitutive Wirkung in bezug auf die rechtliche Unrechtshaftung des Schuldigen als Erlaßakt zwar hat, allein aber nicht in dem Umstande ist, die rechtliche Folgewirkung der Schuld aus der Welt zu schaffen: Im Ich-Du-Verhältnis zwischen Täter und Verletztem (bzw. dessen Familie) ist die Schuld durch Verzeihung erloschen, im Verhältnis zum Gesamtrechtsverbanne ist der Schuldige aber erst dann enthaftet, wenn er sich selbst „gereinigt“ hat. Die Erlaßwirkung wird mithin nicht durch einseitigen Verzicht des „Berechtigten“ erreicht; es ist ein Mithandeln des anderen Teiles erforderlich. In dieser Hinsicht ähnelt der Sachverhalt dem oben erwähnten des vertragsmäßigen Erlasses nach § 397 BGB., wo ebenfalls dem Verzichtsakte allein die Kraft der Schuldauflösung nicht innewohnt.

Mit klaren Worten hebt DEMOSTHENES<sup>4)</sup> die bindende Kraft hervor, die der vollzogene Akt der Verzeihung (und des Schuldverlasses) gegenüber dem Verziehenden selber entfaltet (... ἀπάντων τούτων ὄρος καὶ λύσις τοῖς παθοῦσι τέτακται τὸ πεισθέντας ἀφεῖναι: § 58 i. f.); weiterhin betont er die intersubjektive Normwirklichkeit, zu der der durch Verzeihung geschaffene Sachverhalt der Entschuldung erwächst und vermöge deren ein Rückgriff auf den früheren Zustand des Schuldigseins des Täters auch für die Angehörigen des Verletzten, der verzieh, ausgeschlossen ist (... ἂν ὁ παθὼν αὐτὸς ἀφῆ τοῦ φόνου... οὐδενὶ τῶν λοιπῶν συγγενῶν ἕξεισιν ἐπεξίεναί...).

Es ist der Willensakt, der zum Entschluß erstarkt Rechtsgeltung erlangt und nun dem Willen der Beteiligten als Norm gegenübersteht: „... ἰσχύει καὶ μένει τὸ ἀφεῖναι“. Andererseits wird von DEMOSTHENES die Bedeutung der Aktverlautbarung keineswegs verkannt. Er bemerkt ausdrücklich: Die Erklärung erst der Verzeihung (das „Wort“) bewirkt die Enthaltung des Schuldigen (... ἅπαξ ἀπάντων ἐκλύει τῶν δεινῶν τοῦτο τὸ ῥῆμα: § 59 i. f.).

Kehren wir zum Gegenstande unserer Teiluntersuchung über die Modalitäten der intersubjektiven Geltung eines Willensaktes zurück! Die beispielsweise vorgenommene Analyse des besonderen Willenssachverhaltes der „Verzeihung“ hat

1) Or. XXXVII §§ 58f., vgl. or. XXXVIII, §§ 21, 22.

2) PLATON, NOMOI p. 869 A.

3) A. a. O. p. 865 B i. V. mit der oben angeführten Stelle (p. 869 A); cf. DEMOSTHENES or. XXIII § 72 i. f.

4) Or. XXXVII §§ 58f.

unseren Satz von der Notwendigkeit sinnlicher Verlautbarung aller psychischen Akte, die Konstituenten einer sozialen Wirklichkeit sein wollen, bestätigt. Die bezeichnete These gilt nicht nur in der Rechtssphäre; ihre Geltung auch in der Region sozialer Ethik haben wir festgestellt. Es handelt sich hier um Wesensnotwendigkeiten in der Welt des Willens, die nicht allein den Juristen angehen. Für diesen ist der Einblick in die Prinzipien des sozialen Wirksamwerdens von Willensakten unerläßliche Voraussetzung des Verständnisses der willentlich fundierten Rechtswirklichkeit. Es ist wichtig zu wissen, daß das Problem der aktmäßigen Konstituierung des Rechtes nur einen Ausschnitt aus dem umfassenden Problem der Konstituierung der sozialen Welt überhaupt darstellt, daß das Recht wie alle anderen Erscheinungsformen der sozialen Wirklichkeit an gewisse Wesensgrundsätze der (richtig verstandenen) Psychologie gebunden bleibt. Auch in diesem Punkte hat uns die Betrachtung des Sachverhalts der Verzeihung erkenntnismäßig gefördert.

Was den speziellen Sachverhalt der Zeugung konkreten Rechtes durch vertraglich sich vergemeinschaftende Individuen angeht, so ist es ungenau, wenn man sagt, daß durch Unterwerfungsakte der vertragschließenden Rechtsgenossen dem Tatbestande Rechtsgeltung verliehen werde. Der Unterwerfungsakt als interner Willensvorgang (Entschluß zur Bejahung des Vertragsbestandes als künftiger Norm) tut es allein jedenfalls nicht. Der das individuelle Recht inter partes zeugende, die erforderliche Aktkonstituente bildende Willenssachverhalt ist zwar schon mit dem innerlichen Vollzuge des Aktes „fertig“ und psychologische Wirklichkeit geworden, aber die Außenwirkung in der Sozialität, auf die es ankommt, kann erst dann eintreten, wenn der maßgebende Entschluß in intersubjektiv verständlicher Weise sinnlich verlautbart worden ist. Ohne Willensverlautbarung ist eine Wirkung des Willens intersubjektiv ausgeschlossen, denn nur auf Grund einer die Willenshaltung des fraglichen Rechtssubjektes mittels sinnlicher Zeichen kundgebenden Willensäußerung kann festgestellt werden, daß dieses Subjekt seinen Willen der Vertragsnorm unterordnen, sich ihr unterwerfen will.

V. TUHR<sup>1)</sup> meint freilich, in gewissen Fällen — z. B. §§ 677, 683, 1567 BGB. — sei auch „ein nicht geäußelter Wille . . . von rechtlicher Bedeutung.“ Aber in diesen Fällen liegt es keineswegs so, daß der interne, nicht verlautbarte Willensvorgang rechtlich zur Geltung kommt. Der Wille, auf den es hier als Konstituente des Tatbestandes ankommt, braucht nur nicht ausdrücklich erklärt zu werden. Verlautbarung durch sinnliche Zeichen ist aber hier wie überall erforderlich, wenn der Wille intersubjektiv (tatbestandlich) Berücksichtigung finden soll. Wer sich auf den „wirklichen Willen“ des Geschäftsherrn gemäß § 683 BGB. beruft, muß dessen Vorliegen an der Hand leiblicher Indizien nachweisen<sup>2)</sup>. Wenn das Gesetz an der gleichen Stelle mit einem „mutmaßlichen“ Willen operiert, so bedeutet das, daß bei Gegebenen gewisser Tatumstände (die natürlich sinnlich fundiert sein müssen) ein Willensverhalten des Geschäftsherrn subintelligiert werden darf. Das heißt: sinnlichen Fakten wird ein psychisches Verhalten kraft gesetzlicher Ermächtigung von seiten des als Geschäftsführer beteiligten Rechtssubjektes rechtswirksam zugeordnet. Dieser Sachverhalt gehört in die Gruppe „normative Zeichenzuordnung“; er unterscheidet sich von den später zu erörternden Fällen dieser Art dadurch, daß die Rechtsgemeinschaft selber die Zuordnung nicht vornimmt, aber normativ das beteiligte Rechtssubjekt im individuellen Falle dazu ermächtigt.

Es ist jedenfalls irreführend, wenn v. TUHR in den bezeichneten Fällen von der rechtlichen Bedeutung eines „nicht geäußerten“ Willens spricht. Interpretiert man v. TUHRS Darlegung dahin, daß es in gewissen Fällen nicht erforderlich ist, daß ein Willensverhalten, um Rechtswirksamkeit zu entfalten, auf Grund bewußten Erklärungsaktes verlautbart werde, so enthält der Satz, wie oben gezeigt wurde, eine Wahrheit von umfassender Allgemeingültigkeit.

<sup>1)</sup> v. TUHR, Allg. Teil II S. 126, vgl. Schweiz. Obligationenrecht I, S. 156.

<sup>2)</sup> Das geforderte Indiz kann auch durch Eideszuschreibung des Beweisführers beigebracht werden. Der Gegner (dessen innere Willenshaltung Beweisthema ist) hat sich zu erklären, ob er den Eid annimmt oder zurückschiebt; erklärt er sich nicht, so wird diesem passiven (sinnlich erkennbaren) Verhalten eine bestimmte Willensstellung (Eidesverweigerung) zugeordnet (§ 452 ZPO.) und auf Grund gesetzlicher Beweisregel (§ 464 Abs. 2 ZPO.) ein bindender Schluß aus diesem Verhalten im Prozeß auf das strittige vorprozessuale Verhalten des Geschäftsherrn gezogen. Die Beweisführung hat es auch hier (wie immer) mit der Festlegung sinnlicher, innere psychische Tatsachen indizierender Daten zu tun.



Ähnlich verhält es sich mit den bekannten Ausdrücken: „nuda conventio, nuda promissio, nudus consensus, nuda voluntas usw.“, die wir bei den römischen Juristen finden<sup>1)</sup>. Hier überall meint „nudus“ nicht den leiblosen psychischen Sachverhalt, sondern den formlos bzw. nicht unter Begleitung einer Tathandlung (re) geäußerten Willen (und den so gezeugten Normsachverhalt). Von „nuda voluntas“ wird auch dann gesprochen, wenn das sinnlich hervortretende Willensverhalten eines Rechtssubjektes als Indiz eines durchaus nicht erklärten Willensaktes von rechtlicher Erheblichkeit gewertet wird: Fälle normativer Zuordnung von intersubjektivem Verhalten zu Akt, bei denen es auf eine Fingierung des Willens hinauskommt (vgl. z. B. ULP. (?) D. 47, 10, 17 § 6 i. f.).

Aus dem Gesagten erhellt, daß der vorangestellte Leitsatz (oben S. 48) etwas Wesentliches verschweigt. Berichtigen wir ihn durch Hinzufügung des unausgesprochen gebliebenen Gedankens, so hat er zu lauten: „Um einem Rechtssachverhalte normative Kraft zu verleihen, bedarf es willentlicher und sinnlich verlautbarter Unterwerfungsakte der den personalen Kreis der Rechtsnorm bildenden Rechtssubjekte.“

Aber auch in dieser verbesserten Fassung gibt der Satz die rechtsdogmatische Sachlage nicht so umfassend wieder, daß er alle Möglichkeiten der aktmäßigen Rechtskonstituierung, die er seinem Sinne nach umspannen soll, mit seinem Wortlaut deckt. Der Satz ist in einer anderen als der bisher in Betracht gezogenen Richtung auch in seiner neuen Fassung noch ungenau. Er sagt

2. zu viel:

Wenn die soziale Welt, deren Stücke eines das Recht ist, ihre Stellungnahme gegenüber dem Verhalten von Individuen allein an den sinnlichen Äußerungen der betreffenden Subjekte orientiert, kommt es dann auf den internen psychischen Aktbestand intersubjektiv überhaupt noch an und ist ihm der Sinn und Wert eines bei der Genese sozialer Geltung konstitutiven Faktors zuzubilligen? Der diese — hier auf die Rechtssphäre inhaltlich zu beschränkende — Frage auslösende Zweifel geht dahin, ob nicht der Äußerungsakt des Rechtssubjektes oder die sonstigen, die fragliche Willenshaltung indizierenden sinnlichen Zeichen für die Normwerdung allein maßgebend sind und daneben der Unterwerfungsakt, den das Rechtssubjekt innerlich vollzogen zu haben „scheint“, für das Recht gar nicht mehr in Betracht kommt und deshalb ohne Schaden für die Normexistenz in Wahrheit nicht vorhanden zu sein braucht.

Der Zweifel entbehrt nicht der Begründung. Die Möglichkeit, daß in einem Rechtsverbände nicht danach gefragt wird, ob „hinter“ dem sinnlichen Zeichen einer rechtlich bedeutsamen Willenshaltung der indizierte Willensakt tatsächlich steht, ist nicht auszuschließen. Treten wir der Frage etwas näher!

Willensverlautbarung ist Willensverleiblichung. Jede intersubjektive Äußerung eines psychischen Vorganges hat sinnlichen Charakter. Das heißt nicht: die Willensäußerung ist eine Naturerscheinung. Diese Gleichung ist falsch; sie unterschlägt das Wörtchen „auch“. Für jede Verlautbarung eines Psychischen ist es wesentlich, daß sie Ausdruck einer geistigen Wirklichkeit ist, auf diese als indizierte Bedeutung zurückweist. Das bloße Naturphänomen hat keinerlei geistige „Bedeutung“, es vermittelt keine Einsicht in die unsinnliche Welt der Psyche. Zur Äußerung eines psychischen Verhaltens wird ein Naturphänomen dadurch, daß es als unter leibbegabten Subjekten verständliches „Zeichen für“ gedeutet werden kann. Das Zeichen ist auch Naturerscheinung, aber qua Zeichen gerade nicht Bestandteil der „Natur“, die der Naturforscher beschreibt und kennt. Eine Körperbewegung im Sinne einer Tatsache dieser „Natur“ indiziert als solche nicht den psychischen Sachverhalt, der die intersubjektive Gemeinschaft angeht. Ein sinnlicher Vorgang wird als Ausdruck rechtlich (z. B. strafrechtlich) erheblichen Willens

1) Vgl. die Belege bei HEUMANN-SECKEL, Handlexikon zu den Quellen des Röm. Rechts, 9. Aufl. 1907 s. v. „nudus“ zu c.

verstanden, weil er Verhalten eines beseelten Leibes ist, der kraft Einfühlung als der intersubjektiven Welt leiblicher und zugleich denkender, fühlender und wollen-der Personalitäten zugehöriger von anderen Subjekten aufgefaßt wird. In physikalisch-chemische Vorgänge gibt es aber keine Einfühlung.

Die erstrebte Verständigung zwischen den Subjekten eines sozialen Kreises wird erreicht, indem das respektive leibliche Verhalten als Mitteilung von Vorgängen eines individuellen, dem Leibe des sich Mitteilenden eingeschlossenen Bewußtseins gedeutet wird. „Deutung“ heißt Ermittlung der bewußtseinsmäßigen Bedeutung des sinnlichen Aktes. Die Ermittlung erfolgt durch Auflösung des Zeichens, das der sinnliche Äußerungsakt darstellt. Dabei können Fehler unterlaufen. Das Zeichen ist falsch gelesen worden. Die vorgenommene Deutung entspricht nicht der vom Erklärenden „gemeinten“ psychischen Haltung. Oder es ist ein von dem betreffenden Subjekte selber mit keiner Bedeutung unterlegtes leibliches Verhalten intersubjektiv (von anderen Personen) als Zeichen, als Willensäußerung aufgefaßt worden.

Deutungsirrtümer der bezeichneten Art können nur aufgedeckt werden, indem die Zuordnung von sinnlicher und psychischer (im individuellen Bewußtsein gegebener, „vor“ der Verlautbarung stehender) Realität als irrig aufgewiesen wird. Solcher Nachweis kann nur im Wege des Verfahrens erbracht werden, das überhaupt zum Zwecke der Erforschung (interner) psychischer Vorgänge zur Verfügung steht: nämlich des Ermittlungsverfahrens durch Deutung sinnlicher, zur intersubjektiven Sinnesgegebenheit gelangender Äußerungen eines Individualbewußtseins. Eine Zeichendeutung kann entkräftet, d. h. ihres Bedeutungsgehaltes beraubt werden nur, indem eine andere, den ersten Rückschluß von sinnlichem Bestand auf psychisches Verhalten widerlegende Zeichenbewertung, die ihrerseits eine neue Zuordnung, d. i. Zeichensetzung, enthält, vorgenommen wird. Dabei werden entweder sinnliche Äußerungen des fraglichen Subjektes selber als Ausdruck eines mit dem vordem angenommenen psychischen Bestande in Widerspruch stehenden Verhaltens gedeutet. Oder es werden bei der Zeichenumwertung außerhalb der leiblichen Ausdruckssphäre dieser Person liegende Erscheinungen der intersubjektiv erfaßten sinnlichen Welt als Indizien für ein abweichendes seelisches Verhalten gedeutet und zugrunde gelegt.

Lag der ersten Zeichenlesung ein (vermeintlicher) Äußerungsakt des Subjektes, auf dessen Stellungnahme es ankommt, zugrunde — das Zeichen hatte mithin den Charakter einer Willenserklärung —, so kann der Weg zur Widerlegung der erfolgten Zuordnung von Zeichen zu indiziertem Erklärungsinhalt der sein, daß gezeigt wird: das Zeichen ist gefälscht. Das will sagen: Die Willensäußerung ist falsch, da der sie fundierende Erklärungswille des Subjektes, auf das das Zeichen — die „Urkunde“ i. S. des Leibes (sinnlichen, zeichenmäßigen Substrates) der Erklärung — als den Urheber (Zeichensetzer) zurückweist, in Wahrheit nicht vorhanden ist. Das gefälschte Zeichen ist vom Verlautbarungswillen des Fälschers getragen. Dieser wußte den Schein einer von der Person willentlich ausgehenden Zeichensetzung vorzutauschen, deren psychisches, rechtlich erhebliches Verhalten als erklärter Wille durch die Urkunde indiziert wird. Mit Aufdeckung der Fälschung steht fest, daß der erforderliche Äußerungsakt mangelt, die Zeichensetzung, so, wie sie vorliegt, nicht mit Willen der indizierten Person erfolgt ist. Damit wird die vorgenommene Zuordnung gegenstandslos. Die Zeichenlesung war zwar nicht unrichtig, die inhaltliche Bedeutung der Urkunde bleibt durch den Fälschungsnachweis unberührt. Aber der Rückschluß auf einen angeblich erklärten Willensakt dieses Rechtssubjektes war irrig, da ein anderes, zur Zeichensetzung nicht befugtes Subjekt das zutreffend gedeutete Zeichen auf Grund seines Äußerungswillens zur intersubjektiven Gegebenheit gebracht hat, indem es die Urkunde anfertigte bzw. verfälschte. Dem ist hier im Einzelnen nicht weiter nachzugehen.

Die Wege zur Richtigstellung falscher Ausdrucksbewertungen und der Widerlegung unrichtiger Lesung von Zeichen für ein rechtlich konstitutives Willensverhalten (nur auf Zeichen der Art und zwar willentlich gesetzte Zeichen kommt es an dieser Stelle an) oder endlich die Möglichkeiten einer Korrektur der (fälschlichen) Annahme einer Zeichensetzung dieses Willensträgers, der in Wahrheit den auf die indizierte Willensstellung zurückdeutenden Äußerungsakt gar nicht vollzogen hat, müßten, wenn es der Rechtsgemeinschaft auf das tatsächliche Gegebensein des internen Willensvorganges wirklich ankommt, den an dem Sachverhalte rechtlich Beteiligten, in erster Linie dem Rechtssubjekte selber, dessen psychisches Verhalten in Frage steht, unbeschränkt offengehalten werden. Das ist aber, wie ein Blick auf beliebige historische Rechtsordnungen zeigt, nirgends in vollem Umfange der Fall. Es sprechen gewichtige Argumente dafür, die Wege der Zeichenkorrektur für den Bereich des Rechts wesentlich einzuengen. Die Möglichkeit solcher Beschränkungen der Zeichenum- und entwertung ist im rechtsdogmatischen Sachverhalte selber vorgezeichnet.

Die Unzuträglichkeiten, welche für das Rechtsleben aus der Zulassung unbeschränkter Revision von Zeichendeutungen erwachsen, liegen auf der Hand: Auch die intensivste Willensforschung gelangt aus der Region sinnlicher Zeichen nicht heraus. Auszugehen ist immer vom sinnlichen Faktum, aus dessen Vorliegen der Schluß auf ein bestimmtes, d. h. im Wege der Zeichenlesung bestimmtes, willentliches Verhalten des fraglichen Rechtssubjektes gezogen wird. Welcher Rückschluß, welche Deutung der vorgefundenen Sinnesdaten soll nun endgültig sein und den indizierten Willensvorgang als seiende Rechtsgegebenheit, nämlich als Aktkonstituente des betreffenden Rechtssachverhalts bindend für die beteiligten Rechtsgenossen feststellen? Oder soll eine Zeichenkorrektur ad infinitum möglich sein? Es ist klar, daß mit deren Zulassung ein Faktor großer Unsicherheit in die Sphäre der Rechtswirklichkeiten getragen wird. Die Rechtsgemeinschaft ist aufs lebhafteste daran interessiert, daß Sachverhalten ihres Geltungskreises, denen rechtsnormativer Charakter einmal zuteil geworden ist, der Geltungswert auch erhalten bleibt. Jede Normwirklichkeit büßt aber ihr rechtliches Sein ein, wenn ein notwendiger aktmäßiger Koeffizient ihrer Geltung — ein parteilicher Unterwerfungsakt etwa unter die Individualnorm des Rechtsgeschäftes — infolge des Nachweises, daß der Schluß vom sinnlichen Faktum auf die interne Haltung dieses Rechtssubjektes unrichtig war, in Fortfall kommt.

Diese der Rechtssicherheit drohende Gefahr erfährt eine erhebliche Abschwächung von vornherein dadurch, daß überall dort, wo Rechtserzeugung innerhalb eines die beteiligten Rechtssubjekte umspannenden und sie soziologisch vergemeinschaftenden Kulturverbandes erfolgt, das psychische Verhalten der Individuen sich auf eine intersubjektiv in diesem personalen Kreise allgemein verständliche Weise sinnlich mitteilt. Die Zeichen, deren man sich zur Äußerung gegenüber Mitangehörigen des gleichen Sozialverbandes (Volk, Kulturnation) bedient, werden vom zeichensetzenden Subjekte als Bestandteile eines umfassenden Zeichenmaterials, dessen hervorragendsten Teil die Sprache ausmacht, gebrauchsfertig vorgefunden. Die Zuordnung von leiblichem Verhalten zu interpsychischem Vorgang hat hier bereits ein für allemal stattgefunden. Es bedarf in der Regel keiner besonderen Überlegung zwecks Zuordnung des psychologischen Sinnes zum gegebenen sinnlichen Zeichen; diese Leistung wurde bereits von der Sozialgemeinschaft erbracht durch — traditionelle — Festlegung der einzelnen sinnlichen Daten als Bedeutungsträger im intersubjektiven Verkehr. Am Wort der gemeinsamen Sprache hängt die gebräuchliche Wortbedeutung sozusagen unmittelbar dran. Die traditionellen Gesten der Bejahung, des Zweifels, der Verneinung werden ohne weitere Reflexion, wie vollzogen, so auch verstanden kraft einer unmittelbaren Einfühlung in die ausgedrückte Meinung des sich auf diesem Wege Mitteilenden.

Den Gegensatz zu dieser generellen, auf soziale Tradition gegründeten Zuordnung von Akt zu Zeichen bildet eine auf besonderer Verabredung der sich verständigenwollenden Subjekte beruhende Zeichenbewertung. Im zweiten Falle bedienen sich die in Verkehr tretenden Individuen einer ad hoc erfundenen — lautlichen oder mit leiblichen Verlautbarungen anderer Art operierenden — Sprache. Die Notwendigkeit solcher Zeichenschöpfungen kann sich ergeben, wenn Individuen verschiedener Kulturkreise in Berührung kommen und Verständigung suchen. Treffen der Abendländer X und der Neger Y — jeder mit der Kultur des anderen völlig unbekannt — an einer Oase in der afrikanischen Wüste zusammen und wollen sie in gedankliche Verbindung treten, so wird das ihnen zur Verfügung stehende Zeichenmaterial zu einer über das Einfachste hinausgehenden Verständigung nicht ausreichen. Fügt es das Schicksal, daß die beiden (X und Y) eine Zeitlang zusammenleben, so wird auch ohne dahingehende ausdrückliche Verabredung Schaffung neuer Zeichen stattfinden und zur Bildung einer die gemeinsame Beziehungs-, „welt“ leiblich fundierenden Sprache führen. Aber auch dem gleichen Kulturverbände angehörende Subjekte werden unter Umständen bei Konstituierung einer nur sie angehenden Beziehung den Gebrauch der traditionellen Zeichen verschmähen und sich an deren Stelle selbstgewählter Ausdrucksmittel bedienen. Dies insbesondere dann, wenn dritte, außerhalb der Parteilation stehende, aber an dem Ich-Du-Verhältnis der fraglichen Rechtssubjekte interessierte Personen von der Verständigung ausgeschlossen werden sollen. Das sind die Fälle der Chiffresprache im weitesten Sinne.

Bei aller auf Grund parteilicher Willkür erfolgenden Setzung ad hoc erfundener Zeichen ist die Zuordnung von sinnlichem Faktum zu Bedeutung — wenn es sich um die Indizierung willentlichen Individualverhaltens handelt: von Zeichen zu Willensakt — eine durchaus individuelle. Sie hat aber einen normativen Charakter. Die Zuordnung beruht hier auf einer Vereinbarung der zur Bildung einer speziellen Gemeinschaft (welcher Art und Intensität immer) zusammentretenden Rechtssubjekte; einer Vereinbarung, die dahin geht, daß diese leiblichen Zeichen diese Bedeutung haben und im gegebenen Falle dieses psychische Verhalten indizieren sollen, als Zeichen des festgelegten Inhaltes (Sinnes) inter partes gelten sollen. Bei gewillkürter Zeichensetzung ist im Gegensatz zu dem traditionellen Zeichenbrauche die Wahlfreiheit der Ausdrucksmittel ausgeschaltet. Während bei Anwendung von Zeichen aus dem großen Verständigungsmittelreservoir der Kulturgemeinschaft der individuellen Freiheit im konkreten Falle regelmäßig ein gewisser Spielraum gelassen ist, ist beim Gebrauche durch Vereinbarung geschaffener Zeichen der Erklärungswille gebunden. Zufolge Selbstbindung der Subjekte, die die Ausdrucksformen für Dinge des in Frage stehenden Sozialsachverhaltes festlegten, ist der Zeichengebrauch vorgeschrieben; er besteht im Einzelfalle lediglich in einer Konkretisierung der vereinbarten Zeichennormen. Anders formuliert stellt sich der Gegensatz der Zeichenanwendung hier und dort folgendermaßen dar:

Wer, um seinen Willen sozial zu verlautbaren, vom Kulturverband geprägte sinnliche Zeichen gebrauchen will, findet Ausdrucksmittel von vorgegebener, ohne sein aktives Zutun festgelegter Bedeutung vor. Er braucht, um sich zweckentsprechend, d. i. verständlich auszudrücken, nur in den Zeichenschatz seiner Sozialgemeinschaft zu greifen und die ihm am geeignetsten scheinenden Zeichen in traditionell ebenfalls vorgegebener Weise zusammensetzen. Die Zuordnung von Sinnesdatum zu Bedeutung ist eine generelle insofern, als intersubjektiv in diesem Kulturkreise feststeht, wie der Ausdruck, dessen sich das betreffende kreisangehörige Subjekt bediente, zu bewerten ist. Der Vorgang der ausdrucksmäßigen Formung des zu verlautbarenden geistigen Gehaltes ist aber regelmäßig eine individuelle Leistung des sich Mitteilenden. Wie das Individuum die generell geprägten Zeichen in concreto setzt, wie es den internen Vorgang sprachlich verleibt, bleibt ihm innerhalb

der durch die generelle Zeichensetzung des Kulturverbandes gezogenen Grenzen, die Variationsmöglichkeiten des Ausdrucks regelmäßig in weitem Maße zulassen, offen.

Bei Gebrauch willkürlich gewählter und gesetzter Zeichen ist dagegen die Zuordnung von Ausdruck zu Bedeutung eine spezielle; sie besteht und gilt zufolge Sondernorm der Gemeinschaft dieser individuellen Subjekte, die durch Vereinbarung eine Zeichenbewertung gewisser leiblicher Daten vornahmen. Wird das verabredete Zeichen angewendet, so geschieht das in strikter Anlehnung an den vorgeschriebenen Modus der Verlautbarung des fraglichen auszudrückenden Sachverhaltes. Es herrscht hier in Hinsicht auf die Äußerung von Willensvorgängen, die den vertraglich geregelten Tatbestand angehen, Formgebundenheit. Abweichung von der vereinbarten Zeichensetzung ist Bruch der einschlägigen Zeichennormen und zieht Rechtsfolgen, unter Umständen die Folge der intersubjektiven (d. h. inter partes) Unwirksamkeit der normwidrigen Aktverlautbarung und damit des verlautbarten Aktes selber nach sich. So liegt es jedenfalls in den Fällen, wo die Verabredung über die parteiliche Sprache rechtsgeschäftlichen Zwecken dient und selbst Teil eines rechtsgeschäftlichen Sachverhaltes ist. Anders geartete Fälle interessieren hier nicht. Bei den hierhergehörigen Sachverhalten ist das Wesentliche, daß von den Parteien Normen über Zeichenwahl und -bewertung in ihrem Rechtsverkehr aufgestellt worden sind, und daß diese Zeichennormen der Konkretisierung durch Zeichenanwendung in concreto fähige Rechtsnormen darstellen.

Spezielle Zeichenbestimmung mit der Wirkung normativer Formgebundenheit der rechtlich erheblichen Willensäußerungen erfolgt seitens einzelner Rechtssubjekte innerhalb einer größeren Rechtsgemeinschaft nur ausnahmsweise. Für die uns hier beschäftigende Frage<sup>1)</sup> haben derartige Sachverhalte keine hervorragende Bedeutung. Wichtiger ist für uns das Bestehen der Möglichkeit, daß die auf die Dauer angelegte Universalrechtsgemeinschaft hinsichtlich der Verlautbarung von Willensakten, die als Konstituenten spezieller Rechtsgeltungen im Rahmen der Gesamtrechtsordnung fungieren sollen, normative Bestimmungen trifft. Das braucht nicht in der Weise zu geschehen, daß vom Rechtsverband neue Zeichen „erfunden“ werden zwecks Gebrauchs im Rechtsverkehr seiner Bürger. Regelmäßig wird sich die größere Rechtsgemeinschaft damit begnügen, aus dem reichen Zeichenfundus ihres Kulturkreises gewisse Zeichen herauszugreifen und als allein geeignet zur Verlautbarung bestimmter Willensakte rechtsgeschäftlich handelnder Rechtsgenossen zu bezeichnen. Dadurch werden einzelne Zeichensetzungen gegenüber anderen Formen der traditionellen Sprache rechtlich ausgezeichnet und erhalten einen Monopolcharakter hinsichtlich der (rechtswirksamen) sinnlichen Fixierung von Willensakten. Auch hier ist die Zuordnung von Akt zu sinnlichem Ausdruck im Verhältnis zu der Zuordnung der Kulturgemeinschaft, wie sie im außerrechtlichen Verkehr der gleichen Subjekte gilt, spezialisiert: Zwar ist der Sinn der mit Monopolcharakter für die Rechtssphäre ausgestatteten Ausdrucksmittel gegenüber ihrer konventionellen Bedeutung nicht geändert; diese wurde vorgefunden und wird übernommen. Den betreffenden Zeichen ist aber ein spezifisch rechtlicher Sinn hinzuverliehen worden, der sie bedeutungsmäßig von anderen Konventionalzeichen unterscheidet. Die rechtliche Auszeichnung gewisser Zeichensetzungen erfolgt durch Sondernorm der Rechtsgemeinschaft, die den durch „kulturelle (traditionelle) Zeichennormen“ des Kulturverbandes festgelegten Sinn der ausgewählten, für Rechtsverkehrszwecke besonders bestimmten Zeichen nicht antastet, aber dadurch bereichert, daß sie diesen sprachlichen Daten einen rechtlichen Stempel aufdrückt und ihnen einen exklusiven Gültigkeitswert verleiht.

Die rechtssatzmäßige Designierung bestimmter Ausdrucksmittel für die Verlautbarung rechtlich relevanter Willensakte kann verschieden geartet sein: Es ist

---

<sup>1)</sup> Sie wurde oben S. 59 unter 2 gestellt.

möglich, daß die Gesamtrechtsgemeinschaft normativ Äußerung mittels genau vorgezeichneter Gesten oder sprachlich festbestimmter Worte anordnet. Man denke an die Wortformeln des altrömischen Zivilprozesses oder den gestenmäßigen Symbolismus im germanischen Rechtskreise, die Verlautbarung des rechtsgeschäftlichen Willens unter Verwendung von Stab und Halm. In anderen Fällen begnügt sich die Rechtsordnung damit, nur einen bestimmten, den Gebrauch der Zeichen gegenständlich nicht einengenden Modus der Willenserklärung — „schriftlich“, „persönlich“ — zu verlangen.

Überall handelt es sich hier um rechtliche Gebundenheit der rechtskreisangehörigen Subjekte in bezug auf die Verlautbarung ihrer Willensakte, soweit diese als Konstituenten rechtsgültiger Sachverhalte zu dienen bestimmt sind. Der seinen Willen zwecks Einsetzung in einen konkreten Rechtssachverhalt mitteilende Rechtsgenosse konkretisiert, wo Formgebundenheit besteht, sich der rechtlichen Rechtsnormen bedienend mit den rechtsinhaltlich maßgebenden Normen des Gesamtrechtsverbandes zugleich jene: die formalen Rechtssätze über den Zeichengebrauch.

Hierin liegt der Unterschied zwischen formellen und formlosen Rechtsakten. Die letzteren entbehren keineswegs — was der Ausdruck „formlos“ zu sagen scheint — der Form überhaupt. Jeder Willensakt bedarf, um sozial wirken zu können, der leiblichen Hülle, ist, d. h. gilt, nur soweit, als er durch die sinnliche Wand des Leibes der fraglichen willensbildenden Person hindurchscheint. „Formlose“ Rechtsgeschäfte unterscheiden sich von den formgebundenen allein dadurch, daß, während bei diesen auf Grund rechtsgemeinschaftlicher Zeichennormen Formunfreiheit herrscht, im ersteren Falle die Rechtssubjekte bei Aktverlautbarung in der Wahl der Verständigungsmittel, die ihnen die Sprache ihres Kulturkreises zur Verfügung stellt, frei sind<sup>1)</sup>.

Die Statuierung formgebundener Willensverlautbarung ist für die Festigung des verlautbarten Willens gegenüber Versuchen, den erfolgten Zeichensatz zu entkräften, von großer Bedeutung. Wird der Formzwang von der Rechtsgemeinschaft rigoros durchgeführt, so ist die Wirkung, daß psychische Akte, die der geforderten sinnlichen Äußerungsform entbehren, mögen sie auch in intersubjektiv verständlicher Weise verlautbart worden sein, als nicht existent im Rechtssinne behandelt werden, mithin, weil die maßgeblichen Zeichenrechtsnormen mißachtend, auch nicht fähig sind, Aktkonstituenten eines Rechtssachverhaltes zu bilden, dem der Geltungswert eines konkreten Rechtes in diesem Gesamtrechtskreise zukommt. Der bezeichneten Wirkung tritt leicht eine weitere hinzu:

Wenn eine Rechtsordnung bestimmt, daß der Willensakt a, wenn anders er als sozialer (Rechts-)Akt gelten soll, in der sinnlichen Form b intersubjektiv verlautbart werden muß, so sind b und a einander normativ zugeordnet; dem willentlichen Verhalten a entspricht ein für allemal (rechtssatzmäßig) die Zeichensetzung b. Der diesen seinen Willen (a) im Rechtskreise Verlautbarende füllt die Schablone der Zuordnung b—a aus. Es liegt nun nahe, die normative Wirkung der statuierten Zuordnung zur Zwangsbewertung der Zeichensetzung zu steigern und damit dem Zeichensatz b das Willensverhalten a von Rechtswegen zuzuordnen. Ist das der Fall, so wird der Rückschluß von Zeichen auf psychischen Akt obligatorisch. Wenn die sinnliche Form b intersubjektiv in Erscheinung tritt, so gebietet die Rechtsordnung, den Schluß auf das willentliche Verhalten a zu ziehen, dieses auf Grund des Vorganges der Verlautbarung ohne weiteres als aktmäßig vorhanden anzunehmen. Willenserklärung und erklärter Wille sind durch rechtsgemeinschaftliche Zeichennorm einander typisch derart zugeordnet, daß bei Vorliegen des Erklärungsstat-

<sup>1)</sup> Hier sind die sehr wertvollen, wenn auch nicht in jedem Punkte zutreffenden Bemerkungen von IHERING, Geist des röm. Rechts. 5. Aufl. II 1894, S. 472f., insb. S. 475 zu vergleichen; auch REGELSBERGER, Pandekten I § 137 I.

bestand die „zugehörige“ interne Willenshaltung als psychisches Faktum mitgegeben gilt.

Auch bei „formlosen“ Willensverlautbarungen, die den Zeichensatz in kulturtraditioneller Weise vornehmen, ist der Rückschluß auf den indizierten psychischen Bestand durch eine generelle Zeichenbewertung vorgezeichnet. Aber diese Vorzeichnung erfolgte nicht rechtssatzmäßig, sondern beruht auf intersubjektiver Tradition der Kulturgemeinschaft; sie bewirkt keine normative Zuordnung von Aktäußerung zu geäußertem Akt. Es kann hier dem Subjekte, dessen Verlautbarung in Frage steht, jedenfalls aus Rechtsgründen nicht verwehrt werden, den Schluß anderer, dem gleichen Kulturkreis angehörender Personen auf das (angeblich) verlaubliche psychische Verhalten als irrig zu beanstanden, durch andere Äußerungen die nach den Grundsätzen konventioneller Zeichenbewertung vorgenommene Zeichenlesung als unzutreffende aufzuweisen, da der indizierte Akt nicht vollzogen ward. Es bedarf einer ausdrücklichen (wenn auch nicht notwendig verbal verlaublichen oder als *lex scripta* fixierten) Rechtsnorm, die ein bestimmtes leibliches Verhalten unter Zwangsbewertung stellt, um den Weg einer Zeichenentkräftung auszuschließen. Derartige Rechtssätze stellt die Rechtsordnung gelegentlich auf. So z. B. in den Fällen der §§ 39 und 269 ZPO. Beidemale wird aus gewissen leiblichen Äußerungen, die, an Hand der Verständigungsnormen des deutschen Kulturkreises interpretiert, den Zeichensatz für „mündliches Verhandeln zur Hauptsache“ bzw. „Sicheinlassen in einer mündlichen Verhandlung auf die abgeänderte Klage“ darstellen, kraft Gesetzes der Rückschluß auf ein internes Willensverhalten des Beklagten gezogen, das als vorliegend fingiert die notwendige Aktkonstituente des individuellen Rechtssachverhaltes „*prorogatio fori*“ bzw. „prozessuale Zulässigkeit der Klageänderung (gem. § 264 ZPO.)“ bildet. Obwohl Formgebundenheit in diesen Fällen nicht herrscht, findet eine normative Zuordnung von Willensäußerung zu internem Willensvorgang statt. Das Rechtssubjekt hat hier freie Zeichenwahl; seine Verlautbarung hat konventionalen Bedeutungsgehalt. In diesem Punkte greift die Rechtsordnung nicht ein. Aber sie zieht neben die Linie konventionaler Zuordnung eine zweite Ordnungslinie, indem sie normativ bestimmt, daß dem konventionell bewerteten, sozialen und rechtlich erheblichen, intersubjektiv in Erscheinung tretenden Verhalten der Partei ein Willensverhalten, als von jenem indiziert, untergelegt werden soll. Insoweit findet eine Zwangsbewertung der konkreten Äußerungsdaten statt, an denen der Willensakt unlöslich und unwiderleglich hängt, gleichviel ob er in Wahrheit vollzogen ward oder nicht.

Ein anderes Beispiel der rechtlichen Zwangsbewertung formloser sinnlicher Äußerungen bietet der Sachverhalt des § 164 II BGB. („Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht“). Die rechtsdogmatische Sachlage ist folgende: Dem internen Willensverhalten *a* (Wille, in fremdem Namen zu handeln) entspricht keine intersubjektiv verständliche Verlautbarung *b*, die als Zeichen für *a* gedeutet werden könnte. Statt dessen ist eine Äußerung *c* gegeben, der vom Gesetze die Willenshaltung *d* zugeordnet wird, obgleich vom sich mitteilenden Rechtssubjekte eine Indizierung der Willensstellung *a*, als Aktäußerung demnach *b*, nicht *c* gemeint war.

Es handelt sich dabei um einen Fall formfreier Willensäußerung. Trotz freier Zeichenwahl ist aber das Rechtssubjekt bei seinen Verlautbarungen an die generelle Zeichenbewertung seines Kulturverbandes gebunden; ergibt die konventionale Deutung, daß das fragliche leibliche Verhalten den *d*-Zeichenwert hat, so kann die sich im *c*-Modus geäußerthabende Person nicht geltend machen, sie habe ihrem Verhalten die Zeichenbedeutung *a* untergelegt. Zeichenumwertung kann das einzelne Rechtssubjekt bei konventionalen Ausdrucksformen von sich aus mit intersubjektiver Wirkung niemals vornehmen. Darauf brauchen sich die Genossen des Rechtsverbandes nicht einzulassen. Der Einwand des sich mitteilenden Rechtssubjektes gegen die Bewertung seiner Zeichensetzung hätte aber immer die Bedeutung eines Versuches, den Schluß vom sinnlichen Verhalten auf das tatsächliche Gegebensein des indizierten Willensvorganges (*d*) zu widerlegen. Gelingt dieser Widerlegungsversuch, so ist dargetan, daß das gesetzte Zeichen *c* ohne wahre Willensbedeutung ist und demnach der rechtlichen Geltung als Aktkonstituente entbehrt. Hier gilt der D 34, 5, 3 ausgesprochene Grundsatz:

„In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id dumtaxat quod volumus: itaque qui aliud dicit quam vult, neque id dicit quod vox significat, quia non vult neque id quod vult, quia id non loquitur.“

Anders aber im Falle des § 164 II BGB. Die Rechtsordnung schneidet hier dem Rechtssubjekte, das seinen Willen mangelhaft zum Ausdruck brachte, den Weg zur Entwertung des Zeichensatzes, hinter dem der indizierte Wille faktisch nicht steht, ausdrücklich ab. Den Nachweis des Rechtssubjektes, daß sein Handeln nicht als solches suo nomine gemeint gewesen sei, läßt die Rechtsgemeinschaft nicht zu.

Die Zuordnung c/d gilt rechtssatzmäßig, beruht aber nicht auf einer Formgebundenheit statuierenden Zeichennorm. Es ist hier ein Fall inhaltlich eng begrenzter Zwangsbewertung einer konventional gearteten Willensverlautbarung gegeben. § 164 II stellt nur den Satz auf: Das sinnliche Verhalten c indiziert den internen Willensvorgang d normativ dann, wenn hinsichtlich der c-Daten die allgemeine Zeichenbedeutung „rechtsgeschäftliches Handeln“ zwar zugegeben wird, aber eine Umwertung in die Richtung der Zuordnung a/b erfolgen soll, indem vom Handelnden dargetan wird, sein Handeln meine rechtsgeschäftliches Handeln für (alieno nomine). Die Zuordnung c/d entspricht der Lebenserfahrung in bezug auf den rechtsgeschäftlichen Verkehr. Handeln im eigenen Namen ist das Normale. Die Rechtsordnung erhebt durch die Norm des § 164 II BGB. den Normaltatbestand zum normativen Sachverhalt.

Die angeführten Beispiele, die sich leicht vermehren ließen, führten uns Fälle ausnahmsweiser Zwangsbewertung konventionaler Zeichensetzungen vor Augen, wobei sich der „Zwang“ auf den (normativ geforderten) Rückschluß von Zeichensatz auf das indizierte Willensverhalten bezieht. Wo Formtheit herrscht, die Willensverlautbarung auch im Ausdrucke individuelle Leistung des sich Mitteilenden ist, der das sinnliche Abbild seines Willens selbstwählend aus dem von der Kultur-gemeinschaft dargebotenen leiblichen Stoffe formt, da ist der lebendige Wille des Individuums (wirksam verlautbart) der bestimmende Faktor bei der Genese jedes Rechtssachverhaltes. Im Herrschaftsbereiche solch' individualistischer Auffassung der Gestaltung konkreter Sozialwirklichkeiten kommt es auf den „wahren“, d. h. faktisch beim Willensträger vorhandenen und im Sinne des Vollzuges, wie gemeint, so verstandenen Willen so entscheidend an, daß man sich nur schwer und selten entschließen wird, dem leiblichen Tatbestande einen Willenssachverhalt normativ und unwiderleglich zuzuordnen. Korrektur der Deutung eines konventional gewerteten sinnlichen Verhaltens durch Erbringung des Nachweises seitens des Rechtssubjektes, von dem die Verlautbarung ausging, daß seine Willenshaltung de facto eine andere war, als sie intersubjektiv (leiblich) schien, wird hier auch die Rechtsordnung grundsätzlich zulassen und anerkennen.

Ausnahmen lernten wir kennen. Keine Durchbrechung dieses Grundsatzes bedeutet es aber, wenn die Rechtsordnung auch im Gebiete formfreier Aktverlautbarungen der sog. *reservatio mentalis* die Rechtswirkung (der Entkräftung der unter diesem Vorbehalt erfolgten Willensäußerung) versagt. So das deutsche Recht im § 116 Satz 1 BGB.: „Eine Willenserklärung ist nicht deshalb nichtig, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen.“

Das ist kein Fall normativer, bis zur Willensfiktion gesteigerter Zuordnung eines Willensverhaltens zur intersubjektiv gegebenen leiblichen Äußerung. Es ist eine Ungenauigkeit, wenn v. TUHR<sup>1)</sup> und ENNECCERUS<sup>2)</sup> die Mentalreservation unter die Überschrift „Bewußtes Fehlen des Willens“ stellen und der Erstgenannte hier von einer „bewußten Abweichung der Erklärung vom Willen“ spricht. Auch im Falle der Mentalreservation ist die Willensäußerung von einem bewußten Erklärungswillen getragen<sup>3)</sup>. Aber nicht nur das. Auch das Erklärte ist gewollt, freilich in einer besonderen und beschränkten Weise: Der Erklärende will, daß seine Erklärung intersubjektiv als Indiz für die dem Erklärungsinhalte entsprechende innere Willenshaltung gewertet wird; er schafft bewußt den konventionalen (sprachlichen) Schein eines bestimmten Willensaktes. Insoweit, „nach außen hin“ tritt der Erklärende mithin auch in die indizierte Willensstellung, setzt bewußt und willentlich eine Aktkonstituente in den konkreten Rechtssachverhalt ein. Im Widerspruch mit dieser Willenssetzung erfolgt nun aber eine zweite als interner, nicht zur Verlautbarung kommender Aktvollzug: Das ist der Entschluß, das Erklärte doch nicht zu wollen. „Der Erklärende blickt auf seinen eigenen Seelenzustand“<sup>4)</sup> und stellt willentlich fest,

1) v. TUHR, Allg. Teil des BR. II § 66, S. 554.

2) ENNECCERUS, Lehrbuch des BR. I 1, 1923 § 156, S. 422 (424).

3) Richtig A. MANICK, Willenserklärung und Willensgeschäft 1907, S. 178/9.

4) RUDOLF HENLE, Vorstellungs- und Willentheorie 1910, S. 44.



daß der verlaubliche (genauer: der zu verlaublichende) Wille nicht gegen ihn gelten, ihn nicht binden soll. Der zweite, auf den Äußerungssachverhalt intentional bezogene Willensakt bestimmt: Jene Willenshaltung stellt nicht meinen wahren Willen dar, ist nur eine scheinbare. Aber es kommt dann doch zu der Erklärung, die allein jenen, durch den weiteren Akt für ungültig „erklärt“ Willensakt indiziert. Es liegt hier also eine Willenszweispaltigkeit vor. Das Rechtssubjekt will und will doch wieder nicht. Das Nichtwollen hat aber nicht den Charakter eines den ersten Willensakt aufhebenden, willentlich durchstreichenden Entschlusses. Trotz *reservatio mentalis* bleibt das Subjekt im ersten Willen, den es erklärt, aber innerlich entkräftet, indem es die Willenskonsequenz des bindenden Entschlusses ablehnt. Daß solcher Versuch, einem vollzogenen und bewußt zur Verlaublichbarung gelangenden Willensakte die normative Kraft eines Entschlusses, der geäußert zur Konstituente eines konkreten Rechtes ward, zu nehmen, im Rechtskreise unbeachtlich bleiben muß, liegt auf der Hand. Keinem Rechtsgenossen steht es frei, aus eigener Machtvollkommenheit und privatim zu bestimmen, ob und welchen Geltungswert sein rechtliches Handeln haben soll. „Niemand kann verlangen, außerhalb der Rechtsordnung zu wandeln“<sup>1)</sup>. Eine andere Frage ist, ob die Rechtsgemeinschaft einzelnen sich rechtsgeschäftlich vergemeinschaftenden Rechtssubjekten gestatten kann, bei der Setzung ihrer Individualrechtsordnung für den speziellen Vertragsrechtskreis von Rechtssätzen (auch Zeichennormen) der Gesamtrechtsordnung abzuweichen. Das ist natürlich möglich, soweit es sich um „dispositives“ Recht des Gesamtrechtsverbandes, dem diese Rechtssubjekte angehören, handelt. Dann ist aber die Spannung zwischen erklärten und „eigentlich gewolltem“ Willen *inter partes* von vornherein ausgeschlossen, da die Abweichung von den abstrakten Rechtsnormen der Rechtsgemeinschaft, wenigstens den Genossen des speziellen Rechtskreises verständlich, verlaublich worden sein muß.

Tritt dagegen die *reservatio mentalis* nach außen, wenn auch nur dem Erklärungsgegner erkennbar, hervor, so indiziert das leibliche Verhalten des Erklärenden von vornherein einen durch Willenswiderspruch entkräfteten Willensakt, der zur Konstituente eines Rechtssachverhaltes untauglich erscheint (Tatbestand des § 116, Satz 2). In diesem Falle ist die Willenserklärung nach außen hin fehlerhaft, da hinter ihr ein Wille steht, dessen Geltung, d. h. Sein als bindender Entschluß der Erklärende offen ablehnt, damit die Äußerung selbst als Schein bezeichnend und den erklärten Willen willentlich negierend. Im § 116 Satz 2 handelt es sich um eine Scheinerklärung, im Verhältnis zu welcher der Tatbestand des § 117 BGB. nur einen Sonderfall darstellt<sup>2)</sup>.

Die Analyse des § 116 Satz 1 BGB. ergibt, daß im Falle der *reservatio mentalis* von rechtsatzmäßiger Zuordnung von Zeichen zu indiziertem Aktbestand nicht die Rede sein kann. Es ist deshalb unzutreffend, wenn LÖWENWARTER<sup>3)</sup> die Stellvertretungsvorschrift in § 164 Absatz 2 BGB. als „reinen Anwendungsfall der Mentalreservation“ bezeichnet. Der Sachverhalt des § 164 II ist durchaus anders geartet; daß es sich hier um normative Zeichenbewertung im früher festgestellten Sinne handelt, wurde oben dargelegt.

Der Grundsatz, bei formlosen Willensverlaublichungen Zeichenkorrektur zwecks Widerlegung des Schlusses vom sinnlich signitiven Vorgang auf das psychologische Faktum des Aktes der indizierten Willenshaltung prinzipiell zuzulassen, schließt nicht aus, daß die Rechtsgemeinschaft die konventional vorgegebene Zuordnung von Äußerung zu geäußertem Akt rechtlich stützt. Diese „Stützung“ wird insbesondere darin bestehen, daß man versucht, die Aktkonstituenten parteilich gesetzten Rechtes gegen Angriffe auf ihre Zeichenwahrheit zu schützen, indem durch Rechtsnormen der Nachweis falscher Zeichenbewertung mit dem Ziele der Zeichenentwertung von gewissen formalen Verfahrensvoraussetzungen der Zeichenkorrektur abhängig gemacht wird. Auch die individualistischste Rechtsordnung wird darauf bedacht sein müssen, der Entkräftung von Normaltatbeständen der in Anlehnung an Konventionalnormen sinnlich gestalteten Rechtswirklichkeit einen Riegel vorzuschieben, wenn anders Rechtsbeständigkeit der rechtsgeschäftlichen Willenserzeugnisse in dem für einen gesicherten Rechtsverkehr unerläßlichen Maße vorhanden sein soll. Dem Genossen keines Rechtsverbandes kann es unbeschränkt gestattet sein, aus dem Rechtsbau eines konkreten Sachverhaltes einen Willensträger, den das betreffende Rechtssubjekt durch seine leibliche Verlaublichbarung als Aktkonstituente setzte, wieder herauszureißen.

<sup>1)</sup> J. KOHLER, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I 1904, S. 487; vgl. denselben JfD. Bd. 16, S. 91 f.

<sup>2)</sup> PLANCKS Komm. z. BGB. I 4 1913 § 117 I.

<sup>3)</sup> VIKTOR LOEWENWARTER, Lehrkommentar z. BGB. I 1924, S. 92.

Der Riegel, den das französische Recht einer Zeichenkorrektur in den wichtigen Fällen des Art. 1109 Code civil vorschreibt, besteht darin, daß es ein gerichtliches Verfahren der Zeichenentwertung und damit Nichtigkeitserklärung des fraglichen Sachverhaltes durch den Richter fordert und ferner den Angriff auf die Rechtsgültigkeit des verlautbarten Willens — die „action en nullité ou en rescision d'une convention“ — auf 10 Jahre befristet (Art. 1304 C. c.). Art. 1109 erklärt zwar lakonisch: „Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur . . .“ Aber in Art. 1117 heißt es dann: „La convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision . . .“

Es liegt also in diesen Fällen der Unstimmigkeit zwischen Willenserklärung und erklärtem Willen (auch sonstiger Fehlerhaftigkeit des verlautbaren Aktbestandes) so, daß der als Konstituente des Vertrages fungierende, durch die konventional bewertete Zeichensetzung indizierte Willensakt solange als rechtlich vorhanden gilt, bis der den Antrag auf Geltungsentwertung bejahende Richterspruch die angebliche (scheinbare) Aktkonstituente durchstreicht und die Vertragsrechtsgeltung zerbricht. „L'acte pourra être annulé plus tard, par une sentence du juge; mais en attendant il existe et il produit ses effets. Il vit en, quelque sorte, sous une menace de mort . . . Mais, la nullité . . . est du moins rétroactive: quand elle est prononcée par la justice, l'acte tombe avec tous les effets qu'il avait produits: il est anéanti même dans le passé<sup>1)</sup>“. Im Gegensatz zu den Sachverhalten, wo „une nullité de plein droit“ vorliegt oder es sich um sog. „actes inexistants“ handelt<sup>2)</sup>, besteht hier eine im Wege parteilicher Anfechtung widerlegbare Rechtsgeltung („nullité relative ou annullabilité“<sup>3)</sup>), die, obwohl eine scheinbare, doch zunächst das Sein einer Normwirklichkeit hat und deren Rechtswirkungen entfaltet. Wie im deutschen Rechte — BGB. §§ 119 f., §§ 142 f. — bedarf es des besonderen, frist- und formgerecht zu vollziehenden Aktes der Anfechtung seitens des Rechtssubjekts, dessen sinnliche Verlautbarung in Frage steht, um durch Widerlegung des Rückschlusses von Zeichen auf (wahrhaft gewollten) Akt die Rechtsgeltung des parteilich geformten, jetzt einer der wesentlichen Aktkonstituenten beraubten Sachverhaltes zu vernichten<sup>4)</sup>.

Es handelt sich hier um einen Fall aus der rechtsdogmatischen Kategorie: „Widerlegbare Rechtsgeltung“ oder „Scheinrechtsgeltung“, die uns im II. Teile der Untersuchung beschäftigen wird.

An dieser Stelle genügt die Feststellung, daß, wo rechtlich freie Zeichenwahl bei der Äußerung des zur Aktkonstituente eines Rechtssachverhaltes bestimmten Individualwillens besteht, die Rechtsgemeinschaft grundsätzlich den Nachweis falscher Zeichenbewertung im Sinne der Widerlegung des Rückschlusses vom sinnlichen auf das interne (Willens-)Faktum gestattet, diesen Grundsatz aber bisweilen durchbricht und ihn praktisch in seiner Anwendung regelmäßig dadurch abschwächt, daß es den Tatbeständen konventionaler Verlautbarung die „Rechtsvermutung“ der Zeichenwahrheit zuteil werden läßt.

Anders, wenn der Zeichensatz Normen der Rechtsgemeinschaft folgt. Hier ist der aktmäßige Zeichenwert der von der Rechtsordnung designierten sinnlichen Daten — der „Formen“ gültiger Willensverlautbarung — normativ fixiert. Die Rechtsgemeinschaft stellt für den Rechtsverkehr der Genossen ihres personalen Bereiches feste, d. h. generell mit Aktbedeutung ausgestattete Äußerungsformen zur Verfügung, deren sich die rechtsgeschäftlich handelnden Rechtssubjekte bedienen müssen, damit die von ihnen geschaffenen Rechtssachverhalte als gültige im Ge-

<sup>1)</sup> MARCEL PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil* t. I, 10. éd. 1925 Nr. 343; zu Art. 1109 sq. C. c. vgl. denselben a. a. O., Nr. 275 f., vgl. auch ZACHERIAE-CROME, *Handb. des franz. Zivilrechts* 1894, Bd. I § 127, Bd. II §§ 312 f.

<sup>2)</sup> PLANIOL a. a. O. Nr. 336 f., Nr. 346. Über den Begriff der Unwirksamkeit (insb. der juristischen „inexistence“) im französischen Zivilrecht handelt neustens E. v. HIPPEL, *Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsaktes* 1924, S. 7 f. im Anschluß an JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques* 1909.

<sup>3)</sup> Vgl. COLIN-CAPTANT, *Cours élémentaire de droit civil* t. I, 3. éd. 1921, p. 79 f. mit Literatur; zu Art. 1109 sq. C. c. a. a. O. t. II, 4. éd., 1924 p. 279 f.

<sup>4)</sup> Das Schweizerische Obligationenrecht weicht trotz der negativen Formulierung des Art. 23 in diesem Punkte vom deutschen Recht nicht wesentlich ab. Daß der vom Irrtum einer Partei beeinflusste Vertrag einen Rechtssachverhalt widerlegbarer Rechtsgeltung darstellt, ergeben die Art. 25/26: „Der Irrrende muß sich auf den Irrtum berufen“, muß erklären, daß er den Vertrag „nicht gegen sich gelten“ lassen wolle. Sein Wille entscheidet über die Gültigkeit oder Ungültigkeit des Vertrages. Vgl. dazu v. TUHR, *Allg. Teil des Schweiz. Obligationenrechts* I 1924, S. 272/3.

samtrechtskreise anerkannt werden. Normative Formgebundenheit der parteilichen Aktverlautbarungen bedeutet eine wesentliche Erschwerung des privaten Rechts-handelns. Die Freiheit willkürlichen Zeichengebrauches ist den einzelnen genommen. Statt dessen wird Umgießung ihres Individualwillens in die von der Rechtsordnung gestempelten und zum rechtsgeschäftlichen Gebrauch bestimmten Zeichenschablonen gefordert, wenn anders der rechtliche Zweck des privaten Handelns: die Zeugung konkreten Rechtes erreicht werden soll. Es ist klar, daß ein derartig formaler Modus der Verlautbarung auf den verlautbarten Willen selber zurückwirkt. Leichtsinziger Rechtsetzung wird durch den Zwang formalisierter Willensäußerung auf das wirksamste vorgebeugt. Nur ein zum ernststen Entschluß gehärteter, seines Zieles bewußter Wille zur Rechtsgestaltung mag sich der unbiegsamen Form rechtsgeschäftlichen Handelns, die vom Willen der Rechtsgemeinschaft stammt, bedienen. Dieser Rückwirkung ihrer Zeichennormen auf die Willensstellung der zur Setzung konkreten Rechtes schreitenden Rechtsgenossen trägt die größere Rechtsgemeinschaft Rechnung, indem sie den generellen Schluß zieht: Wer die formale einschlägige Zeichennorm konkretisierte, dem kam es auf die indizierte Willenshaltung allen Ernstes an, wer das vorgeschriebene Kleid der formellen Willensäußerung anlegt, der will auch, worauf das sinnliche Gewand signitiv deutet. Zum Zeichen gehört der Akt als seine rechtssatzmäßige Bedeutung.

Soll trotzdem der Nachweis einer Abweichung von der abstrakten Linie der Zuordnung des internen Willensverhaltens zur formalen Willensäußerung in concreto zulässig sein, soll dargetan werden können, daß der Konkretion der Zeichennorm kein stiftender Entschluß der Normzeugung zugrunde lag, der Schluß auf den indizierten Willensakt mithin ein trügerischer war, da dem sinnlichen Schein der rechtlichen Formen nicht die Wahrheit eines faktisch vollzogenen Willens des betreffenden Rechtssubjektes entsprach? Rechtsordnungen sozialer Verbände einer frühen Kulturstufe, auf der alle Willensverlautbarungen streng formal sind, wenn anders vor dem Forum der Rechtsgemeinschaft produzierbare Geltungswerte geschaffen werden sollen, schließen diese Möglichkeit der Zeichenentwertung schlechthin aus. Da herrscht, wie im sozialen Leben überhaupt, so auch und insbesondere in der Region des Rechts ein „innerer Rechtsformalismus“; „der in der vorgeschriebenen Form vorgenommene Rechtsakt wirkt kraft seiner Form, unabhängig vom Willen des Handelnden.“<sup>1)</sup> Formal und gegenständlich (rechtsinhaltlich) ist der Wille der rechtsgeschäftlich handelnden Rechtsgenossen hier durch abstrakte Rechtsätze ihrer Gesamtrechtsgemeinschaft gebunden. Die Rechtsordnung stellt dem privaten Rechtsverkehr Rechtsgeschäftstypen zur Verfügung. Die parteiliche Arbeit bei der konkreten Rechtsetzung besteht in der individuellen Ausfüllung der normativ vorgegebenen Schablone des betreffenden Rechtsgeschäftes. Dabei haben sich die Rechtssubjekte der gesetzlich sanktionierten sinnlichen Zeichen bei ihren Willenserklärungen zu bedienen. Nur so gelangt ein gültiger Rechtssachverhalt zur Entstehung.

Eine unter diesen rechtlichen Bedingungen erzeugte Rechtswirklichkeit ist ein soziales Ding von — im Wege der Zeichenkorrektur — unangreifbarer Rechtskraft. Ihr aktmäßiger Bestand ist gegen alle Versuche der Zeichenumdeutung gesichert. So bestimmt es der Zwölftafelsatz<sup>2)</sup>: „Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto.“ Dieser Auffassung des altrömischen Rechtes bezüglich der unwiderlegbaren Geltungskraft formaler Willensäußerungen entspricht der Standpunkt des altgermanischen Rechtes. Auch in dessen Geltungskreise kommt es allein auf die formgebundene Willensverlautbarung im Rechtsverkehr an. Das „Wort“

1) L. MITTEIS, Röm. Privatrecht I 1908, S. 289 (zum altrömischen Recht).

2) Festus, de verborum significatu, s. v. nuncupata pecunia, cf. BRUNS, Fontes iuris Romani antiqui 7 1909, S. 25 (Tab. VI). Die Deutung, welche E. WEISS, Griechisches Privatrecht Bd. I 1923, S. 431 diesem Satze zuteil werden läßt, ist abzulehnen.

fungiert als schlechthin maßgebende Konstituente des konkreten, sinnlich-formal fixierten Rechtssachverhaltes. Wer das Wortzeichen gab oder die rechtlich vorgeschriebene Geste vollzog, der band seinen (generell indizierten) Willen unlöslich an den Tatbestand, dem sich das Zeichen einfügte. Ein Zurück auf dem Wege der Zeichenkorrektur gibt es nicht. Diesem Gedanken verleiht das deutsche Rechtspruchwort klaren Ausdruck, wenn es sagt:

„Das Wort muß stehen“ oder „Wenn ein Wort heraus ist, so ist es eines andern“ oder: „Wenn das Wort von der Zunge ist, so ist der Mann gebunden“; „Man faßt das Pferd beim Zaum, den Mann beim Wort“; „Worte machen den Handel“; „Worte haben Macht“<sup>1)</sup>.

Der Zeit, die diese Worte prägte, liegt die Rechtsanschauung zugrunde, daß die in Gemäßheit der formalen und rechtsinhaltlichen Normen des Rechtsverbandes erfolgte Willensverlautbarung eines Rechtsgenossen, das „Wort“ einen unlöslichen und unabänderlichen Bestandteil des speziellen Rechtssachverhaltes, um dessen willentliche Konstituierung es sich handelt, bildet. Das gesprochene Wort bindet den Willen, weil ihm normativ der auf Unterwerfung unter die Individualnorm des fraglichen Sachverhaltes gerichtete Willensakt des Rechtssubjektes, das sich äußerte, zugeordnet und eine Widerlegung dieser Zuordnung schlechthin ausgeschlossen ist. Willensbindung heißt hier unrücknehmbares Unterworfensein unter den eigenen, am „Wort“ haftenden, diesem von Rechtswegen zugegebenen Willen, der eine Aktkonstituente des parteilich gezeugten Rechtsverhältnisses ward und an dessen sekundärer Individualrechtsgeltung teilhat.

Der Grundsatz der Unkorrigierbarkeit und ausschließlichen (rechtlichen) Maßgeblichkeit der formalen Willensverlautbarungen beherrscht auch den germanischen Rechtsgang bis in die fränkische Zeit. Da sind die Parteierklärungen an rechtlich vorgegebene Wortformeln gebunden und werden im unwiderleglichen Wortsinne verstanden. „Für die Parteeiden gilt der Rechtssatz, den nachmals die Sprichwörter: ein Mann, ein Wort; un homme d'honneur n'a que sa parole, zum Ausdruck bringen; d. h. die Partei ist an das gesprochene Wort gebunden. Hat sie eine fehlerhafte Erklärung abgegeben (ahd. missasprechen, altfranz. mesparler, mesdire, isländ. miskvida, ags. mikenninga, niederländ. wantale), so darf sie ihre Rede nicht verbessern. Der Gegner oder unter Umständen das Gericht konnten sie beim Worte nehmen“<sup>2)</sup>.

Nicht immer und überall geht die Rechtsordnung in der Zwangsbewertung formgebundener Willensäußerungen so weit. Es besteht keine rechtliche Notwendigkeit, die letzte Konsequenz aus dem Prinzipie rechtssatzmäßiger Formgebundenheit zu ziehen und der leiblichen Willensverlautbarung zu speziellem Rechtskreise sich vergemeinschaftender Rechtsgenossen, welche die abstrakten Zeichennormen der Gesamtgemeinschaft konkretisieren, die indizierte Willenshaltung unwiderleglich zuzuordnen. Es gibt minder rigorose Folgewirkungen des Rechtsformalismus in bezug auf die Geltungskraft des im formalen Zeichensatze verlautbarten konkreten Rechtssachverhaltes. Davon ist hier nicht zu handeln. Von der geltungsmäßigen Bedeutung des Rechtsformalismus wird noch, im II. Abschnitte dieses Kapitels<sup>3)</sup>, die Rede sein. An dieser Stelle kommt es gerade auf den extremen Fall an: die — historisch auch zur Rechtswirklichkeit gewordene — rechtsdogmatische Möglichkeit, daß rechtlich (im Verhältnis zur Gesamtrechtsgemeinschaft oder, was dasselbe ist: vor deren Forum) das sinnliche Zeichen, die in concreto angewandte „Form“, der das interne Willensverhalten normativ zugeordnet ist, allein maßgebend ist. Diese im Wesensbestand der intersubjektiven Willenswirkung vorgezeichnete Möglichkeit alteriert die Richtigkeit des oben S. 48 aufgestellten Leitsatzes. Auch in der korrigierten Fassung (S. 59) gibt er den rechtsdogmatischen Sachverhalt nicht völlig einwandfrei wieder:

Die Unterwerfungsakte der normbetroffenen Rechtssubjekte sind allerdings immer und wesensnotwendig — die Möglichkeit des Ersatzes der bezeichneten Willensakte durch „Diktat von oben“ steht dem, wie noch zu zeigen sein wird<sup>4)</sup>,

<sup>1)</sup> GRAF u. DIETHERR, Deutsche Rechtssprüche, S. 227/28.

<sup>2)</sup> H. BRUNNER, Deutsche Rechtsgeschichte II 1892, S. 348.

<sup>3)</sup> Unten S. 152.

<sup>4)</sup> Vgl. unten S. 80 ff.

nicht entgegen — die aktmäßigen Träger jeder diesen personalen Kreis mit Rechtskraft beherrschenden Rechtsordnung. Geltungswert erlangt die Aktkonstituente des Parteiwillens durch sinnliche Verlautbarung, bei der im Bereiche des Rechtsformalismus die Verlautbarungsnormen der größeren Rechtsgemeinschaft angewendet werden müssen. Unter Umständen begnügt sich nun die Rechtsgemeinschaft mit der formgerechten Willensäußerung, die Aufwerfung der Frage, ob dem Zeichensatz ein konkreter Akt des betreffenden Rechtssubjektes auch tatsächlich, dem Scheine der sinnlichen Daten entsprechend, zugrunde liege, nicht zulassend. In diesen Fällen normativer Zwangszeichenbewertung kommt es auf die Willenswirklichkeit in Hinsicht auf die interne, normbejahende Willenshaltung nicht an. Das bedeutet aber nicht die Einführung einer neuen Geltungskonstituente: des Stückes sinnlicher (Zeichen-)Wirklichkeit an Stelle des willentlichen Unterwerfungsaktes als notwendigen Faktors der Geltungsgenese des konkreten Rechtes. Die aktmäßige Fundierung des Rechtssachverhalts wird durch keinerlei Rechtssätze über die Zeichenbewertung angetastet. Bei der normativen Zuordnung des Willensverhaltens zur rechtsförmlichen Zeichensetzung liegt es nur so, daß der die Aktkonstituente bildende Willensakt als mit dem Zeichen notwendig mitgesetzt gilt und für das Recht auch dort gegeben ist, wo — ausnahmsweise — der realpsychische Vollzug dieses Aktes bei dem sich verlautbarnden Rechtssubjekte nicht stattfand. Das heißt auf den Vorgang der Geltungserzeugung eines parteilich geschaffenen konkreten Rechtes angewandt:

Ein rechtsgeschäftlicher Tatbestand kann Rechtskraft erlangen auf Grund willentlicher Verlautbarungen von Akten der Unterwerfung der Parteien unter die Individualnorm des Rechtsgeschäftes, ohne Rücksicht darauf, ob der interne Wille zur Normbejahung als Entschluß des betreffenden Rechtsgenossen realpsychisch „vorhanden“ ist, d. h. in Wahrheit (tatsächlich) vollzogen ward. Kraft Rechtssatzes der den speziellen Rechtskreis der Kontrahenten einschließenden Universalrechtsgemeinschaft wird die Möglichkeit des Fehlens eines Unterwerfungsaktes trotz formgerechter Willenserklärung vernachlässigt und ausgeschaltet. In jedem Falle genügt hier der in Anlehnung an die einschlägige abstrakte Zeichennorm des Rechtsverbandes erfolgte Zeichensatz, dem der „zugehörige“ Willensakt als erklärter Wille untrennbar zugeordnet ist. Die Bindung: Konkretes Zeichen für Willensverhalten — konkretes (indiziertes) Willensverhalten — ist zur unauflöselichen gestaltet.

II. Die bisherigen Darlegungen über die aktmäßige Konstituierung des (geltenden) Rechts bedürfen noch in einigen Punkten der Ergänzung.

1. Der zum Norminhalt bestimmte Sachverhalt, dessen Rechtsgeltung durch normbejahende Willensakte der beteiligten Rechtssubjekte konstituiert werden soll, braucht kein formulierter Entwurf einer *lex inter partes* zu sein. Jeder Sozialsachverhalt, der sich nach seinem Sinn auf das Verhalten von Rechtspersönlichkeiten zueinander bezieht und hinsichtlich der Individualstrebungen der Einzelnen ausgleichend, willkürindämmend wirken kann, ist geeignet, im Wege parteilicher Anerkennung zur bindenden Rechtswirklichkeit zu erstarken.

„Im Wege parteilicher Anerkennung“ —, bei diesem Ausdruck denkt man an eine ausdrücklich erklärte willentliche Stellungnahme anerkennenden Inhalts. Es ist aber keineswegs erforderlich, daß die Verlautbarung des normbejahenden Willens eine Willenserklärung darstellt. Der Wille der beteiligten Rechtssubjekte, die fragliche Sozialwirklichkeit als Rechtsnorm gegen sich gelten zulassen, findet nicht notwendig durch Verkündung des Entschlusses: Dies soll unser Gesetz sein, Ausdruck. Derartige Willenskundgebung wird immer dann unterbleiben, wenn die normbejahende Willenshaltung der Rechtsgenossen nicht einem spontanen Entschlusse zur Rechtssetzung entspringt, sondern auf einem allmählichen in diese Willensstellung Hineinwachsen beruht. Gemeint sind hier die Fälle einer sog. gewohnheitsrechtlichen Erzeugung des Rechtes. Da findet eine Rechtssetzung

im eigentlichen Sinne der bewußten und gewollten Schaffung einer konkreten Rechtsordnung nicht statt. Vielmehr tritt einem soziales Verhalten betreffenden Lebenssachverhalte nachträglich die Billigung der Genossen des in Frage kommenden personalen Kreises hinzu, eine Billigung, die intersubjektiv im faktischen Geschehenlassen an der Norm dieses Lebenssachverhaltes orientierter Handlungen genügenden Ausdruck finden kann. Vorausgesetzt, daß aus dem tatsächlichen Verhalten der beteiligten Rechtssubjekte gegenüber dem Rechtsgeltung prätendierenden sozialwirklichen Tatbestande hervorgeht: hinter dem dulddenden Mitansehen und dem faktischen Mithandeln dieser Subjekte steht ein Wille zur Normbejahung. Ist das der Fall, so kommt es auf den Verlautbarungsmodus nicht an und man kann mit JULIAN (D 1, 2, 32, § 1) sagen: „... quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?“

Die psychologische Vorgeschichte des „Gewohnheitsrechtes“ ist eine wesentlich andere als die des Gesetzesrechts (im weitesten, auch die Sachverhalte vertraglich gezeugten Rechts sekundärer Rechtsgeltung mitumfassenden Sinne). Aber eines sollte niemals verkannt werden: Daß jede Rechtserzeugung ein auf Unterwerfung unter den Sachverhalt als die künftige Norm gerichtetes willentliches Verhalten der normbetroffenen Rechtssubjekte als genetisches Bestandteil von konstitutiver Bedeutung enthält. Der die unerläßliche Aktkonstituente der Rechtsgeltung bildende Unterwerfungsakt kann auf verschiedene Weise vollzogen worden sein. Möglich, daß er dem Subjekte gegenüber, das ihn vollzog, erst nach und nach, unbewußt „heranwachsend“ zum willkürtrückten Entschlusse, den Charakter einer bindenden Willensnorm erlangte. Aber der Unterwerfungsakt muß überhaupt „da“ sein, als psychologisches Willensfaktum vollendet sein, wenn die Stellungnahme des betreffenden Rechtssubjektes zu einem der Regelung bedürftigen Sozialtatbestand als ein bei dessen Rechtsgeltungsgenese maßgeblicher Faktor in Betracht kommen soll. Jede Theorie der Rechtserzeugung, die der Rechtsgeltung ein willentliches Fundament nicht zugrundegelegt, ist von vornherein abzulehnen. Das gilt insbesondere auch von der sog. „Rechtsüberzeugungstheorie“, die HATSCHEK<sup>1)</sup> neuerdings wieder für das Völkerrecht energisch verteidigt.

Aus dem gleichen Grunde der Unmöglichkeit, das Recht, gleichviel ob es sich um Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht handelt, jemals von der Geltungsgrundlage (in welchem Modus immer) faktisch vollzogener Willensakte abzulösen, ist es ausgeschlossen, theoretisch mit dem Gegensatz von „Recht“ und „Gesetz“ in der Weise zu operieren, daß man jenes (die „Rechtsidee“) als Rechtsquelle neben „die Satzung“ stellt, wie das J. GOLDSCHMIDT<sup>2)</sup> tut. Der Proklamierung dieses Gegensatzes liegt die Anschauung zugrunde, daß es neben und vor dem willentlich gezeugten, dem „gesetzten“ Rechte ein „wahres“, „natürliches“, nicht willentlich erzeugtes, sondern aus und mit dem sozialen Leben „gewachsenes“ Recht gäbe, dessen raumzeitliche Geltung durchaus nicht auf normbejahenden Akten individueller Rechtssubjekte beruhen soll. Diesem ungesetzten Rechte komme als Rechtsquelle im Verhältnis zum gesetzten Recht der Primat zu: „Das Gesetz steht unter dem Rechte“<sup>3)</sup>.

Ein radikaler Vertreter dieser Rechtsanschauung geht so weit, zu erklären: „Denn nunmehr ist der Richter an das Gesetz gebunden nicht mehr in dem Sinne einer Rechtsquelle, sondern nur in dem Sinne einer Rechterskenntnisquelle, die das wahre Recht ihrer Zeit zum Ausdruck bringt, während ihm für die spätere Zeit andere Erkenntnisquellen zur Verfügung stehen. Er hat das Rechtsleben selber zu beobachten und so die Kurve der Rechtentwicklung bis in die Gegenwart fortzuführen“<sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> HATSCHEK, Völkerrecht 1923, S. 1f. Von Früheren vertrat diese Anschauung in besonders wirkungsvoller Ausprägung G. JELLINEK (vgl. dessen Allg. Staatslehre, 3. Aufl., 1921, S. 337 f.), der mit dem unjuristischen Begriff der „normativen Kraft des Faktischen“ operiert.

<sup>2)</sup> JAMES GOLDSCHMIDT, Gesetzesdämmerung, JW. 1924, S. 245 (248).

<sup>3)</sup> GOLDSCHMIDT, a. a. O., S. 249 Spalte 2 (nach TTIEPEL).

<sup>4)</sup> ALFRED BOZI, Recht und Gesetz, in DAZ. 1924 Nr. 135/6 (21. März), vgl. JW. 1924, S. 959.

Auf Grund unserer früheren Betrachtungen über das Wesen der Rechtsgeltung, die einem Sachverhalte erst die unerläßliche Form des Rechtes verleiht, ist ohne weiteres klar, daß, was jene unter „Recht“ im Gegensatz zu „Gesetz“ verstehen, in Wahrheit kein Recht ist, sondern vorrechtlicher Stoff von sozialem Gedanken-gehalte, der durch rechtliche Formung, d. h. willentliche Erhebung zur normativen Wirklichkeit zum Rechte, raumzeitlich geltenden Rechte gestaltet werden könnte. Wenn GOLDSCHMIDT<sup>1)</sup> im Widerspruch zu § 1 GVG. behauptet, der Richter stehe nicht unter dem Gesetz, sondern nur unter dem „Recht“, so negiert er damit die Normunterworfenheit des Richters überhaupt, gibt diesem die Stellung eines „legibus solutus“, dem Richtschnur bei seiner richterlichen Tätigkeit allein die sozialen Anschauungen seiner Zeit (soweit sie ihm richtig scheinen) und sein gesunder Menschenverstand sind. Das heißt, die Rechtsanarchie proklamieren. Der unrichtige Ausgangspunkt führt zu dieser mit der Idee eines Rechtsstaates, ja einer Rechtsgemeinschaft überhaupt unvereinbaren und unannehmbaren Folgerung.

2. Unsere These von der willensaktmäßigen Fundierung jedes Rechtes darf nicht so verstanden werden, als ob die Rechtsgültigkeit jedes in einer Gesamtrechtsgemeinschaft erlassenen Gesetzes von der faktischen Anerkennung sämtlicher Rechtssubjekte, die diesem Rechtskreise angehören, abhängig wäre. Dem ist nicht so. Das verfassungsmäßig zustande gekommene Gesetz gilt auch gegen den Bürger, der an seinem Zustandekommen unbeteiligt war und ihm jetzt widerspricht. Nicht gegen seinen Willen. Denn es ist der eigene Wille, der auch diesem Rechtsgenossen in dem Gesetze normativ entgegentritt, das seine Geltung aus den Grundnormen der Gesamtrechtsgemeinschaft, deren Verfassung ableitet. Damit die Verfassung zur rechtlichen Grundnorm des Staatsverbandes werde, bedurfte es der willentlichen Anerkennung aller sich unter dieser Rechtsordnung vergemeinschaftenden Rechtssubjekte. Wer der bei der Gemeinschaftsgründung festgestellten Rechtsordnung — dem objektiven Korrelat der personalen Verbundenheit der Rechtsgenossen, dessen keine Rechtsgemeinschaft entraten kann (keine Rechtsgemeinschaft ohne Verfassung) — die Anerkennung verweigerte, schloß sich damit selber aus dem zu gründenden Rechtsverbande aus, indem er die Beugung seines Willens unter den in der Rechtsordnung normativ festgelegten Gesamtwillen ablehnte. Noch nicht rechtlich vergemeinschaftete Rechtssubjekte können einer gemeinsamen Norm unterworfenen Rechtsgenossen nur werden durch vertraglichen Zusammenschluß. Auch der später Hinzutretende muß sich, um die Rechtsgenossenqualität zu erlangen, der Verfassung des Rechtsverbandes, der ihn aufnimmt, willentlich unterwerfen. Aus dieser ersten Willensbejahung der rechtskreisangehörenden Subjekte folgt dann alles Weitere. Es genügt, daß die Verfassung auf den Willen aller Rechtsgenossen gestützt ist, aus ihm ihre Geltung ableitet. Bei der Aufstellung neuer Rechtsnormen im Rahmen der Verfassung braucht nicht immer wieder auf den Willen jedes einzelnen Bürgers rekuriert zu werden, wenn durch verfassungsmäßig normierte Ermächtigungen und Delegationen die Normerzeugung im fraglichen Falle auf staatliche Organe übertragen worden ist. Der Einzelne ermächtigt verfassungsmäßig andere Personen, rechtlich für ihn zu handeln und hat sich dem von diesen Willensträgern — z. B. dem Reichstage — gesetzten Rechte von vornherein, durch in blanco antizipierten Unterwerfungsakt, der der Verfassung mit allen ihren rechtlichen Folgewirkungen galt, unterworfen. Den zu einer Gefängnisstrafe von 1 Jahr verurteilten Dieb bannt sein eigener Wille ins Gefängnis. Er hat sich durch das für ihn handelnde Organ des Gerichtes selbst verurteilt. Stehlend wich er von der Norm seines wahren staatsbürgerlichen Willens ab. Das richterliche Urteil stellt die verdunkelte Norm seines Willens zur Anerkennung der Rechtsgemeinschaft und ihrer Rechtsordnung wieder in das helle Licht eines willkürerückten, intersubjektiv verwurzelten und

<sup>1)</sup> a. a. O.

an der unbrechbaren Rechtsgeltung des Gemeinschaftsrechtes teilhabenden Entschlusses<sup>1)</sup>).

Muß demnach zwar die Grundrechtsordnung jeder Rechtsgemeinschaft auf den Unterwerfungsakten sämtlicher Rechtsgenossen geltungsmäßig beruhen, so ist es doch nicht nötig, daß bei ihrer Feststellung alle Rechtsgenossen mitgewirkt haben. Es kann sein, daß eine gewaltsam geschaffene „Ordnung“ durch nachträgliche Anerkennung der in dem betreffenden personalen Kreise stehenden Subjekte den Charakter einer Rechtsordnung erlangt, so daß ihr nun der Geltungswert einer Verfassung zukommt<sup>2)</sup>. So liegt es in allen Fällen, wo „aus Gewalt Recht wird“: dem gewaltsam geschaffenen sozialen Zustande wird durch willentliche Bejahung seiner (von den Umstürzern behaupteten) Rechtspräntion der Stempel der Rechtmäßigkeit aufgedrückt. Nun erst besteht wieder eine staatliche Rechtsgemeinschaft mit einer vom Gesamtwillen des Volkes getragenen Verfassung. Diese wird, wie hier angenommen ist, bereits inhaltlich vollendet vorgefunden; die Revolutionsregierung hatte bereits eine „Verfassung“ ausgearbeitet. Indem sich die neue „Regierung“ behauptet, d. h. stillschweigende Anerkennung bei der Volksgesamtheit findet, wird sie legal und ihr Regierungsprogramm staatliches Grundgesetz.

Es ist aber auch bei der Schaffung einer Grundrechtsordnung eine von vornherein beabsichtigte Willensvertretung der beteiligten Subjekte möglich. Der Satz muß freilich richtig verstanden werden; folgenden Sachverhalt hat er im Auge: Die einen rechtlichen Zusammenschluß planenden Rechtssubjekte konstituieren durch Wahl zunächst einen engeren Kreis von Personen, die als Repräsentanten aller übrigen Subjekte zur Setzung der Grundnormen, der Verfassung einer künftig unter ihr stehenden Rechtsgemeinschaft berufen sein sollen. Die von den gewählten Vertretern erzeugte Rechtsordnung hat hier ohne weiteres bindende Kraft im personalen Kreise aller wählenden Rechtssubjekte. Auf deren Anerkennung des von den Gewählten gesetzten Rechtes kommt es nicht mehr an, da jene zugleich mit der Wahl die Willensdelegation an die Vertreter und Willensunterwerfung unter das von diesen auftragsgemäß gezeugte Verfassungsrecht ausgesprochen haben. Es ist klar, daß hier schon durch den gemeinsamen Beschluß, eine verfassungsgebende Versammlung im Wege der allgemeinen Wahl zu berufen, eine Rechtsgemeinschaft zur Entstehung gekommen ist. Dieser Beschluß hatte bereits normativen Charakter, war eine den Kreis der beteiligten Rechtssubjekte rechtlich zusammenschließende und beherrschende Rechtsordnung. Keine endgültige freilich, ein vorläufiges Grundgesetz vielmehr, das seinem Rechtsinhalte gemäß durch die von den gewählten Rechtsgenossen erzeugte formelle Verfassung ersetzt werden sollte. Als Repräsentanten dieser größeren Urrechtsgemeinschaft, für diese und mit Wirkung gegen deren Mitglieder Normen setzend, handeln die Glieder der verfassungsgebenden Versammlung. Sie formulieren die Verfassung der Gesamtrechtsgemeinschaft, deren Geltung aber eine aus der ersten, vorläufigen, vom Willen aller Rechtsgenossen getragenen Rechtsordnung abgeleitete ist.

Anders, wenn es den Willensvertretern in die Hand gegeben ist, eine Rechtsgemeinschaft der von ihnen vertretenen Rechtssubjekte erst zu konstituieren. Das

<sup>1)</sup> Es ist deshalb mehr als ein bloßer Witz, wenn ANATOLE FRANCE in seiner *Humaine tragédie* (das Zitat ist *Palante, Les antinomies entre l'individu et la société* 1913 p. 211, entnommen) den Richter zum verurteilten Verbrecher sagen läßt: „Il te convient de souscrire à la sentence qui te condamne, car, prononcée au nom de la ville, elle est prononcée par toi-même, en tant que partie de la ville . . .“

<sup>2)</sup> Für FELIX KAUFMANN freilich ist die Genese des revolutionären Rechts kein Problem. Er erklärt (*Kriterien des Rechts* 1924, S. 157): . . . hat man erkannt, daß die Grundnorm selbst nicht Recht ist, dann entpuppt sich auch das große Problem, wie Recht aus Nicht-Recht entstehen könne, als Scheinproblem . . .“ Aber die Ableitung der Rechtgeltung aus einer logischen Grundnorm, die bei der positiven Rechtsetzung nur tatbestandliche Erfüllung erfahre, haben wir schon oben S. 41f. abgelehnt.



ist der Fall, wenn der Verband A und der Verband B, zwischen welchen eine Rechtsbeziehung nicht besteht, je einen Vertreter — X und Y — bezeichnen, zwecks Anbahnung eines vertraglichen Zusammenschlusses der Vertretenen, und von beiden Seiten den Vertretern Abschlußvollmacht erteilt wird. Hier treten X und Y zunächst zu Vertragsverhandlungen zusammen, sich zu einer vorvertraglichen Rechtsgemeinschaft, deren Rechtsordnung die „Verhandlungsbasis“ (Inhalt: Es soll über das Thema n verhandelt werden) bildet, vereinigend. Kommt es zum perfekten Vertragsschlusse, so wird diese vorläufige Rechtsgemeinschaft, die sich „satzungsgemäß“ auflöst, durch die rechtskräftige, vertragliche Rechtsbeziehung der Vertretenen A und B ersetzt, deren Rechtsordnung die *lex contractus* darstellt, wobei es gleichgültig ist, ob der Inhalt der *lex* eine Gesellschaftsgründung irgendwelcher Art oder ein Abkommen über Warenlieferungen ist.

Kann die Grundrechtsordnung (Verfassung) einer Rechtsgemeinschaft durch Majoritätsbeschluß zur Entstehung gelangen? Die Frage ist zu verneinen. Im Falle der Maßgeblichkeit von Majoritätsbeschlüssen wird willentliches Unterworfensein sämtlicher Rechtsgenossen unter die beschlossene Norm auch gegen den abweichenden und ausdrücklich erklärten Willen der Minderheit erzielt. Der Wille der (einfachen oder qualifizierten) Mehrheit genügt zur Konstituierung des Gesamtwillens, dessen Geltung auch den Willen der Rechtsgenossen bindet, die dagegen gestimmt haben, aber in der Minorität geblieben sind. Solche normative Wirkung kann nur auf Grund eines dies bestimmenden Rechtssatzes eintreten. Bindende Rechtsetzung durch Mehrheitsbeschluß setzt demnach die Existenz einer unter willentlicher Mitwirkung aller Rechtsgenossen konstituierten Rechtsgemeinschaft voraus, deren Rechtsordnung den Satz enthält, daß in Zukunft die Rechtsnormen oder daß gewisse Rechtsnormen durch Anerkennung seitens einer Mehrheit (der Gesamtrechtsgemeinschaft oder auch eines nachgeordneten Verbandes, z. B. des Parlamentes, der Generalversammlung einer Handelsgesellschaft) Rechtsverbindlichkeit erlangen sollen. Letzten Endes beruht die Willensbindung der Minorität also auch hier auf ihrem eigenen Willen, der sich verfassungsmäßig zu einer Willensdelegation an die jeweilige Majorität bekannte. Diese Delegation seitens aller ist unerläßlich. Vgl. richtig HOBBS<sup>1)</sup>:

„Considerandum deinde est, unumquemque ex multitudine, quo constituendae civitatis principium fiat, debere consentire cum caeteris, ut in iis rebus, quae a quopiam in coetu proponuntur, pro voluntate omnium habeatur id, quod voluerit eorum major pars . . . Quod si quis nolit consentire, caeteri sine eo civitatem nihilo minus inter se constituent“.

Entsprechendes gilt bei autonomer Rechtsetzung in einem originären, von dem größeren Kreise des Gesamtrechtsverbandes eingeschlossenen Rechtskreise<sup>2)</sup>. Fehlt es an der durch Unterwerfung aller rechtskreisangehörigen Rechtssubjekte zur Rechtsgültigkeit erhobenen Norm des Inhalts, daß Rechtsetzung durch Mehrheitsbeschlüsse bindende Wirkung haben soll, so können auch künftige Abänderungen der Verfassung dieses Rechtsverbandes nur im Wege einstimmigen Beschlusses erfolgen. Versagt von zahlreichen Rechtsgenossen auch nur ein einziger der abgeänderten Rechtsordnung seine Zustimmung, so kann die Normänderung nicht durchgeführt werden. Die geänderte Verfassung kann nur dann Rechtsgeltung für die bestehende Rechtsgemeinschaft erlangen, wenn der die Änderung Ablehnende aus der unter der geänderten Verfassung fortlebenden Gemeinschaft der übrigen Rechtsgenossen ausscheidet. Aber auch diese Lösung ist nur möglich, wenn die ursprüngliche Rechtsordnung die Bestimmung enthält, daß in solchem Falle das

<sup>1)</sup> THOMAS HOBBS, *Libri de cive* (Opera Philosophica ed. MOLESWORTH Londini 1839 vol. II), Caput VI § 2.

<sup>2)</sup> Richtig v. TUHR, *Allg. Teil II*, S. 235 unten; TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht* 1899, S. 83.

der Änderung der Satzung nicht zustimmende Mitglied als ausgeschieden gilt, die Rechtsgemeinschaft als solche aber bestehen bleibt.

So ist die Regelung in der Völkerbundsakte des VV. Art. 26. Es heißt da im Abs. 2: „Tout Membre de la Société est libre de ne pas accepter les amendements apportés au Pacte, auquel cas il cesse de faire partie de la Société.“

Hier liegt der Fall nur insofern anders und eigenartig, als an sich Änderungen durch Majoritätsbeschlüsse erfolgen können (Art. 26 I). Aber die Willensunterworfenheit der überstimmten Völkerbundsmitglieder ist keine unbedingte; sie können sich der Bindung an die geänderte Völkerbundssatzung durch Austritt entziehen. Im Endeffekt kommt es also doch darauf hinaus, daß bei Satzungsänderungen eine verfassungsmäßige Bindung an die geänderte Rechtsordnung nur bei denen feststeht, die sich der Abänderungsnorm willentlich unterworfen haben, entweder sich der zustimmenden Majorität zugesellend oder auf den gem. Art. 26 II zulässigen Austritt aus dem fortbestehenden Völkerbund verzichtend.

Enthält die keine Rechtssetzung durch Majoritätsbeschlüsse oder durch delegierte Gemeinschaftsorgane zulassende Verfassung einen der Bestimmung des Art. 26 II der Völkerbundsakte entsprechenden Rechtssatz nicht, so bleibt bei Widerspruch eines Rechtsgenossen gegen die Verfassungsänderung nichts übrig, als die Rechtsgemeinschaft aufzulösen und zu einer Neugründung des Bundes der der geänderten Rechtsordnung Zustimmenden zu schreiten.

### 3. Wenn HOBBS<sup>1)</sup> sagt:

„Quaeruntur socii vel vi, vel consensu: vi, quando pugna victor victum servire sibi cogit metu mortis, vel vinculis inditis . . . Potest autem victor victum, vel fortior debiliorem, ut sanus et robustus infirmum, vel maturus infantem, ad praestandam cautionem futurae oboedientiae, ni velit potius mori, jure cogere“ —,

so ist das nicht so zu verstehen, als ob nach HOBBS' Meinung auf diesem Wege der Gewalt eine dem „bellum omnium contra omnes“ des vorrechtlichen Naturzustandes ein Ende machende Friedensgemeinschaft, eine *societas* zustande käme. HOBBS spricht an dieser Stelle vom *status naturae*, „de statu hominum extra societatem civilem“, wo es an einer die Individualwillkür der einzelnen beschränkenden und sie rechtlich verbindenden Rechtsordnung noch fehlt. Diesem gedachten Zustande, der jenseits von Recht und Unrecht steht, kann ein Ende nur bereitet werden, indem sich die miteinander in ewiger Fehde liegenden Individuen vertraglich — durch „contractus“<sup>2)</sup> —, unter Verzicht des vordem jedem zustehenden „jus in omnia“ vergemeinschaften. Solcher Vertragsschluß ist aber nur möglich unter freien, sich willentlich einigenden und der *lex contractus* sich in gleichem Sinne unterwerfenden Rechtssubjekten. Das hebt für den auf Vertrauen beruhenden Vertrag — *pactum* — HOBBS selber hervor, indem er die Möglichkeit eines *pactum* zwischen *dominus* und *servus* verneint mit den Worten<sup>3)</sup>:

„Postremo, servus, qui in vincula conjicitur, vel quoquo modo libertate corporali privatur, altera illa obligatione pacticia liberatur. Non enim existit pactum, nisi ubi paciscenti creditur; nec violari potest fides, quae est non habita“.

Der Satz des HUGO GROTIUS: „In contractibus natura aequalitatem imperat“<sup>4)</sup> darf Allgemeingültigkeit für die Genese von Rechtsgemeinschaften jeder Art beanspruchen. Es ist aber zu beachten, daß die Gleichheit, um die es sich hier handelt, eine formale Gleichheit der Kontrahenten vor dem Gesetze der vertraglichen Rechtsordnung ist, der jeder dem von ihr beherrschten Rechtskreise zugehörige Rechtsgenosse in gleicher Weise unterworfen ist. Norminhaltlich kann die Bindung der Parteien eine ganz verschiedene sein, nicht nur dadurch, daß der eine Teil etwa Gläubiger, der andere leistungspflichtiger und des ersteren Pfandzugriffe von Rechts wegen ausgesetzter Schuldner ist, sondern möglicherweise auch auf Grund des Umstandes, daß sich die eine Vertragspartei durch Kündigung oder Rücktritt aus der Bindung lösen kann, während der Gegner der Vertragsnorm ohne

<sup>1)</sup> HOBBS, De cive C. I § 14.

<sup>2)</sup> a. a. O. C. VIII § 9 cf. § 4.

<sup>3)</sup> HUGO GROTIUS, De iure belli ac pacis Lib. II C. XII § 8.

<sup>4)</sup> HOBBS, De cive C. II § 9.

Rücksicht auf sein späteres Willensverhalten unterworfen bleibt. Das alles tut dem Grundsatz der Gleichheit der Kontrahenten keinen Abbruch, solange nur die Vertragsrechtsordnung für beide Teile im selben Sinne Norm ist. Dafür, ob das der Fall sei, ist allein entscheidendes Kriterium, daß sich sämtliche Vertragsschließenden durch wirksam verlautbarte Willensakte der *lex contractus* unterworfen und damit eine ihren speziellen Vertragsrechtskreis mit der Kraft geltender Rechtsnorm beherrschende Rechtsordnung erzeugt haben.

Dies Ziel der Gleichheit der Rechtsgenossen gegenüber der Norm kann auf verschiedenen Wegen erreicht werden. Es ist sehr wohl möglich, daß ein Stadium der Rechtsungleichheit voraufging. Der Staat ist im Verhältnis zu seinen Bürgern ein Rechtssubjekt höherer Ordnung, diese sind seinem Willen in weitem Umfange normativ (verfassungsrechtlich) unterworfen. Das schließt jedoch nicht aus, daß der Staat mit einem seiner Bürger einen Vertrag schließt und sich vor dessen Norm in gleicher Weise wie der private Kontrahent beugt. Vertragsschließend stellt sich das Subjekt höherer Ordnung selber dem nachgeordneten Rechtssubjekte — seinem Vertragsgegner — rechtlich gleich. Es ist nicht einzusehen, warum öffentlichrechtliche Verträge zwischen Staat und „Untertan“ ausgeschlossen sein sollen. OTTO MAYER vertritt diese Ansicht. Er meint<sup>1)</sup>:

„Wir wissen jetzt aber auch viel besser Bescheid darüber, wie es im öffentlichen Rechte aussieht. Hier gibt es zwischen Staat und Untertan keine Verträge, keinen echten und ernsthaft gemeinten wenigstens; das widerspräche der grundsätzlichen Ungleichheit der beiden Rechtssubjekte; Vertrag gedeiht nur auf dem Boden der Gleichheit. Er bedeutet, daß der Rechtserfolg des Vorgangs getragen wird durch die gleichwertig zusammenwirkenden Willenserklärungen beider Teile. Ihm entspricht auf öffentlichrechtlichem Gebiete der Verwaltungsakt auf Unterwerfung: der Ausspruch der Behörde über den Untertan ist für sich allein das Wirkende.“

Dem kann nicht zugestimmt werden. Es ist freier Wille des Bürgers, ob er Beamter werden will, und von der bindenden Äußerung und rechtsgeschäftlichen Festlegung dieses Willens hängt es nicht minder ab als von dem staatlichen Willen, diese Person als Beamten anzustellen, ob er Beamter wird. Die Anstellung als Beamter enthält ohne Zweifel einen Hoheitsakt, durch den der Staat, in dessen Namen die betreffende Behörde, welche die Anstellung vollzieht, handelt, dem fraglichen Rechtsgenossen die rechtliche Stellung eines Willensvertreters der Gesamtrechtsgemeinschaft, eines Staatsorganes verleiht. Aber der Beamtenanstellung muß eine Willenseinigung der Beteiligten — des Staates, des Bürgers — dahin, daß zwischen ihnen das Rechtsverhältnis von Staat zu Beamten mit seinen beiderseitigen Rechten und Pflichten begründet werde, voraufgegangen sein. Der Anstellungsvertrag macht den vertragsschließenden Bürger nicht zum Beamten, ist nur Teilbestandstück des aus Vertrag und Anstellung im prägnanten Sinne zusammengesetzten Rechtssachverhaltes. Fehlt eines der beiden Tatbestandstücke, so entfällt die beabsichtigte Rechtswirkung des Anstellungsvertrages: Für den Anstellungsvertrag ist das Hinzutreten des Hoheitsaktes der Anstellung nicht Gültigkeitserfordernis, bedeutsam aber im gleichen Sinne, wie für die sachenrechtliche Einigung des bürgerlichen Rechts, daß die Eintragung im Grundbuch erfolgt (vgl. § 873 BGB.): Hier wie dort wird die erstrebte Rechtswirkung (Staatsbeamter — dingliche Rechtsänderung) erst mit Vollzug des staatlichen Aktes erreicht. Umgekehrt entbehrt die Anstellung einer Person als Beamten ohne das vertragliche Fundament der Rechtsgültigkeit<sup>2)</sup>. Man darf aber nicht mit denen, welche die Vertragsnatur der Beamtenanstellung ablehnen, die willentliche Mitwirkung des (künftigen) Beamten als bloße „Einwilligung“ auffassen und zu einem Gültigkeitserfordernis des einseitigen Staats-

<sup>1)</sup> OTTO MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht II. 2. Aufl. 1917, S. 262.

<sup>2)</sup> Möglich natürlich, daß ein positives Recht hier das Prinzip der formalen Rechtskraft zur Anwendung bringt und die durch den Staatsakt begründete Legitimation (als Beamter) über die Stufe bloßer Scheinrechtsgeltung hinaushebt. Dem ist hier nicht nachzugehen.

aktes der Anstellung degradieren<sup>1)</sup>. Richtig ist, daß der ganze Vertragsinhalt einseitig von der einen Partei, dem Staate, festgestellt wird und daß die Willensäußerung des anderen Teiles sich auf ein bloßes „Ja“ beschränkt, das er unter Umständen gar nicht ausspricht, sondern durch stillschweigende Empfangnahme des Anstellungsdekretes konkludent verlautbart. Aber das beweist nichts gegen den Vertragscharakter der ersten Phase der Anstellung, die mit der zweiten Phase (dem Staatsakte), wie das Gesagte ergibt, auch uno actu vollzogen werden kann. Entscheidend ist allein, ob es sich um eine Willenseinigung inter pares oder um die provozierte Unterwerfung des einen Teiles unter den autoritären Willen des Gegners handelt. Die erste Alternative ist zutreffend. Der eine Beamtenstellung annehmende Bürger beugt sich mitnichten dem normativen Willen des Staates. Beide Teile beugen sich vielmehr in gleicher Weise unter den durch beiderseitige Anerkennung konstituierten Gesamtwillen des Vertrages. Der Staat spricht hier — auf der ersten vertraglichen Phase der Anstellung — nicht als Rechtssubjekt höherer Ordnung, bringt nicht den verfassungsmäßig verobjektivierten Willen der Rechtsgemeinschaft zum Ausdruck, sondern tritt dem anderen Teile — nicht anders als bei der Schließung eines privatrechtlichen Vertrages zwischen Staat und Rechtsgenossen — als unter der Rechtsordnung der speziellen Vertragsrechtsgemeinschaft sich gleichstellender, d. h. sich ihr willentlich in gleicher Weise unterstellender Rechtsgenosse gegenüber. Den Ausführungen von GEORG JELLINEK<sup>2)</sup> ist in diesem Punkte durchaus beizutreten.

Wir konnten HOBBS darin Recht geben, daß ein Vertragsverhältnis zwischen einer versklavten, entrechteten Person und ihrem Herrn nicht bestehen kann. Nur Rechtssubjekte sind der rechtlichen Vergemeinschaftung fähig. Daß die Vertragsschließenden Rechtssubjekte verschiedener Ordnung sein können, stellten wir eben fest. Aber auch bis zur Beherrschung des Gegners gesteigerte Machtüberlegenheit einer Partei steht der Möglichkeit eines Vertragsschlusses zwischen den beiden Rechtssubjekten nicht entgegen. Voraussetzung ist hier nur, daß der machtüberlegene Sieger den Besiegten beim Vertragsschlusse als gleichberechtigten Kontrahenten anerkennt, des letzteren durch die Niederlage eingeschränkte rechtliche Freiheit wieder in vollem Umfange herstellt und den Besiegten zu einem Rechtssubjekte macht, das in Zukunft allein der Norm des Friedensvertrages zufolge eigener willentlicher Unterwerfung untertan ist. Es ist ferner sehr wesentlich und notwendig, daß auch der Sieger sich der Vertragsnorm bindend unterwirft, bereit, sie auch gegen sich gelten zu lassen. Die bloße Tatsache der Machtungleichheit beider Parteien schließt deren Gleichheit vor dem Gesetz des Friedensvertrages, den sie schließen, nicht aus. Der Annahme eines rechtsgültigen Vertrages zwischen Sieger und Besiegtem steht auch nicht entgegen, daß die vorvertragliche Machtüberlegenheit jenes jetzt durch den Inhalt der Vereinbarung sanktioniert wird. Es kommt nur darauf an, ob die Unterwerfung des Besiegten unter die Gewalt des Siegers aufgehoben und abgelöst wird durch eine beiderseitige Unterwerfung unter die Norm des Vertrages. Der Vertragsinhalt mag bestimmen, daß dem Sieger seine durch kriegerische Gewalt erworbene Machtstellung gegenüber dem Besiegten erhalten bleibt. Die Unveränderlichkeit der Machtlage vor und nach dem Vertragsschlusse darf nicht darüber täuschen, daß die Rechtslage eine völlig gewandelte ist: Die Willensunterworfenheit des Besiegten auf Grund seiner Niederlage war außerrechtlicher Natur;

<sup>1)</sup> So MEYER-ANSCHUETZ, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts 1919. S. 577 mit Lit. Anm. 18; in diesem Sinne auch HERRNRIIT, Grundlehren des Verwaltungsrechts 1921, S. 448, 181. Einen nicht unähnlichen Fehler begehen (nebenbei bemerkt) diejenigen, welche der dinglichen Einigung als solcher den Vertragscharakter absprechen und lehren, Einigung und (Grundbuch-) eintragung zusammen bildeten den dinglichen Vertrag (vgl. ROSENBERG, Sachenrecht I 1919, S. 174 sub. 2a mit Lit.-Nachweisen). Die für diese Auffassung angeführten Gründe überzeugen durchaus nicht.

<sup>2)</sup> System der subj. öff. Rechte 1905, S. 208 f.; dagegen wieder O. MAYER mit m. E. durchaus abzulehnender Begründung (a. a. O., S. 262/3 Anm. 11 am Ende).

seine Beziehung zum Sieger war zunächst eine rein soziologische: das Herrschaftsverhältnis zwischen Herrn und Knecht, nicht die Rechtsrelation zwischen freien, d. i. Rechtssubjekten. Kam es zum Vertragsschlusse zwischen den Parteien, mit dem Ziele, ihre Beziehung in ein Rechtsverhältnis überzuführen, so war das erste, was seitens des Siegers geschehen mußte, daß er auf seine vorvertragliche Herrschaft verzichtete, den Knecht (Besiegten) aus deren Fesseln befreite und als freies Rechtssubjekt sich selbst gleichstellte. Schon die Vertragsverhandlungen mußten auf dieser Basis der Rechtsgleichheit geführt werden. Aber solange es nicht zum bindenden, die Kriegspräntionen endgültig ablösenden Friedensschlusse kam, blieb ein Rückgriff des Siegers auf seine Gewaltherrschaft noch möglich; die Entfesselung des Besiegten war nur eine widerrufliche, durch das Zustandekommen eines rechtskräftigen Friedens bedingte, bis zu dessen Schlusse die parteiliche Rechtsbeziehung — auf Grund eines Verhandlungsabkommens — nur von brüchiger Rechtsgeltung ist. Die der siegreich gebliebenen Partei im Friedensvertrage bestätigte Machtstellung gegenüber dem Vertragsgegner ist ein rechtliches „Haben“, das seinen Rechtstitel allein in dem Vertrage selber findet. Die vertragliche Rechtsordnung weist dem einen Kontrahenten diese Rechtsstellung zu, die der andere Teil als durch eigene Willensunterwerfung unter die Vertragsnorm gebundener und als Mitbildner des rechtsgeschäftlichen Gesamtwillens anerkennen muß. Nicht der Wille des Siegers beherrscht mehr den Besiegten, sondern beider geeinter Wille herrscht normativ über beide.

Eine andere Frage ist, ob der die Rechtsgemeinschaft der Kontrahenten fundierende Vertragswille seine rechtliche Existenz aus freien, d. h. von keiner äußeren Zwangseinwirkung bestimmten Willensakten der Parteien herleiten muß. Diese Frage ist grundsätzlich zu verneinen<sup>1)</sup>. Warum sich eine Partei der vom anderen Teil als Norm inter partes präntierten Rechtsgeltung unterwarf, ist rechtlich (geltungsgenetisch) nicht von Bedeutung, genug, daß sie sich zur willentlichen Bejahung des gegnerischen Vertragsvorschlages entschloß und diesen Entschluß sinnlich verlautbarte. Noch so starker Druck auf den Willen des Gegners vermag dessen Unterwerfungsakt nicht hervorbringen, wenn er nicht will. Hat er aber gewollt, wozu er gedrängt ward, so ist ein Vertrag zustandekommen, kein einseitiges Diktat des den Willensdruck ausübenden Rechtssubjektes. Es ist eine Sache für sich, wenn die Rechtsordnung der größeren, die Vertragsparteien umschließenden Rechtsgemeinschaft Rechtsgeschäften, deren Abschluß erzwungen worden ist, die volle Rechtsgültigkeit abspricht, sie für anfechtbar (seitens des Gezwungenen) erklärt. Die Abschwächung der parteilich geformten individuellen Rechtsgeltung erfolgt hier kraft Rechtssatzes der über den Parteien stehenden Rechtsordnung des Gesamtrechtsverbandes, ist durch ihr eigenes Rechtshandeln zwar angelegt, aber nur zufolge unbeabsichtigter Konkretisierung der einschlägigen Rechtsnorm über das erzwungene Rechtsgeschäft tritt die sekundäre Rechtswirkung anfechtbarer Rechtsgeltung ein. Ein unter Willensdruck auf eine Partei erfolgter Vertragsschluß souveräner Rechtssubjekte hat den Einwand des Zwanges gegen die vertragliche Rechtsgültigkeit nicht zu fürchten.

<sup>1)</sup> Diese verneinende Antwort entspricht der weit überwiegenden Lehre im Völkerrecht: Vgl. etwa GROTIUS, De iure belli Lib. II C. II § 7, 2; VATTEL, Le droit des gens 1758 L. IV Ch. 4 § 37, dem COLEMAN PHILLIPSON, Termination of war 1916 p. 162/63 zustimmt; ferner TH. LAWRENCE, The Principles of intern. law 1895 § 154; K. STRUPP, Grundzüge des Völkerrechts 1921, S. 97; weitere moderne Lit. bei GROSCH, Zwang im Völkerrecht 1912, S. 58f.; a. M. schon PUFENDORF, de iure nat. et gentium Lib. III C. 6 § 10; neuerdings BELING, Festgabe für LIEB-MANN 1920, S. 15 (zum VV), gegen BELING mit Recht KLEIN, JW. 1920, S. 620. Die Frage ist zuletzt von JAHREISS, Das Problem der rechtlichen Liquidation des Weltkriegs für Deutschland (Leipziger wissenschaftliche Studien, Heft 8) 1924 eingehend behandelt worden. Aber seine Analyse der willentlichen Struktur des erzwungenen Rechtsgeschäfts (§ 6, S. 25ff. a. a. O.) geht fehl. Eine Auseinandersetzung mit der von JAHREISS vertretenen Auffassung und ihren Konsequenzen für die Rechtsverbindlichkeit des VV wird im II. Teil erfolgen, wenn wir (exemplifikativ) von der Gültigkeit des VV handeln.

## B. Die Ersetzbarkeit der parteilichen Unterwerfungsakte.

### I. Grundlegung.

#### Stufen der Geltungserzeugung — Rechtsprävention.

§ 4. Wir haben bisher die Geltungsgenese des Rechts, das Rechtssubjekte, die sich zu einem, mit diesem Recht neu geschaffenen Rechtskreise zusammenschließen, setzen, einer Betrachtung und rechtlichen Wertung nur insoweit unterzogen, als es sich dabei um eigene Leistung der den fraglichen Rechtskreis bildenden Rechtsgenossen handelt. Diese eigene — formale: auf Geltungsverleihung an den Rechtssachverhalt (die künftige Rechtsordnung des Sonderrechtskreises) gerichtete — Leistung der Parteien besteht, so erkannten wir, in deren willentlicher Unterwerfung unter die selbstgeformte individuelle Rechtswirklichkeit. Es fragt sich nun — und dieser Frage soll im folgenden nähergetreten werden —, ob und in welchem Umfange und in welcher Weise es möglich ist, daß die als Aktkonstituenten der Rechtsgeltung erforderlichen Willensakte der normbeteiligten Rechtssubjekte bei der Geltungsgenese im konkreten Falle ausfallen und durch aktmäßigen Beitrag eingreifender Dritter ersetzt werden. Soweit diese Möglichkeit besteht und real zur vollen Auswirkung kommt, erlangt der den gegenständlichen Beziehungspunkt des Eingriffs von dritter Seite bildende Sozialsachverhalt Rechtsgültigkeit und bindende Kraft gegenüber den diesem speziellen Rechtskreise angehörenden Rechtssubjekten, ohne daß es auf deren den Tatbestand als Norm bejahende Stellungnahme im Stadium der Geltungsgenese angekommen wäre.

I. Es handelt sich hier um das Problem der *Drittintervention*, der Beteiligung einer außerhalb des Kreises der norminhaltlich betroffenen Rechtssubjekte (der Parteien) stehenden rechtlichen „Instanz“ bei der Gestaltung der parteilichen Rechtsbeziehung. Genau genommen — im Sinne der obigen Frage — nur um einen Ausschnitt dieses Problems: *Drittintervention* ist in jedem Stadium der Rechtssetzung (einschließlich der Tatbestandsformung) denkbar. Hier aber steht allein der in der Schlußphase der Rechtserzeugung, bei der Geltungsverleihung an den Rechtssachverhalt erfolgende Eingriff des Dritten in das Ich-Du-verhältnis der Parteien unmittelbar zur Diskussion. Im Fortgang der Untersuchung wird es sich jedoch als notwendig erweisen, über das durch die gegebene Fragestellung bezeichnete Thema hinauszugreifen und dem Problem des rechtlichen Mitgestaltens eines Dritten in seiner Totalität Beachtung zu schenken.

„Dritter“ ist jedes außerhalb des zu ziehenden Rechtskreises stehende Rechtssubjekt. Es kann für den Endeffekt der *Drittintervention* keinen wesentlichen Unterschied machen, ob der Dritte Funktionär einer größeren Rechtsgemeinschaft ist, deren Rechtsordnung die Rechtssubjekte, in deren Rechtsbeziehung er diktierend eingreift, kraft ihrer Zugehörigkeit zur Gesamtrechtsgemeinschaft unterworfen sind, oder ob die Parteien selber dem Dritten seine rechtsgestaltende Funktion — durch von ihnen ad hoc aufgestellte Sondernorm — übertragen haben. Im ersteren Falle beruht die Legitimation des Dritten, der namens der Gesamtrechtsgemeinschaft handelt, auf gesetzlicher (verfassungsmäßiger) Grundlage; im zweiten Falle dagegen auf dem konkreten, die Legitimierung unmittelbar aussprechenden Willen der individuellen Rechtssubjekte, um deren Rechtsverhältnis es sich handelt. Aber dieser Unterschied in der rechtlichen Fundierung der dem Dritten verliehenen Rechtsmacht gegenüber den betroffenen Rechtsgenossen ist für den Rechtsgehalt der Gestaltungsfunktion des Dritten und der von ihm erbrachten Leistung bei der Rechtserzeugung ohne Bedeutung.

1. Nicht hierher zu rechnen sind die Fälle des sogenannten Kontrahierungszwanges. Es handelt sich da überall um die Verpflichtung zur Schließung eines Vertrages, nicht jedoch um Konstituierung des Vertragsrechtskreises ohne willent-

liche normerzeugende Mitwirkung der Kontrahenten. Der Vertragsschluß ist, auch wenn auf Grund bestehenden Vertragszwanges eine Verpflichtung dazu besteht, eigene Leistung der Parteien; sie selber erheben, die Norm des Vertragszwanges in concreto vollziehend, den vertraglichen Sachverhalt zum bindenden Gesamtwillen. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die den Kontrahierungszwang auferlegende Willensbindung auf vertraglicher oder gesetzlicher Grundlage beruht. Der erstere Fall muß ohne weiteres ausscheiden, da hier die Verpflichtung zum Vertragsschluß einem unter denselben Rechtssubjekten geschlossenen Vorvertrage, mithin eigener Willensbindung entspringt, ohne daß es zu einer normativen Bestimmung ihrer künftigen Willenshaltung von dritter Seite dabei gekommen wäre. Aber auch wenn ausnahmsweise die Rechtsordnung der Gesamrechtsgemeinschaft Kontrahierungszwang auferlegt — z. B. in den Fällen des HGB. § 453, Postgesetz § 3 —<sup>1)</sup> wird die in abstracto vorgezeichnete Willensbindung erst dadurch zu einer konkreten, die betreffenden Rechtssubjekte vertraglich vergemeinschaftenden Rechtsordnung, daß diese den gesetzlichen Befehl zum Vertragsschluß ausführen und den Vertrag tatsächlich, seine individuelle Rechtswirkung vollend, schließen.

Es besteht nun freilich nach heutigem Recht die Möglichkeit, daß im Fall der Weigerung eines Teiles, den Vertrag, dessen Schließung normativ (vertraglich oder gesetzlich) auferlegt worden war, einzugehen, der Vertragszwang in der Weise durchgeführt wird, daß die zum Vertragsschluß erforderliche Willenserklärung des widerstrebenden Teils durch gerichtliches Urteil — gemäß § 894 ZPO. — ersetzt wird. Geschieht das, so haben wir in der Tat einen markanten Fall der diktierenden Drittintervention vor uns: Ersatz eines zur Rechtserzeugung inter partes erforderlichen parteilichen Willensaktes durch überparteiliches Diktat der Gesamrechtsgemeinschaft, die durch ihren Funktionär (den Richter) handelt. Aber dieser staatliche Willensaktersatz ist nicht Rechtswirkung des Kontrahierungszwanges als solchen; erst wenn und weil dieser nicht zum Ziele der freiwilligen Vertragsschließung geführt hat, greift auf Anrufung einer Partei — wie in anderen Fällen staatlicher Vollstreckung privaten Rechtswillens — ein überparteilicher Wille gestaltend ein. Sogeartete Sachverhalte der Geltungsverleihung an einen konkreten Rechtssachverhalt, der zugleich rechtsinhaltlich über die parteiliche (im maßgebenden Punkte versagende) Leistung fortgeführt wird, durch von der Gesamrechtsgemeinschaft delegierte Organe werden uns noch eingehend beschäftigen.

Anders ist die Rechtslage, wenn tatbestandlich von vornherein Eingreifen des Dritten für den Fall des Nichtzustandekommens einer Willenseinigung der Parteien vorgesehen ist, in welchem Falle der fragliche, in bestimmter Weise festzulegende Sachbestand durch Rechtsakt des Dritten Rechtskraft für die Parteien erlangen soll. Bei solcher Rechtsgestaltung läuft die Anlage des Tatbestandes auf eine

<sup>1)</sup> Zum Begriff des Kontrahierungszwanges vgl. außer v. TUHR, Allg. Teil des bürgerl. Rechts II, S. 495, O. v. GIERKE, Schuldrecht 1917, S. 116 sub 3, TITZE, Bürg. Recht, Schuldverhältnisse 1923 (in Enzykl. der Rechts- und Staatsw.) S. 29, insb. NIPPERDEY, Kontrahierungszwang und diktiert Vertrag 1920 § 2 S. 7f. und MOLITOR, Theorie des Vertragszwangs (in JfD. Bd. 73) 1923. Die von den genannten Schriftstellern gegebenen Begriffsbestimmungen stimmen keineswegs völlig überein. NIPPERDEY nimmt hier insofern eine Sonderstellung ein, als er von Kontrahierungszwang nur da spricht, wo eine Norm der Rechtsordnung einem Rechtssubjekt „ohne seine Willensbindung“ eine Verpflichtung zur Eingehung eines Vertrages auferlegt, nicht dagegen in den Fällen, wo die Verpflichtung auf einem Vorvertrage beruht (a. a. O. S. 7, 17); auch v. TUHR grenzt so ab, um dann freilich den Begriff des sog. Kontrahierungszwanges in hier nicht näher zu erörternder Weise umzuwerten. Es dürfte der von NIPPERDEY vorgenommenen Begriffsbeschränkung aus dem Grunde zuzustimmen sein, weil es sich in der Tat um ganz verschieden geartete Tatbestände handelt, wenn die Willensbindung auf selbstgesetzter Vertragsnorm und wenn sie auf dem Rechtssatze einer überparteilichen Rechtsordnung beruht. Es scheint richtig, von einem Kontrahierungszwange nur dann zu sprechen, wenn Identität des die Norm der Kontrahierungsverpflichtung setzenden Rechtskreises und des die Vertragsnorm selber setzenden Rechtskreises nicht besteht, jener diesem gegenüber vielmehr einen höheren normativen Rang hat.

(als Eventualfall) vorgesehene diktierte Rechtsgeltung hinaus, ohne daß es noch einer Umstellung der parteilichen Rechtsbeziehung durch Einbeziehung des zur Entscheidung berufenen Dritten bedürfte, wie es überall dort erforderlich ist, wo erst der Rechtsweg durch Anrufung des Gerichtes beschritten werden muß. Fälle der letztgenannten Art des „diktierten Vertrages“ (HEDEMANN, NIPPERDEY) im eigentlichen Sinne finden sich vielfach im deutschen Nachkriegsrecht. Doch davon ist hier nicht zu handeln.

2. Die Rechtsnorm verbindet, indem sie gilt. Die normative, willensbindende Geltung des Rechts hat die ihm unterworfenen Rechtssubjekte — mehr oder minder intensiv — vergemeinschaftet. Über ihnen steht als Gemeinsames der auf ein Willensziel gerichtete geeinte Wille der Rechtsordnung ihres personalen Kreises. Vor dem bestand rücksichtlich dieses Lebenssachverhaltes ein rechtskreisfreies Neben- und Gegeneinander der Rechtssubjekte, die kollidierenden Handlungsfelder wurden durch die keiner überindividuellen Normierung unterstellten, freien und evtl. gegensätzlichen Willenszielsetzungen der Einzelsubjekte bestimmt.

Der Übergang vom letzteren (vorvertraglichen) „Rechtzustand“ zu der rechtlichen Vergemeinschaftung der Parteien ist kein Vorgang momentaner Verwandlung. Um das Ziel der Normverbundenheit zwischen Rechtssubjekten, die zuvor auf diesem Lebensgebiete rechtlich nichts verband, zu erreichen, bedarf es der Zurücklegung eines aus verschiedenen Phasen der Rechtsgenese zusammengesetzten Weges. Zunächst muß einmal das Ziel der Rechtsgemeinschaft, wenn auch zunächst nur als Fernziel, ins Auge gefaßt und der Wille der Parteien in diese Blickrichtung aus der bisherigen abgelenkt werden. Dann erwächst das Erfordernis der Feststellung des Norminhaltes, des „Was“ der künftigen Rechtsordnung. Schließlich als Schlußstein die Erhebung des inhaltlich festgelegten Rechtssachverhaltes zur Rechtswirklichkeit.

Der Vorgang der Rechtsbildung ist ein vereinfachter, wenn die mehreren Rechtssubjekte von vornherein in gleicher Weise dem Ziele rechtsgemeinschaftlichen Zusammenschlusses zustreben, wenn das Ziel der Willensverbundenheit auf der Linie der Individualintentionen liegt. Das ist regelmäßig der Fall bei Gründung von personalen Rechtsverbänden genossenschaftlichen Charakters (Vereine, Staaten). Schon der vorläufige Zusammenschluß der Rechtssubjekte zu einer Gründersozietät zwecks Festsetzung der Verfassung und demnächstiger Konstituierung der Rechtsgemeinschaft auf dieser verfassungsmäßigen Rechtsgrundlage ist von dem allseitigen Willen der Unterwerfung unter die künftige Rechtsordnung, des Verzichtes auf die jetzige Individualfreiheit im Rahmen der Verfassung der zu gründenden Rechtsgemeinschaft getragen. Die erste Phase der Überwindung der nach nicht vereinbarten Zielen gerichteten Willensintentionen der einzelnen wird hier sozusagen überschlagen. Vom Endpunkt des Vorganges der Erzeugung der Rechtsgemeinschaft zurückblickend auf den Anfang der Geltungsgenese kann jeder einzelne Genosse des Rechtsverbandes sagen: Diese Willensunterworfenheit habe ich, wenn auch ohne Kenntnis ihrer gegenständlichen Beziehung im einzelnen, von Anfang an gewollt; auf dieses Willensziel lief unser aller Willenslinie von vornherein zu.

Das ist freilich insofern eine Übertreibung, als, bevor der Rechtsverband Rechtswirklichkeit wurde, die dem gleichen Punkte in der Idee zustrebenden Intentionen der Einzelsubjekte auf ein sozialwirkliches Ziel noch nicht normativ festgelegt waren und ein willentliches Abweichen des Einzelnen von dieser Willenslinie und damit ein Auseinanderfallen des in thesei vergemeinschafteten Sozialbereiches in getrennte Handlungsfelder noch jederzeit möglich war. Erst die mit Rechtsgültigkeit bekleidete Rechtsordnung der neuen Rechtsgemeinschaft hält den als Aktkonstituente in den Rechtssachverhalt eingefügten Individualwillen in der normgewordenen Linie des Gesamtwillens fest. Nun erst ist Willenseinung im Rechtssinne erreicht worden. Andererseits ist zuzugeben, daß überall dort, wo die rechtliche Vergemein-



schaftung als solche Willensziel ist, also bei der Gründung von rechtlichen Personalverbänden jeder Art, das Endziel regelmäßig, weil auf der schon eingehaltenen Individualwillenslinie liegend, unmittelbarer angestrebt und darum auf genetisch geraderem Wege erreicht wird als in anderen Fällen der Rechtserzeugung.

In den anderen Fällen handelt es sich um die Sachverhalte der Geltungsgenese „gewöhnlicher“ Verträge. Da ist personale Verbundenheit nicht Ziel und genetischer Leitgedanke der in Vertragsverhandlungen tretenden Rechtssubjekte. Die Einstellung beider Teile ist von Anfang an „in rem“, auf den zu regelnden Sozial Sachverhalt als lebendige Willenswirklichkeit gerichtet. Die Parteien kommen von verschiedenen Seiten an den Verhandlungsgegenstand heran. Jeder fragt: Welcher Vertragsinhalt gewährt mir das Äußerste, das mir der Gegner noch zugestehen kann. Eine interessenausgleichende, den Willensgegensatz zum gemeinsamen Ziel des Vertrages umbiegende Rechtsformel muß gefunden werden. Das personale Element spielt dabei zunächst keine Rolle, soweit nicht etwa personale Qualitäten (Ruf, Kreditwürdigkeit, Vorbildung usw.) nach dem Vertragsinhalte von sachlicher Bedeutung sind. Erst wenn die Frage der Willensunterwerfung unter das vertraglich gesetzte Recht auftaucht, lenkt sich der Blick vom Vertragsinhalte — dem Vertragsgegenstande — auf die Person und zwar die eigene Person zunächst: der Wille zur rechtlichen Bindung tritt intentional ins Bewußtsein, um dann entschlußmäßig vollzogen und als normbejahender Akt verlautbart zu werden. Zugleich erfolgt Hinwendung zum anderen Subjekte, um dessen leibliche Verlautbarung des Willens zum Verträge als gültiger Norm inter partes entgegenzunehmen. Im Bilde gesehen: Die Kontrahenten erheben die Blicke vom Verhandlungstische, den die den Diskussionsstoff enthaltenden Papiere bedecken und auf dem der eben fertiggestellte Vertragsentwurf liegt, sehen sich an und reichen sich die Hände, das Vereinbarte dadurch wortlos bekräftigend, so dem Willen: „Das soll gelten unter uns“, sinnlichen Ausdruck gebend.

Der zur Vertragsschließung führende Vorgang kann im Leben sehr verschieden aussehen. Unter Tathandlungen kann das der Rechtsgestaltung geltende Parteiverhalten fast ganz verschwinden. Zumal dann, wenn es sich rechtlich bloß um die Konkretisierung bereits oft angewendeten und den Parteien geläufigen Rechtes des höheren Rechtsverbandes, dem auch die Kontrahenten angehören, handelt. Aber so sehr im einzelnen Falle das rechtsgenetische Verfahren durch Bezugnahme auf bekannte Rechtsnormen (die bei Rechtsgeschäften der gerade vorliegenden Art am Bewußtseinshintergrunde ungerufen auftauchen, ohne weiter vorzudringen bis zur leiblichen Verlautbarung) abgekürzt und vereinfacht werden kann, gewisse Willensformungen sind als zur Genesis der Vertragsschließung notwendige anzusehen. Es läßt sich über den rechtlichen, stufenweisen Aufbau des konkreten, durch vertragliches Zusammenwirken mehrerer Rechtssubjekte erzeugten Rechtes immerhin allgemeine Einiges sagen. Der Sachverhalt der Seinswerdung vertraglichen Rechtes zeichnet sich, von allen außerrechtlichen Überlagerungen gereinigt, auf der Ebene des „rein Juristischen“ mit folgenden Hauptlinien ab:

Der Rechtszustand der Willensunterworfenheit der vertraglich verbundenen Rechtssubjekte unter die Rechtsordnung ihres speziellen Rechtskreises ist charakterisiert durch ein Einigsein eben dieser Subjekte darüber, daß der Vertrag als bindende Norm (nach näherer Maßgabe seines Inhaltes) über ihrem Willen steht. Dem „Einigsein“, das auf Willenseinigung der Vertragsschließenden aktmäßig beruht, geht ein Nichteinigsein voraus.

Es gibt nun Stufen des Nichteinigseins. Man kann von „totaler“ und „partieller“ Nichteinigkeit sprechen.

a) Außer Betracht bleiben kann dabei der Zustand völliger Beziehungslosigkeit. In Hinsicht auf Rechtssubjekte, deren Handlungsfelder so auseinanderliegen, daß auch nur Punkte der Berührung fehlen, geschweige denn Reibungsflächen möglich

sind, kann die Frage nach einem Einigsein gar nicht aufgeworfen werden. Diese Frage läßt sich nur dort stellen, wo sie aus den faktischen sozialen Verhältnissen selbst als Verständigungsproblem für die Rechtssubjekte erwächst, deren Willenszielsetzungen gleiches Lebensgebiet überspannen und sich infolgedessen im sozialwirklichen Willensraume stoßen. Totales Nichteinigsein in der krassesten Form liegt vor, wenn jeder, allein nach dem Gesetz seines Willens handelnd und die gegensätzlichen Intentionen des anderen mißachtend seine Willensziele ohne Rücksicht auf den konkurrierenden Gegner zu verwirklichen strebt. Das ist vom reinen Willen zur Macht getragener Krieg. Die Handelnden sind, soweit sie gegeneinander handeln und auf Verdrängung des anderen aus der Wertsphäre, nach der die eigne Hand herrschaftslüstern gestreckt wird (mag es sich nun um territoriale Macht handeln oder um die Beherrschung eines Absatzmarktes), hinarbeiten, Feinde. Der soziologisch allerdings vorhandenen personalen Beziehung: Feindschaft<sup>1)</sup>, entspricht keine rechtliche Relation. Als keiner gemeinsamen Rechtsordnung Unterstellte stehen die feindlichen Rechtssubjekte rechtlich unverbunden nebeneinander; im Rechtssinne gehen sie einander nichts an.

Eine gewisse, nicht unwesentliche Verschiebung der Sachlage tritt ein, wenn der Krieg nach den Intentionen der Parteien den Charakter der Rechtsverfolgung annimmt, d. h. der Durchsetzung (nicht kraft Rechtes bestehender, sondern) behaupteter Ansprüche, parteilicher Rechtspräntionen oder umgekehrt deren Abwehr in als rechtmäßig behaupteter Verteidigung dienen soll. Das ist der von der Idee des „bellum iustum“ getragene Waffengang der mit Gewalt ihr — vermeintes — Recht suchenden Kriegsparteien, der Krieg, wie ihn schon HUGO GROTIUS im Auge hatte, wenn er sagte: „Ubi iudicia deficiunt, incipit bellum“<sup>2)</sup>. Auch der „Weltkrieg“ 1914/18 ist bekanntlich beiderseits als Präntionskrieg geführt worden, woraus dann im Friedensvertrag die Konsequenz gezogen wurde, daß der Waffensieg der a. und a. Mächte einen Sieg ihrer Rechtspräntion gegenüber der Gegenpräntion Deutschlands, dessen bellum mithin iniustum, ein rechtswidriger Angriff war, darstellte (vgl. Art. 231 VV.).

Solange der Krieg geführt wird, kann von einer Rechtsbeziehung der Kriegführenden zueinander nicht gesprochen werden. Gerade beim präntional fundierten Kriege legen die Parteien Wert darauf, die sie trennende Willensgegensätzlichkeit klar herauszustellen. Es kommt da regelmäßig zu Verlautbarungen über die Rechtspräntionen, welche die Gewaltanwendung auf der einen und der anderen Seite rechtfertigen sollen. Derartige Erklärungen über die parteilichen Willensintentionen, die „Kriegsziele“, haben nicht den Charakter an den Gegner adressierter Willenserklärungen. Noch besteht keine den Gedankenaustausch von Subjekt zu Subjekt ermöglichende Ich-Du-Beziehung zwischen den Kriegführenden. Eine rechtliche Verbindung von Feind zu Feind wird durch die intersubjektive, unadressierte, auf „die Straße“ der sozialen Welt, der die Parteien angehören, hinaus erklärte Verlautbarung der Kriegspräntionen nicht hergestellt. Die um ihr „Recht“ kämpfenden Präntendenten befinden sich fraglos in einem Stadium totaler Nichteinigkeit. Aber eines ist immerhin erreicht: der Willensgegensatz ist in die Sphäre des Rechtes gehoben worden, indem er rechtlich (präntional) geformt wurde, ist er zu einem Rechtssachverhalte: dem Streitgegenstande geworden. Die Formung ist keine endgültige, sie beruht auf separaten Leistungen der Parteien und umgrenzt das Streitthema in einer für keine der Parteien verbindlichen Weise. Weder brauchen sich diese auf ihre eigenen Präntionen ein für allemal durch bindenden Entschluß festgelegt zu haben, noch ist es zu einer vom Willen beider Streitteile getragenen

<sup>1)</sup> Vgl. über die verschiedenen Modi des soziologischen Wesens „Kampf“ SIMMEL, Soziologie 1908, S. 247f., auch VIERKANDT, Gesellschaftslehre 1923, S. 269f.

<sup>2)</sup> HUGO GROTIUS, De iure belli ac pacis L. II C. 1, 2 § 1. cf. eod. Prolegomena § 25, auch L. II C. 7, 2 § 2.

Feststellung des präintentionalen Gegensatzes gekommen. Aus den Kriegszielerklärungen läßt sich der sachliche Gegensatz der Parteien ermitteln, feststellen, inwieweit sich die von den erklärten Willensintentionen umfaßten Handlungsfelder der Streitenden decken und überschneiden, und auf Grund dessen das „Was“ des Streitiges, der Streitgegenstand bestimmen. Diese Bestimmung schwebt aber in der Luft, insofern als sie auf einem Vorgange intellektueller Verknüpfung, nicht auf willentlicher Setzung beruht. Solange der Kampf ums Recht auf physische Gewalt seine Endentscheidung abstellt, besteht der Willensgegensatz der Streitteile als Ausdruck eines unüberbrückten „Gegeneinander“. Das Gedankending des durch die Parteipräntionen umrissenen Streitgegenstandes liegt zwischen den Streitenden, keinem von ihnen von seiner Kampfeinstellung aus erreichbar. Die Formulierung der verfolgten Rechtspräntionen bedeutet jedoch unleugbar einen gewissen Fortschritt auf dem Wege der parteilichen Annäherung dem Ziele der Aufhebung des Präntionsgegensatzes zu: Durch Bereitstellung eines möglichen Diskussionsstoffes ist der Übergang vom Präntionskriege zum Rechtsstreite geebnet und vorbereitet worden. Dieser Übergang erfolgt, indem das Stadium totaler Nichteinigkeit der unverbunden gegeneinander stehenden Rechtssubjekte abgelöst wird durch ein zweites Stadium der Entwicklung zur Willenseinigung der Parteien, das wir als Phase des

b) partiellen Nichteinigseins bezeichnen wollen. Mit Eintritt in diese Phase ist eine prinzipielle Änderung im Verhältnis der Parteien eingetreten: Das betonte und durch Taten bekräftigte „Gegeneinander“ der Streitenden ist einem „Zueinander“ derselben gewichen. Es besteht jetzt zwischen den Parteien eine Rechtsbeziehung. Man verhandelt. Die Feindhandlungen sind sistiert. Der Wille zur eigenmächtigen Verwirklichung der Präntion ist, wenn auch nicht aufgegeben, so doch inaktualisiert worden. Es soll nach dem jetzigen Willen der Parteien die Streitlösung auf anderem Wege, dem friedlichen der Verständigung versucht werden. Darüber, daß dieser Versuch künftiger Willenseinigung mit rechtsstreitbeendender Wirkung gemacht werden soll, sind sich die Parteien schon jetzt einig. Sie haben sich, um über friedliche Erledigung des Streitiges zu verhandeln, vertraglich zusammengeschlossen. Ein Vertrag des Inhaltes: Wir wollen auf der Basis unserer bisher verlaublichen und noch weiter zu verlaublichen Rechtspräntionen verhandeln, ist geschlossen worden. Ob das Ziel präntionsaufhebender Einigung erreicht wird, ist ungewiß. Die zur Zeit bestehende Rechtsbeziehung ist provisorischer Natur, die erzielte Einigung von brüchiger Rechtskraft. Kommt es zu einer friedlichen Streitlösung nicht, so reißt das Rechtsband der vorvertraglichen Einigung und die Streitteile stehen wieder rechtlich unverbunden nebeneinander. Eine auf die präntionale Gegensätzlichkeit der Parteien aufgebaute Rechtsbeziehung ist gegenständlich von dem parteilichen Willen zur Verhandlung getragen und insoweit normativ fundiert. Aber das Fundament ist schmal und hat keineswegs die Struktur eines unabänderlichen Gesamtwillens. Ein Rückgriff auf die Kriegspräntionen zum Zweck deren ungehemmter Verfolgung mit den Mitteln physischen Zwanges blieb beiden Parteien als möglich vorbehalten; erst der Friedensschluß würde ihn rechtlich ausschließen. Es entspricht daher durchaus der Rechtslage, hier von einem Stadium bloß „partieller“ Einigkeit oder negativ: „partiellen Nichteinigseins“ zu sprechen.

Wir haben es hier mit dem primären Stadium der Normwerdung des Vertrages überhaupt zu tun<sup>1)</sup>. Es ist vorhanden und wird, ehe es zur Rechtsverbundenheit unter der Rechtsnorm des rechtsgültigen Vertrages kommt, durchlaufen nicht nur, wenn es sich handelt um friedliche Schlichtung kriegerischer Streitigkeiten, auch

<sup>1)</sup> Die rechtsdogmatischen Konsequenzen der hier gegebenen Begriffsanalyse der Vertragsgenesis für die Probleme des „Vorvertrages“ und der culpa in contrahendo werden später (im II. Teil) zu ziehen sein.

die Geltungsgenese von Verträgen minderer Dignität und unter nichtsoveränen Rechtssubjekten niederer Ordnung weist die Wesenszüge dieses Stadiums der Vertragsverhandlungen auf. Wir wissen<sup>1)</sup>: Am Anfang der historischen Entwicklung des Vertrages steht die rechtliche Vergemeinschaftung von Rechtssubjekten, die ihren Fehdegegensatz durch Unterstellung ihres Willens unter die Individualnorm eines Sühnevertrages aufheben: das „pactum (pactio)“ des altrömischen, die *διάλλοις* des altgriechischen Rechts, der „Vertrag“ im ursprünglichen Wortsinne einer friedlichen, auf Einigung der Streitteile beruhenden (geldlichen) Ablösung des gewalttätigen, von der Rechtsidee der Verfolgung des Racherechts getragenen Zugriffes auf die personale Wertesphäre des anderen. Von dieser Urform hat sich der Vertrag im Laufe der Zeit weit ab entwickelt, den verschiedensten sozialen Zwecken zur normativen Verwirklichung heute zu dienen befähigt. Rechtsgenetisch ist ihm aber dasselbe Rückgrat geblieben. Gilt es auch regelmäßig beim Vertragsschlusse nicht, den Feind dem Feinde unter Aufhebung der vorvertraglichen, auf Machtüberlegenheit eines Teiles beruhenden Herrschaft über den in seiner Rechtssubjektivität gedrückten Gegner und unter Wiederherstellung der rechtlichen Gleichheit der Kontrahenten (vor dem Gesetz des Friedensvertrages) vertraglich zu verbinden, — bei jedem, auch rein geschäftlichen Verträge handelt es sich darum, bestehende Gegensätze in den Willenszielsetzungen der Parteien zunächst verhandelnd „anspruchsmäßig“ festzustellen und sodann durch einen willentlichen Zusammenschluß der Kontrahenten unter der Rechtsordnung ihres Vertrages aufzuheben.

Die vertragliche Bindung ist im Laufe der Kulturentwicklung inhaltlich differenzierter und feiner geworden. Aber immer noch sind es „Gegner“, die zur Vertragsschließung zusammentreten, und erst die Rechtskraft des geschlossenen Vertrages macht sie zu „Genossen“ der speziellen, von der Vertragsrechtsordnung beherrschten Rechtsgemeinschaft. Allerdings ist in der genetischen Vorgeschichte derartiger Verträge ein Stadium rechtsprätentionaler Gegensätzlichkeit der Parteien regelmäßig nicht aufweisbar. Es bedurfte, um zur Willenseinigung im Verträge zu gelangen, nicht der Aufhebung widersprechender Rechtsbehauptungen. Vielmehr stand die Ausgleichung wirtschaftlicher Gegensätze der Kontrahenten in Frage. Trotzdem kommt einem, wenn auch nicht tatsächlich in unmittelbare Erscheinung getretenen Prätentionsverhältnisse der Parteien die rechtslogische Priorität gegenüber dem rechtskräftigen Verträge als dessen genetischer Vorstufe zu:

Rechtsgeltung bedeutet nach der negativen Seite Behauptungsfähigkeit gegenüber Angriffen auf die Norm des Vertrages. Was die Rechtsgeltung im Verhältnis zu den Vertragsgenossen angeht: den Ausschluß des Rückgriffes auf die vorvertragliche Handlungsfreiheit, die der vertraglichen Willensgebundenheit weichen mußte und zu der Zurückkehrenwollen ausgesprochenste Auflehnung gegen die Normwirkung des Vertrages seitens des dies unternehmenden, damit zum Angriffe auf den rechtlichen Bestand der *lex contractus* schreitenden Kontrahenten darstellt. Solche Angriffsmöglichkeiten rechtlich auszuschließen, war Ziel der auf Geltungsverleihung an den vertraglichen Sachverhalt gerichteten Parteiakte: der willentlichen Unterwerfungsakte. Zu deren willentlichem Gehalte gehört als negatives Korrelat der Normbejahung der Verzicht auf Rechtsanmaßungen (Rechtsprätentionen), die mit der vertraglichen Individualnorm in Widerspruch stehen und eine Negierung der den Herrschaftswillen einer Partei in bezug auf Werte, die der anderen Partei zugesprochen sind, begrenzenden bzw. ausschließenden Normierung der Ver-

<sup>1)</sup> Zum röm. „pactum“ vgl. RABEL, Grundzüge des röm. Privatrechts (in HOLTZENDORFF-KOHLER, Enzykl. Bd. I) 1915, S. 458 und KOSCHAKER in SZ. Bd. 37, S. 365, zur „*διάλλοις*“ des altgriech. Rechts PARTSCH, Göttinger Gelehrte Anzeigen 1910, S. 759 und B. SCHWARZ, Die öffentl. und private Urkunde im röm. Ägypten 1920, S. 112 f., zum Wort „Vertrag“, JAKOB GRIMM, Deutsche Rechtsaltertümer, 4. Aufl., 1899 Bd. II, S. 140, wo der Sinn des Verbum „vertragen“ erläutert ist.

tragsrechtsordnung enthalten. Diesem, jeden normkonstituierenden Willensakt begleitenden Verzichtswillen geben die Vertragsurkunden primitiverer Kulturperioden verbalen Ausdruck mit stereotypen Wortformeln, wie „nicht ändern, nicht klagen, den Vertrag nicht anfechten wollen“, griech. *μη̄ ἐπελεύσειθαι, μη̄ ἔγκαλειν*<sup>1)</sup>. Heute, wo der den Vertragsrechtskreis einschließende, zum Rechtsstaate erstarkte Gesamtrechtsverband den Vertrag durch seine externe Anerkennung in der normativen Wirkung auch den Kontrahenten gegenüber garantiert und festigt, kommt deren Wille zur Vertragstreue regelmäßig nicht mehr zum formulierten Ausdruck. An dem Erfordernisse des faktischen Gegebenseins eines derartigen auf Präentionsverzicht gerichteten Parteiwillens ist auch für das moderne Vertragsrecht festzuhalten. Eine separate Verlautbarung erübrigt sich, da dieser negativ gerichtete Wille mit den die Vertragsgeltung konstituierenden Unterwerfungsakten der Vertragsschließenden ohne weiteres mitgegeben ist.

Retrospektiv, vom Standpunkt rechtskräftiger Vertragsverbundenheit der Kontrahenten erscheint der dem bindenden Vertragsschluße unmittelbar voraufgehende parteiliche Rechtszustand als ein solcher möglicher Parteipräentionen in Hinsicht auf den den Vertragsinhalt bildenden Sozialsachverhalt. War auch sachlich eine Festlegung der Willensübereinstimmung in einem Vertragsentwurfe schon erfolgt, ehe nicht auf Grund der parteilichen (Unterwerfungs-)akte dem Sachverhalt Rechtsgeltung inter partes zuteil geworden und damit der Entwurf zum bindenden Vertrage erhoben war, konnte den Vertragsschließenden ein der geplanten Regelung Entgegenhandeln und auch ein Rückgängigmachen bereits vollzogener Vermögensverschiebungen aus (Vertrags-)Rechtsgründen nicht verwehrt werden. Denn was bis dahin — vor Verlautbarung der parteilichen Unterwerfungsakte — geleistet wurde, war der Seinsform des Rechts, der Rechtsgültigkeit entbehrendes Faktum. Dem auf das Rechtsgeschäft als individuelle Normwirklichkeit Blickenden muß danach der noch nicht rechtlich (durch Geltungsverleihung) perfizierte Vertrag als geradezu durch die rechtliche Möglichkeit des Angriffes der Parteien auf den vertragsgemäßen faktischen Zustand charakterisiert erscheinen. Aber auch dort, wo kein Gütertausch oder sonstige Wertbewegung von Partei zu Partei den Vertragsgegenstand bilden, ist es Charakteristikum des noch nicht zur Rechtskraft gelangten parteilich gestalteten Tatbestandes, daß seinem sozialrechtlichen Sinne Zuwiderhandeln nicht Normbruch bedeutet, sondern in Ausübung der den Kontrahenten noch verbliebenen Handlungsfreiheit erfolgt, einer Freiheit, die sich ex post (nachdem der Vertrag lex geworden ist) betrachtet als normwidrige Willkür der jetzt vertraglich gebundenen Rechtssubjekte darstellt.

Hier überall bedeutet der — ausdrücklich erklärte oder der parteilichen Aktkonstituente stillschweigend „mitgegebene“ — Präentionsverzicht nicht die Aufgabe, d. i. nachträgliche willentliche Durchstreichung tatsächlich geltend gemachter Rechtsansprüche, wie es allerdings der Fall ist in den Fällen vertraglicher Fehdebeilegung, wo dem Vertragsschlusse ein von Rechtspräentionen getragener Parteistreit voraufgegangen war. So liegt es bei der Rechtsgenese „gewöhnlicher“ Verträge nicht. Der Verzicht bezieht sich hier auf mögliche Präentionen, wie sie entgegen der Norm des Vertrages von der Partei erhoben werden könnten; anders ausgedrückt: es wird auf die rechtliche Präentionsmöglichkeit als solche verzichtet. Der vor der Vertragsperfizierung liegende (als liegend gedachte) Zustand der Präentionsmöglichkeiten wird durch den Unterwerfungsaktvollzug der Kontrahenten verneint, als rechtlich existentialer durchstrichen. Wenn später von einer Partei eine derartige vertragsnormwidrige Präention erhoben wird, so

<sup>1)</sup> Über vertragliche Schlußklauseln dieses Sinnes im altbabylonischen Recht vgl. SAN NICOLÒ, Die Schlußklauseln der altbabyl. Kauf- und Tauschverträge 1922, S. 44f., S. 56; im germanischen Recht: PUNTSCHART, Schuldvertrag 1896, S. 75f. Die erwähnten Wendungen gräko-ägypt. Urkunden dürfen als bekannt gelten.

steht deren Rechtswirksamkeit der generelle Verzicht auf „*posse praetendere*“ entgegen, der Normangriff des Prätendenten scheitert an der Behauptungsfähigkeit des rechtskräftigen Vertrages gegenüber allen möglichen Rechtsanmaßungen, die mit seiner Rechtsordnung im Widerspruche stehen.

So wenigstens, wenn die Rechtskraft des Vertrages den Grad unbrechbarer Stärke erlangt hat. In der Regel wird auch umfassende aktmäßige Fundierung der Vertragsrechtsgültigkeit nicht genügen, um den höchsten Stärkegrad zu erreichen. Wir operieren mit dem Grenzbegriffe schlechthin unbrechbarer Rechtsgeltung, Intensitätsgrade niederer Stufe an dieser Stelle außer acht lassend. Es kommt uns auf den prinzipiellen Gegensatz der bezeichneten Stadien der Rechtsgenese an; dieser tritt am schärfsten hervor, wenn man die Punkte der Antinomie weitmöglichst auseinanderlegt. Deshalb exemplifizieren wir hier das Endstadium vertraglichen Einigseins mit dem extremen Falle unangreifbarer Rechtskraft. Daß es sich dabei nur um einen Fall handelt, den höchsten Punkt in der Skala der Rechtsgeltungen, ist schon auf Grund früherer Bemerkungen klar und wird später, wenn wir uns dem Thema: Grade der Rechtsgeltung, besonders zuwenden<sup>1)</sup>, noch klarer werden. Übrigens besteht auch das Wesen unvollkommener, widerlegbarer Rechtskraft, wie wir wissen, darin, daß sie Normangriffen bis zu einem gewissen (eben ihrem Stärke-) Grade widersteht. Von parteilichen Prätentionsverzichteten, wenn auch vielleicht beschränkten und widerruflichen ist jeder Rechtssachverhalt, dem Normqualität *inter partes* in irgendeinem Rechtssinne zukommt, getragen. Vollkommenheit der in den Aktkonstituenten der Rechtswirklichkeit enthaltenen Prätentionsverzichtete und Stärkegrad des erzeugten Rechtes stehen in einem Verhältnis funktionaler Abhängigkeit; immer ist der Rechtskraftgrad eines Sachverhaltes, wenn auch nicht nur, so doch auch Funktion der Intensität, mit der die normkonstituierenden Rechtssubjekte künftige Willensauflehnung gegen die selbstgesetzte Norm ausschließen, indem sie normbejahend einen Rückgriff auf vorvertragliche Rechtszustände verneinen.

3. Die Betrachtung der Stufen der Genese des Rechtes — nicht der Genese der Seinsform des Rechtes als eines stufenweise sich entwickelnden Vorganges der Geltungsverleihung an den inhaltlich fertigen Sachverhalt; davon ist an dieser Stelle nicht zu sprechen — ist für uns, die wir uns dem Problem der Drittintervention zugewendet haben, nicht Selbstzweck. Um aber rechtlichen Sinn und möglichen Effekt eines überparteilichen Eingriffes in die Rechtsbeziehungen individueller Rechtssubjekte beurteilen zu können, mußten wir zunächst einmal Klarheit darüber erlangt haben, wie Parteirelationen, an deren weiterer Abwicklung (zum Ziele vollkommener rechtlicher Harmonie der normativ vergemeinschafteten Rechtssubjekte) der „Dritte“ beteiligt wird, überhaupt „aussehen“ können und müssen.

In allen Fällen der Drittintervention handelt es sich um die Lösung von Willensdifferenzen, deren friedliche, d. i. rechtliche Erledigung den Streitenden aus eigener Kraft (des Willens zur vertraglichen Verständigung) nicht gelingt. Eingriff eines Dritten ist dabei in verschiedenem Maße möglich. Es kann ihm parteilich oder kraft Rechtsnorm einer höheren Rechtsgemeinschaft, die ihn delegiert, die Rechtsmacht zur Schaffung eines die Parteien rechtskräftig bindenden „Vertrags“-Sachverhaltes eingeräumt worden sein. Unter Umständen ist aber die Funktion des hinzugezogenen Dritten wesentlich beschränkter, besteht nur in einer Hilfeleistung, einer Unterstützung der Parteien bei ihren Verhandlungen über eine streitlösende Willenseinigung, während das letzte Wort über Geltung oder Nichtgeltung der vorgeschlagenen vertraglichen Rechtsordnung den Streitenden selber zusteht. Weitere Abstufungen in der Funktion des intervenierenden Dritten sind denkbar. Aber gleichviel wie die Rolle des Dritten des Näheren beschaffen ist, ob sie ihm die Stel-

<sup>1)</sup> Im II. Teil der Untersuchung.

ung eines Parteihilfen, Schlichters oder Richters zuweist, in jedem Falle ist das Willensendziel: Schaffung einer die Streitparteien mit normativer Kraft zusammenschließenden Individualrechtsordnung. Daraus ergibt sich: die Intervention eines Dritten ist ausgeschlossen, weil gegenstandslos, wenn parteiliche Einigung bereits stattgefunden und bindende Kraft erlangt hat. Die Erreichung eines bereits erreichten Zieles ist widersinnig. Hier ist jedoch eine wichtige Einschränkung zu machen: Trotz tatsächlich bestehender Normverbundenheit der Parteien kommt es unter Umständen zum Rechtsstreit zwischen ihnen über die Rechtsnorm, die sie verbindet, wenn nämlich eines der beteiligten Rechtssubjekte deren Geltung (ganz oder zum Teil) in rechtlich beachtlicher, den Gegner zur Streiteinlassung nötiger Weise angreift. Das ist überall möglich, wo die Rechtsgeltung nicht zu einer schlechthin unanfechtbaren gesteigert worden ist, einen jede Möglichkeit normwidriger Rechtsprätention seitens eines normunterworfenen Rechtssubjektes ausschließenden Stärkegrad erlangt hat. In allen anderen die Regel bildenden Fällen ist die die Parteien rechtlich verbindende Individualnorm angreifbar, d. h. die Erreichung des Zieles der normativen Willensverbundenheit hinsichtlich des vertraglichen Sachverhalts bestreitbar. Gegenüber solchem Angriffe auf den Normbestand des konkreten Rechtes muß der angegriffene Rechtsgenosse dartun (d. h. nicht notwendig beweisen), daß die angegriffene Norm in Wahrheit gilt und in diesem Umfange und mit diesem rechtlichen Sinn, weil das Ziel willentlicher Verbundenheit bereits erreicht war. Die Wirkung der Bestreitung von seiten des die Nichtgeltung präntendierenden Rechtssubjektes ist in bezug auf das Verhältnis der Parteien zunächst jedenfalls die, daß unter Aufgabe der erzielten Stellung des Vertragsfriedens ein Stadium partieller Nichteinigkeit der Parteien hergestellt wird. Es wird, indem der am Verträge festhaltende und seine Geltung gegen den Angreifer verteidigende Teil sich auf dessen Prätention „einläßt“, das Rechtsverhältnis beider auf die Stufe eines vorvertraglichen Prätentionsverhältnisses zurückgeschoben, auf dem Einigkeit nur insoweit besteht, daß über den Streitgegenstand: die von der einen Seite angefochtene und vom Gegner als existent präntendierte Rechtsgeltung des (angeblichen) Vertrages, entschieden werden soll. Der Modus der streitlösenden und die Parteien wieder rechtlich einigenden Entscheidung und der zu ihr führende Verhandlungsweg können so verschieden sein und sich in demselben Umfange der Beteiligung eines intervenierenden Dritten erfreuen, als das in allen sonstigen Fällen von Rechtsstreitigkeiten möglicherweise geschieht. Ob der verlassene Zielpunkt des Einigseins wieder erreicht wird, bleibt in jedem Falle zweifelhaft. Es ist nie voraussehbar, ob die künftige Rechtsstreitlösung die Rechtsprätention (zu welcher die Geltung des angefochtenen Vertrages im Rechtsstreit abgeschwächt worden ist) einer (der vertragstreuen) Partei inhaltlich decken wird.

Kein Zweifel, daß ein Dritter bei Rechtslagen der erörterten Art intervenieren kann. Es fehlt durchaus nicht an einem Interventionsziel, da die parteilich erreichte Einigung unaufhebbarer Rechtskraft darbt. Die vorhandene vertragliche Willenseinigung bedeutete insofern keine endgültige Aufhebung des vorvertraglichen parteilichen Willensgegensatzes, als ein präntionaler Angriff auf den Vertrag nicht ausgeschlossen war und wenn faktisch erfolgend zur Auflösung der Vertragsrechtsgemeinschaft (deren Rechtsordnung, weil der hinreichenden Behauptungsfähigkeit [i. S. von Unangreifbarkeit] ermangelnd, „nachgegeben“ hatte) in ein Rechtsstreitverhältnis führen mußte.

Seine Funktion (wie immer sie konkret bestimmt ist) kann der Dritte nur ausüben, wenn ein Gegensatz der Parteiwillen in bezug auf einen rechtlicher Regelung zugänglichen Sozialsachverhalt schon und noch besteht. Nicht erforderlich, daß im Zeitpunkte des Dritteingriffes ein von formulierten Prätentionen getragenes Rechtsstreitverhältnis zwischen den Parteien vorliegt. Die Aufgabe des Dritten kann darin bestehen, die im Stadium totaler Nichteinigkeit befindlichen Streit-

teile zur Schließung eines vorläufigen, auf Begründung einer vorvertraglichen Rechtsbeziehung mit dem Zwecke des Versuches gütlicher Streitschlichtung gerichteten Vertrages zu veranlassen. Soll allerdings Ersetzung der parteilichen Unterwerfungsakte durch Spruch einer überparteilichen Instanz erfolgen mit der Maßgabe, daß die Rechtskraft dieses Spruches die Parteien mit der Kraft einer definitiven Lösung ihres Willensgegensatzes bindet, so muß dem eine präentional geformte Rechtsbeziehung der beteiligten Rechtssubjekte vorausgegangen sein. Nur ein durch formulierte Rechtspräentionen fundiertes Rechtsverhältnis kann der bindenden Drittlösung entgegengeführt werden. Findet der Dritte eine derartige Rechtslage nicht vor, so wird es seine Aufgabe sein, auf die Parteien in der Richtung präentionaler Formung ihrer gegenseitigen Forderungen einzuwirken. Die alleinhandelnden Parteien kommen regelmäßig zum Ziele gütigen Vertragsschlusses, ohne daß es einer rechtsstreitmäßigen Formulierung der vorvertraglichen Gegensätzlichkeit ihrer Willensintentionen bedurft hätte. Sie durchlaufen das Stadium partieller Nichteinigkeit schnell und oft stillschweigend, und auch im Vertrage kommt regelmäßig nicht zum Ausdruck, daß dieser Rechtszustand möglicher, unausgesprochen gebliebener Rechtspräentionen nunmehr, durch die unübersteigliche Mauer der Vertragsrechtsordnung von ihrem Willen getrennt, hinter ihnen liegt. Anders ausgedrückt: Das Vorstadium der Präentionsmöglichkeiten ist von den Vertragsschließenden hier in ein solches formulierter, wirklicher Rechtspräentionen nicht übergeführt worden. Der Hinzutritt eines unbeteiligten, aber zur Mitbestimmung bei der normativen Einigung der Parteien berufenen Dritten macht eine rechtsstreitmäßige Formung der parteilichen Willensdifferenzen stets erforderlich, gleichviel ob es sich um Vertragsvorverhandlungen handelt, die nicht glatt zum Ziele führen, oder ob ein Güteverfahren oder endlich ein vor dem Forum der Gesamtrechtsgemeinschaft geführter Rechtsstreit im engeren Wortsinne in Frage steht. Der Dritte muß wissen, was die Parteien „wollen“; nur dann kann er der „Sache“ gerecht werden, wenn sie ihm und zwar anspruchsmäßig geformt vorgetragen worden ist. Ehe wir hier jedoch ins einzelne und weitergehen, scheint es geboten, einen Blick zu werfen auf das begriffliche Wesen der Präention, die für jeden Rechtsstreit rechtlich fundamental ist.

## II. Rechtspräention ist

- a) als Akt: Versuch einer Rechtsaneignung,
- b) Als Akterzeugnis: versuchte Rechtsaneignung, genauer: der durch den Versuch präentional geformte Tatbestand.

Der Präendent behauptet die Geltung eines konkreten Rechts, das in seiner Person die ihm günstige Rechtswirkung reflektiert. Zur Rechtspräention schreitet, wessen Recht nicht im Gewande unbestrittener intersubjektiver Geltung dasteht. Wo eine unangetastete Rechtsgeltung gegeben ist, besteht für eine Rechtspräention des durch jene normativ begünstigten Rechtssubjektes so wenig ein Anlaß, wie etwa ein Gelehrter, dessen hohe wissenschaftliche Geltung unbestritten feststeht, Grund hat, fachgenössische Anerkennung zu präentieren. Bestreiten seines rechtlichen „Habens“ ruft den in seiner Rechtsstellung Angegriffenen auf den Plan und nötigt ihn zur Behauptung des Rechtes, dessen normativer Reflex ihm den bestrittenen Sozialwert zuweist. Hier ist der andere Teil der aggressive; er versucht den Gegner aus seinem Rechtsbesitze herauszudrängen, indem er die jenes Haben stützende Rechtsgeltung bestreitet, d. h. die Nichtgeltung des angegriffenen Rechtes und zugleich eine Rechtsgeltung zu seinen Gunsten präentiert. Des Angegriffenen Aufgabe besteht darin, den Normangriff abzuwehren. Läßt er die Präention des Angreifers unerwidert, auf die evidente Behauptungsfähigkeit des bestrittenen Rechtes vertrauend, so setzt er sich unter Umständen der Gefahr aus, daß sein pas-



sives Verhalten als Preisgabe eigenen Rechtes und Unterwerfung unter das präntional angemaaßte Recht (die Rechtspräntion im Sinne b) gedeutet wird. Die Regel wird sein und aus Rechtsgründen sein müssen, daß der Angreifene der Rechtspräntion des Angreifers eigene Präntion entgegenstellt.

In dem so geschaffenen Pretentionsverhältnis ist die Lage der Parteien insofern eine verschiedene, als die eine präntional angreift, die andere verteidigt. Die verschiedene Parteistellung in diesem Punkte begründet jedoch keinen Wesensunterschied der erhobenen Präntionen. Auch das vom Angreifer behauptete Recht ist angegriffen, da ihm die intersubjektive Anerkennung (inter partes) mangelt. Auch die angegriffene Partei greift an, indem sie die gegnerische Präntion bestreitet, die Nichtgeltung des präntierten Rechtes behauptet. Es spielt für die formale Struktur der parteilichen Präntionen keine Rolle, von welcher Seite die Initiative ausging, wer zuerst zum Rechtsangriffe geschritten ist. Ist das Präntionsverhältnis — der Rechtsstreit — einmal konstituiert, so negiert jeder Teil des anderen Rechtsbehauptung, zugleich versuchend, einen ihm günstigen Rechtssachverhalt zu formen. Auch wer sich auf rechtsgültig konstituiertes konkretes Recht beruft, formt es neu. Er hat sein „Haben“, die ihn als Rechtssubjekt begünstigende Individualrechtsgeltung, indem er sich in den Rechtsstreit einließ, zur Diskussion gestellt und dadurch — im Verhältnis zum Gegner — „sein“ Recht zum bezweifelbaren gemacht.

Der Vorgang des „Zur-Diskussion-Stellens“ ist von allgemein soziologischer Bedeutung. Er ist für jeden Streit zwischen Personen über welchen Gegenstand immer wesentlich und charakteristisch. Streiten heißt über die Geltung eines Sachverhaltes — für die Streitenden — diskutieren. Handelt es sich um einen logischen Streit, so steht die logische Geltung eines Etwas, dessen Richtigkeit (Wahrheit) in Frage. Die Streiterörterung setzt voraus, daß der fragliche Satz in seiner Richtigkeit bestritten ist und der ihn verteidigende Teil dies Bestreiten gelten läßt. Keine Diskussion ist möglich, wenn eine Partei erklärt, ihre Überzeugung der Wahrheit des angegriffenen Satzes sei unerschütterlich, sie könne sich auf ein Antasten derselben nicht einlassen. Soll es zum Streit über diesen Satz kommen, so muß der von dessen Richtigkeit Überzeugte jedenfalls nach außen hin, dem Angreifer gegenüber, seine Überzeugung insoweit außer Kraft setzen, sozusagen „einklammern“, als er die Bezweifelung der Geltung des Satzes zuläßt. Damit tritt hinter den Satz ein Fragezeichen; der Streitgegenstand lautet: „Ist der Satz X richtig?“ Diese Frage beantworten die entgegengesetzten Streitthesen der Parteien. Des Angreifers These lautet: „Der Satz X ist unrichtig“, sie bestreitet seine logische Geltung, präntiert seine Nichtgeltung. Auch die andere Seite, die von der Richtigkeit des Satzes innerlich felsenfest überzeugt ist, ist genötigt, eine die Streitfrage beantwortende These aufzustellen, nachdem sie die Zulässigkeit der Fragestellung anerkannt, sich auf die Diskussion des Gegenstandes ihrer Überzeugung eingelassen hat. Ihre These geht dahin: „Der Satz X ist richtig“. Diese Antwortklärung abgebend stellt die Partei eine Richtigkeitsbehauptung auf, präntiert ihrerseits die Satzgeltung. Der Streit findet sein Ende, sobald eine der Parteien ihren Zweifel an der Richtigkeit der gegnerischen These aufgibt, dadurch die eigene Präntion zurückziehend und den Streitgegenstand, hinter dem das Fragezeichen in Fortfall kommt, außer Diskussion stellend.

Die formale Analogie der aktmäßigen Struktur solchen Streites zu der eines Rechtsstreits ist unverkennbar:

Der Rechtsstreit hat die Parteien des unmittelbaren, d. h. auf unbestrittener Rechtsgeltung beruhenden Rechtsbesitzes entkleidet. Im Rechtsstreite erfährt der parteilich eingeführte Normsachverhalt eine eigentümliche, auf den Angriff zugespitzte Neufassung. An Stelle der Seinsform „ruhender Rechtsgeltung“ einer die Parteien, die sich im Stadium erklärten Einigseins befinden, normativ verbindenden Rechtsordnung ist die Präntionsform des Rechtes getreten. Diese Seinsform des in den Prozeß eingeführten konkreten Rechts ist einseitig und unvollkommen. Die präntionale Rechtsform hat transitorischen Charakter, sie drängt zum Ziele intersubjektiv anerkannt und damit wieder in Ruhelage befindlichen konkreten Rechts. Diese „Ruhelage“ wird durch Außerstreitstellung des Streitgegenstandes erreicht, durch rechtskräftige (nicht notwendig urteilsmäßige) Streiterledigung. Unbestreitbarkeit im Verhältnis zu den Parteien ist ein wesentliches

Merkmal der Urteilsrechtskraft<sup>1)</sup>. Bis zur Erreichung dieses Zieles der Rechtsstreitlösung hält der Prätendent das konkrete Recht kraft einseitiger Rechtsanmaßung, schreibt sich die ihm günstige Rechtswirkung zu, ohne aber im ruhigen, d. h. un widersprochenen, intersubjektiv bejahten Rechtsbesitze zu sein. Dem kraft individueller Rechtsnorm — z. B. auf Grund vertraglicher Norm, die seine Gläubigerstellung rechtlich begründete — berechtigten Rechtssubjekte ging das „subjektive Recht“ als „Haben“ des wertzuweisenden konkreten Rechtes, seines „Rechtstitels“, verloren, als er auf den Rechtsstreit sich einlassend das Prätentionsverhältnis (mit-)formte. Dadurch wurde die Geltung des ihn begünstigenden Sachverhaltes zur bezweifelbaren und faktisch angefochtenen, sein „Haben“ der maßgebenden Rechtskritik der zur Streitschlichtung berufenen Instanz unterstellt. Vom Ausgange des Rechtsstreites hängt es jetzt ab, ob er und wenn, in welchem Umfange er sein Recht „wiederbekommt“. Der Streitgegenstand liegt zwischen, *ἐν μέσσοις*, der (den) Parteien, von ihren Rechtsprätentionen zwar ergriffen und gehalten, ihren Händen aber entzückt. Das Machtwort des römischen Prätors bei der *legis actio sacramento in rem*<sup>2)</sup>: „Mittite ambo rem!“ spricht ein Gebot aus, das in seinem rechtlichen, die sinnliche Bedeutung unterlagernden Sinnesgehalte verstanden von den Parteien bei dem Eintritt in jeden Rechtsstreit befolgt werden muß: Soll es zum prätentional fundierten Kampf ums Recht zwischen den Streitteilen kommen, ein Rechtsstreitverhältnis von ihnen konstituiert werden, so muß jede der Parteien auf ihre (angeblich) normativ fundierte Rechtsstellung des „Habens“ im Verhältnis zu den Prozeßbeteiligten für die Prozeßdauer verzichten und in die Prätentionsrechtsstellung treten. Das gilt auch dort, wo ein Teil während des Rechtsstreites im vollen Rechtsgenusse verbleibt. Der „Rechtsgenuß“ durch Gebrauch der normativ dem Berechtigten zugewiesenen sozialen Werte, z. B. das Nutzen eines Ackers seitens des Eigentümers, ist eine soziologisch zu wertende Tatsache, die auch für das Recht von (mittelbarer) Bedeutung sein kann, niemals aber als rechtliches Haben, als Rechtsbesitz zu gelten hat, diese rechtlichen Faktizitäten höchstens zu begleiten und deshalb unter Umständen zu indizieren vermag. Davon wird noch zu sprechen sein. Da die Rechtsprätention relativ ist, im Rechtsstreitverhältnis der Prozeßparteien wurzelt, ist klar, daß im Verhältnis zu Dritten, die am Rechtsstreite nicht beteiligt sind, die prätentionale Abschwächung des in den Streit gezogenen Rechtssachverhaltes nicht zu wirken braucht, dem streitigen konkreten Rechte seine vorprozessuale Seinsweise in dieser Richtung vielmehr erhalten geblieben sein kann.

Der Prätendent hat nicht Recht, sondern sucht Recht. Im Rechtsstreite kommt es darauf an, das zur Diskussion gestellte und der neutralen Beurteilung der entscheidenden Drittinanz unterstellte konkrete Recht endgültig zu erwerben, d. h. einen Spruch zu erwirken, der einen rechtskräftigen Normsachverhalt formt, auf Grund dessen sich inter partes ein unbestreitbares Haben des präntendierten Rechts zugunsten des einen Prätendenten ergeben soll. Um Rechtsgeltung wird im Rechtsstreite gekämpft, um die Formung der parteilichen Rechtsrelation, die das Verhältnis der Prätentionsgegensätzlichkeit aufhebt. Es ist möglich, daß parteiliche Einigung diese Rechtsgeltung eben unter Aufhebung des Rechtsstreitverhältnisses und Überwindung der prätentionalen Parteieinstellungen erzeugt. „Vertragen“ sich die Parteien nicht, gelingt es nicht, auf dem Verhandlungswege zum Ziel eines durch prätentionsabgewandte Unterwerfungsakte gültig fundierten Einigseins der bisherigen Gegner zu gelangen, so ist eine Überführung des Streitverhältnisses in eine friedliche, von individueller Rechtsordnung beherrschte Rechtsgemeinschaft der Parteien nur durch einen mit der Rechtsmacht zum Diktat konkreten Rechtes ausgestatteten Dritten zu leisten. Doch so weit sind wir noch nicht.

<sup>1)</sup> Mit Recht sagt COLIN-CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil II*, 4. éd., 1924 p. 233 § 2: „L'autorité qui s'attache à la chose jugée, c'est l'impossibilité où l'on est de remettre en question le point sur lequel il a été statué.“

<sup>2)</sup> GARUS, IV § 16.

Der Prätendierende macht, indem er seine Rechtsbehauptung aufstellt, „sein“ Recht geltend. Das heißt nicht — was das Wort „geltendmachen“ zu besagen scheint —: er verleiht dem Sachverhalte Rechtsgeltung, macht ihn zum intersubjektiv gültigen. Der Ausdruck „ein Recht geltend machen“ bezeichnet vielmehr den mit Aufstellung der Rechtsbehauptung gemachten Versuch einer Rechtsformung. Richtig KONRAD HELLWIG<sup>1)</sup>:

„Ein Recht oder Rechtsverhältnis „geltend machen“ bedeutet im Rechtssinne, daß der Berechtigte anführt, daß das Recht „gilt“, anders ausgedrückt: daß er das Bestehen des Rechts oder Rechtsverhältnisses behauptet, um dadurch einen (rechtlichen) Erfolg zu erreichen.“

Die Behauptung der Rechtsgeltung bezieht sich in einer Rechtsprätention verlaublich nur auf das mit dem Gegner konstituierte vor-„vertragliche“ Rechtsverhältnis. Wer sein Recht im Rechtsstreite geltend macht, will Individualrechtsgeltung inter partes litis erreichen. Wir bemerkten schon: Die Rechtsprätention ist ein relativer Akt, der sich inhaltlich an den Gegner richtet, diesem gegenüber wird das Recht geltend gemacht<sup>2)</sup>. Daraus folgt, daß auch der präentional geformte Rechtssachverhalt — die Rechtsprätention im „objektiven“ Sinne — geltungsmäßig an den speziellen Rechtskreis der Parteien geknüpft ist.

Von „praetendere“ in unserem Sinne spricht schon CHRISTIAN WOLFF, indem er ausführt<sup>3)</sup>:

*Jus controversum dicitur, si duo, vel plures eandem rem tamquam suam vel sibi debitam praetendunt, vel jus, quod unus habere praetendit ad praestationem alterius, alter negat. Et qui hoc faciunt, litigare dicuntur ..“*

Was wir mit Prätention bezeichnen, nennt dagegen die deutsche ZPO., wo sie die klägerische Formung des Streitgegenstandes bezeichnen will — so in dem §§ 253 II Z. 2, 322 — „Anspruch“. Daß mit diesem „Anspruch“ im prozessualen Sinne nicht der privatrechtliche Anspruch des BGB. (§ 194) gemeint sein kann, liegt auf der Hand. Auch Rechte und Rechtsverhältnisse (z. B. dingliche Rechte), die privatrechtlich nicht Anspruchsform haben, können zum Streitgegenstand gemacht werden. Aber noch mehr: eine privatrechtliche Beziehung der Parteien wird im heutigen Zivilprozeß (als behauptete) überhaupt nicht vorausgesetzt, wie § 256 ZPO. deutlich zeigt<sup>4)</sup>. Der Streitgegenstand braucht dem Privatrechte nicht entnommen zu sein; auch ein publizistisches Rechtsverhältnis kann unter Umständen — z. B. bei Gehaltsklagen von Beamten (vgl. RV. Art. 129 I) — dem Rechtsstreite zugrundeliegen. Vielfach dreht sich der Prozeß ausschließlich um prozessuale Fragen, so bei einem sich auf die Verhandlung über prozeßhindernde Einreden (§§ 274, 275 ZPO.) beschränkenden Prozesse. Gleichviel. Wie immer der Gegenstand des Zivilprozesses rechtlich bestimmt sein mag, immer handelt es sich darum, daß der Prätendent (Kläger) die konkrete Geltung überparteilicher Rechtsnormen, die dem Normensystem der Gesamrechtsgemeinschaft entstammen und eine günstige Entscheidung für ihn rechtfertigen sollen, behauptet und damit eine versuchsweise Konkretisierung eben dieser Normen, die er präentional auf den klageweise eingeführten Tatbestand bezieht (anwendet), vornimmt. Das geschieht prozessual durch den Akt der gerichtlichen Geltendmachung, durch Erhebung des „Anspruches“ (der Rechtsbehauptung)<sup>5)</sup>, der den Streitgegenstand formt, das von

<sup>1)</sup> Lehrbuch des ZPR. Bd. III 1908, S. 280, vgl. denselben, System des ZPR. Bd. I 1912, S. 244/5.

<sup>2)</sup> Vgl. HELLWIG a. a. O.; auch ENGLÄNDER, Theorie des Patentrechts (JfD. Bd. 71) 1921 Anm. 137.

<sup>3)</sup> CHRISTIAN WOLFF, Institutiones juris naturae et gentium, Caput XVIII § 762.

<sup>4)</sup> Vgl. F. STEIN, Komm. zur ZPO. 11. Aufl., 1913 Anm. I zu § 256 gegen dort Note 7 Zitierte; unzutreffend auch die Ausführung von GEIB, Rechtsschutzbegehren 1909, S. 12.

<sup>5)</sup> Vgl. HELLWIG, Anspruch und Klagrecht 1900, S. 11, 156, Lehrbuch I, S. 41 Anm. 8, S. 216, System I, S. 38 Anm. 1, 442; zustimmend KIPP bei WINDSCHEID Bd. I, S. 618 Anm. 6.

der Gegenpartei mit dem Fragezeichen versehene „Was“, über das der von der Gesamtrechtsgemeinschaft delegierte und zur bindenden Entscheidung legitimierte Dritte — der Richter — zu entscheiden hat, rechtlich vorgeformt enthält.

WACH freilich ist anderer Meinung. Er führt aus<sup>1)</sup>:

„Die ZPO. braucht endlich Anspruch gleich Rechtsschutzanspruch. Wo sie generell einen „Anspruch“ als den Gegenstand des Streites und zwar mit der speziellen Tendenz auf die Rechtsschutzhandlung nennt, kann sie nur den Rechtsschutzanspruch meinen . . .“

Dem kann nicht zugestimmt werden. Wie immer man sich zur Lehre vom „Rechtsschutzanspruch“<sup>2)</sup> stellt, soviel ist klar: Durch den Rechtsstreit soll — nach dem Willen des Klägers, der den Streitgegenstand bestimmt, indem er den Klageanspruch (§ 253 Z. 2 ZPO.) erhebt — nicht über die Frage entschieden werden, ob und inwieweit der Staat verpflichtet ist, dem Klagebegehren stattzugeben. Der Prozeß wird nicht gegen den durch seinen Richter vertretenen Staat geführt. Dieser ist gerade nicht Partei, sondern Dritter, dessen Verpflichtung zur Mitwirkung und gesetzmäßigen Entscheidung staatsrechtliche (gerichtsverfassungsmäßige) Voraussetzung des Rechtsstreites ist<sup>3)</sup>. „Die Gewährung der Sachentscheidung ist . . . der relevante Klagzweck“<sup>4)</sup>. Der Richter soll darüber entscheiden, ob die parteilich versuchten Rechtsformungen — ihre Präventionen — richtig, d. h. ob und in welchem Maße sie geeignet sind, zur rechtskräftigen Norm inter partes erhoben zu werden. Um „ihr“ Recht kämpfen die Prozeßparteien, d. i. die prätendierte Rechtsfolge mit ihrer normativen Wirkung gegenüber der anderen Partei. Die aus dem Parteivorbringen sich ergebende materielle (nicht immer privatrechtliche) Rechtsfrage zwischen den Parteien hat der über dem Parteistreit sachlich stehende Dritte — der Richter als Funktionär des Staates — zu beantworten.

Dem durch Klageerhebung geltend gemachten Anspruche des Klägers muß der Beklagte seinerseits eine Gegenprävention entgegenstellen, entweder Klagabweisung beantragend oder darüber hinaus zur Offensive übergehend, indem er Widerklage erhebt. Unterläßt der Beklagte den prozessualen (präventionalen) Gegenzug, so läuft er Gefahr, daß der Kläger mit seiner Klage „durchdringt“, indem dessen Prävention zur intersubjektiven Rechtsgeltung erstarkt; das Schweigen des Beklagten kann als leibliches Indiz willentlicher Unterwerfung unter die klägerische Prävention vom Richter ausgelegt werden, so daß nunmehr das behauptete konkrete Recht als unzweifelhaft gilt und richterlich bestätigt zum unanfechtbaren erstarken kann (rechtliche Möglichkeiten der Anfechtung einer derartigen Entscheidung interessieren hier nicht).

Dem modernen (am deutschen Zivilprozeßrechte exemplifizierten) Zivilprozesse liegt demnach ein parteiliches Präventionsverhältnis zugrunde. Der Kläger ruft mit der den Anspruch enthaltenden Klage die Rechtsordnung als für ihn geltende und durch ihre einschlägigen Normen die von ihm geltend gemachte Rechtsfolge statuierende an. Der Beklagte negiert diese behauptete Rechtsfolge, die gegenteilige Normwirkung aus dem Gemeinschaftsrechte herleitend. Die parteilichen Rechtsbehauptungen fundieren den Rechtsstreit. Ohne Rechtsprävention der Partei ist ein Urteilsvorschlag an den Richter (die Stellung eines Antrages gemäß § 253 II Z. 2 ZPO.) nicht möglich. Eine vielfach vertretene Auffassung geht nun freilich dahin, im heutigen Zivilprozeß habe die rechtsuchende Partei dem Richter

<sup>1)</sup> ADOLF WACH, Handbuch des Deutschen ZPR. Bd. 1 1885, S. 296/7.

<sup>2)</sup> Eine Auseinandersetzung mit dieser Lehre ist an dieser Stelle nicht möglich. Literatur (nicht erschöpfend) bei SCHUELER, Der Urteilsanspruch 1921, S. Xf. Die bezeichnete Lehre ist neuerdings einer eindringenden Kritik durch ERICH BLEY, Klagrecht und rechtl. Interesse 1923 unterzogen worden (Ergebnis S. 69); dazu MENDELSSOHN BARTHOLDY, Rhein. Zeitschr. Bd. 12, S. 451 ff.

<sup>3)</sup> Auch ein Rechtsstreit, der sich lediglich um Prozeßvoraussetzungen dreht und durch Urteil endet, das die Klage als unzulässig abweist, entscheidet über eine vom Kläger dem Beklagten gegenüber erhobene Rechtsprävention: Der Kläger prätendiert die rechtsstreitmäßige Umformung der vorprozessualen Rechtsbeziehung zum Beklagten; dieser macht demgegenüber geltend — gleichviel, ob es sich um unverzichtbare Prozeßvoraussetzungen oder Prozeßeinreden handelt —, er sei zur Einlassung auf den Rechtsstreit (über die materielle Frage) nicht verpflichtet. Auch hier besteht also ein parteiliches (nur gegenständlich: prozessual, beschränktes) Anspruchsverhältnis.

<sup>4)</sup> BLEY (oben Anm. 2) S. 23.

lediglich Tatsachen vorzulegen, deren rechtliche Würdigung allein die Aufgabe des Richters sei.

Mit STEIN<sup>1)</sup> zu reden: „Der moderne Prozeß zeigt also eine schroffe Arbeitsteilung, vermöge deren die Parteien nur den tatsächlichen Untersatz zu liefern haben ...“ Für die rechtliche Seite der Entscheidung trage dagegen in Gemäßheit des Satzes „Jura novit curia“ das Gericht die alleinige Verantwortung.

Dieser Auffassung ist insoweit Recht zu geben, als sie die bindende Rechtskonkretisierung dem Richter vorbehält und ihm bei der Rechtsanwendung die Freiheit einräumt, von der rechtlichen Beurteilung, welche die Parteien dem streitigen Sachverhalte angedeihen ließen, abzuweichen. Durchaus abzulehnen ist aber die Vorstellung, daß die Parteien in rechtlicher Hinsicht prozessual überhaupt nichts zu leisten haben. Die Tätigkeit des Gerichtes ist bedingt durch die Aufstellung eines Streitprogrammes seitens der Parteien. Dazu bedarf es rechtsstreitmäßiger, d. h. präventionaler Formulierung des behaupteten Tatbestandes, der geltend gemacht, was nichts anderes heißt als rechtlich geformt wird. Nur dann ist die Sachdarlegung des Klägers zum Streitgegenstande geeigneter „Anspruch“, wenn sie auf die Rechtsbehauptung hinausläuft: Dies gilt und deshalb bin ich im Recht und der Beklagte ist im Unrecht. Auch wo eine Bezugnahme auf abstrakte Rechtsnormen seitens des Klägers nicht ausdrücklich erfolgt oder wo nicht die in Wahrheit einschlägigen Rechtsnormen zur Klagfundierung herangezogen werden, enthält der Klageanspruch die Behauptung: Mir steht das beanspruchte konkrete Recht (genauer der normative Reflex dieses Rechtes) als in Anwendung abstrakter Rechtssätze der staatlichen Rechtsordnung, die den vorgetragenen Tatbestand normativ betreffen, geltendes zu. Die Richtigkeit dieser präventionalen Rechtsanmaßung hat der Richter zu prüfen und dabei den Anspruch seinem rechtlichen Sinne nach zu interpretieren. Seine Entscheidung erfolgt ohne Rücksicht darauf, welche Rechtsnormen die Partei konkretisiert wissen wollte (*falsa demonstratio non nocet*). Aber immer ist parteiliches Vorbringen erforderlich, das seinem Inhalte nach als auf einen Rechtserfolg, den Sieg der Rechtsprävention — des „Rechtes der Partei“ — gerichtetes erscheint. Fehlt es an diesem Erfordernisse, so liegt ein Rechtsstreit nicht vor und am allerwenigsten ein Zivilprozeß im Sinne der ZPO.

Insoweit stimmen die Rechtsstreite aller Zeiten überein: Die Rechtspräventionen der Parteien stehen am Anfang und legen dem Rechtsstreit den Grundstein. Im übrigen sind prozessuale Gestaltungen sehr verschiedener Struktur möglich, auch was den aktmäßigen Aufbau des Prozesses angeht. Hier verdient ein Punkt der Hervorhebung: Der Prätendent behauptet Rechtsgeltung. Wir legten diese Behauptung bisher (mit HELLWIG) immer in dem Sinne aus, daß sie sich auf die konkrete Rechtsgeltung abstrakter Rechtsnormen aus der Rechtsordnung des Gesamtrechtsverbandes beziehe. Das ist zwar regelmäßig der Inhalt des prozessualen Anspruches (zumal im modernen Prozesse), aber nicht der allein mögliche Inhalt einer Rechtsprävention überhaupt. Deren Sinn kann, ohne daß ihrem Wesen als Prävention im festgestellten Sinne Abbruch geschieht, in zweifacher Richtung eine Abwandlung erfahren. Einmal kann das Ziel der Rechtsprävention die Schaffung originären (konkreten, aber nicht in Anlehnung an abstrakte Rechtsnormen konkretisierten) Rechtes sein. Hier wird vom Prätendenten die Schaffung einer die Streitenden rechtlich vergemeinschaftenden Norm primärer Individualrechtsgeltung im Wege rechtskräftiger Drittentscheidung beansprucht. Der Charakter der

<sup>1)</sup> F. STEIN, Grundriß, des ZPR 1921, S. 26, 106, vgl. denselben in JW. 1921, S. 870 und 1365, ferner Komm. z. ZPO. III 3 zu § 253; im selben Sinne FOERSTER-KANN, Komm. z. ZPO. 2. Aufl., Bd. I, 1913, 1d zu § 253, S. 622 (mit Lit. zur Substanziierungs- und Individualisierungstheorie); dagegen mit Recht HELLWIG, Lehrbuch III, S. 15f., ferner sehr wirksam LENT, Gesetzeskonkurrenz 1916, Bd. II, S. 24f und neuerdings PAGENSTECHE, Rhein. Zeitschr. Bd. 12, S. 470ff.

Prävention als Rechtsanmaßung tritt dabei mit besonderer Deutlichkeit in Erscheinung. Im Akte selber wird sich der Unterschied gegenüber anderen Präventionen, die den Versuch der Formung konkreten Rechtes sekundärer Geltung machen, bewußtseinsmäßig jedoch kaum abzeichnen. Hier wie dort ist der Wille des Prätendenten von der Überzeugung getragen, daß er im Recht ist, die prätendierte Geltung, die „sein Recht“ reflektiert, auf Grund allgemeiner Rechtsgrundsätze — die in Wahrheit aber vielleicht noch nicht erzeugt wurden — besteht. Und sollte in einem Falle dem Prätendenten der Glaube an „sein Recht“ fehlen, da er weiß, daß er seinen Anspruch auf (abstrakt) geltende Rechtsnormen nicht stützen kann, so verschiebt sich mit der veränderten Wissensgrundlage doch nicht das Willensziel der klagenden Partei, von dem das aus dem „Haben“ des Rechtes verdrängte Rechtssubjekt und derjenige, der noch nie das prätendierte „Recht hatte“, gleichweit entfernt sind und dem beide ihre Rechtsprävention erhebend willentlich in der gleichen Weise entgegengewandt sind und zustreben.

Eine weitere Abweichung von dem Normaltypus der Rechtsprävention kann sich daraus ergeben, daß der Prätendent mehr verlangt als Rechtskonkretisierung. Im vorher erwähnten Falle lag es so, daß die Rechtsbeziehung der Parteien in tatbestandlicher Hinsicht „fertig“, d. h. unzweifelhaft war, die rechtliche Formung aber (allein) noch ausstand, die dem Tatbestande zuteil werden mußte, um eine Rechtsstreitlösung herbeizuführen. Hier dagegen wird ein rechtlicher Zusammenschluß (bzw. eine rechtliche Auseinandersetzung) mit dem Gegner begehrt, der im Wege bloßer Rechtsanwendung nicht erreicht werden kann, da das tatbestandliche Fundament der Entscheidung, das Substrat des prätendierten Rechtes noch nicht vollendet vorliegt. Rechtsstreitigkeiten dieser Art nehmen eine Sonderstellung ein; sie werden uns noch beschäftigen<sup>1)</sup>. Charakteristisch ist für sie, daß der Dritte den Parteiverhandlungen als Mithandelnder, ihr Rechtsverhältnis auch inhaltlich Mitgestaltender beitrifft, da es den Parteien selber aus tatsächlicher oder rechtlicher Unfähigkeit zur Gestaltung des sie angehenden Lebenssachverhaltes nicht gelang, zu einer streitendigen Einigungsformel zu gelangen. Auch hier prätendiert die den Dritten anrufende Partei Geltung eines Sachverhaltes, der als Rechtswirklichkeit niemals noch bestanden hat. Gibt aber die Entscheidung eines sich auf dieser Basis aufbauenden Parteistreites der erhobenen Prävention statt, so besteht die Neuheit der Entscheidungsnorm nicht in der rechtlichen Formung des Tatbestandes — die Seinsform des Sachverhaltes ist die konkretisierten Gemeinschaftsrechts<sup>2)</sup> — sondern in der Neuschaffung von Tatbestandsstücken.

Beide Formen des gegenüber dem „normalen“ Rechtsstreit abgewandelten Präventionsverhältnisses haben das Gemeinsame, daß sie dem intervenierenden Dritten eine über das Normalmaß richterlicher Kompetenz hinausgehende Stellung gegenüber den Parteien zuweisen. In jenem Falle ist die Tätigkeit des Richters eine rechtsschöpferische, während im zweiten Falle der Dritte nicht auf Deklaration der Rechtslage inter partes beschränkt ist, sondern — obwohl nur Recht der höheren Rechtsgemeinschaft anwendend — insofern eine für die Parteien konstitutive Entscheidung zu fällen hat, als er bei der Setzung des Tatbestandes mitwirkt.

Die beiden bezeichneten Modi eines „anormalen“ Rechtsstreitverhältnisses können auch kombiniert in Erscheinung treten. Es ist möglich, daß der zur Mitgestaltung des parteilichen Rechtsverhältnisses berufene Dritte, wenn ihm die Rechtsmacht eingeräumt worden ist, den Tatbestand als konkretes Normsubstrat (mit) zu formen und darüber hinaus dem geformten Sachverhalte durch Geltungsverleihung Normqualität im Verhältnis zu den Parteien durch bindenden Spruch zu erwirken, es ist möglich, daß in diesem Falle der Dritte von der Anwendung ab-

<sup>1)</sup> Vgl. unten S. 127f.

<sup>2)</sup> Es wird hier vorausgesetzt, daß die prätendierte Rechtgeltung eine sekundäre ist. Über den Fall, wo das nicht vorliegt, vgl. den folgenden Text.

strakter Normen der größeren Rechtsgemeinschaft entbunden und legitimiert ist, den Rechtssachverhalt in die Seinsform individuellen Rechtes primärer Geltung zu gießen. Im innerstaatlichen Recht sind dies Ausnahmefälle<sup>1)</sup>. Regel ist solch' freie Stellung des entscheidenden Dritten aber, wenn es sich um rechtskreisfreie, zur autonomen Rechtssetzung befähigte Rechtssubjekte handelt, die dem zur Intervention aufgeforderten Dritten diese ihre Fähigkeit, primäres Recht zu schaffen, übertragen. Der Dritte hat hier originäres Recht für die Parteien zu setzen, weil es an einschlägigen, der Konkretion im vorgelegten Falle fähigen abstrakten Rechtsnormen eines höheren Rechtsverbandes mangelt. Es liegt da nahe, dem Dritten darüber hinaus rechtgestaltenden Übergriff ins Tatbestandliche zu gestatten. Er wird seiner Aufgabe, den Rechtsfrieden unter den Streitenden herzustellen, besser und vollkommener genügen, wenn er nicht gezwungen ist, den ihm von den Parteien vorgelegten Sachverhalt als unabänderlichen zu übernehmen und mit der „gefundenen“ Rechtsform zu umgießen, was ohne Pressung des Tatbestandes häufig nicht wird geleistet werden können, wenn ihm vielmehr die Rechtsmacht eingeräumt wird, den Sachverhalt selber zweckentsprechend zu gestalten.

Die Rechtspräntion ist ein Korrespondenzakt, d. h. sie gehört in eine personale Beziehung, ist inhaltlich auf eine bestimmte Person bezogen, von der eine Erwiderung durch Abgabe eines (formal) entsprechenden Aktes erwartet wird. Diese inhaltliche Bezogenheit der Präntion bedingt nicht ein Adressiertsein an den Präntionsgegner. Wohl ist zur Konstituierung des parteilichen Präntionsverhältnisses erforderlich, daß die Anspruchserhebung des Angreifers dem anderen (angegriffenen) Teil zur Kenntnis gelangt. Wer nicht weiß, daß er angegriffen wurde (bzw. als wissend gilt), kann auch nicht die Rolle des Gegners im Rechtsstreit übernehmen. Nicht notwendig aber, daß die Präntionserklärung an die Adresse des künftigen Gegners gerichtet wird; diesem kann die Kenntnis von der Anspruchserhebung auch durch Dritte übermittelt werden. Anspruchsadressat ist die Partei immer dann, wenn das Präntionsverhältnis den Charakter einer reinen, d. h. nach außen — gegen Dritte — geschlossenen Ich-Du-Beziehung hat. Solche Geschlossenheit des Rechtsstreitverhältnisses (wie jedes anderen Streitverhältnisses) ist möglich. In unzähligen Fällen heben die Parteien den Präntionsgegensatz des vorvertraglichen Stadiums partiellen Nichteiniges durch, unter Präntionsverzicht erfolgende, bindende Willenseinigung aus eigener Kraft auf, ohne daß eine Dritrintervention jemals stattgefunden hätte. Freilich: Zur Konstituierung eines Rechtsstreites war es da nicht gekommen. Die Parteien suchten von vornherein nicht Entscheidung darüber, wer Recht habe, sondern Einigung unter Überwindung der willensintentionalen Gegensätze, die einen rechtspräntionalen Ausdruck in der Aufstellung eines Streitprogrammes deshalb auch nicht gefunden hatten. Anders, wenn es zur streitmäßigen Formulierung der Parteipräntionen gekommen, der Gegensatz möglicher in einen solchen wirklicher Rechtspräntionen übergeführt worden ist. Allerdings besteht auch jetzt noch die Möglichkeit, das Ziel der Rechtsstreitlösung ohne Hinzuziehung eines Dritten zu erreichen. Aber nur auf dem Wege gütlicher Einigung unter Ab- und Rückbau des Rechtsstreitverhältnisses, indem die Parteien auf Entscheidung über die präntional aufgeworfene Rechtsfrage verzichten. Begrifflich bedarf der Prozeß des Gerichtes nicht. Die Einführung der Idee des Rechtsstreites in das feindliche Verhältnis der im Kampfe liegenden Rechtssubjekte führt jedoch dort, wo die Parteien in den Kreis einer größeren sozialen Gemeinschaft eingeschlossen sind, zwangsläufig zur Öffnung der Ich-Du-Beziehung der Streitteile nach „außen“.

Solche „Öffnung“ hat schon dann stattgefunden, wenn die Parteien das Forum der (wie immer repräsentierten) Gesamtrechtsgemeinschaft, der sie angehören, be-

<sup>1)</sup> Vgl. darüber unten S. 130.

treten haben, um dort ihre Ansprüche zu verlaublichen, mag auch der Verlautbarungsmodus — wie im altgermanischen Prozesse<sup>1)</sup> — der der formgebundenen Wechselrede von Partei zu Partei sein. Trotz Adressiertseins der Prozeßakte an den Gegner, der allein angeredet wird, ergibt die Tatsache, daß die Parteien vor der Öffentlichkeit zueinander sprechen, mit Deutlichkeit, daß sie die Sache — der Streit — nicht mehr allein angeht. Indem die Streitparteien ihren Streit vor das Forum brachten, ihn „publizierten“, haben sie die größere Gemeinschaft bewußt als „Dritten“ in ihr Streitverhältnis einbezogen. Welche Funktion in rechtlicher Hinsicht im Verhältnis zu den streitenden Rechtsgenossen dem Dritten dabei zufallen wird, steht noch dahin; fest steht aber von vornherein, daß der Dritte „dazugehört“.

Die größere Rechtsgemeinschaft kommt solcher Publikmachung von Rechtsstreitigkeiten ihrer Rechtsgenossen bewußt entgegen. Der höhere Personalverband kann, sobald er einmal die Struktur einer Rechtsgemeinschaft angenommen hat, den rechtlichen Differenzen einzelner Rechtssubjekte seines Kreises nicht gleichgültig gegenüberstehen. Er muß, vor allem wenn es sich um parteiliche (präintentionale) Anmaßungen überparteilichen Rechtes handelt, wenn Konkretisierung abstrakter Normen seines Gesamtrechtskreises in Frage steht, verlangen können, daß ihm Einblick in das Streitverhältnis gewährt werde. Wer seine Ansprüche ausdrücklich auf Normen der größeren Rechtsgemeinschaft stützt — wie es der Vindikant im altrömischen L. a. - Prozeß tut, wenn er erklärt: „Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio“<sup>2)</sup> — der ruft einen Funktionär der Rechtsgemeinschaft, einen personalen Vertreter der von dieser gesetzten Rechtsordnung geradezu herbei. Wer Recht der höheren Rechtsgemeinschaft will, d. h. dessen konkrete Geltung hic et nunc beansprucht, der will auch den Richter, der die präintentionale Formung als legitimierter Vertreter des in der Rechtsordnung normativ verobjektivierten Gesamtwillens als gültige bestätigen soll. Vergl. auch in diesem Sinne ARISTOTELES<sup>3)</sup>:

*„διὸ καὶ ὅταν ἀμφισβητῶσιν, ἐπὶ τὸν δικαστὴν καταφεύγουσιν· τὸ δ' ἐπὶ τὸν δικαστὴν ἵεναι ἵεναι ἐστὶν ἐπὶ τὸ δίκαιον· ὁ γὰρ δικαστὴς βούλεται εἶναι ὅσον δίκαιον ἐμύηχον...“*

Aber auch wenn es sich im Parteiprozeß nicht um konkretisiertes Gemeinschaftsrecht handelt, ist die größere Rechtsgemeinschaft rechtlich interessiert. Sie ist mindestens sozial (außerrechtlich) an den geplanten Wertverschiebungen zwischen den beteiligten Rechtsgenossen beteiligt. Rechtlich (mittelbar) insofern, als das parteilich geformte Recht, wenn auch an sich nur interne Geltung inter partes beanspruchend, doch als Rechtsstatsache nach außen wirken will und es sich deshalb für die Rechtsgemeinschaft fragt, wie sie dazu Stellung nehmen, ob sie evtl. dem betr. Rechtssachverhalte Geltungsaußenwirkung zuerkennen soll. Für die Parteien selber ist ein Eintritt der Gesamtrechtsgemeinschaft in ihr Streitverhältnis und deren Mitwirkung bei der Streitlösung in jedem Falle ein rechtlicher Gewinn, da der Geltungswert des Streitbeendigenden Rechtssachverhaltes dadurch eine — regelmäßig: extensive und intensive — Verstärkung erfährt.

Mit Eintritt des Dritten — der irgendwie personal repräsentierten Zwangsrechtsgemeinschaft oder auch eines von den Streitenden gewählten und gerufenen Rechtssubjekts, dem die Mitwirkung und evtl. auch Streitlösung zugestanden bzw. anvertraut wird — ist das Streitverhältnis zu einem dreieitigen geworden<sup>4)</sup>. Die Parteilichkeit blieb zwar erhalten<sup>5)</sup> als präintentionales Verhältnis der Willensgegensätzlichkeit, das den Prozeß inhaltlich fundamentierte, aber durch Hinzutreten des Dritten ist ein Aufbruch der parteilichen Ich-Du-Beziehung, falls eine solche vor

<sup>1)</sup> Vgl. v. SCHWERIN, Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl. 1915, S. 175.

<sup>2)</sup> GAIUS, IV § 16.

<sup>3)</sup> Ethica Nicomachea p. 1132 a 1. 20.

<sup>4)</sup> Richtig WACH, Handbuch des ZPR. I, S. 39.

<sup>5)</sup> Gemeint ist das Präintentionsverhältnis zwischen den Parteien. Unrichtig HELLWIG, System I S. 397, der direkte prozessuale Beziehungen zwischen den Parteien leugnet.



dem Prozesse, z. B. als Vertragsrechtsbeziehung bestanden hatte, erfolgt. Ist es einmal zum Rechtsstreit mit aktiver Beteiligung des Dritten gekommen — wir sprachen vorhin von dem möglichen Falle, daß der Dritte (die Öffentlichkeit des Gemeinschaftsforum) lediglich die Rolle eines Zuhörers hat, als „Publikum“ des Rechtsstreites fungiert —, so findet eine Ablenkung der prozessualen Parteiakte auf den Dritten statt, der Adresse und Zielpunkt der Parteierklärungen wird<sup>1)</sup>. Die Möglichkeit eines auf diese Weise sich ergebenden Doppelbezuges der Parteiakte im gerichtlichen Rechtsstreite — wir sprechen von diesem als der fortgebildetsten Form des „dreiseitigen“ Prozesses — beruht auf der fundamental verschiedenen Stellung, die der Dritte — das Gericht — einerseits und die Parteien andererseits im Prozesse einnehmen. An den Prozeßgegner wendet sich der Prätendent auf Grund der materiellen, nicht notwendig vorprozessualen und nicht notwendig privatrechtlichen, und wenn, durch den Prozeßangriff rechtsstreitmäßig (zum Anspruche) umgeformten Rechtsbeziehung, die der Wille zum Kampf ums Recht trägt. An den Richter ist die Rechtsprätention als formaler Akt der Geltendmachung gerichtet. Das Gericht ist Geltungsinstanz, von der Entscheidung über die Prätention begehrt wird; es soll über die Parteianträge, die ihm den Rechtsinhalt der streitlösenden Entscheidung vorschlagen, befinden, indem es sagt, was in dem vorliegenden Falle vor dem Forum der Rechtsgemeinschaft gilt. Was die Parteien dem Richter zur rechtlichen Beurteilung hinreichten, war schon in der Form der Rechtsbehauptung einseitig konkretisierter Rechtsstoff, den die Streitenden als endgültig konkretisierten aus den Händen des Richters zurückerhalten.

Der Spruch des zur Entscheidung des Rechtsstreites legitimierten Dritten ist die Antwort auf die Frage: „Was ist hier Rechtens?“ Die Antwort kann nicht gegeben werden, bevor die Streitsache — die „res“ des altrömischen Zivilprozesses — dem Gericht im Wege parteilicher Prätentionen „dargestellt“ worden ist. Es handelt sich dabei in der Tat um Darstellung im Sinne einer Vorführung normativ geformter Rechtswirklichkeit vor dem Forum des Gerichts. Der Richter, der selbst nicht in der dargestellten Wirklichkeit — der parteilichen Rechtsbeziehung — steht, ist Zuschauer des vor ihm von den streitenden Parteien aufgeführten Schauspiels des Rechtskampfes. Die Parteien kämpfen vor dem Forum des Gerichtes um soziale Werte, um Lebensgüter, die der eine haben, der andere nicht hingeben will. Die Auseinandersetzung findet aber nicht im Wege des gewaltsamen Kampfes statt, in dem die „geschiente Männerfaust“ oder feinere Mittel des Durchsetzens der Macht über andere gelten. Dem streitigen Lebenssachverhalt haben die Streitenden vor das Gericht tretend eine rechtliche Formung zuteil werden lassen und dadurch den ganzen Streit aus der Region der Gewalt in die Sphäre des Rechts hinaufgehoben. Nicht um Herrschaftsanmaßung handelt es sich im Rechtsstreite, sondern um Rechtsanmaßung. Haben des Rechts wird präntiert, nicht das naturale Haben bloß des sozialen Wertes begehrt. Den vom Herrschaftswillen geleiteten Griff auf den unter den Händen des Gegners liegenden Wert hat der Prätendent im Rechtsstreite abgeschwächt zum Akte der Geltendmachung, der den auf Rechtsaneignung gerichteten „Anspruch“ formt.

Die Rechtsprätention als Vorgang der Rechtskonkretisierung bewirkt eine radikale Umdeutung der individuellen Lebensfaktizität, die von der formenden Hand des Prätendenten ergriffen worden ist. Es gilt hier das über die Rechtskonkretisierung in ihrer Wirkung in bezug auf den Tatbestand allgemein Bemerkte<sup>2)</sup>. Mit allen anderen Formen konkreten Rechtes hat die Rechtsprätention (im objektiven Sinn: das präntional geformte Stück sozialer Wirklichkeit) gemein, daß sie ein normatives Formgebilde darstellt, dessen Sinn ein rechtlicher ist und darin be-

<sup>1)</sup> Das wird verkannt von J. KOHLER, Prozeß als Rechtsverhältnis, 1888, S. 6. Gut dagegen WEISMANN, Lehrbuch des Deutschen ZPR. I 1903, S. 5.

<sup>2)</sup> Oben S. 17f., auch S. 23.

steht, daß sich in einer raumzeitlichen Realität die zu konkreter Geltung herabgebogene Rechtsform offenbart, den einmaligen Lebenssachverhalt (Tatbestand) zum Fall der Rechtsanwendung, zum Normsachverhalt umgestaltend. In einem auf diese Basis gestellten Kampfe haben die Kampfhandlungen der Parteien einen signitiven Charakter: Eine „wirkliche“, dem soziologischen Kampfbegriff faktisch entsprechende Kampfhandlung liegt nur vor, wo Gestaltung der streitigen Sozialwirklichkeit durch den Angreifer selber, der gewaltsam in das vom Willen des Feindes begrenzte Handlungsfeld einbricht, stattfindet. Der Rechtsprätendent handelt so und in diesem Sinn aber gerade nicht. Er hat zur Anspruchserhebung schreitend auf Machtausübung verzichtet. An die Stelle einer auf gewaltsamer Machtentfaltung gegenüber der anderen Partei beruhenden Tatbestandsgestaltung setzt er die präentionale und als solche bewußt vorläufige und der Kritik unterworfenere Formung des Tatbestandes. Dieser selbst, zum Fall geformt, spielt dabei nur die Rolle einer inhaltlichen Bestimmung des dem rechtlichen Ziele: gültige Norm inter partes, zugewandten Präentionsangriffes. Der „eigentliche“ d. i. rechtsjenseitige Kampf um die soziale Machtstellung wird nicht ausgefochten, sondern bildhaft vorgeführt; die Lebenstatsachen exemplifizieren die präentendierte Rechtsnorm, haben als Bestandsstücke des streitigen Sachverhaltes nur insoweit Bedeutung, als sie der normativen Form stoffliches Fundament geben. Willentliche Eigen-gestaltung des präentional geformten Tatbestandes seitens des Prätendenten kann hier gar nicht in Frage kommen. Der außerrechtliche Gestaltungswille der Parteien zeugt nur die bildhafte Geste der Präention. Die Parteien des Rechtsstreites wollen vor dem Forum nur das eine: Recht bekommen vor Gericht, d. h. „ihr“ Recht unter Verzicht auf eigne — endgültige — Gestaltung aus der Hand des Funktionärs der Gesamtrechtsgemeinschaft empfangen. Die kriegerische Tat ist Schein geworden. Sie lebt nurmehr als Geste im Rechtsstreit fort.

Der signitive Charakter der prozessualen Partei-handlungen tritt im modernen Prozeß sinnlich-gestenmäßig kaum mehr in Erscheinung. Wer Auge hat für das Wesen des Rechtsstreites, wird freilich auch in dem formlosen und unschönen Agieren der Rechtsanwälte vor einer Zivilkammer des Berliner Landgerichts I die Darstellung einer rechtlich geformten sozialen Wirklichkeit unschwer erkennen. Auch heute handeln noch die streitenden Parteien (und deren Prozeßvertreter) im Prozeß den ihnen durch die Prozeßordnung zugewiesenen Rollen gemäß. Sie kämpfen vor den Augen des Gerichtes, dem die Darstellung gilt, einen Scheinkampf im oben angedeuteten Sinne. Regie zugleich und Entscheidungsgewalt liegen beim neutralen Dritten, dem Richter, der über die Stellung eines Zuschauers im Laufe des Prozesses gewaltig hinauswächst. Die Parteien wenden sich an den Richter als ihr autoritatives Publikum, das über den — rechtlichen — (Geltungs-)Wert ihres „Spieles“ urteilen soll. Des „Spieles“. Das heißt in erster Linie: des gespielten Stückes, d. i. des Streitsachverhaltes. Daneben fällt aber dem Publikum (Richter) auch die Entscheidung darüber zu, in welchem Maße die Spieler den normativen Anforderungen der Darstellung genügt, wie sie „gespielt“ haben. Im zweiten Falle handelt es sich um die Frage der prozessualen Ordnungsmäßigkeit der Partei-handlungen.

Dies Bild einer parteilichen Rechtsdarstellung vor dem Forum des modernen Gerichtes enthüllt sich nur dem geschulten Juristen. Daß es sich dabei um einen eigenartig abgewandelten, „ins Juristische übersetzten“ Kampf der Parteien um reale Lebensgüter handelt, wird der Laie zuschauend kaum erkennen können. Wenigstens, soweit das Verfahren das des Zivilprozesses ist. Im Strafprozesse tritt der Kampfgedanke auch heute noch aktmäßig deutlich hervor. Man fühlt: Hinter dem von der Zugriffspräention des Staates (den der Staatsanwalt vertritt) gegenüber dem Angeklagten einerseits und dessen Unschuldspräention, die den Angriff abwehrt, andererseits getragenen Rechtsstreit steht ein hier nur bildhaft in Erscheinung tretender, gehemmter, aber nicht aufgehobener Wille zur Macht,

zur Herrschaft über des anderen Willen. Es ist ohne weitere Überlegung erkennbar, daß die Abschwächung des Zugriffs zur Rechtsprätention und die daraus sich ergebende Umstellung des Kampfes um lebendige Macht auf einen Rechtsstreit, in dem die kriminelle Sozialwirklichkeit nur als Substrat der durch Geltendmachung des Strafanspruches präentional konkretisierten strafrechtlichen Norm, als „Fall“ juristisch verwertet wird, nichts Endgültiges ist, daß die Rechtsdarstellung eine über ihren Rechtszweck hinausreichende, außerrechtliche soziale Bedeutung hat und deshalb nicht bloßes Spiel ist zwecks Illustrierung des Rechts durch Anwendung auf den individuellen (durch die normative Formung aber entindividualisierten) Fall. Zugleich aber ist einsichtig, daß es sich um eine dem Richter dargestellte Wirklichkeit handelt, die die Lebensvorgänge in rechtlicher Fassung widerspiegelt, daß dieses Durchgangsstadium in der Sphäre des Rechts durchlaufen werden muß, um über Recht oder Unrecht der angemäßen Herrschaft zu entscheiden.

Die Rückbezüglichkeit des Rechtsstreites auf eine gegenständlich in ihn eingeführte, aber ihrer außerrechtlichen (vorprozessualen) sozialen (Kampf-)Bedeutung entkleidete Parteinrelation tritt in primitiveren Rechtsperioden vielfach im Prozesse augenfällig in Erscheinung. Wo eine Ablösung des Rechtsstreites von seiner genetischen Grundlage des Krieges noch nicht restlos stattgefunden hat, da bewahrt sich die rechtliche Auseinandersetzung der Streitenden vor dem Forum der Rechtsgemeinschaft in weitem Umfange die Formen eines „echten“, vom Willen zur Macht geleiteten Kampfes. Wir denken hier an Stadien der Rechtsentwicklung, in denen die private Eigenmacht noch nicht soweit abgebaut ist, daß Rechtsverwirklichung — Fälle ganz besonderer Dringlichkeit der Selbsthilfe vorbehalten — nurmehr mit den Machtmitteln des Staates erfolgen darf. Auf der Rechtsstufe, die wir im Auge haben, liegt es vielmehr so, daß Selbsthilfe prinzipiell zulässig ist und die Rechtsgemeinschaft sich darauf beschränkt, deren Ausübung von gewissen normativen Voraussetzungen, z. B. zeitlich, örtlich — wie das in der Landfriedensgesetzgebung des deutschen Mittelalters geschah — abhängig zu machen. Das gerichtliche Verfahren kann hier die Funktion einer schiedsgerichtlichen Feststellung der Rechtslage inter partes haben, einer Feststellung, die dem privaten — fehdemäßigen — Zugriffe auf den Gegner vorausgegangen sein muß. Der Eingriff in die Handlungssphäre des (angeblich) schuldigen Gegners wird, wenn sich dieser nicht dem Zugriffe widerspruchlos unterwirft, bis zur gerichtlichen Entscheidung über seine Rechtmäßigkeit sistiert.

Mit einem soarteten Verfahren haben wir es bei dem altrömischen Legisaktionenprozeß zu tun<sup>1)</sup>. GRADENWITZ<sup>2)</sup> hat ganz richtig gesehen, daß es sich hier um eine Überleitung des Ernstkampfes in das auf die parteilichen Rechtsbehauptungen fundierte gerichtliche Verfahren handelt. Der signitive Charakter des vor Gericht erfolgenden Zugriffs auf die vindizierte Sache (bzw. bei der leg. a. sacr. in personam auf die Person als den „Häfter“<sup>3)</sup>) ist unverkennbar; er ist bildhafte Wiederholung der vorprozessualen Gewalthandlung und zugleich ein Stück der Rechtsdarstellung, mit der verbalen Präentionserklärung sich zum „solennen Akt der Geltendmachung“<sup>4)</sup>, der als formaler Akt an die Adresse des Gerichtes, inhaltlich an den Gegner richtet ist, zusammenfügend. Vgl. auch gut LENEL<sup>5)</sup>: „Das vindicare des Klägers an dieser

<sup>1)</sup> Vgl. die einleuchtenden Ausführungen von KOSCHAKER, S. 37 (1) S. 356f.; ferner RABEL (in seiner grundlegenden Untersuchung über die *δίκη εξουσίας*) SZ. 36, S. 385 und SZ. 38, S. 314. Zu verwandten Gestaltungen des demotischen Vindikationsprozesses PARTSCH, Hauswaldt-Papyri 1913, S. 24\* und bei SETHE, Demotische Urkunden 1920, S. 755. Zum Verfahren mit „aveu“ und „contre aveu“ im Prozesse des germ.-romanischen Mischrechts vgl. MERK, Rhein. Z. Bd. 7 1919, § 5, S. 184f.

<sup>2)</sup> GRADENWITZ, Festgabe für GNEIST, S. 285f., derselbe, Volksspruch und Kunstregel bei der Konsumption (S.-A. aus Festschrift für BEKKER) 1907, S. 16/7. Zum Begriff der altröm. vindicatio als eines vorrechtlichen Gewaltaktes vgl. auch DE FRANCISCI, Il trasferimento della proprietà 1924, p. 126f. (im Anschluss an BETTI, La vindicatio primitiva, Filangieri XL p. 321f.)

<sup>3)</sup> Vgl. RABEL, SZ. 36, S. 387.

<sup>4)</sup> JHERING, Geist des röm. Rechts III, 1, 4. Aufl. 1888, S. X, S. 102 Anm. \*, der jedoch diesen Akt als außergerichtlichen auffaßt.

<sup>5)</sup> SZ. 37, S. 131.

gegenwärtigen Sache wird als Ausübung des Besitzergreifungsrechtes gegolten haben und enthält so in sich schon die Rechtfertigung der aufgestellten Rechtsbehauptung.“

Erst mit Öffnung der Parteibeziehung gegen den „Dritten“ wird eine Rechtskonkretisierung in der Weise präentional geformter Rechtsdarstellung möglich. Nun erst gibt es die doppelbezogene Rechtspräention, die als Akt der Geltendmachung der Geltungsadresse des Dritten zugewendet ist. Die Nachaußenwendung der parteilichen Rechtsakte, die unter Aufbruch des geschlossenen Ich-Du-Verhältnisses der Parteien erfolgt, ermöglicht die Erzeugung eines streitlösenden Normsachverhaltes von erhöhter Rechtskraft. Dem intensiveren Modus der präentionalen Rechtskonkretisierung entspricht eine geltungsmäßig verstärkte, unter Beteiligung des Dritten zustandegekommene Streitlösung. In jedem Falle hat die Offenlegung der parteilichen Willensgegensätzlichkeit, die mit Konstituierung des Präentionsverhältnisses einen rechtlich formulierten Ausdruck fand, vor dem Richter — oder sonstigen Dritrintervenienten, der als Funktionär eines höheren Verbandes handelt — die Wirkung, daß, wenn das Endziel bindender Streitendigung erreicht wird, eine über das Ich-Du-Verhältnis der Streitteile hinausragende, in die Rechtssphäre einer größeren Rechtsgemeinschaft hineinragende und zu deren Rechtsordnung, die von den Parteien durch ihre Anspruchserhebung angerufen worden ist, autoritativ durch die endgültige Rechtskonkretisierung in Beziehung gesetzte individuelle Normwirklichkeit geschaffen wird.

## II. Rechtsgrundlagen und Geltungswert der Entscheidung des Dritten.

### 1. Die Modalitäten der Dritrintervention (zwecks Ersatzes der parteilichen Unterwerfungsakte).

§ 5. a) Schon oben S. 89 wurde bemerkt: Der Eingriff eines unparteiischen Dritten in eine Streitbeziehung setzt nicht voraus, daß diese bereits zu einem formulierten Präentionsverhältnis gediehen ist. Die Aufgabe des Dritten kann vielmehr gerade darin bestehen, die noch völlig unverbunden gegeneinander stehenden Rechtssubjekte unter der Norm eines vorläufigen Friedens zu vereinigen. Damit die Streitenden aus dem Stadium totalen Nichteinigseins hinausgelangen und dahin kommen, ihre Ansprüche — die bisher mit Gewalt verfolgten, jetzt präentional formulierten „Kriegsziele“ — gegenseitig anzuhören, insoweit einig gehend, als ihrer beider Willensziel ist, Aufhebung der Willensgegensätzlichkeit auf dem näher zu bestimmenden Wege einer Verhandlung zu versuchen, ist Erhebung dieses (beschränkten) Einigungswillens zur Norm inter partes erforderlich. Dazu bedarf es, wie überall, wenn eine rechtliche Vergemeinschaftung stattfinden soll, der aktmäßigen Konstituierung eines Rechtskreises und einer Rechtsordnung im Wege des Vollzuges und der Verlautbarung willentlicher Unterwerfungsakte der zur Streitverhandlung sich zusammenfindenden Rechtssubjekte. Erst wenn dies von seiten der Parteien geleistet worden ist, hat der Übertritt in das Verhandlungsstadium (partieller Nichteinigkeit) mit der Rechtswirkung eines Zusammenschlusses der Streitteile unter einer das Streitverhältnis (als transitorische Rechtsbeziehung) konstituierenden vertraglichen Rechtsordnung stattgefunden. Dabei macht es keinen Unterschied, ob es sich um Konstituierung eines Rechtsstreitverhältnisses im prägnanten Sinne handelt, das zur bindenden Entscheidung über die geltendgemachten Parteipräentionen durch den als Gericht fungierenden Dritten führen soll, oder ob der Wille der Parteien dahin geht, gütliche Einigung durch nachgiebige Beilegung der Willensdifferenzen anzustreben. Hier wie dort trägt der auf parteilicher Willenseinigung beruhende überparteiliche Gesamtwille die die Streitenden an den Verhandlungstisch bannende Norm der Streitverhandlung.

Gerade in dieser ersten Phase der Uneinigkeit von Rechtssubjekten, die Genossen eines größeren Rechtsverbandes sind, erweist sich ein Dritteingriff unter Umständen

als gebieterische Notwendigkeit. Als Dritter fungiert ein Delegierter der Gesamtrechtsgemeinschaft. Diese greift auf Grund abstrakter Rechtssätze ihrer Rechtsordnung ein mit dem Ziel, die Gegner zu einer vorvertraglichen Verhandlungsgemeinschaft zusammenzuschließen. Ohne den konkreten Willen einer Partei ist das nur möglich, wenn der fehlende Wille — der Willensakt der Unterwerfung unter die Norm des vorläufigen, die Rechtsstreitgemeinschaft begründenden Friedens — durch Diktat der Gesamtrechtsgemeinschaft ersetzt wird. Wo das geschieht, findet eine Begründung des Präentionsverhältnisses auf Grund einseitiger Präentionserhebung statt, indem die Rechtsgemeinschaft, der die Streitenden angehören, den an ihre Geltungsadresse gerichteten Akt der Geltendmachung einer Partei als zur Konstituierung der Streitbeziehung mit dem Gegner, der sich auf den gegen ihn erhobenen Anspruch nicht eingelassen hat, ausreichend erklärt. In einer solchen Erklärung der angerufenen Rechtsgemeinschaft, die dabei auf eine abstrakte Norm rekurriert, diese anwendet, ist ein Akt der Ersetzung der fehlenden Mitwirkung einer Partei enthalten. Ein individueller Rechtskreis wird um die Streitteile zwangsweise gezogen. Der gegen den seine Mitwirkung bei der Begründung der vorvertraglichen Rechtsverbundenheit Weigernden angewandte Zwang besteht darin, daß entgegen seiner Weigerung auf Grund und unter Anwendung des verfassungsmäßigen Willens des Rechtsverbandes, dessen Wille zugleich der eigene normativ verobjektivierte (abstrakte) Wille des fraglichen Rechtsgenossen ist<sup>1)</sup>, Unterwerfung unter die ihn mit der anderen Partei vergemeinschaftende Streitrechtsordnung erfolgt.

a) Fassen wir zunächst das Rechtsstreitverhältnis im strengen Sinne der dreiseitigen Prozeßrechtsbeziehung, deren Dritter das zur Entscheidung der Rechtsfrage berufene Gericht ist, ins Auge, so bemerken wir, daß der bezeichnete Punkt einseitiger Rechtsstreiteröffnung, bei der es auf einen Willensakt des zum Rechtskampf Herausgeforderten nicht mehr ankommt, in der historischen Rechtsentwicklung erst allmählich nach Durchlaufung von Vorstadien erreicht wird. Primitiver Rechtskultur ist dieser Ersatzgedanke, dieses Hinweggehen über den konkreten Willen des Gegners, der den Eintritt in das Stadium partiellen Nichteinigseins weigert, der sich in die vom Kläger angeregte Rechtsdiskussion nicht einläßt, durchaus fremd. Der Gesamtrechtsverband läßt zwar zu, daß der Prätendent (Kläger) den Gegner unter Gewaltanwendung vor sein Forum zieht. Das ist sowohl im altrömischen Recht der Fall, wo die Ladungshandlung gegenüber dem das Erscheinen vor Gericht weigernden „in ius vocatus“ der eigenmächtige, außergerichtliche Zugriff der manus iniectio ist<sup>2)</sup>, als auch z. B. im altbabylonischen Prozesse, der mit der privaten Ladung des Klägers anhebt, die mit „sabātu“ bezeichnet wird, einem Wort, das zugleich der Fachausdruck ist „für den Zugriff des Gläubigers gegen die Person des Schuldners, die manus iniectio, die Bezeichnung der Personalexekution<sup>3)</sup>“. Aber diese eigenmächtige Ladung ist vorprozessualer Rechtsakt, der zwar Rechtswirkungen gegen den Geladenen auslöst — nach salfränkischem Recht verfällt der wiederholt unter bestimmten Formen vom Kläger Geladene in Ungehorsamsbuße und schließlich als Rechtsverweigerer der Acht, vgl. L. Sal. 56 —, aber nicht zur Konstituierung des Rechtsstreitverhältnisses führen kann. Ohne Einlassung des Verklagten kein Rechtsstreit. Soll es zu einem auf bindende Streitlösung abzielenden Verfahren vor Gericht kommen, so muß der vom Kläger durch dessen, ihm im Wege der Ladung zur Kenntnis gebrachten Anspruch Angegriffene durch „antworten“ (respondere) die Rechtsstreitbeziehung herstellen helfen. Läßt sich der Gegner auf die erhobene Präention (Klage) ein, indem er den Willen bekundet, als Partei mittun, auf den

<sup>1)</sup> Vgl. die Anführungen oben S. 73f.

<sup>2)</sup> Vgl. dazu SOHM-MITTEIS-WENGER, Institutionen des röm. Privatrechts 1923, S. 655 Anm. 10.

<sup>3)</sup> GEORG LAUTNER, Die richterliche Entscheidung und die Streitbeendigung im altbabyl. Prozeßrechte (Leipz. rechtswissenschaftl. Studien Heft 3) 1922, S. 12/13.

Rechtsangriff als abwehrender Gegner prozessual reagieren zu wollen — röm. „defendere“, im attischen Recht „ἀπολογεῖσθαι“<sup>1)</sup>, — so nimmt er damit die klägerische Offerte zur vertraglichen Begründung des Rechtsstreitverhältnisses an und bringt zum Ausdruck, daß er mit der gerichtlichen Erledigung der Parteidifferenz, die den Charakter eines präentional geformten Streitgegenstandes angenommen hat, einverstanden ist<sup>2)</sup>. Läßt sich der Angegriffene dagegen auf den ihm vom Prä-tendenten angebotenen Rechtsstreit nicht ein, so bleibt mangels Einigung der Parteien (als der unerläßlichen Grundlage eines Präentionsverhältnisses) die Lösung des Streites auf dem Rechtswege unerreichbar.

Hier greift nun die als Friedensbewahrerin interessierte Gesamrechtsgemeinschaft ein. Sie versucht zunächst, durch mehr oder minder starken Druck auf den Willen des zur rechtsstreitmäßigen Erledigung nicht geneigten Gegners den Abschluß des Prozeßbegründungsvertrages — wenn Schließung eines endgültigen streitbeendenden Friedensvertrages noch nicht ins Auge gefaßt werden kann — zu erzwingen. Die Rechtsordnung statuiert hier eine Defensionspflicht des Beklagten, legt ihm einen „Kontrahierungszwang“ auf, der ihn normativ zur Eingehung des rechtsstreitbegründenden Vertrages mit dem anderen Teile (Kläger) verpflichtet. Damit wird das rechtliche Fundament des parteilichen Präentionsverhältnisses nicht verschoben. Noch sind es die Parteien, die, wenn auch vielleicht unter dem Druck staatlicher Drohungen handelnd, den Rechtsstreit vertraglich fundieren. Der Grundsatz: Kein Prozeß ohne Einlassung des Beklagten bleibt aufrechterhalten.

Das ist der Standpunkt des römischen Zivilprozeßrechts bis in die klassische Zeit. Die Rechtslage ist — unter Zugrundelegung unserer heutigen Forschungsergebnisse — in dem uns angehenden Punkte kurz folgende:

Der Begründung des Rechtsstreitverhältnisses war im altrömischen Prozesse ein besonderes Verfahren vor dem Magistrat gewidmet. Das unter Mitwirkung des Staates — des Magistrates, in Rom seit Schaffung der Prätur: des Prätors — sich abwickelnde Verfahren „in iure“. Der vom Kläger geltend gemachte Anspruch wird zunächst einer behördlichen Vorprüfung unterzogen, von deren Ausfall es abhängt, ob der Staat als Dritter in das zu konstituierende Präentionsverhältnis eintritt und dadurch den Parteien das Forum der Rechtsgemeinschaft eröffnet. Fällt die behördliche Prüfung des Klagbegehrens negativ aus — die Entscheidung liegt im Ermessen des Prätors, gründet sich auf dessen imperium — so ist die Begründung eines dreiseitigen Präentionsverhältnisses von vornherein ausgeschlossen.

Anderenfalls hängt es allein vom Verhalten des Beklagten ab, ob es zum Rechtsstreite kommt. Läßt sich dieser auf die klägerische Präention ein, indem er sich defendiert, so kommt es zum Abschlusse des prozeßbegründenden Vertrages, der *litis contestatio* (LC), die das Verfahren in iure aktmäßig beendet. Die LC stellt das Präentionsverhältnis bindend fest. Sie erfolgte ursprünglich durch parteiliche Verlautbarung der normativ fixierten Präentionsformeln (*legis actiones*). Im Formularprozeß fand unter Mitwirkung des Prätors eine Fixierung der Klagpräention in der Weise statt, daß der Prätor dem Kläger die schriftliche „formula“ gab (*actionem dare*) und dieser sie wahrscheinlich dem Beklagten überreichte. Durch „edere“ der formula seitens des Klägers und „accipere“ derselben seitens des Beklagten kam die LC zum Abschluß. Durch Hinnahme der Schriftformel hatte der Beklagte seine Unterwerfung unter den Spruch des Gerichtes verlautbart. Die streitbegründende Einigung der Parteien darüber, daß ihr präentional geformter Rechtsstreit durch Urteil entschieden werden sollte, war mit Eingehung der LC erfolgt.

Wie aber, wenn der Beklagte seine Mitwirkung bei der Konstituierung des Rechtsstreitverhältnisses durch *defendere* (*iudicium accipere*) weigerte, sich auf die Klagpräention nicht einließ? Ein Rechtsstreit war in dem Falle ausgeschlossen. Die Rechtsordnung reagierte auf diese Nichtachtung ihres Defensionsgebotes in der Weise, daß sie mit Strafmaßnahmen gegen den *indefensus* vorging. Wenn es sich um eine *actio certae creditae pecuniae* handelte, so galt der Satz, daß der *indefensus*, gleich dem „*confessus*“ (*in iure*), *pro iudicato* behandelt wurde, also dem verhaftenden Zugriff des Klägers ausgesetzt war, vgl. L. RUBRIA C. 21<sup>3)</sup>. In anderen Fällen

<sup>1)</sup> Vgl. PARTSCH, Archiv f. Papyrusforschung, Bd. 6 (1913), S. 73 s. v. ἀπολογεῖσθαι.

<sup>2)</sup> Im röm. Recht heißt „defendere“ soviel wie „*controversiam facere*“, vgl. arg. e. contr. Julian D. 5, 4, 8.

<sup>3)</sup> Dazu OTTO LENEL, *Edictum perpetuum*, 2. Aufl. 1907 §§ 199, 200.

von actiones in personam fand gegen den sich in iure nicht (gehörig) Defendierenden jedenfalls missio in bona statt<sup>1)</sup>.

In diesen Fällen wurde der durch eine Zugriffsprätention des Klägers, der die — durch Leistung des geschuldeten Wertes ablösbare — Haftung des Beklagten geltend machte, angegriffene Beklagte, wenn er den Eintritt in das Prätentionsverhältnis durch defendere weigerte, dem Zugriffe auf seine Person (oder sein Vermögen) von der Rechtsgemeinschaft preisgegeben, einem Zugriffe, den er aber durch nachträgliche Defensio ablösen konnte (über deren Zulässigkeit: Ulp. D 42, 6, 33, 1). Diese Folgen des non defendere konnten jedoch nur dort eintreten, wo Defensiozwang bestand. Er fehlte aber bei den sog. „actiones in rem“. Da galt der Grundsatz der Einlassungsfreiheit: *Invitus nemo rem cogitur defendere* (Ulp. 50, 17, 156 pr.<sup>2)</sup>). Das bedeutet:

Der mit der „rei vindicatio“ belangte Sachbesitzer (um diesen einfachsten Tatbestand zum Gegenstand zu nehmen) ist von Rechtswegen nicht gezwungen, die Sache zu defendieren. Er kann sich der Klagprätention entziehen, indem er durch Nichtdefensio das Zugriffsobjekt dem Kläger preisgibt. Der letztere kann dann ohne weiteres auf Grund behördlicher *translatio possessionis* auf die Sache greifen (und es stehen ihm bei Widerstand des Beklagten die Rechtsmittel der *actio ad exhibendum* bzw. das *interdictum quem fundum* zur Verfügung).

Die Besonderheit des Sachverhaltes liegt darin, daß durch den Klagenspruch, den der Vindikant erhebt, keine persönliche Haftung des Beklagten geltend gemacht, nicht Zugriff auf dessen Person prätendiert wird, — solange es nicht zur Defensio gekommen ist. Der Anspruch des Vindikanten richtet sich primär und zunächst gegen den Beklagten — der Ausdruck: *actio in rem* (den Sinn: gerichtliches Vorgehen „gegen die Sache“ meinent) ist paradox, ebenso wie der Begriff der „Sachverfolgung“, mit dem gelegentlich operiert wird, wenn unter Verfolgung (*persecutio*) ein rechtliches Vorgehen verstanden werden soll, schief ist — nur als den Besitzer, in dessen Händen sich die vindizierte Sache, das Objekt des prätendierten Zugriffes befindet. Die Herrschaftsmaßung, die der Rechtsprätention soziologisch zugrunde liegt, richtet sich auf das bestimmte, als eigen in Anspruch genommene Vermögensgut. Prätentionsgegner ist der Beklagte deswegen, weil sich dieses Gut (die vindizierte Sache), nach Behauptung des Klägers als Fremdkörper, in jenes Machtbereiche befindet; der Zugriff würde daher Eingriff in die Sphäre des Beklagten bedeuten. In dem Moment aber, wo der Beklagte zu erkennen gibt, daß die Sache bei ihm als fremde, weil nicht von seinem Herrschaftswillen erfaßte und gehaltene liegt, gibt er dem Zugriffe des Prätendenten freie Bahn. Die Prätention ist nunmehr gegenstandslos. Der Beklagte hat sich durch Aussonderung der Sache aus seinem Handlungsfelde dem Angriff entzogen. Indem er die Sache preisgibt, lenkt er den Angriff von sich ab, so daß dieser jetzt ins Leere geht. Eine Unterwerfung des Beklagten unter die Klagprätention findet dabei nicht statt. Es kommt, nachdem der Beklagte gegenüber der *rei vindicatio* das „non defendere“ gewählt hat, weder zum Rechtsstreit noch zu einer die Parteien rechtlich verbindenden Streitlösung. Der Streit wird vielmehr aus der Welt geschafft, indem der Angegriffene die Angriffsfläche, die er dem Kläger als zugriffshemmender Sachhalter bot, beseitigt.

Der Grundsatz: Kein Rechtsstreit ohne vertragliche Prozeßbegründung seitens der Parteien wird im Laufe der Entwicklung jedoch verlassen. Schon in der nachklassischen römischen Zeit wird er nicht mehr streng durchgeführt. Unter Justinian findet allerdings eine Erneuerung des Gedankens der Prozeßbegründung durch *Litiscontestatio* statt, aber diese Erneuerung ist eine künstliche Wiederbelebung des alten Gedankens, dessen lebendiger Sinn verloren gegangen war. Die zum Abschluß der LC erforderlichen parteilichen Willensakte werden fingiert; gewissen prozessualen Rechtshandlungen der Parteien bei der Einleitung des Rechtsstreites wurde die Bedeutung der LC untergeleget<sup>3)</sup>. Von einem prozeßbegründenden Vertrage kann in Wahrheit im justinianischen Recht keine Rede mehr sein. Zu einem Streitverfahren ohne Einlassung des Beklagten ist es aber auch im byzantinischen Rechte nicht gekommen.

Im Verfahren der vorjustinianischen *extraordinaria cognitio* war die einseitige Verhandlung des Rechtsstreites auf Grund des klägerischen Vorbringens gegen den zitierten, aber nicht defendierenden Beklagten möglich gewesen, vgl. Ulp. D 5, 1, 73 pr.; auch Paulus, sent. V, 5a § 6, und umgekehrt auch gegen den säumigen Kläger. Damit war das Ziel einer Rechtsstreitbegründung, die zur Konstituierung eines Prätentionsverhältnisses führt, und einer auf dieser fußenden

1) Vgl. LENEL a. a. O. § 202; auch WLASSAK, Anklage und Streitbefestigung (Sitzungsberichte der Wiener Akademie, phil.-hist. Klasse Bd. 194) 1920, S. 20.

2) Vgl. dazu WLASSAK, SZ. Bd. 25, S. 117f. und in PAULY-WISSOWAS Real-Enzyklopädie s. v. *Actio in rem*; MITTEIS-WENGER a. a. O. § 54 Anm. 1 S. 309.

3) Vgl. WLASSAK, Anklage etc. S. 51f.; SOHM-MITTEIS-WENGER a. a. O., S. 644 Anm. 2.

streitigen Verhandlung über den geltendgemachten Anspruch ohne willentliche Einigung der Streitteile erreicht. Das war nur möglich auf Grund einer den Ersatz des fehlenden Parteiaktes diktierenden Rechtsnorm der Gesamtrechtsgemeinschaft.

Das justinianische Recht enthält eine derartige Norm nicht. Der Säumige wird durch Zwangsmaßnahmen zum Erscheinen vor Gericht angehalten, vgl. Just. Nov. 53 C. 4 § 1, gegen den der Ladung nicht folgenden Beklagten wird mit „missio in possessionem rerum secundum mensuram declarati debiti“ vorgegangen<sup>1)</sup>. Die LC, obwohl ihres ursprünglichen Sinnes völlig entkleidet, bleibt als Formalakt erhalten. Die formale Idee der parteilichen Streitbegründung als des unerläßlichen Fundamentes jeden Rechtsstreites beherrscht noch den justinianischen Prozeß.

Auch das italienisch-kanonische Prozeßrecht wandelt in dieser Gedankenbahn. Eine entscheidende Wendung im Sinne der römischen *extraordinaria cognitio* macht erst das sächsische Recht; ihm folgt das Reichsrecht im jüngsten Reichstagsabschied von 1654. Es erfolgt jetzt ein radikaler Bruch mit der Maxime: Ohne Streitbefestigung kein Prozeß. Bei völliger Säumnis des Beklagten wird die LC fingiert (*lis pro contestata habetur*), und zwar so, daß der nicht defendierende Beklagte als „negative litem contestierend“ gilt<sup>2)</sup>. Das will heißen: Die Rechtsprätention des Klägers, in prozessual vorgeschriebener Weise vor dem Forum der Rechtsgemeinschaft geltend gemacht, konstituiert einseitig das Prätentionsverhältnis. Dies auf Grund staatlicher Rechtsnorm, die das passive Verhalten des Beklagten dahin bewertet, daß es den Willensakt gegenprätentionalen Bestreitens des Klaganspruches indiziert. Es handelt sich dabei um einen der Fälle normativer Zwangsbewertung eines leiblichen Verhaltens, wo die Zuordnung des Willensaktes zu den sinnlichen Daten auf reine Fiktion hinauskommt<sup>3)</sup>. Der fingierte, d. h. normativ „ersetzte“ Akt des Beklagten ist nichts anderes als die zur Rechtsstreitbegründung, zur Überführung des Stadiums totaler Uneinigkeit der Parteien in die Phase partiellen (Nicht-)Einigseins erforderliche Konstituente: der Akt des *iudicium accipere*. Kraft Gesetzes wird es so angesehen, als habe sich der Beklagte der Individualnorm einer parteilichen Einigung des Inhaltes unterworfen: Es soll unter uns vor dem Forum dieser Rechtsgemeinschaft Prozeß sein über den vom Kläger prätentional formulierten Streitgegenstand und mit dem Ziel bindender Streitlösung für die Parteien durch Entscheidung des rechtsgemeinschaftlich delegierten Dritten. Ohne willentliches Zutun (*hic et nunc!*) ist der Beklagte mit dem Kläger allein durch dessen Klageerhebung rechtlich unter der Norm des Rechtsstreitverhältnisses vergemeinschaftet worden.

Das auf dieser Basis sich entwickelnde Verfahren, das schon dem römischen Recht nach der *Litiskontestation*, bei späterer Säumnis des Beklagten als „*eremodicium*“ bekannt war, unterscheidet sich in nichts von einem gewöhnlichen kontradiktorischen Verfahren, in dem der Beklagte die Klagprätention bestreitet; es endet mit einem der Rechtskraft im selben Maße wie andere Endurteile fähigen Urteil. Es ist nur eine Folgewirkung der Konstituierung des Prozeßrechtsverhältnisses ohne Zutun des Beklagten, daß die den Prozeß beendende Entscheidung gegen ihn Rechtskraft macht. Die fingierte Unterwerfung des Beklagten unter die Klagprätention als den streitbegründenden, das Rechtstreitverhältnis fundierenden Akt schließt die Unter-

<sup>1)</sup> Die Reaktion der Gesamtrechtsgemeinschaft auf das negative (passive) Verhalten des Beklagten, das als strafwürdige Unbotmäßigkeit gewertet wird, führt hier zu einer unmittelbaren Liquidierung des im Keime erstickten Rechtsstreites zugunsten des Gläubigers, dessen Zugriffe das Schuldnervermögen (beschränkt) preisgegeben wird. Germanische Rechte, die in solchen Fällen zuerst mit Friedloslegung des Beklagten reagierten, denken im Prinzip nicht anders. Vgl. z. B. die Bemerkungen von WREDE, *Zivilprozeß Schwedens und Finnlands* 1924, S. 198, zum älteren schwedischen Recht; allgemein v. SCHWERIN, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 2. Aufl., 1915, S. 179 mit Lit.

<sup>2)</sup> Vgl. dazu RICHARD SCHMIDT *Lehrbuch des deutschen ZPR.*, 2. Aufl., 1910, S. 551/2.

<sup>3)</sup> Vgl. oben S. 65.



werfung unter die Norm der streitlösenden Entscheidung in sich: *defendere* heißt *iudicium accipere*.

Das gegenwärtige deutsche Recht kennt das Eremodizialverfahren (ohne vorausgegangene Einlassung des Beklagten) nur in Ausnahmefällen. Abgesehen von der strafprozessualen Verhandlung in Abwesenheit des Angeklagten (§§ 232 StPO. in der Fassung vom 22. 3. 1924), die diesen Charakter hat, im Zivilprozeß beim Verfahren in Ehesachen (§ 618 ZPO.), ferner z. B. im Verfahren vor dem Mieteinigungsamt gem. § 40 II des Gesetzes über Mieterschutz und Mieteinigungsämter vom 1. 6. 1923<sup>1)</sup>. Im übrigen steht das moderne Prozeßrecht zwar auf dem Standpunkte, daß es zur Begründung des Rechtsstreitverhältnisses einer vertraglichen Einigung der Parteien nicht bedarf, der Prozeß vielmehr durch einseitige Präentionserhebung seitens des Klägers (regelmäßig durch Klagezustellung) begründet wird, läßt aber streitige Verhandlung bei totaler Säumnis des Beklagten nicht zu. Es findet in diesem Falle ein eigenartiges Versäumnisverfahren statt, in dem mit der Fiktion der „affirmativen Litiskontestation“ gearbeitet wird, auf Grund deren der Beklagte „der in der Klage enthaltenen Tatsachen in *contumaciam* für geständig und überwiesen erklärt“ wird (Preuss. AGO I 8 § 10). Im Gegensatz zum Verfahren der PrAGO., das mit einem Kontumazialerkenntnis endete, das nur im Wege der Restitution angreifbar war (AGO I 14 §§ 69f)<sup>2)</sup>, schließt das Versäumnisverfahren der ZPO. — dem C. de *proc. civil* Art. 149f folgend — mit einem durch Einspruch anfechtbaren Versäumnisurteile (ZPO. §§ 331, 338f). Dem summarischen Verfahren ohne Sachprüfung entspricht der geminderte Geltungswert der Streitlösung, die der Beklagte nunmehr die Defension übernehmend anfechten kann, womit er das Rechtsstreitverhältnis, wie es bei Prozeßeröffnung bestand, wiederherstellt.

Was ist der Sinn der Fiktion einer „affirmativen“ Litiskontestation? Man könnte auf den ersten Blick geneigt sein, in ihr eine Fiktion der willentlichen Unterwerfung des Beklagten unter den vom Kläger prätendierten Rechtssachverhalt zu erblicken. Wäre das der Fall, so müßte die Klageprätention bei non *defendere* des Beklagten ohne weiteres zur streitbeendenden Norm *inter partes* erstarken, durch Anerkennung des Beklagten der Rechtsgeltung eines außer Streit gesetzten konkreten Rechtes teilhaftig geworden. Diese Wirkung tritt aber nicht ein, kann nicht eintreten, auf Grund der bloßen Tatsache des non *defendere* des Beklagten. Die gesetzliche Fiktion (des § 331 ZPO.) ist wesentlich beschränkter. Allein „das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers“ ist „als zugestanden anzunehmen“, wenn der Beklagte die Einlassung weigert (Säumnis des Beklagten in späteren Terminen und Säumnis des Klägers interessieren hier nicht). Der Beklagte gilt als den geltend gemachten Tatbestand der Klage zugestehend, nicht aber als der klägerischen Rechtsbehauptung sich Unterwerfender. Trotz der — fiktiven — Außerstreitsetzung der Klagtatsachen behält die Rechtsformung des Klägers ihren prätentionalen Charakter, bleibt versuchte Rechtskonkretisierung. Das Gericht hat die Richtigkeit der klägerischen Rechtsbehauptung unter Zugrundelegung des fiktiv bejahten tatbestandlichen Fundaments frei zu prüfen; es kann trotz affirmativer LC des Beklagten zur Klageabweisung kommen, indem es die vom Kläger prätendierte Rechtsfolge verneint (ZPO. § 331 II).

Auch diese Fiktion führt zur einseitigen Konstituierung eines von Präention und Gegen- (Abwehr-)präention getragenen parteilichen Rechtsstreitverhältnisses. Der säumige Beklagte gilt als die Klagtatsachen zugestehender Gegner, der aber die Rechtspräention des Klägers als gegen ihn rechtlich geltende Norm ablehnt. Die fiktiv hergestellte Einigung der Parteien ist demnach auch hier, obwohl weitergehend als in dem Falle negativer LC, eine partielle; sie konstituiert ein der urteilsmäßigen Lösung harrendes Präentionsverhältnis mit verengtem Streitfundament.

Nicht hierher gehört der Fall der „Entscheidung nach Lage der Akten“, die gemäß § 331 a ZPO. (in der Fassung der Bekanntmachung des Reichsministers der Justiz vom 13. 5. 1924) bei Säumnis einer Partei vom Gegner an Stelle eines Versäumnisurteils beantragt werden kann. Diese Entscheidung setzt eine vorausgegangene mündliche Verhandlung voraus (ZPO. § 331 a i. V. mit § 251 a Abs. 1 S. 2); sie erfolgt auf Grund einer durch keinerlei Fiktionen über die Stellungnahme der säumigen Partei gebundenen Sachprüfung unter Wertung des gesamten bisher von den Parteien (mündlich oder schriftlich) vorgebrachten Streitmaterials<sup>3)</sup>. Also weder Eremodizial- noch Versäumnisverfahren.

Die Fälle der Rechtsstreiteröffnung zufolge einseitigen Parteiaktes, ohne willentliches Mitwirken der angegriffenen Partei bei der Konstituierung des Rechtsstreit-

<sup>1)</sup> RGBl. 1923 I, S. 353.

<sup>2)</sup> Vgl. Codex iuris canonici can. 1847, der dem *contumax post latam sententiam* das Benefiz der *restitutio in integrum* gewährt.

<sup>3)</sup> Richtig KANN, JW. 1924, S. 383, dem STRIEMER, DJZ. 1924, Sp. 501 und J. GOLDSCHMIDT, Die neue ZPO. 1924 § 251 a Anm. 4 zustimmen; anders nicht überzeugend WACH, DJZ. 1924, Sp. 249, der meint, der Akteninhalt solle hier die alleinige Urteilsgrundlage bilden („*quod non est in actis, non est in mundo*“); im selben (WACHschen) Sinne SONNEN, Das neue Zivilprozeßrecht 1924, S. 47. Gegen die Letztgenannten neuestens DE BOOR, Die Entscheidung nach Lage der Akten 1924, S. 38.

verhältnisses, haben das Gemeinsame, daß ein bestreitendes Verhalten des säumigen Gegners fingiert wird. Der erhobenen Rechtsprätention wird der Wert und Sinn eines Streitfundamentes zuteil, indem sie als vom Gegner (zumindest bezüglich ihrer Normwirkung) nicht anerkannt gilt; die fingierte ablehnende Haltung des Beklagten hinsichtlich der vom Kläger prätierten Rechtsfolge verhindert die unmittelbare Erzielung einer streitbeendenden Einigung. Es bedarf des Richterspruchs, um die Rechtsprätention in die Ruhelage einer die Parteien definitiv bindenden Individualnorm zu überführen. Der rechtliche Erfolg der gesetzlichen Fiktion (welches ihr näherer Inhalt auch sein mag) ist hier eine vorläufige, rechtsstreitmäßige Vergemeinschaftung der Streitteile, der Zusammenschluß dieser beiden und des eintretenden Dritten — des Gerichtes — zu dem dreiseitigen Prozeßverhältnis. Das wird erreicht durch Diktat der Gesamtrechtsgemeinschaft, die den fehlenden Willensakt der einen Partei, die sich durch Nichteinlassung auf die erhobene Rechtsprätention der anderen Seite versagte, normativ ersetzt. Die (Prozeß-)Rechtsbeziehung wird im Wege der Intervention eines Dritten — der größeren Rechtsgemeinschaft — zwischen den Parteien hergestellt.

Der diese Wirkung herbeiführende (Außen-) Eingriff in das parteiliche Verhältnis hat nicht den Charakter eines individuellen Interventionsaktes. Einer Stellungnahme und Willensäußerung des Dritten zur in concreto erhobenen Prätention bedarf es nicht mehr, da die Rechtsgemeinschaft ihren Willen bereits durch abstrakten Rechtssatz als ein für alle Male der ordnungsmäßigen Klagerhebung vor ihrem Forum gültigen erklärt hat. Man kann bei dieser Sachlage von „abstrakter“ oder normativer Dritrintervention sprechen. Die Interventionswirkung des Aktersatzes im konkreten Falle auszulösen, bleibt dem alleinhandelnden, präentionserhebenden Rechtssubjekte überlassen, das durch seine Anspruchserhebung die Interventionsnorm der Rechtsordnung des Gesamtrechtsverbandes, dessen Gericht angegangen wird, bindend konkretisiert. Tritt der Gegner in den Rechtsstreit sich defendierend ein, so konstituiert sich das Rechtsstreitverhältnis natürlich durch freies willentliches (Insoweit-)Einigwerden der Parteien. Die staatliche Interventionsnorm kommt in dem Falle nicht zur Anwendung mangels Vorliegens des normativ vorausgesetzten Tatbestandsstückes: non defendere des Beklagten, des als Indiz für den fingierten Unterwerfungsakt von der Rechtsordnung generell gedeuteten leiblichen (passiven) Verhaltens des Prätentionsgegners.

β) Es ist hier noch ein Blick zu werfen auf die Möglichkeiten einer Dritrintervention, die den Zustand „partieller“, vorvertraglicher Einigung zwischen bisher (was den fraglichen Lebenssachverhalt angeht) rechtlich unverbunden neben- und gegeneinander stehenden Rechtssubjekten in den Fällen herbeiführt, wo der bewirkte parteiliche Zusammenschluß nicht den Charakter eines Rechtsstreitverhältnisses hat, das Willensziel der Beteiligten nicht eine urteilsmäßige Drittentscheidung ist. Es handelt sich da um Willensantinomien zwischen Rechtssubjekten, deren Überwindung durch vertragliche, d. i. im Wege gütlichen Sich-Einigens zu erreichende Willensbindung der Parteien möglich erscheint. Soll diese Möglichkeit Wirklichkeit werden, so muß von vornherein vermieden werden, daß die widersprechenden Willensziele der uneinigten Rechtssubjekte präentional in der Weise eines Streitprogrammes formuliert werden. Die Aufgabe besteht vielmehr darin, die Parteien dahin zu bringen, daß sie in von dem beiderseitigen Willen zur freien Einigung geleitete Verhandlungen eintreten, sich auf eine „Verhandlungsbasis“ einigen. Auch solche Einigung ist vorläufiger und brüchiger Natur; sie hebt die parteiliche Willensgegenständigkeit noch nicht auf. Aber immerhin ist für die Parteien ein gegenständig bestimmter Sachverhalt vorhanden, der unter Ausgleich der widersprechenden Parteiprätentionen, die das Wesen von Rechtsprätentionen in dem oben S. 96 dargelegten, abgewandelten Sinne haben, von beiden Seiten erreicht, d. h. ohne eine radikale Willensumstellung von einer Seite erforderlich zu machen, zur rechtskräfti-

gen Vertragsnorm erhoben werden kann. Vielfach wird die Verhandlungsbasis als gedanklich festgelegtes und verlaubliches Geistesding bei Eintritt in die Verhandlungen noch nicht gegeben sein. Aber unausgesprochen und inhaltlich relativ unbestimmt ist, wenn es zu Verhandlungen zwischen den Streitenden kommt, eine „Basis“ immer vorhanden; sie wird geschaffen durch den inhaltlich erfüllten Verhandlungswillen der Parteien, der den Sachverhalt: mögliche Einigung über den Willensgegensatz X, voraussetzt und hält. Der Mindestinhalt der das Verhandlungsstadium herbeiführenden und fundierenden Einigung ist: Wir wollen verhandeln über das Thema A, wobei A einen aus dem Handlungsfeld jeder der Parteien in ihre Mitte gerückten Gegenstand meint, über den man sich einigen kann.

Bei Eintritt in das Verhandlungsstadium kann ein unparteiischer Dritter den Streitparteien ohne Zweifel wesentliche Vermittlerdienste leisten. In dieser Rolle interessiert uns der Dritte an dieser Stelle nicht. Uns geht hier nur die Möglichkeit eines durch überparteiliches Diktat hergestellten rechtlichen Zusammenschlusses ungeeinter Rechtssubjekte zu Genossen einer vorvertraglichen Verhandlungsgemeinschaft an. Daß die bezeichnete Möglichkeit besteht und an dieselben rechtlichen Voraussetzungen geknüpft ist, wie eine Drittintervention der unter a) erörterten Art, ist ohne weiteres klar. Andererseits liegt aber auch auf der Hand, daß die soziologischen Bedingungen für einen Zwangseingriff der höheren Rechtsgemeinschaft in beiden Fällen wesentlich verschiedene sind:

Der Dritte — der größere Rechtsverband, dem die Streitenden angehören — wird nur dann bei Streitigkeiten seiner Genossen intervenieren, wenn der bezweckte Interventionserfolg von allgemeiner (sozialer) Bedeutung ist. Und wenn er die Macht hat, den Erfolg in seiner sozialen Wirksamkeit sicherzustellen. Jede Rechtsgemeinschaft hat nun ein vitales Interesse daran, daß die Normen ihrer Rechtsordnung nicht als abstrakte Sätze auf dem Papier des Gesetzeskodex stehen bleiben, sondern durch Anwendung auf individuelle Lebenstatbestände „realen“ Wert erlangen, d. h. in einer Weise angewendet werden, die ihnen die bestimmungsgemäße Wirkung in bezug auf das Verhalten der normbetroffenen Rechtssubjekte sichert. Zu diesem Zwecke muß der Gesamtrechtsverband Maßnahmen treffen, die bewirken, daß der einzelne Bürger das Recht, welches ihm auf Grund zulässiger und richtiger Konkretisierungsakte zusteht, ihm aber vom normunterworfenen Gegner vorenthalten wird, auch „bekommt“. Das Ziel kann nur erreicht werden, indem die Rechtsgemeinschaft (durch ihre Funktionäre handelnd) den — mit Unrecht — in seinem rechtlichen „Haben“ angegriffenen Rechtsgenossen „schützt“, den ihn normativ begünstigenden Rechtssachverhalt nach erfolgter Prüfung seines rechtlichen Bestandes mit der erhöhten Rechtskraft eines staatlich garantierten konkreten Rechts gegenüber dem Angreifer ausstattet, so daß dessen normwidriger Wille erneut und für alle Zukunft der Individualnorm dieses Sachverhaltes unterworfen wird. Das Erste, was seitens des Staates in dieser Richtung geschehen muß, ist offenbar, daß er durch Offenhaltung seines Forum für die Rechtsprätentionen seiner Bürger (soweit sie sich auf Normen der staatlichen Rechtsordnung berufen) unbeschränkte richterliche Prüfung des — angegriffenen — Rechtes Privater sichert. Es wird dabei die Aufgabe des Gesamtrechtsverbandes sein, den Versuchen des Prätentionsgegners, sich der Auseinandersetzung vor seinem Forum zu entziehen, normativ entgegenzuwirken. Diese Aufgabe erfüllt er durch Zwangseingriffe der oben geschilderten Art, am vollkommensten, wenn er einseitige Konstituierung des Prozeßrechtsverhältnisses zuläßt.

Das ist aber nur möglich unter der Voraussetzung, daß die Gesamtrechtsgemeinschaft im Verhältnis zu den nachgeordneten Rechtssubjekten ihres Rechtskreises eine überlegene Macht hat und daß es sich in den Fällen der Anrufung ihres Forum durch private Rechtsgenossen um Prätentionen handelt, die sich auf abstrakte Rechtssätze (welche nicht den Charakter von Sachnormen zu haben

brauchen, aus denen sich die Antwort auf die aufgeworfene Rechtsfrage ergibt) der staatlichen Rechtsordnung berufen; denn nur dann kann der Rechtsstreit zum Ziele einer rechtskräftigen Entscheidung des von den Parteien vorgelegten Rechtsfalles geführt werden. Wo diese sozialen Vorbedingungen nicht erfüllt sind, muß die Intervention des Gesamtverbandes bei Streitigkeiten einzelner einen wesentlich anderen Charakter annehmen. Es tritt dann das Interesse an der Wahrung des sozialen Friedens als Interventionsmotiv in den Vordergrund. Einer Rechtsgemeinschaft, die nicht die Macht (oder nicht den Willen zu ihr) hat, streitende Rechtsgenossen unter die Norm einer streitlösenden richterlichen Entscheidung zu zwingen, muß an einer gütlichen Einigung der entzweiten und sich bekämpfenden Subjekte liegen. Sie wird von vornherein ihre Aufgabe darin sehen, dahin zu wirken, daß die Streitenden unter Verzicht auf (zeitweilige) gewaltsame Durchsetzung ihrer gegensätzlichen Willensziele sich zu einem vom Verhandlungswillen getragenen provisorischen Frieden zusammenschließen. Sie wird versuchen, diesen Zusammenschluß, der den ersten Schritt auf dem Wege des Güteverfahrens zur streitendigen Einigung durch definitiven Friedensschluß darstellt, wenn nötig, zu erzwingen. Der Zwang der intervenierenden Rechtsgemeinschaft kann indirekter Druck auf den Willen des friedensunwilligen Streitenden sein, sich aber auch bis zum Diktat einer vorläufigen (partiellen) Einigung der Gegner steigern.

So liegt es bei dem auf Friedegebot beruhenden „Frieden“ der sich befehdenden Rechtsgenossen im deutschen Mittelalter. Dieser zeitlich beschränkte und gegenüber dem auf Versöhnung der Parteien gegründeten „wahren“ Frieden provisorische Friede (Waffenstillstand, „treuga“) ist Rechtserfolg des Machtspruches der Rechtsgemeinschaft, die durch ihren Funktionär Frieden „geboten“ — die Quellen sprechen von *pacem „imperare“*, „*indicere*“<sup>1)</sup> — und ihn dadurch ohne willentliches Mitwirken der Streitteile hergestellt hat. Der „gebotene“ Friede steht im Gegensatz zum „gelobten“ Frieden. Dieser wird auf Befehl des friedeheischenden Beamten, der den Frieden „nimmt“, von den Parteien mit Hand und Mund versprochen, ist eigene Leistung der Streitteile, die man indirekt durch Strafen, die den dem Friedeheischen nicht Folge leistenden Rechtsgenossen (wegen Friedensverweigerung) treffen, zu erzwingen sucht. Beim Friedegebot, das unter Umständen als Ersatzgebot hinter der Aufforderung zum Friedegelingen steht, im späteren Mittelalter aber auf diese Fälle subsidiärer Anwendung nicht mehr beschränkt ist, handelt es sich dagegen um echten Ersatz der (evtl. beiderseitigen) zur Konstituierung eines vorläufigen Friedensschlusses erforderlichen Unterwerfungsakte der Parteien durch Willensakt des intervenierenden Dritten, der die Streitenden in das Stadium fehdeabgewandter partieller Einigkeit versetzt. Eine „Verhandlungsbasis“ ist damit gegeben. Durch Bindung der zur Gewaltausübung erhobenen Hände und, wenn auch nicht endgültige, willentliche Absage der Streitenden an den Faustkampf um reale Macht ist der Weg zu Verhandlungen freigemacht worden. Ob es tatsächlich zu Verhandlungen und in deren Verfolg zur streitlösenden Willenseinigung kommen wird, steht dahin. Es ist möglich, daß die Parteien den Weg zum wahren Frieden nicht beschreiten und nach Ablauf der Zeitspanne, auf die sich ihr Waffenstillstand erstreckt, die Fehde wieder aufnehmen. Solange aber der Vorfriede gilt, sind sie seiner Rechtsordnung unterworfen und machen sich auf ihre Fehdepräntationen zurückgreifend, sie durch Gwalthaten betätigend des Normbruches schuldig. Denn eine Einigung dahin, daß ein bindender Friedensschluß durch gütliches Sich-Ausinandersetzen erstrebt werden sollte, war mit dem (diktierten) Zusammenschluß der Streitteile unter der Norm des gebotenen Friedens erreicht worden.

Rechtsgemeinschaftliche Diktate dieser Art spielen im modernen innerstaatlichen Recht keine Rolle mehr. Die zum Rechtsstaat erstarkte Rechtsgemeinschaft ist auf den Einigungswillen der einzelnen, miteinander im Streit liegenden Rechtsgenossen nicht angewiesen. Trotzdem kann es ihr aus sozialen Gründen wichtig sein, daß Willensgegensätze zwischen Rechtssubjekten ihres Kreises nicht im Rechtsstreite verschärft, kampfmäßig durchgefochten und durch das scharfe Richterswert gelöst werden, sondern durch gütlichen Ausgleich unter den Streitenden zur Aufhebung kommen, indem eine Einebnung der Gegensätze stattfindet. In

<sup>1)</sup> Vgl. RUDOLF HIS, SZ. (2) Bd. 33, S. 170 und über den gelobten und gebotenen Frieden im deutschen Mittelalter überhaupt ebendort, S. 139 ff.; derselbe, Das Strafrecht des deutschen Mittelalters I 1920 § 13, S. 245 f.; auch FRANZ BEYERLE, Das Entwicklungsproblem im german. Rechtsgang I, 1915, S. 113 f. zur „vorläufigen Fehdeinstellung“.

solchen Fällen wird der Staat geneigt sein, seine Autorität in der Richtung einzusetzen, daß der Ausbruch von Rechtsstreitigkeiten auf dem fraglichen Gebiete hintangehalten wird, und Streiterledigung im Wege eines Güteverfahrens weitgehend unterstützen. Eine derartige Tendenz kann von dem (mehr oder minder klaren) Gedanken motiviert werden, daß es an sich besser, d. h. sozial richtiger sei, wenn die Parteien den Kampf ums Recht vermeiden und sich statt dessen „vertragen“, gleichviel um Rechtspräventionen welcher Art es sich handelt und ob eine eindeutige Streitlösung durch richterliche Rechtskonkretisierung erreicht werden kann oder nicht kann.

Dieser Gedanke<sup>1)</sup> liegt der jüngsten Zivilprozeßgesetzgebung in Deutschland zugrunde, die jedem amtsgerichtlichen Rechtsstreite (mit beschränkten Ausnahmen) ein Güteverfahren vorausgehen läßt: §§ 495 a f. ZPO. in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. 5. 1924. Die Anwendung von Zwang wird dabei vermieden. Zu einem Güteverfahren kommt es nur, wenn der Gegner sich auf den „Güteantrag“ einläßt; ein Druck auf seinen Willen wird nur insofern ausgeübt, als bei seinem Ausbleiben im Gütetermin sofort in das Streitverhältnis eingetreten, vom Antragsteller — der sich in einen rechtsprätendierenden Kläger verwandelt — also ein Versäumnisurteil erreicht werden kann (ZPO. §§ 499 f, 498 Abs. 1).

Ähnlich das Verfahren vor dem Gewerbegericht in seiner Eigenschaft als Einigungsamt (GewGG. §§ 62 f.)<sup>2)</sup>. Das Gewerbegericht kann in dieser Funktion nur tätig werden, wenn sich beide Streitteile zum Eintritt in das Einigungsverfahren bereit finden, beide den Willen zur gütlichen Verhandlung haben und sich auf diesen Willen vor dem Einigungsamt erscheinend (widerruflich) festlegen. Anrufung des Einigungsamtes von einer Seite genügt nicht zur Konstituierung des Einigungsverhältnisses. Das Gewerbegericht soll zwar in dem Falle „nach Möglichkeit dahin wirken, daß auch dieser — sei. der andere — Teil sich zur Anrufung des Einigungsamtes bereit findet“ (GewGG. § 64), bleibt jedoch eine Willensäußerung dieses Inhaltes seitens des Gegners des anrufenden Teiles aus, so kann das Einigungsverfahren nicht stattfinden.

Anders kann sich die Sachlage für die Rechtsgemeinschaft darstellen und ihr ein anderes Vorgehen beim Eingriff in das parteiliche Streitverhältnis nahelegen, wenn dieses sich als Ausfluß einer tiefgehenden, im wirtschaftlichen Fundament der Sozialität wurzelnden Antinomie ausweist, so daß von vornherein eine Überwindung des sich hier auftuenden konkreten Willensgegensatzes durch bloße richterliche Rechtsanwendung nicht möglich erscheint. So liegt es, wenn es sich um sogenannte Gesamtstreitigkeiten<sup>3)</sup> zwischen überindividuellen sozialen Größen — Arbeitgeber (evtl. Arbeitgeberverband) auf der einen, Arbeiterorganisation (Gewerkschaften, Betriebsvertretungen) auf der anderen Seite — handelt. Diesen Wirtschaftsmächten gegenüber kann der Primat des staatlichen Willens nicht in dem Maße zur Geltung gebracht werden wie im Verhältnis zu einzelnen Rechtssubjekten erster Ordnung. Der Staat wird hier gut tun, mit seiner Macht, auch wenn er glaubt, auf sie vertrauen zu dürfen, zurückzuhalten und sich mit einer der freien Rechtsgestaltung dieser Rechtssubjektivitäten raumgebenden und ihr auch dort und gerade dort, wo der Kampf der Interessen zum Ausbruch gekommen ist, bewußt vorschubleistenden Stellung eines unparteiischen Schlichters zu begnügen. Er wird sich dabei als Nahziel setzen müssen, eine vom Verhandlungswillen getragene

<sup>1)</sup> Vgl. hier ERICH VOLKMAR, Verordnung über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten 1924, S. 24f. Man vermißt eine Berücksichtigung dieses Gedankens bei DE BOOR, der im § 2 seiner oben S. 107 Anm. 3 angeführten Schrift die „Grundtendenzen der Reform“ darlegt.

<sup>2)</sup> Inzwischen sind die §§ 62—74 des GewGG. durch Art. III § 3 Z. 3 der Verordnung über das Schlichtungswesen vom 30. 10. 1923 (RGBl. I S. 1043) mit Wirkung vom 1. 1. 1924 außer Kraft gesetzt worden. Die Betrachtung des Textes hat es mit dem GewGG. als positivrechtlichem Beispiel zu tun. Durch die Außerkraftsetzung verlieren die angezogenen Gesetzesbestimmungen nicht ihren Beispielswert.

<sup>3)</sup> Zum arbeitsrechtlichen Begriff der „Gesamtstreitigkeit“ vgl. R. JOACHIM, Kölner Vierteljahrshefte für Sozialwissenschaften, Jg. 2, Heft 2/3, S. 80, DERSCH, Die neue Schlichtungsverordnung 1924, S. 171f., auch JOERGES, Kölner Vierteljahrshefte usw., S. 142, SITZLER, Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten, 2. Aufl., 1923, S. 42.

vorläufige Einigung der Parteien herbeizuführen und sie dahin zu „bringen“, daß sie ihre Prätionen in der Richtung auf tatbestandliche Neuschöpfung ihrer sozialen Beziehung abwandeln. Um dies erste Ziel eines Übertrittes der Streitenden in das Verhandlungsstadium zu erreichen, wird der Gesamtrechtsverband vor Zwangseingriffen mit der Wirkung diktiert Einigung der Parteien auf eine vorläufige Verhandlungsrechtsordnung unter Zugrundelegung einer mehr oder minder genau bestimmten Verhandlungsbasis nicht zurückschrecken dürfen.

Die angedeutete Handlungsmaxime liegt dem rechtlichen Vorgehen des Staates bei Gesamtstreitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitern nach gegenwärtigem deutschen Recht in der Tat zugrunde. Die für derartige Streitigkeiten vorgesehenen Einigungsstellen (Schlichtungsausschüsse und Schlichter) werden gemäß § 5 der Verordnung über das Schlichtungswesen vom 31. 10. 1923<sup>1)</sup> „auf Anruf einer Partei oder von Amts wegen tätig“. Es kann in die Einigungsverhandlung eingetreten und diese bis zur Abgabe eines Schiedsspruches<sup>2)</sup> fortgeführt werden, auch wenn nur eine Partei erscheint und verhandelt: Zweite Verordnung zur Ausführung der Verordnung über das Schlichtungswesen vom 29. 12. 1923<sup>3)</sup> § 21 Abs. 4 Satz 2. Eine parteiliche Fundierung des Schlichtungsverhältnisses ist mithin nicht unbedingtes Erfordernis. Die Mitwirkung auch nur einer Partei genügt unter Umständen zur Konstituierung des dreiseitigen Streitverhältnisses vor der Schiedsstelle, dessen dritte Seite durch abstrakte (hic et nunc konkretisierte) Drittintervention des Staates, die den fehlenden Willensakt des sich dem Eintritt in das Güteverfahren entziehenden Streitteils ersetzt, eingesetzt wird.

Rückblickend auf die Sachverhalte der Drittintervention in den Fällen eines Übertrittes im Streit liegender Rechtssubjekte in das zur gütlichen Verhandlung über eine Streitlösung bestimmte Stadium einer provisorischen (partiellen) Einigung stellen wir fest: Von der Möglichkeit eines rechtsgemeinschaftlichen Eingriffes mit der Rechtswirkung parteilichen Zusammenschlusses durch Diktat, ohne willentliches Mitwirken beider Parteien wird hier nur in bescheidenem Maße Gebrauch gemacht, seit die Gesamtrechtsgemeinschaft den Charakter eines machtüberlegenen Staates mit einem kodifizierten Rechtssystem angenommen hat. Was bei der Begründung des Rechtsstreitverhältnisses zwischen Parteien und Richter generelle Norm ist, bedeutet dort, wo es sich um Konstituierung eines Güteverfahrens handelt, seltene Ausnahme. Es müssen schon besondere (soziale) Gründe vorliegen, wenn sich die Gesamtrechtsgemeinschaft veranlaßt sehen soll, den streitenden Parteien das Beschreiten des Weges zum Frieden zu diktieren.

b) Wir wenden uns jetzt dem Tätigwerden des Drittintervenienten nach Begründung des dreiseitigen Präentionsverhältnisses (das nicht notwendig eine Rechtsstreitbeziehung ist) zu. Was der Dritte hier als von den Parteien zugezogener Außenstehender aus eigener Kraft geben kann — sein Spruch —, ist, gleichviel wie der Rechtsinhalt des Spruches beschaffen ist, ob er Grundsätze der sozialen Billigkeit zu verwirklichen oder Rechtsnormen einer höheren Rechtsgemeinschaft anzuwenden unternimmt, kein die Parteien bindendes Recht. Damit das zur Entstehung kommt, bedarf es der Unterwerfungsakte der Streitteile, die dadurch erst den vom Dritten gestalteten Einigungsstoff mit der Seinsform konkreten Rechts umkleiden. Die willentliche Anerkennung der Parteien ist es, die den Spruch des Dritten zu einem Normsachverhalt erhebt, der Rechtskraftwirkung inter partes entfaltet. Wir sprechen hier wohlverstanden vom unverbindlichen Schiedsspruche, der geltungsmäßig auf die seinen Inhalt als bindende Rechtsordnung bejahenden Willensakte der Parteien angewiesen ist. Im Gegensatz zu dem „aus sich heraus“ rechtskräftigen Spruche des Dritten; dieser Spruch gilt für die Parteien, ohne daß es einer bejahenden Willenshaltung ihrerseits nach dessen Abgabe durch den Dritten noch bedürfte. Die Frage des Geltungsgrundes solcher Sprüche soll später aufgeworfen werden. Wir stellen hier nur den begrifflichen Gegensatz fest.

1) RGBl. 1923 I, S. 1043.

2) Über diesen „Abwesenheitsschiedsspruch“ vgl. DERSCH, a. a. O., S. 533.

3) RGBl. 1924 I, S. 9.

Den Gegensatz der Sprüche dieser und jener Art, was die bindende Kraft angeht. Hinsichtlich des Rechtsinhaltes wird vorausgesetzt, daß Wesensgleichheit besteht, der Dritte mithin auch in dem Falle, wo seine Entscheidung bindend ist, kein eine Rechtsfrage bloß beantwortendes richterliches Urteil abgibt, sondern als Schiedsrichter den Einigungssachverhalt gestaltet und formt.

a) Wir wollen den Dritten, dem die Rechtsmacht verliehen ist, einen für die Streitteile verbindlichen Spruch (als Schiedsrichter) abzugeben, einen *arbitrator* nennen während der Dritte, dessen Spruch unverbindlich ist, solange die Parteien ihn nicht angenommen, d. h. durch Unterwerfungsakte bindend gemacht haben, ein *arbitrator* heißen soll. Der Gegensatz läßt sich mit CHR. WOLFF<sup>1)</sup> dahin formulieren:

„Et Arbitrator vocatur persona, quae per compromissum eligitur, ut rem controversam decidat; jus rem controversam decidendi in arbitrum collatum Arbitrium; sententia autem, qua controversiam decedit arbitrator, Laudum appellatur. Partes igitur litigantes in laudo acquiescere tenentur, ideoque arbitrator finem controversiae imponit.

Differt ab arbitro Arbitrator, qui eligitur, ut rem controversam componat, non tamen jure decidendi in eum translato; consequenter in sententia arbitratoris acquiescere non tenentur partes, vel ubi displicuerit ea parti uni, aut utrique, nihil actum, sed utriusque praetensio salva est.“

Der Wesensunterschied zwischen der Interventionsleistung des *arbitrator* und *arbitrator* tritt auch in den nachstehenden Äußerungen von DEMOSTHENES und ARISTOTELES deutlich hervor. Jener spricht vom bindenden Spruche des seitens der Parteien gewählten Schiedsrichters, während bei ARISTOTELES von dem nicht verbindlichen Schiedsspruche der *δαιτηταί* des attischen Rechts die Rede ist.

Vgl. einerseits DEMOSTHENES<sup>2)</sup>:

„*Ἐάν δέ τινες περὶ συμβολαίων ἰδίων πρὸς ἀλλήλους ἀμφισβητῶσι καὶ βούλωνται δαιτητὴν ἐλέσθαι ὄντινον, ἐξέστω αὐτοῖς αἰρεῖσθαι ὃν ἂν βούλωνται. ἐπειδὴν δ' ἔλονται κατὰ κοινόν, μενέτωσαν ἐν τοῖς ὑπὸ τούτων διαγνωσθεῖσι, καὶ μηκέτι μεταφερέτωσαν ἀπὸ τούτου ἐφ' ἕτερον δικαστήριον ταῦτα ἐκλήματα, ἀλλ' ἔστω τὰ κριθέντα ὑπὸ τοῦ δαιτητοῦ κρίρια.“*

Andererseits ARISTOTELES<sup>3)</sup>:

„*καὶ τὰ μὲν μέχρι δέκα δραχμῶν αὐτοτελεῖς εἰσι δικά[ζε]ν, τὰ δ' ἐπέρο τοῦτο τὸ τίμημα τοῖς δαιτηταῖς παραδίδασιν. οἱ δὲ παραλαβόντες ἐάν μὴ δύνωνται διαλύσαι, γινώσκουσι, καὶ ἂν μὲν ἀμφοτέρους ἀρῶσκη τὰ γνωσθέντα καὶ ἐμμένωσιν, ἔχει τέλος ἡ δίκη· ἂν δ' ὁ ἕτερος ἐφ' ἑτῶν ἀντιδίκων ...“*

Also in dem einen Falle volle Rechtskraft des Schiedsspruchs in negativer und positiver Richtung. In negativer: Der Spruch ist *κρίσιος*, behauptungsfähig gegenüber allen präventionalen Parteiangriffen. Rückgriff auf frühere Präventionen durch *ἀμφισβητεῖν*, *ἐπέρχεσθαι* gegen seinen Normbestand ist ausgeschlossen. Es gibt keine Instanz, die zur Entkräftung des ergangenen Spruches angerufen werden könnte, gerichtliche Geltendmachung der durch ihn erledigten, ihm gegenüber normwidrigen Präventionen der Parteien ist für alle Zukunft unzulässig. Er ist eine *κρίσιος οὐκ ἐφέσιμος*<sup>4)</sup>. Mit Ulpian D 4, 8, 27, 2 zu sprechen: „Stari autem debet sententiae arbitrari, quam de ea re dixerit, sive aequa sive iniqua sit...“ In positiver Richtung stellt sich der bindende Schiedsspruch als „*ῥος καὶ λύσις*“ des seinem Erlasse vorausgegangenen Präventionsverhältnisses der unter seiner Norm jetzt willentlich geeinigten Parteien in dem oben S. 57 festgestellten Sinne dar. Rückblicklich des vom Schiedsspruche normativ erfaßten Lebenssachverhaltes ist die in ihm enthaltene Individualrechtsordnung für das künftige Verhalten der Parteien ausschließlich maßgebend.

Im anderen Falle sind nach der von ARISTOTELES gegebenen Darstellung zwei durchaus verschiedene Phasen in der Interventionstätigkeit des Dritten zu unter-

1) CHRISTIAN WOLFF, Institutiones juris naturae et gentium 1763 § 770.

2) DEMOSTHENES, orationes XXI § 94. Die Echtheit der Stelle ist zweifelhaft, vgl. dazu LIPSIUS, Attisches Recht 1915, S. 222 Anm. 6.

3) ARISTOTELES, Politeia Athenaiou LIII §§ 1, 2. Dazu auch GREGOR SEMEKA, Ptolemäisches Prozeßrecht, Heft 1, 1913, S. 204.

4) Vgl. ARISTOTELES a. a. O. XLV § 2.

Husserl, Rechtskraft und Rechtsgeltung I.

scheiden; erst in der zweiten Phase ist sein Rechtshandeln als das eines arbitrator anzusprechen. Vorher übt der Dritte die Funktion eines Vermittlers aus, hat den Parteien gegenüber die Stellung eines mediator, die WOLFF folgendermaßen beschreibt<sup>1)</sup>:

„Mediator dicitur persona, quae ad rem controversam inter alios componendam operam suam confert, jure eam componendi destituta . . . Mediator itaque causam utriusque partis agit, in eo autem, quod ipsi visum fuerit, litigantes acquiescere non tenentur . . . ipsius saltem est offerre condiciones, sub quibus rem controversam componi posse sibi videtur, explorare litigantium de ea sententiam, et suadere ut condiciones oblatae vel a se, vel a parte alterutra acceptentur.“

Der dargestellten Tätigkeit eines mediator entspricht das von ARISTOTELES a. a. O. angegebene rechtliche Handeln der *διαιτηταί*, die zunächst versuchen, die Streitteile zum Ziele einer gütlichen Streitleistung — *διάλυσις* — zu führen. Der Dritte als „mediator“ — das ist eine im Wesen der Drittintervention vorgezeichnete Rolle von nicht geringerer soziologischer Bedeutung als die eines „arbitrator“ oder „arbitrator“. Der mediator wendet sich an den guten Willen der Parteien, ihnen seine guten Dienste als Berater anbietend. Die Funktion des Dritten als Geltungsinstanz ist zurückgedrängt durch diese seine Vermittlertätigkeit, die ihm die Aufgabe zuweist — wie es Art. 4 des Haager Abkommen zur friedlichen Erledigung internationaler Streitfälle vom 18. 10. 1907 ausdrückt —, „die einander entgegengesetzten Ansprüche auszugleichen und Verstimmungen zu beheben, die zwischen den im Streite befindlichen Staaten etwa entstanden sind“<sup>2)</sup><sup>3)</sup>. In dieser Funktion eines mediator wird auch der Rat des Völkerbundes („le conseil“) gemäß Art. 15, Abs. 3 der Völkerbundsakte des Versailler Vertrages tätig:

„Le Conseil s'efforce d'assurer le règlement du différend. S'il y réussit, il publie, dans la mesure qu'il juge utile, un exposé relatant les faits, les explications qu'il comportent et les termes de ce règlement.“

„Es handelt sich hier nicht schlechthin um einen von den Parteien abgeschlossenen außerprozessualen Vergleich, sondern um einen solchen, zu dem sie die Anregung und Vorschläge von amtlicher Seite erhalten und den sie unter amtlicher Leitung abschließen“<sup>4)</sup>.

Im modernen innerstaatlichen Recht spielt die Mediation beim Handeln privater Rechtssubjekte im rechtsfreien Raume gewiß keine geringere Rolle als im Völkerrecht. Unzählige Male wird ein Ausgleich zwischen Rechtssubjekten, die mit ihren Willensintentionen so hart aneinander stießen, daß es zum offenen Streite unter ihnen kam, durch einen vermittelnden Dritten erreicht. Man denke an Streitigkeiten zwischen Geschwistern, die unter Einwirkung der intervenierenden Mutter beigelegt werden, indem sich die Streitenden auf eine künftige Norm gegenseitigen Verhaltens einigen.

Der Staat selber greift dagegen als Mediator in die Rechtsstreitigkeiten seiner Genossen bzw. der ihm nachgeordneten Verbandssubjekte nur in den Ausnahmefällen ein, deren oben S. 111 Erwähnung geschah, dort nämlich, wo ihm an einer gütlichen Einigung der Streitteile viel gelegen ist.

In den dort genannten Fällen wird dem Funktionär der Rechtsgemeinschaft ein Tätigwerden als mediator zur gesetzlichen Pflicht gemacht. Vgl. ZPO. § 499c: „In der Güteverhandlung erörtert das Gericht das gesamte Streitverhältnis in freier Würdigung aller Umstände mit den Parteien und sucht einen gütlichen Ausgleich herbeizuführen“. Ferner GewGG. § 69.

<sup>1)</sup> CH. WOLFF a. a. O. § 768.

<sup>2)</sup> Zum Begriffe des „mediator“ auch VATEL, *Le droit des gens* L. II Chap. 18 § 328: „Il — sc. le médiateur — est Conciliateur, et non pas juge: Sa vocation est de procurer la paix; et il doit porter celui qui a le droit de son côté, à relâcher quelque chose, s'il est nécessaire, dans la vue d'un si grand bien.“

<sup>3)</sup> Ferner COLEMAN PHILLIPSON, *Termination of war and treaties of peace* 1916, S. 76, auch über das Verhältnis von „good offices“ und „mediation“; auch LAMMASCH, *Die Lehre von der Schiedsgerichtsbarkeit* (H.B. des Völkerrechts herausg. von STIER-SOMLO III, 3) 1914, S. 11 ff.

<sup>4)</sup> GÉZA V. MAGYARY, *Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit im Völkerbunde* 1922, S. 72.



Besondere Bedeutung kommt der staatlichen Mediation als der ersten Phase der Intervention im Schlichtungsverfahren bei Gesamtstreitigkeiten zu. Vgl. hier V(erordnung über das Schl(ichtungs)wesen vom 10. 12. 1923 § 5 Abs. 2: „Der unparteiische Vorsitzende des Schl(ausschusses oder der Schlichter hat zunächst zu versuchen, den Abschluß einer Gesamtvereinbarung herbeizuführen“<sup>1)</sup>).

Für Gesamtstreitigkeiten zwischen Ärzten und Krankenkassen ist durch die Verordnung vom 30. 10. 1923<sup>2)</sup> im § 10 ein besonderer mediator, der „Vertragsausschuß“ bestellt. Es heißt da Abs. 1: „Zur Herbeiführung angemessener Verträge zwischen den Krankenkassen und Ärzten ist . . . ein Vertragsausschuß zu errichten.“ Aus dem folgenden ergibt sich dann, daß dieser Instanz darüber hinaus auch die Funktion eines arbitrator zufällt. Aber das ist kein Widerspruch und durchaus das Normale in den Fällen, wo der Dritte eine überparteiliche Instanz darstellt. Das Bild ist da überall das gleiche:

Gelingt es dem Dritten nicht, eine Einigung der Parteien auf eine streitlösende Norm herbeizuführen, so ist seine Vermittlermission gescheitert und seine Mediatorrolle ausgespielt. Art. 5 des genannten Haager Abkommens bringt das zum Ausdruck, indem er erklärt:

„Die Tätigkeit des Vermittlers hört auf, sobald, sei es durch einen der streitenden Teile, sei es durch den Vermittler selbst festgestellt wird, daß die von diesem vorgeschlagenen Mittel der Verständigung nicht angenommen werden.“

Aber daraus folgt noch nicht, daß die Intervention des Dritten nun überhaupt erledigt ist. Sehr oft vereinigt der zunächst als mediator intervenierende Dritte eine duplex persona in sich, ist nicht nur mediator, sondern übt diese Funktion in der ersten Phase des Verfahrens aus, um, wenn ihm der Erfolg hier versagt blieb, jetzt, ohne daß es einer Umstellung des Verfahrens durch Personenwechsel bedürfte, als arbitrator tätig zu werden.

Den bezeichneten Übergang bringt ARISTOTELES in der oben S. 113 angeführten Stelle deutlich zum Ausdruck (. . . *ἐὰν μὴ δύνωνται διαλῶσαι, γινώσκουσι* . . .). Dem entspricht es, wenn Art. 15 der Völkerbundsakte des Versailler Vertrages dem Abs. 3, der von der Mediation des Rates handelt, einen Abs. 4 anschließt, in dem es heißt: „Si le différend n'a pu se régler, le Conseil rédige et publie un rapport . . . pour faire connaître les circonstances du différend et les solutions qu'il recommande comme les plus équitables et les mieux appropriées à l'espèce.“

Den gleichen rechtsdogmatischen Sachverhalt spiegeln § 71 GewGG., der lautet:

„Kommt eine Vereinbarung nicht zustande, so hat das Einigungsamt einen Schiedsspruch abzugeben, welcher sich auf alle zwischen den Parteien streitigen Fragen zu erstrecken hat.“ und § 5 Abs. 4 der V.Schl.wesen, dessen erster Satz erklärt:

„Kommt vor der Schlichtungskammer keine Einigung zustande, so macht die Kammer den Parteien einen Vorschlag für den Abschluß einer Gesamtvereinbarung (Schiedsspruch).“

Der Dritte spricht nach Scheitern seines Vermittlungsversuches aus einer veränderten Stellung zu den Parteien. Auch jetzt noch wendet er sich an ihren Willen, die von ihm entworfene Regelung der parteilichen Beziehungen zur Annahme, d. i. willentlichen Übernahme empfehlend. Insoweit hat auch das rechtliche Vorgehen des arbitrator den Charakter einer Mediation. Aber es erschöpft sich darin nicht, und die wesentliche Leistung des arbitrator: die Abgabe des Spruches, liegt auf einer ganz anderen Ebene als die Tätigkeit eines mediator. Das tritt in den Ausführungen WOLFFS zu diesem Punkte nicht genügend hervor. Wenn dieser meint<sup>3)</sup>:

„. . . idem arbitratoris, quod mediatoris officium est. Arbitrator quasi medius inter mediatorem et arbitrum. Non deliberat cum partibus, quemadmodum mediator, nec sententiam definitivam fert, sicuti arbiter, sed partibus deliberandum relinquit, quid de sententia sua statuere velint.“ —,

so wird die spezifische Interventionsleistung des arbitrator nicht gewürdigt. Richtig, daß es vom Willen der Parteien abhängt, ob der Schiedsspruch des arbitrator zur bindenden Norm erstarkt und daß insofern der Dritte, der einen unverbindlichen Spruch abgegeben hat, durchaus auf das „Ja“ der parteilichen Unterwerfungsakte

<sup>1)</sup> Vgl. dazu § 21 Abs. 3 der 2. Ausführungsverdn. vom 29. 12. 1923, RGBl. 1924 I, S. 9.

<sup>2)</sup> RGBl. 1923 I, S. 1051. Die genannte Verordnung ist jetzt als §§ 368a–f in die RVO. i. d. Fassung der Bekanntmachung vom 15. 12. 1924 übergegangen.

<sup>3)</sup> CHRISTIAN WOLFF a. a. O. § 770.

angewiesen ist. Aber auch der nicht bindende Spruch des Dritten ist — vor Annahme der Streitteile — ein geistiges Etwas von rechtlicher Struktur und intersubjektiver Bedeutung. Der unverbindliche Schiedsspruch ist nicht geltendes Recht, besitzt aber die Fähigkeit, durch bloße willentliche Bejahung seines Inhaltes als Norm *inter partes* den Geltungswert einer solchen zu erlangen. Diese Geltungsmöglichkeit müssen die Parteien dem Spruche auf alle Fälle, nachdem sie in das Schlichtungsverfahren eingetreten sind, solange zuerkennen, als seine Ablehnung nicht erfolgt und die Erstarkung zum Normsachverhalt nicht ausgeschlossen ist. Der arbitrator versucht den Spruch fällend eine Rechtssetzung. Bis zur erklärten Stellungnahme der Parteien prätendiert der Spruch, als Rechtssachverhalt möglicher Geltung angesehen zu werden. Dem Rechtsinhalte des Schiedsspruches haben die Parteien nichts hinzuzufügen. Ihre Stellungnahme betrifft lediglich die Frage, ob dieser Sachverhalt für sie nicht nur gelten soll, wie der Dritte will, sondern wahrhaft, d. h. mit der Seinskraft einer rechtskräftigen konkreten Rechtswirklichkeit gilt.

Von anderen Fällen prätentionaler Rechtsgeltung unterscheidet sich dieser Sachverhalt dadurch (geltungsmäßig), daß als Prätendent nicht eine Partei, sondern der neutrale Dritte auftritt. Im Rechtsstreite muß jede Partei die Rechtspräntention des anderen als solche, d. h. als versuchte Rechtsformung gelten lassen. Die Parteipräntention erstarkt zum Individualrecht mit bindender Kraft für die Parteien, wenn sich ihr der Gegner durch Anerkenntnis unterwirft. Einer Unterwerfungserklärung des anderen Teiles — des Prätendenten — bedarf es nicht mehr, da dessen normbejahender Willensakt bereits mit der Anspruchserhebung verlautbart wurde. Versagt dagegen der Gegner der Rechtspräntention die Anerkennung, so ist eine Erstarkung des einseitigen geformten Rechtes auf diesem Wege zur *lex inter partes* (wenn nicht der seine Normanerkennung Weigernde inzwischen anderen Sinnes wird) ausgeschlossen. Daß es trotzdem — durch Diktat eines überparteilichen Dritten, das den geweigerten Unterwerfungsakt des einen Streitteiles ersetzt — zum rechtlichen Zusammenschluß der Parteien unter eben der präntional geformten, jetzt intersubjektiv gültigen konkreten Rechtsnorm kommen kann, ist eine Sache für sich; diese rechtliche Möglichkeit ist ohne Bedeutung für den von vornherein bestehenden Geltungswert der Parteipräntention, sie bewirkt lediglich, daß die Rechtspräntention sich diesen ihren primären Geltungswert trotz Ablehnung durch den Gegner bis zur Entscheidung des Streites bewahrt.

Mit Provokation der Unterwerfung unter einen der Rechtskraft darbenden, präntional geformten Rechtssachverhalt wird in jedem summarischen Rechtsverfahren gearbeitet. Im kriminellen (Vor-)Verfahren besteht in manchen Fällen die Möglichkeit, daß der verletzte Staat selber sein Recht auf Sühne (Strafe) präntional formt und an den Beschuldigten mit der Aufforderung herantritt, sich der Strafpräntention zu unterwerfen. So liegt es in den Fällen polizeilicher Strafverfügungen und von Strafbescheiden der Verwaltungsbehörden gemäß §§ 413, 419ff. StPO. (in der Fassung der Verordnung vom 4. 1. 1924). Hier erwächst die einseitige Strafpräntention, das Selbsturteil der Partei Staat zum konkreten Recht, das den Beschuldigten bindet, wenn nicht dieser auf gerichtliche Entscheidung antragend die vorläufige Rechtsgeltung der Strafverfügung (des Strafbescheides) anfiht.

Noch einen Schritt weiter geht die RAbgO. im § 410, indem sie dem Beschuldigten gestattet, sich in einem besonderen — durch die Verordnung vom 1. 11. 1921<sup>1)</sup> näher geregelten — Unterwerfungsverfahren „der in einer Niederschrift festzusetzenden Strafe unter Verzicht auf Erlaß eines Strafbescheids sofort“ zu „unterwerfen“. Diese Unterwerfung besagt eine in blanco-Anerkennung der Strafpräntention des verletzten Staates. Der Beschuldigte schafft durch seine Unterwerfungserklärung einen bindenden Normsachverhalt, dessen Inhalt noch der Feststellung bedarf. Die auf diese Weise geschaffene „Leerform“ konkreten Rechts wird von der

<sup>1)</sup> RGBl. 1921, S. 1328. Vgl. zu diesem Verfahren HENSEL, Steuerrecht 1924, S. 213/14.

Steuerbehörde einseitig ausgefüllt, indem diese nunmehr die Strafe festsetzt. Nun erst ist der Rechtssachverhalt vollendet. Seine Geltung war jedoch von seiten des Beschuldigten durch dessen antizipierte Unterwerfung schon vorher aktmäßig begründet.

In ein sogenanntes, auf Unterwerfung unter prätentionales Recht zielendes Verfahren kann sich nun die Rechtsgemeinschaft als Dritter in der Weise einmischen, daß sie sich ihrerseits an den Gegner wendet mit der Aufforderung, sich der parteilichen Rechtsprätention zu unterwerfen. Prätendent bleibt dabei die Partei. Es ist ihre Prätention, welche der Dritte dem Gegner mitteilt. Die Leistung des Dritten — der um Rechtsschutz angegangenen rechtsgemeinschaftlichen Instanz — besteht nur in der Aufforderung an den Gegner, das prätendierte Recht zu bejahen (schweigend, verbal oder durch die Tat den Prätendenten in die Lage eines Rechtshabenden zu bringen).

So geartet ist das *διάλωσις*-Verfahren des ptolemäischen Ägyptens, das uns aus den MAGDOLA-Papyri näher bekannt ist: Der Beklagte wird auf Eingabe — *έντευξις* — des Klägers aufgefordert (vom *έπιστάτης της κόμης*), sich dem ungeprüften Anspruche jenes zu unterwerfen. Tut er das, so ist die Sache — außergerichtlich, durch *διάλωσις* — erledigt. Anderenfalls wird an den Strategen berichtet, der den Streitfall dem zuständigen Gericht zur Entscheidung überweist<sup>1)</sup>. Einen solchen Bericht über ein erfolglos gebliebenes Unterwerfungsverfahren stellt Pap. Petrie 2, 2<sup>2)</sup> dar. Es heißt da 1.2:

„ἀνακαλεσάμενος οὖν τὸν Διονύσιον (den Anspruchsgegner) ἐπαγγέλλον αὐτῷ τὴν έντευξιν καὶ ἐκέλευον τὰ δίκαια τῷ Δωμιμάχῳ ποιῆσαι ἀπιλέγοντος δὲ τοῦ Διονυσίου, μηθὲν ἔχειν τῶν διὰ τῆς έντεύξεως ἐγκλημένων, ἀπέσταλκα αὐτὸν πρὸς δὲ . . .“

Ganz analog ist das Mahnverfahren der ZPO. (§§ 688 f.) gestaltet und im Strafprozesse hat das Verfahren bei amtsrichterlichen Strafbefehlen (StPO. §§ 407 f.) die entsprechende Struktur. Im zweiten Falle findet allerdings eine gewisse richterliche Prüfung des von der Staatsanwaltschaft prätentional (im Antrage) geformten Sachverhaltes statt (StPO. § 408). Der Amtsrichter wird nur dann den Angeschuldigten auffordern, sich der Rechtsprätention des Staates zu unterwerfen, wenn er ihn der ihm zur Last gelegten Tat für hinreichend verdächtig hält. In diesem Falle geht die Tätigkeit des Dritten mithin — im Gegensatz zum Mahnverfahren — über das bloße Unterwerfungsgebot an den Prätentionsgegner hinaus; der den Strafbefehl erlassende Amtsrichter gibt die Parteiprätention nicht einfach weiter, ohne selbst zu ihr (ihrer rechtlichen Begründetheit) Stellung zu nehmen. Er erhebt vielmehr den Anspruch des Staates zu einem Rechtssachverhalt, dessen — vorläufige — Geltung er selber vertritt. Dadurch verliert der Sachverhalt nicht seinen prätentionalen Charakter. Geltung inter partes — Staat einerseits, Delinquent andererseits — kommt dem Strafbefehle ohne willentliche Unterwerfung des letzteren, die kraft normativer Zuordnung als vollzogen gilt, wenn dieser es unterläßt, binnen einer Woche Einspruch gemäß § 409 StPO. zu erheben, nicht zu. Aber hinter der prätentionalen Rechtsgeltung des Strafbefehles steht als Prätendent der Dritte, der Amtsrichter. Erhebt der Beschuldigte rechtzeitig Einspruch, so verliert der Strafbefehl seine vom Dritten vertretene Geltung, wird wieder Prätention des Staates, dem die andere Partei — der Angeklagte — mit seiner Gegenprätention gegenübertritt.

Alle Fälle der prätentionalen Rechtsgeltung, gleichviel, ob und in welchem Umfange der neutrale Dritte an ihrer Genese beteiligt ist, stimmen darin überein, daß es sich um Rechtsinhalte nicht effektiver, sondern bloß möglicher Geltung für die Parteien handelt. Ob der prätentional geltende Sachverhalt zu bindender Kraft inter partes erstarkt, hängt von dem willentlichen Verhalten der sich nicht von vornherein hinter die Rechtsprätention stellenden Partei ab, davon nämlich, ob sich diese dem Geltung beanspruchenden Rechtssachverhalt als einer gegen sie geltenden Norm unterwirft.

Prätentionale Rechtsgeltung ist nicht „anfechtbare“ Rechtsgeltung. Wo diese gegeben ist, bedarf es eines parteilichen Aktes der „Anfechtung“, um dem Sachverhalte die Geltung inter partes entweder überhaupt zu nehmen — so bei rechtsgeschäftlicher Anfechtung gemäß §§ 119 ff. BGB. — oder sie doch zur prätentionalen Geltung herabzudrücken, wie das bei Einlegung eines Rechtsmittels

<sup>1)</sup> Vgl. zu diesem rechtshistorischen Sachverhalt JOERS, SZ. Bd. 40, S. 9f. mit Lit. S. 9, Anm. 2; ferner P. M. MEYER, Juristische Papyri 1920, S. 261.

<sup>2)</sup> Der Papyrus stammt aus Faijûm und datiert 221 a. Chr. n.; er ist abgedruckt bei MITTEIS, Chrestomathie der Papyrskunde 1912 Nr. 22. Weitere Belege bei P. M. Meyer a. a. O.

gegen das richterliche Urteil der Fall ist. Bevor die Anfechtung erfolgt ist, kommt der Entscheidung vielleicht nicht die volle Rechtswirkung einer unanfechtbaren Norm zu — die StPO. spricht in den §§ 316, 343 davon, daß durch rechtzeitige Einlegung der Berufung (Revision) die Rechtskraft des Urteils, soweit es angefochten sei, gehemmt werde (vgl. ZPO. § 705), während z. B. die RAbgO. hinsichtlich des angefochtenen Steuerbescheides auf dem entgegengesetzten Standpunkte steht (§ 235), aber auch im letzten Fall ist der Seinswert der Entscheidung, über der das Damoklesschwert der Anfechtung mit ihrer unverkennbaren Reduktionswirkung schwebt, in charakteristischer Weise abgeschwächt —, sie gilt aber ähnlich anderen Normsachverhalten, deren Geltung nicht eine solche höchster Dignität ist und darum der vollen Behauptungsfähigkeit ermangelt, zunächst als (in ihrer Rechtswirksamkeit eigentümlich gehemmte bzw. geschwächte) Norm, was bei einem Sachverhalte präventionaler Rechtsgeltung gerade nicht der Fall ist. Im übrigen handelt es sich hier um graduelle Unterschiede der Rechtskraft. Die Grenzen sind nicht unübersteiglich und Übergänge von „anfechtbarer“ zu präventionaler Geltung jedenfalls nicht ausgeschlossen. Davon wird in der Lehre von den Intensitätsgraden der Rechtsgeltung zu handeln sein<sup>1)</sup>.

Daß der Rechtssachverhalt „unverbindlicher Schiedsspruch“ mit den vorerörterten Sachverhalten präventionaler, versuchter Rechtsgültigkeit rechtsdogmatisch zusammengestellt werden kann, dürfte einleuchtend sein. Trotz erheblicher Unterschiede bleibt als Wesensanalogie die Tatsache, daß hier überall die Normwerdung von dem Ausfall eines sich der vorläufigen Rechtsformung anschließenden Unterwerfungsverfahrens abhängt. Der Verwandtschaft qua Geltungswert und Geltungsgenese tut es keinen Abbruch, daß der Schiedsspruch keiner Anlehnung an parteiliche Prävention bedarf, während in den sonstigen Fällen präventionaler Rechtsgeltung die Rechtsformung gerade Sache der Partei ist und vom Dritten nur „weitergegeben“ wird. Es kann sehr wohl sein, daß auch der Spruch des arbitrator völlig den Parteistandpunkt eines Teiles zum Ausdruck bringt. Und andererseits ist die vom neutralen Dritten an den Gegner mit der Aufforderung zur Unterwerfung weitergegebene Prävention jetzt auch von der Person des Prävententen losgelöst und zum Gegenstand einer dem Dritten gegenüber abzugebenden Willensverlautbarung (der Annahme oder Ablehnung) gemacht worden. In einem Punkte freilich erscheint der Unterschied zwischen den Sachverhalten dieser und jener Art fundamental: Handelt es sich um präventionale Rechtsformung in einem gerichtlichen Verfahren (bzw. Vorverfahren), so bedeutet die negative Stellungnahme der angegriffenen Partei gegenüber der Provokation der Unterwerfung unter die erhobene Rechtsprävention nicht mehr als die Feststellung, daß das präventierte Recht auf diesem Wege (parteilich vollzogener Unterwerfung) nicht Rechtsgeltung inter partes erlangen kann. Die Erreichung des vom Prävententen erstrebten Zieles muß nun auf dem anderen, von vornherein vorgezeichneten Wege des Rechtsstreites versucht werden. Gelingt die klageweise Durchsetzung der zuvor vom Gegner abgelehnten Rechtsprävention, so wird sie in einen beide Teile bindenden Normsachverhalt verwandelt, in einem Unterwerfungsverfahren, das mit Diktat der Unterwerfung durch Urteil des von der Rechtsgemeinschaft delegierten Dritten arbeitet. Das vorläufige Selbsturteil des Prävententen bleibt, trotz Ablehnung des anderen Teiles, in diesem Verfahren mit unverändertem Geltungswert — als präventional geformtes Recht — erhalten. Es enthält den Urteilsvorschlag an den Richter. Nimmt dieser den parteilichen, aber als Streitgegenstand einen zwischenparteilichen Rechtssachverhalt möglicher Rechtskraft darstellenden Vorschlag an, so unterwirft er den Gegner, dessen Unterwerfungsakt ersetzend unter die präventierte, jetzt zur Rechtskraft erstarkte konkrete Normwirklichkeit. Lehnt der

1) Im II. Teil der Untersuchung.

Richter dagegen den ihm gemachten Urteilsvorschlag der einen Partei oder beider Parteien ab oder nimmt er ihn nicht in vollem Umfange an, so verliert die abgelehnte Prävention, soweit Ablehnung erfolgt (und unanfechtbar ist), jeden Geltungswert. Die Norm der richterlichen Entscheidung steht in diesem Falle als vom Dritten selbstgeformtes Recht über den Parteien, deren beider Wille durch Diktat des Staates zur streitlösenden Einigung zusammengeführt worden ist.

Es ist klar, daß der abgelehnte Spruch des arbitrator an sich geltungsmäßig erledigt ist und für die Parteien rechtlich nicht mehr in Betracht kommt. Das Unterwerfungsverfahren, das durch die Verkündung des Schiedsspruches und evtl. Setzung einer Erklärungsfrist für die Parteien zwecks Äußerung darüber, „ob sie sich dem Schiedsspruch unterwerfen“ (GewGG. § 72), „über Annahme oder Ablehnung des Schiedsspruches“ (2. V. z. Ausführung d. V. Schl.wesen v. 29. 12. 1923 § 21, Abs. 7)<sup>1)</sup> eingeleitet wird, hat bei Ablehnung auch nur einer Partei zu keinem Ergebnis geführt. Besteht aber nicht auch hier die Möglichkeit des Ersatzes des zur Konstituierung der bindenden Willenseinigung der Streitparteien auf der Basis des arbitrator-Spruches (der damit Rechtsgeltung inter partes erlangt) erforderlichen Unterwerfungsaktes der ablehnenden Partei(en) durch ein Diktat der Gesamrechtsgemeinschaft, die ad hoc interveniert? Die Frage ist zu bejahen. Die bezeichnete rechtliche Möglichkeit ist im gegenwärtigen deutschen Recht Rechtswirklichkeit geworden:

β) Es handelt sich um das Rechtsinstitut der „Verbindlichkeitserklärung“ von Schiedssprüchen im gesetzlichen Schlichtungsverfahren gemäß § 6 der V. Schl.wesen.

Die Verbindlichkeitserklärung (VE.) von Schiedssprüchen kam zum erstenmal zur Anwendung in der Verordnung über die Einstellung und Entlassung von Arbeitern und Angestellten während der Zeit der wirtschaftlichen Demobilisierung vom 12. 2. 1920<sup>2)</sup>. Dort bezog sich die VE. in erster Linie auf den in einer Einzelstreitigkeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer von dem Schlichtungsausschuß — der in Gemäßheit des III. Abschnitts der Verordnung vom 23. 12. 1918<sup>3)</sup> tätig geworden war — erlassenen, nicht verbindlichen Schiedsspruch (§§ 25 f. l. c.). Nach § 28 der Verordnung vom 12. 2. 1920 war aber eine VE. auch dann zulässig, wenn es sich um einen in einer Gesamtstreitigkeit ergangenen Schiedsspruch handelte<sup>4)</sup>. Von da ist dann die VE., in ihrer Rechtsstruktur unverändert, in die VSchl.wesen übergegangen. Da sich diese Verordnung (in ihrem Art. I) nur auf die Schlichtung von Gesamtstreitigkeiten bezieht (dem Entwurf der Schlichtungsordnung vom 11. 3. 1922 — § 1 und Begründung S. 32 —<sup>5)</sup> folgend), kommt nach gegenwärtigem deutschen Rechte die VE. eines in einer Individualstreitigkeit lösenden Schiedsspruches nicht mehr in Frage. Sprüche der letzteren Art, wie sie z. B. das BetrRG. in den §§ 82ff. kennt, gehören gemäß Art. II der VSchl.wesen in das arbeitsgerichtliche Verfahren<sup>6)</sup>; sie bedürfen der VE. nicht, da sie ohne weiteres bindend sind, gerichtliche Entscheidungen darstellen.

<sup>1)</sup> Ähnlich Art. 15 Abs. 3 des deutsch-schweiz. Schiedsgerichts- und Vergleichsvertrags vom 3. 12. 1921, vgl. Gesetz vom 28. 2. 1922, RGBl. 1922 I S. 217. Es handelt sich da um die Stellungnahme der Parteien zu dem Bericht und den Vorschlägen des „Ständigen Vergleichsrats“. Art. 15 Abs. 3 lautet:

„Der Bericht hat weder in bezug auf die Tatsachen, noch in bezug auf die rechtlichen Ausführungen die Bedeutung einer endgültig bindenden Entscheidung. Jedoch hat sich jede Partei innerhalb einer im Berichte festzusetzenden Frist darüber zu erklären, ob und wieweit sie die Feststellungen des Berichts anerkennt und dessen Vorschläge annimmt...“

<sup>2)</sup> RGBl. 1920, S. 218. Die hier in Frage kommenden Bestimmungen der §§ 22—28 sind aufgehoben durch die V. Schl.wesen vom 30. 10. 1923 Art. III § 3 Ziffer 4.

<sup>3)</sup> RGBl. 1918, S. 1456; aufgehoben durch die V. vom 30. 10. 1923 Art. III § 3 Ziffer 1.

<sup>4)</sup> Die Frage war bekanntlich sehr streitig. Richtig RGZ. Bd. 104, S. 171, vgl. Bd. 105, S. 332 und SITZLER, Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten, 2. Aufl. 1923, S. 80. Über die rechtliche Wirkung einer derartigen Verbindlichkeitserklärung insbesondere NIPPERDEY, Beiträge zum Tarifrecht 1924, S. 89f. mit Lit.

<sup>5)</sup> Reichsarbeitsblatt 1922, Amtl. Teil S. 234ff.

<sup>6)</sup> Dieses Verfahren ist in der I. Verordnung zur Ausführung der VSchl.wesen vom 10. 12. 1923 (RGBl. I, S. 1191) näher geregelt; vgl. dort § 3 Abs. 1 über die bindende Kraft der Entscheidung des Arbeitsgerichts. Über das Verhältnis von Schlichtungsverfahren zu arbeitsgerichtlichem Verfahren vgl. insb. DERSCH, Die neue Schlichtungsverordnung 1924, S. 293ff.

Der VE. bedürfen dagegen, um Rechtsgeltung inter partes zu erlangen, regelmäßig die in Gesamtstreitigkeiten ergehenden Schiedssprüche. Freilich gibt es auch hier Ausnahmen, Sprüche, die ohne weiteres bindend sind. Das ist kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung bei den gemäß §§ 75 und 80 BetrRG. ergehenden Schiedssprüchen der Fall. Daneben kommen aber noch Schiedssprüche des gesetzlichen Schlichtungsverfahrens in Frage, bei denen nach ihrer „Natur“ und dem gesetzlichen Sinn der VE. eine solche nicht in Frage kommen kann, vielmehr sofortige bindende Wirkung für die Parteien angenommen werden muß. Das sind, wie DERSCH<sup>1)</sup> überzeugend dargelegt hat, einmal die rein negativen, abweisenden Sachsprüche, ferner die bloßen Verfahrenssprüche. In beiden Fällen kommt eine Gesamtvereinbarung nicht zustande, soll es nach dem Inhalte des Spruches nicht; dessen VE. wäre demnach sinnwidrig (vgl. VSchl.wesen § 5 Abs. 4 in Verbindung mit § 6 Abs. 3; für das frühere Recht kam man bei sinnvoller Auslegung der §§ 25, 28 der Verordnung von 12. 2. 1920 zu dem gleichen Ergebnis<sup>2)</sup>).

Die Rechtswirkung der VE. wird in der V.Schl.wesen (§ 6 III) folgendermaßen bestimmt: „Die Verbindlichkeitserklärung ersetzt die Annahme des Schiedsspruchs.“ Die Wirkung der Annahme des Schiedsspruches durch die Parteien wird im § 5, Abs. 4 der V.Schl.wesen dahin gekennzeichnet: „Wird er — scil. der Schiedsspruch — von beiden Parteien angenommen, so hat er die Wirkung einer schriftlichen Gesamtvereinbarung.“

Wir müssen also, um den rechtlichen Sinn der VE., für deren Ausspruch ursprünglich der Demobilmachungskommissar zuständig war, heute der „Schlichter“ bzw. der Reichsarbeitsminister zuständig ist, richtig zu beurteilen, uns zunächst über die (geltungsmäßige) Bedeutung der parteilichen Annahme des Schiedsspruchs völlig klar sein. Dazu bedarf es wiederum einer formalen Betrachtung des Schiedsspruches selber als des Gegenstandes der seine Annahme aussprechenden Parteiakte.

I. Schon oben S. 115 wurde betont, daß der arbitrator, den Spruch fällend, eine der Tätigkeit eines mediator durchaus transzendente Leistung vollzieht. Wir stellen dann weiterhin fest, daß der unverbindliche Schiedsspruch ein Rechtssachverhalt möglicher (präventionaler) Gültigkeit ist. Es ist danach klar, daß der Vorschlag des arbitrator (des Schlichtungsausschusses) an die Parteien, sich seinem Spruche zu unterwerfen — ihn anzunehmen —, diesem selbst gegenüber sekundär ist. Man wird dem Wesen des Schiedsspruchs nicht gerecht, wenn man ihn als Vorschlag für den Abschluß einer Gesamtvereinbarung charakterisiert<sup>3)</sup>. Das gilt von dem im gesetzlichen Schlichtungsverfahren ergangenen Schiedssprüche ganz besonders. Diesem wohnt nicht allein die Fähigkeit inne, durch beiderseitige parteiliche Annahme, Rechtsgeltung inter partes zu erlangen. Es besteht daneben von vornherein die Möglichkeit, daß der Spruch trotz parteilicher Ablehnung in einem zweiten Unterwerfungsverfahren durch behördlichen Akt, der die fehlende Willenshaltung der annahmeweigernden Partei ersetzt, zur vollen Rechtswirksamkeit erstarkt. Das Bestehen dieser Möglichkeit läßt den rechtlichen Eigenwert des Schiedsspruches deutlicher hervortreten, als das in den Fällen freier Ablehnbarkeit (und damit Vernichtbarkeit) der *sententia* des arbitrator der Fall ist. Mit Recht betont HOENIGER<sup>4)</sup> gegenüber der den Entwurf einer Schlichtungsordnung vom 11. 3. 1922 beherrschenden Grundauffassung, die mit dem Schiedsspruche nichts anzufangen wisse, „als ihn zum Vertragsvorschlage zu stempeln“, die Eigenbedeutung des Spruches, indem er ausführt:

„Nur der ‚Einigungsvorschlag‘ ist wirklicher Vertragsvorschlag. Er kann nur durch vertragmäßige Einigung der Parteien bindend werden. Beim ‚Schiedsspruch‘ liegt es anders.

<sup>1)</sup> DERSCH, N(eue) Z(eitschrift) f(ür) Arb(eits)recht, 3. Jg. 1923, Sp. 359f. und Schlichtungsverordnung, S. 263.

<sup>2)</sup> Vgl. SITZLER a. a. O. S. 81.

<sup>3)</sup> So die VSchl.wesen selber im § 5 Abs. 4. Im gleichen Sinne schon früher die herrschende Meinung, vgl. etwa „Richtlinien für das Schlichtungsverfahren . . .“ vom 30. 11. 1920, Reichsarbeitsblatt 1920, S. 182, Ziffer I 4e; SITZLER, NZfArb recht 1921, Sp. 572 BRAUNMÜHL, ebendort 1922, Sp. 211; WALDER, ebendort 1923, Sp. 743; ABEL, JW. 1923, S. 230 Anm.; RICHTER, Reichsarbeitsblatt, Nichtamtl. Teil 1923, S. 15/16.

<sup>4)</sup> HEINRICH HOENIGER, Die Stellung des unparteiischen Vorsitzenden im Entwurf der Schlichtungsordnung 1923, S. 46.

Hier soll zwar auch in erster Linie die Parteieinigung den Spruch bindend machen. Aber es steht von vornherein der Eventualgedanke dahinter, daß dieser Spruch auch bei mangelnder Einigung als objektives Werturteil — eben als Schiedsgutachten — Geltung beansprucht. Er ist zunächst nicht bindend, muß aber eventuell bindend werden können.“

Richtig ist hier gesehen, daß auch dem unverbindlichen Schiedsspruche, solange noch die Möglichkeit einer Geltungsverleihung an ihn besteht, ein Geltungswert zukommt, kraft dessen er mehr und anderes ist als ein bloßer Zielpunkt der Parteiintentionen, nicht nur Frage ist an die Streitteile, sondern (Geltung präntendierende) These. Nach HOENIGER ist die vom unverbindlichen Spruche beanspruchte Geltung eine außerrechtliche, nämlich die eines „objektives Werturteils“. Das ist nicht falsch, genügt aber nicht zur Wesensbestimmung des Schiedsspruches als einer rechtlichen Realität. Das Entscheidende ist, daß die von HOENIGER hervorgehobene Tatsache des Eventuell-bindend-werden-können des Spruches diesem von vornherein den Wert einer unvollkommenen, präntentionalen Rechtsgeltung verleiht.

Dieser Gedanke klingt deutlich in den Bemerkungen von DERSCH<sup>1)</sup> an, der über den unverbindlichen Sachschiedsspruch sagt:

„In seiner materiell-rechtlichen Auswirkung ist er ein Vertragsvorschlag . . . Sein rechtliches Wesen ist aber auch damit noch nicht ganz gekennzeichnet. Er birgt vielmehr in sich auch einen latenten, aufschiebend bedingten Kontrahierungszwang, nämlich für den Fall der späteren Verbindlichkeitserklärung. Der Schiedsspruch schafft also neues aufschiebend bedingtes Recht. Die aufschiebende Bedingung ist die Verbindlichkeitserklärung des Demobilisierungskommissars . . .“

DERSCH geht hier freilich einen Schritt zu weit. Man kann nicht von einem (noch) unverbindlichen Rechtssachverhalt sagen, daß er (schon) bedingt gelte. Versteht man unter „Geltung“, was offenbar auch bei DERSCH der Fall ist, das Normsein des Sachverhaltes für die Parteien, das durch die hinzutretende Bedingung nur eine rechtsinhaltliche Modifikation (Abschwächung) erfährt, so ist die Charakterisierung des nicht bindenden Schiedsspruches als einer bedingtes Recht schaffenden Rechtsrealität geradezu falsch. Ein „Recht“, das nicht bindet, entbehrt der normativen Kraft, gilt nicht, ist höchstens Normentwurf. Diesem die Eigenschaft eines unter der Bedingung künftiger Geltungsverleihung „geltenden“ Rechts zuzusprechen heißt den Begriff der Bedingung mißbrauchen:

Wir sprechen von einem „bedingten“ Recht, wenn die Rechtswirkung einer Norm in einem gewissen, rechtsinhaltlich vorgeschriebenen Umfange — eben durch die „Bedingung“ — ins Ungewisse gestellt ist. Die Bedingung ist Bestandteil einer individuellen Rechtsordnung, braucht deren präntente Geltung, um selbst zu gelten. Beispiel: A und B schließen einen Kaufvertrag unter der Bedingung, daß der Marktpreis des Kaufgegenstandes am folgenden Tage nicht mehr als n Mark beträgt. Die parteiliche Bindung, die Vertragsnorm ist mit Abschluß des Geschäftes perfekt: der Vertrag gilt sofort mit seinem durch die Bedingung mitbestimmten Rechtsinhalte. Bedingt sind gewisse sekundäre Rechtswirkungen des Vertrages: die subjektiven Rechte der Parteien, ihre vertraglichen Leistungsansprüche.

Diesem Grundtypus der Bedingung folgen alle Modalitäten derselben. Daß der Sachverhalt des unverbindlichen Schiedsspruches nicht bedingtes Recht in diesem Sinne erzeugen kann, ist evident. Man kann nun freilich auch — entgegen dem herrschenden juristischen Sprachgebrauch — von „bedingter“ Rechtsgültigkeit eines Sachverhaltes sprechen. Diese würde vorliegen, wenn die Willensbindung der normunterworfenen Rechtssubjekte selbst „bedingt“ wäre, indem sich diese (oder eines von ihnen) in rechtlich beachtlicher Weise nur bedingt willentlich unterworfen haben — Fälle „freibleibender“ Geschäftsschlüsse — oder aber, weil zur Normwerdung außer den parteilichen Akten noch weitere Geltungskonstituenten — z. B. „Bestätigung“ seitens der Gesamrechtsgemeinschaft — erforderlich sind. Die „bedingte“ Rechtsgeltung würde danach eine Spezies des Genus „abgeschwächte“ Rechtsgeltung darstellen. Aber die Richtigkeit und Notwendigkeit des Begriffes „bedingte Rechtsgeltung“ ad hoc zugegeben, — der uns hier angehende unverbindliche Schiedsspruch, für den die Möglichkeit einer VE. besteht, könnte diesem Begriff nicht unterstellt werden. An unserem Begriffe der „präntentionalen Rechtsgeltung“, der einen wesentlich anderen Inhalt hat und nur eine Geltung in Anführungsstrichen, eine „Noch-nicht-Geltung“ meint, ist für den bezeichneten Fall gegenüber DERSCH festzuhalten.

Der (unverbindliche) Spruch des arbitrator ist ein Gedankending, das zwar der bindenden Kraft ermangelt, aber einen rechtsinhaltlich völlig vollendeten Tatbestand darstellt, der durch willentliche Bejahung so, wie er ist, Normqualität erlangen kann. Was den Parteien nach Erlaß des Spruches zu tun übrig bleibt, wenn

<sup>1)</sup> NZfArbrecht 1923, Sp. 290.

sie ihn annehmen wollen, ist allein: den Spruch mit der Seinsform geltenden Rechtes umkleiden.

II. Daraus ergibt sich, daß die eine „Annahme“ des im Schlichtungsverfahren ergangenen Schiedsspruches enthaltenden Parteiakte den Charakter von reinen Unterwerfungsakten haben, d. h. sich ausschließlich auf die Geltungsfrage beziehen. Der von beiden Parteien angenommene Schiedsspruch hat die Wirkung einer schriftlichen „Gesamtvereinbarung“<sup>1)</sup>, er zeugt eine neue Rechtsbeziehung (Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung) zwischen den Streitteilen, die den Streitgegensatz bindend aufhebt (vgl. V.Schl.wesen §§ 5 IV). Die Parteien stehen nunmehr in einem vertraglichen Verhältnis, dessen Rechtsinhalt der schlichtende Dritte (Schlichtungsausschuß bzw. Schlichter) und dessen Seinsform die Partei schuf. Die Rechtsgenese ist hier in zwei durchaus geschiedene Phasen zerlegt. In der ersten handelt es sich um Tatbestandssetzung, in der zweiten um Geltungserzeugung; diese ist Leistung der Parteien (wenn beide annehmen), in der ersten Phase sind zwar die Streitteile gehört worden, Leistender ist aber allein der unparteiische Dritte (arbitrator). Mit der rechtsinhaltlichen Gestaltung haben die Parteien (nach Abgabe des Spruches) schlechterdings nichts zu tun; sie ist ihnen in vollem Umfange vom Dritten abgenommen worden. Annahme oder Ablehnung des Spruchs seitens der Parteien sind lediglich Antwort auf die Frage: Soll die konkrete Rechtsordnung des Schiedsspruchs als Rechtsnorm für uns gelten? Intentionales Objekt des die Stellungnahme zum Spruche vollziehenden Willensakts der Partei ist die Geltungsprätention des Schiedsspruches. Sie wird durch Annahme bejaht, verneint durch Ablehnung. Adressat dieser Parteiakte ist der Dritte als der die präentionale Geltung des Spruches personal vertretende Funktionär der Rechtsgemeinschaft. Ihm, nicht dem Gegner gilt auch der in der Annahme einer Partei enthaltene Unterwerfungsakt unter den konkreten Gesetzesentwurf (den der Spruch des arbitrator, bevor er verbindlich wird, enthält).

Dieser Sachverhalt entspricht durchaus dem im Zivilprozeß sich ergebenden, wenn eine Partei den gegen sie erhobenen Anspruch anerkennt. Auch hier gilt der im Anerkenntnis enthaltene Unterwerfungsakt der präentionalen Rechtsgeltung des vom Kläger geformten Rechtes, dem „Anspruch“. Der Anerkennende räumt ein, daß die vom Kläger aufgestellte Rechtsbehauptung richtig sei<sup>2)</sup>, stellt der gegen ihn geltend gemachten Rechtsfolge sich unterwerfend die Rechtsprätention außer Streit. (Daß es nach ZPO. § 307 zum rechtskräftigen Zusammenschlusse der Parteien unter der Norm des vom Prätendenten geltend gemachten Rechts noch des (Anerkenntnis-) Urteils bedarf, ist Folge der Rechtsstruktur des ganz auf Drittentscheidung angelegten modernen Zivilprozesses). Als Unterwerfungsakt ist das Anspruchsanerkentnis richtiger Ansicht nach<sup>3)</sup> ein allein auf die Rechtsgeltung der Prätention im Rechtsstreitverhältnis is bezüglichlicher, d. h. rein prozessualer Akt. Er betrifft nicht das vorprozessuale Ich-Du-verhältnis der Parteien (das vielleicht gar nicht bestand!), sondern ist präentionsbejahender und dadurch neue Geltung zeugender Willensakt.

Das Gleiche muß von den die Schiedsspruchprätention bejahenden Anerkenntnis-(Annahme-)Akten der Parteien im Schlichtungsverfahren gelten. Auch diesen Akten ist der rechtsgeschäftliche Charakter im gewöhnlichen Sinne abzusprechen, da sie lediglich als Geltungskonstituenten des konkreten Rechts inter partes Bedeutung haben, einer rechtsinhaltlichen Funktion entbehren. Solche Loslösung der Parteiakte von der tatbestandlichen Basis wird (nicht anders als im gerichtlichen Streitverfahren) dadurch möglich, daß dem Rechtssubjekte, das willentlich Stel-

<sup>1)</sup> Zum Begriff DERSCH, Neue Schlichtungsverordnung, S. 145ff. mit Lit. S. 148.

<sup>2)</sup> Insoweit zutreffend HELLWIG, System des ZPR. I, S. 441 Z. II.

<sup>3)</sup> Vgl. FÖRSTER-KANN, Kommentar zur ZPO., 2. Aufl., Bd. I 1913. 1 zu § 307 mit Lit.; dazu noch GRABNER, GRUCHOTS Beitr., Bd. 61, S. 68f., v. TUHR, Allg. Teil des Bürg. R. II, S. 160 und III, S. 252 Anm. 35.



lung zu nehmen hat, ein rechtsinhaltlich völlig vollendeter und normativ bereits präintentional vorgeformter Tatbestand vorgelegt wird, den der rein formale Akt der Unterwerfung zur Rechtsgeltung erheben kann. Da die Geltungsgenese der Gesamtvereinbarung im Schlichtungsverfahren durch Verbindlichwerden des angenommenen (oder für angenommen geltenden) Schiedsspruchs an das im Wege des Eintritts der Parteien in das Verfahren vor der Einigungsstelle konstituierte Schlichtungsverhältnis — die dreiseitige Rechtsbeziehung zwischen Streitteilen und dem arbitrator — geknüpft ist, sind die geltungskonstituierenden Parteiate, was ihre Geltung angeht, als dem Weiterbau bzw. der Lösung dieses Präentionsverhältnisses dienende, als prozessuale Rechtshandlungen zu beurteilen. Daraus folgt, daß sie den erhöhten Wert solcher Rechtsakte besitzen und ebenso, wie die im Zivilprozeß vorgenommenen Prozeßhandlungen<sup>1)</sup> nicht der Anfechtung rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen gemäß §§ 119f. BGB. unterliegen.

Zum gleichen Ergebnis kommt bezüglich der parteilichen Annahme des Schiedsspruchs im Schlichtungsverfahren auch DERSCH<sup>2)</sup> für den Fall der Ungültigkeit des angenommenen Schiedsspruchs, da es sich bei Irrtum der Parteien über diesen Punkt um einen unbeachtlichen Irrtum im Motiv gemäß § 119 Abs. 2 BGB. handeln würde.

Diesem Gedankengang kann nicht gefolgt werden. Es ist nicht zutreffend, wenn DERSCH a. a. O. in der beiderseitigen Annahme rechtlich nichts anderes sieht als den „Abschluß einer Vereinbarung, zu der der Schiedsspruch nur das Motiv, nur die causa darstellt“ und weiter meint, das „Verhältnis ist ebenso wie dasjenige des Kaufvertrags zur Auflassung“.

Der Vorgang der Normwerdung der Gesamtvereinbarung wird hier aus dem Gesichtswinkel einer unzulässigen zivilistischen Einstellung beurteilt. Bei einer Wertung des Schiedsspruchs als bloßes Motiv für das rechtsgeschäftliche Handeln der Parteien (die ihn annehmen) fällt die rechtliche Eigenbedeutung des Spruches und überhaupt die Leistung des arbitrator völlig unter den Tisch und die Parteitätigkeit wird unter Loslösung von dem Fundament des Schlichtungsverhältnisses zum allein maßgeblichen Faktor der präentionsaufhebenden Einigung gestempelt.

Mit Recht hat GOLDBAUM<sup>3)</sup> gegen diese Auffassung vom Standpunkte des heute geltenden Rechts (der Verordnung über Schl.wesen) Widerspruch erhoben. Schon nach dem Recht der Verordnung vom 12. 2. 1920 § 25 IV war die Auffassung DERSCHS unhaltbar. Das rechtsdogmatische Verhältnis von unverbindlichem Schiedsspruch zu parteilicher Annahme (bzw. V.E.) war auf Grund § 25 I. c. in Verbindung mit §§ 27, 28 der Verordnung vom 23. 12. 1918 durchaus das gleiche wie heute gemäß §§ 5, 6 der VSchl.wesen. Richtig hebt GOLDBAUM a. a. O. den nicht rechtsgeschäftlichen Charakter der parteilichen Annahmeerklärungen hervor und schließt aus diesem Grunde die Anwendbarkeit der §§ 119f. BGB. aus. Zum Vergleich zieht er aus dem Zivilprozeßrecht den Rechtsmittelverzicht heran, der ebenfalls durch Anfechtung nicht hinfällig werde. Eine Analogie ist hier richtig gesehn. Nur daß sich der Rechtsmittelverzicht auf die bereits — anfechtbar — geltende Urteilsnorm bezieht, die infolge des Verzichtes zu unanfechtbarer Rechtsgeltung (Rechtskraft) erstarkt, während die parteiliche Annahme den — unverbindlichen — Schiedsspruch erst zum geltenden Recht macht. Der genau entsprechende Sachverhalt in diesem geltungsgenetischen Punkte ist, wie schon hervorgehoben, das Anspruchsanerkennnis im Zivilprozeß. Auch dieser Akt unterliegt als rein prozessuale Rechtshandlung nicht der Irrtumsanfechtung nach bürgerlichem Recht<sup>4)</sup>. Er setzt lediglich die formale, d. h. prozessuale Gültigkeit der anerkannten Rechtspräention voraus. Mangelt diese — die Präention war in den Prozeß nicht ordnungsmäßig eingeführt —, so entfällt auch die geltungsmäßige Wirkung der Anerkennung. Nicht anders im Falle der Schiedsspruchannahme: Bezieht sich diese auf einen formal ungültigen Schiedsspruch, so fehlt der parteilichen Einigung das tatbestandliche (rechtsinhaltliche) Fundament. Eine Gesamtvereinbarung ist also in Wahrheit nicht zustande gekommen. Es muß bei dieser Sachlage den Parteien überlassen bleiben, ob sie in der gegenüber dem Spruche eingenommenen Willensstellung verbleiben wollen, indem sie die fehlende Tatbestandssetzung durch eigene Willensleistung (evtl. ohne erneute Verlautbarung: stillschweigend) nachholen, oder ob sie durch Anfechtung des erklärten Annahmewillens die irrtümlich geformte (Leer-)Geltung zerbrechen<sup>5)</sup>.

<sup>1)</sup> Dazu FR. STEIN, Komm. z. ZPO. 11. Aufl. 1913, V 6 vor § 128, S. 367, vgl. GRABNER a. a. O., S. 78. PAGENSTECHER, Materielle Rechtskraft 1905, S. 276f., 282 will den Widerruf des Anerkennnisses gemäß § 290 ZPO. gestatten. Die Frage kann hier nicht geprüft werden.

<sup>2)</sup> NZfArb. 1923, Sp. 366, vgl. denselben, Neue Schlichtungsverordnung S. 243.

<sup>3)</sup> WENZEL GOLDBAUM, V. Schl.wesen 1924 § 5 Anm. 12, S. 23.

<sup>4)</sup> FÖRSTER-KANN, Komm. z. ZPO. 5 zu § 307.

<sup>5)</sup> Anders DERSCH, Schlichtungsverordnung, S. 243.

Aus dem hinsichtlich der „Annahme“ des unverbindlichen Schiedsspruches durch die Parteien Gesagten ergibt sich ohne weiteres der rechtliche Sinn der sogenannten „Verbindlichkeitserklärung“ des nicht von beiden Teilen angenommenen Spruches. Die VE. ersetzt die Annahme des Schiedsspruches: § 6, Abs. 3 der V.Schl.wesen. Was durch den fehlenden Unterwerfungsakt der Partei geleistet werden sollte: Anerkennung des schiedsrichterlich geformten Rechtsverhaltes als einer die Parteien einigenden und bindenden Rechtsnorm, wird durch den Ersatzakt des Drittintervenienten, der durch die zuständige Verwaltungsbehörde handelnden Gesamtrechtsgemeinschaft geleistet. Nicht mehr und nicht weniger. Der zur VE. legitimierte Dritte steht einem fertigen Sachverhalt gegenüber, der „nur“ noch der Rechtskraft ermangelt. Zu rechtsinhaltlichen Änderungen ist der Schlichter bei der VE. (ohne Einwilligung der Parteien) nicht befugt (§ 25 II der 2. Ausführungsverordnung vom 29. 12. 1923). Er hat nicht anders als die zur Stellungnahme gegenüber dem Schiedsspruch aufgeforderte Partei lediglich die vom Schiedsrichter aufgeworfene Geltungsfrage zu beantworten. Hatte sich die Partei zwecks Beantwortung der bezeichneten Frage ihrerseits zu fragen: „Soll ich mich der Geltung prästendierenden Rechtsordnung des Schiedsspruches unterwerfen?“, so hat der zur VE. berufene Dritte vor Vollzug der ihm anvertrauten Entscheidung seinerseits die Frage zu beantworten: „Soll ich die Parteien (unter Berücksichtigung des § 6, Abs. 1 V. Schl.wesen) dem Schiedsspruche unterwerfen, indem ich ihren fehlenden Willen ersetze?“ Das Unterwerfungsverfahren hat seinen Charakter durch Eintreten des Dritten für die sich versagende (den Spruch ablehnende) Partei nicht geändert. Die Entscheidung über die Normwerdung des Spruches ist nur an eine andere Instanz übergegangen, die dieselbe (und sachlich unverändert gebliebene) Frage, die bereits der ersten Instanz vorgelegen hatte, endgiltig zu beantworten hat. Lautet die von dem Dritten gegebene Antwort, entgegen der „erstinstanzlichen“ Beantwortung der Frage seitens einer Partei oder beider, bejahend — Fall der VE. durch den Dritten — so ist das Ergebnis genau das gleiche als wenn die Parteien selber, den Spruch annehmend, die Gesamtvereinbarung zustande gebracht hätten. Lehnt der Schlichter (bzw. Reichsarbeitsminister) dagegen die VE. ab, so ist die rechtliche Wirkung eine über die der parteilichen Ablehnung hinausgehende: Der prätentionale Geltungswert des Schiedsspruches ist nunmehr definitiv zerstört. Das Unterwerfungsverfahren ist abgeschlossen, daher keine rechtliche Möglichkeit mehr vorhanden, daß der vom arbitrator gestaltete Rechtsinhalt noch der Seinsform intersubjektiv (inter partes) geltenden Rechtes teilhaftig wird. Nach Nichtannahme des Spruches durch die Parteien bestand diese Möglichkeit aber noch, da der Schiedsspruch doch noch Verbindlichkeit für die Streitteile erlangen konnte, indem durch Diktat „von oben“ die Annahme des Spruches, der als Geltungskonstituente erforderliche Unterwerfungsakt des normbetroffenen Rechtssubjektes ersetzt wurde.

Die VE. stellt insofern einen von der normalen Gestaltung rechtsgemeinschaftlicher Intervention bei Rechtsstreitigkeiten nachgeordneter Rechtssubjekte wesentlich abweichenden Fall dar, als sie sich einmal auf einen rechtlich lückenlos und unkorrigierbar (inhaltlich) vorgeformten Sachverhalt bezieht und allein der Geltungsverleihung an diesen zu dienen bestimmt ist, und ferner keinen Akt der bloßen Rechtsanwendung darstellt, der die abstrakten Normen des Gesamtrechtsverbandes, welche einen Diktat-Eingriff in diesem konkreten Falle vorschreiben, einfach konkretisiert, vielmehr dann zum Vollzuge kommt, wenn die in dem Schiedsspruch „getroffene Regelung bei gerechter Abwägung der Interessen beider Teile der Billigkeit entspricht, und ihre Durchführung aus wirtschaftlichen und sozialen Gründen erforderlich ist“ (§ 6, Abs. 1 der V. Schl.wesen).

Die Besonderheit des Interventionsaktes wurzelt in der eigenartigen Natur des Schlichtungsverfahrens, allgemeiner ausgesprochen, eines mit der *sententia* eines

arbitrator abschließenden Verfahrens. Die formale Struktur des Aktes ist klar. Die VE. stellt die streitendige, den parteiprätentionalen Willensgegensatz aufhebende Einigung der Streitteile her, indem sie die den „Einigungsstoff“ enthaltende, noch unverbindliche Rechtsordnung des Schiedsspruches zur rechtskräftigen Norm macht. Der Rechtserfolg bindender Streitlösung wurde vom Intervenienten ohne den konkreten Willen der Parteien herbeigeführt, die gültige Einigung aus eigener Kraft in diesem Falle nicht erreichen konnten. Über das Stadium partieller Einigung kamen die Streitteile, zum Schlichtungsverhältnis rechtlich verbunden, nicht hinaus, da der Wille zur Unterwerfung unter die einigende Formel des Schiedsspruches auf einer Seite oder beiden fehlte. Die in der präentionalen Willensgegensätzlichkeit verharrenden Rechtssubjekte unter dem Rechte des Spruches zu einigen, war die Aufgabe des zur VE. dieses Spruches legitimierten Dritten. Für verbindlich erklärt steht der Schiedsspruch als konkretes Recht über den willentlich (normativ) geeinten Streitteilen. Insoweit ist die Rechtswirkung des verbindlich gewordenen Spruches eines arbitrator der des rechtskräftigen gerichtlichen Urteils durchaus gleichartig. (Daß der Intensitätsgrad der Rechtsgeltungen im einen und andern Fall vielleicht nicht der gleiche ist und daß Vollstreckbarkeit mit den Mitteln des Staates im ersteren Fall möglicherweise fehlt, interessiert hier nicht.) Es bestehen aber zwischen Sprüchen, die ein Schlichtungsverfahren abschließen, und richterlichen Endentscheidungen eines vor dem Forum des Staates ausgefochtenen Rechtsstreites Differenzen der rechtsinhaltlichen Struktur, die sich auch in der Seinsform der hier und dort erzeugten Rechtssachverhalte abzeichnen. Über das Schlichtungsverfahren ist in dieser Hinsicht kurz folgendes zu sagen:

γ) Die ihre Streitprätention im Schlichtungsverfahren — wir wollen dabei den Fall arbeitsrechtlicher Gesamtstreitigkeiten ins Auge fassen — aufstellende Partei macht keinen zivilrechtlichen Anspruch geltend, stellt überhaupt nicht die Behauptung auf, ihr stehe auf Grund geltenden Rechts (der Gesamtrechtsgemeinschaft) ein subjektives Recht gegen den anderen Streitteil zu. Die Parteiprätention enthält hier vielmehr eine „Forderung“ im Sinne der Beanspruchung einer erst zu schaffenden, weil tatbestandlich vorprozessual nicht fundierten konkreten Rechtsnorm. Es handelt sich also um Rechtsprätentionen im oben S. 96 festgestellten Sinne, die das Schlichtungsverhältnis tragen. Aber immerhin Rechtsprätentionen. Das Willensziel der zum Schlichtungsverfahren verhandelnd zusammengetretenen Rechtssubjekte ist normative Lösung ihrer Willensdifferenz. Der das Stadium partieller Einigkeit der Streitteile ablösende Zustand soll den Streit nicht nur faktisch, sondern rechtlich aufheben, indem die Parteien unter der individuellen Rechtsnorm des mittels Dritrintervention hergestellten Einigungssachverhaltes rechtsgemeinschaftlich zusammengeschlossen werden. Man spricht vielfach davon, daß es sich im Schlichtungsverfahren um „Interessen“- im Gegensatz zu „Rechts“-streitigkeiten handle. Dem kann nicht zugestimmt werden<sup>1)</sup>. Der Gegensatz ist unscharf; soziologisch, nicht juristisch gesehen. Auch die „Forderung“ prätendiert Recht. Das von „Forderungen“ im bezeichneten Sinne getragene Prätentionsverhältnis hat einen rechtlich formulierten Willensgegensatz der Parteien zum Inhalt. Die den Streit wirtschaftlich begründenden Interessengegensätze der im sozialen Handlungsraum einander stoßenden Parteien haben, weil es den Streitenden auf Streitlösung durch rechtlichen Zusammenschluß ankommt, anspruchsmäßige Umformung erfahren. Nur auf dieser Basis beiderseitigen Willens zur normativen Streitendigung war eine Konstituierung des Streit-(Schlichtungs-)verhältnisses möglich.

Wille zur Norm heißt nicht Wille zur Entscheidung der konkreten Rechtsfrage, die der Streitfall enthalten mag. Das ist ganz gewiß nicht das Willensziel

<sup>1)</sup> Gegen die bezeichnete Unterscheidung mit Recht WÖBLING, Arch. f. R.- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 17, S. 124f.; vgl. auch die Bemerkungen von ZIMMERMANN, Kölner Vierteljahrshefte für Sozialwissenschaften, 2. Jg., Heft 2/3, S. 6f.

der den arbitrator anrufenden Parteien. Dessen Schiedsspruch beantwortet keine Rechtsfrage im Sinne der Frage nach dem (abstrakten) Recht, das hier (in concreto) gilt, kann sie nicht beantworten, da die Parteiprätentionen bestehendes Recht (mit Normwirkung zu ihren Gunsten) gar nicht behaupten, den Streitgegenstand vielmehr intentional als einen Sachverhalt noch zu schaffender, künftiger Rechtsrealität bestimmen. Mit Recht sagt WALDER<sup>1)</sup>, der Schiedsspruch sei nicht Entscheidung einer Rechtsfrage, er lasse die Rechtsfrage dahingestellt. Kann man in Anbetracht dieser Tatsache den (verbindlichen) Schiedsspruch aber überhaupt eine Entscheidung nennen?

Versteht man unter „Entscheidung“ nur eine solche Streitlösung, die in Anwendung bestehenden Rechts über subjektive Rechte der Parteien bindend entscheidet, so ist dem das Schlichtungsverfahren beendenden Schiedsspruche der Charakter einer „Entscheidung“ allerdings abzusprechen<sup>2)</sup>. Aber der bezeichnete Begriff der „Entscheidung“ erscheint zu eng. Er schneidet aus dem Komplex möglicher Streitlösungen durch Spruch eines Drittintervenienten nur eine besonders wichtige Gruppe heraus, Sachverhalte, welche die wesensmäßig gleiche Funktion normativer Streitbeendigung erfüllen, ausschließend.

Der Richter „entscheidet“ in diesem engeren Sinne, wenn er als reine Geltungsinstanz wirkend abstraktes Recht der größeren Rechtsgemeinschaft, die ihn delegierte und der auch die Parteien angehören, auf den Streitfall urteilsmäßig anwendet. Wo der Dritte in dieser richterlichen Grundfunktion tätig ist, besteht seine Leistung in der Beantwortung der parteiseitig aufgeworfenen Rechtsfrage. Es bedeutet noch kein wesentliches Hinausgreifen über diese primäre Zielsetzung des Richters als reinen Rechtsanwenders, wenn der Dritte bei der Feststellung des tatbestandlichen Fundaments der Rechtsentscheidung mitwirkt. Es kann zwar so sein, daß das Gericht mit der Feststellung des Tatbestandes überhaupt nichts zu tun hat und auf strikte Anwendung der Gesetzesnormen auf den ihm von den Parteien vorgelegten Sachverhalt beschränkt ist. In solchem Stadium schrankenloser, auf prozessualer Parteiherrschaft beruhender Verhandlungsmaxime, wie sie der Prozeß früher Rechtsperioden kennt<sup>3)</sup>, hat der Richter lediglich die Frage der Streitenden: „Was ist hier Rechtens?“ zu beantworten. Wenn spätere Rechtsentwicklung die Souveränität der Parteien hinsichtlich der Tatsachenformung, ihre Freiheit in der Gestaltung des Streitsachverhaltes, einschränkt, so ändert sie damit nicht grundsätzlich die Stellung des Richters, der nunmehr auch an der Festlegung des Tatbestandes — Beweise erhebend und sonstige Ermittlungen in bezug auf die historische Wirklichkeit der präentionsbegründenden Tatsachen anstellend — teilnimmt. Die Beteiligung des Gerichtes an der Feststellung des das konkrete Recht fundierenden Tatbestandes ist Ausfluß der rechtsprechenden Richtertätigkeit. Es handelt sich dabei nicht um Tatbestandssetzung in einem rechtsgeschäftlichen oder rechtshandlungsmäßigen Sinne. Die richterliche Feststellung des Tatbestandes ist keine selbstständige, abzüglich der Rechtskrafterzeugung durch das Urteil mit sozialem Wirklichkeitsgehalt erfüllte Leistung, vielmehr bloße Vorarbeit der Normprägung, durch diese allein intersubjektive Bedeutung und Bestandskraft erlangend. Das deklarative Urteil erschöpft seine bestimmungsgemäße Wirkung in der Geltungserzeugung. Es will nicht neue Rechtsbeziehungen unter den Parteien

<sup>1)</sup> NZfArbrecht 1923, Sp. 742/43.

<sup>2)</sup> Diesen Entscheidungsbegriff legen zugrunde DERSCH, NZfArbrecht 1923, Sp. 285 und 368, ferner SITZLER (a. a. O.), S. 67 und NZfArbrecht 1921, Sp. 571/72, dem BRAUNMUEHL, ebendort 1922, Sp. 209 f. im wesentlichen zustimmt.

<sup>3)</sup> Zum Urteil des germanischen (insb. mittelalterlichen deutschen) Rechts vgl. J. W. PLANCK, Das deutsche Gerichtsverfahren im MA. Bd. I 1878, S. 308 f. (Form des Urteils); BRUNNER, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. II 1892 § 101, S. 355 f. (fränkische Zeit). Ferner unten S. 141.

schaffen, sondern lediglich „Bestehendes manifestieren“<sup>1)</sup>, indem es den parteilich vorgeformten Sachverhalt mit einer Geltung höherer Dignität umkleidet, wenn die fragliche (präentionale) Vorformung richtig war, und wenn sie es nicht war, indem es das, was in Wahrheit rechtlich ist, feststellt und durch Rechtskraftverleihung an den urteilsmäßig festgestellten Sachverhalt diesen gegen künftige Bestreitungen seitens einer Partei sicherstellt.

Wie aber, wenn der rechtsprechende Dritte einen Sachverhalt der historischen Wahrheit zuwider „feststellt“, einen angeblich außerprozessualen Tatbestand, der nie soziale Wirklichkeit war, mit konkreter Rechtsgeltung umkleidet? Hier ist zwar auf Grund der Urteilsrechtskraft eine neue Rechtslage *inter partes* erzeugt worden. Die Parteien sind der Individualnorm des materiell unrichtigen Urteils unterworfen und unter ihr zu einer speziellen Rechtsgemeinschaft zusammengeschlossen worden. Aber das vom Richter mit Unrecht dekretierte, von keinem sozialgültig erzeugten Tatbestande getragene konkrete Recht — auch der Fall falscher Rechtsanwendung gehört hierher: auch dann ist die Beziehung von Norm zu Tatbestand unrichtig, zu der angewendeten Rechtsnorm gehört eine andere Sozialwirklichkeit als die in den Rechtsstreit eingeführte, diese ist also in Wahrheit nicht Fundament des konkretisierten Rechtes — ist hohle Rechtsform, eine mit Scheinhalt erfüllte Normrealität. Dieser scheinhafte Charakter des im unrichtigen Urteil enthaltenen Rechtssachverhaltes tritt im Verhältnis zu dritten Rechtssubjekten hervor, die als am Rechtsstreit Unbeteiligte an die Rechtskraft dieser Entscheidung nicht gebunden sind. Der dritte Rechtsgenosse kann zwar nicht bestreiten, daß der durch das unrichtige Urteil erzeugte Normbestand für die Parteien gilt — insoweit wirkt auch das bloß deklarative Urteil extern im Gesamtrechtskreise — wohl aber kann er, wenn ihm gegenüber eine Normwirkung des Urteils geltend gemacht wird, behaupten: Diese Individualnorm gilt nicht, das Urteil ist falsch. Solcher Angriff von dritter Seite gilt nicht der prozessualen Geltung (Rechtskraft) des Urteils; die braucht der Dritte ohnehin nicht gegen sich gelten zu lassen. Hat der Angriff rechtlich Erfolg, so ist darum die Rechtsgeltung *inter partes* — die spezifische Rechtskraftwirkung des Urteils — nicht aufgehoben. Der Dritte bestreitet vielmehr die Rechtswirklichkeit als solche in ihrer außerprozessualen Rechtsexistenz. Das kann er mit Aussicht auf Erfolg. Wenn der in diesem zweiten Prozesse (mit dem Dritten, dem das falsche Urteil entgegengesetzt wird) amtierende Richter richtig entscheidet, so muß sich die angegriffene Rechtsgeltung des vom Erstrichter falsch geformten Sachverhalts als Scheingeltung, als rechtliche Leerform herausstellen. Das unrichtige Urteil ist extern in einem eigentümlichen Sinne entkräftbar. Diese seine Schwäche beruht nicht auf einem zu geringen Intensitätsgrade der Rechtskraft. An Geltungswert ist auch das fehlerhafte Urteil (das sachlich unrichtige, aber formell gültige, mit keinem ordentlichen oder außerordentlichen Rechtsbehelf mehr anfechtbare) rechtsgeschäftlich gesetztem Rechte regelmäßig weit überlegen. Während aber ein *ἔφοδος* auf die Rechtsgültigkeit des von privaten Rechtssubjekten geformten Rechtssachverhaltes nur deshalb unter Umständen zum Erfolge führen kann, weil die Geltungsdecke des Rechtsgeschäftes nicht die Kraft hat, der normwidrigen Präention einer Partei standzuhalten, ist es beim unrichtigen Urteil der rechtsinhaltliche Mangel, der, vom (Dritt-)Angreifer aufgedeckt, den Urteilssachverhalt (extern) in Nichts zusammenfallen macht.

Darin liegt der entscheidende Unterschied zwischen dem unrichtigen deklarativen Urteil und der konstitutiven (rechtsgestaltenden) richterlichen Entscheidung. Im zweiten Falle greift der Richter über den Rahmen der Tätigkeit eines Rechtsanwenders in der Tat hinaus, indem er eine die rechtsgeschäftliche Vorarbeit der Parteien ergänzende, unter Umständen korrigierende, in jedem Falle

<sup>1)</sup> SAUER, Grundlagen des Prozeßrechts 1919, S. 43.

erst völlig vollendende Tatbestandssetzung vornimmt. Dem von der größeren Rechtsgemeinschaft mit Entscheidungsgewalt dieses größeren Umfanges betrauten Dritten ist hier eine zweite eigenwertige Aufgabe geworden: Geltungsinstanz ist er nur insoweit, als er dem fertiggestellten Tatbestand den Stempel der Rechtskraft aufdrückt. Die in Fällen konstitutiver Entscheidungen dem Richter zugewiesene Tatbestandsformung erfolgt jedoch nicht in Ausübung der richterlichen Funktion: Zeugung der Urteilsrechtskraft. Es handelt sich beim rechtsgestaltenden Urteil nicht bloß darum, das tatbestandliche Fundament der Individualnorm „festzustellen“. Dies Fundament soll vom Richter durch Weiterbau des parteilich vorgeformten Sachverhaltes erst geschaffen werden. Der urteilsmäßig vollendete Tatbestand ist, zur Rechtsgeltung erhoben, ein Ding sozialer und zwar rechtlicher Wirklichkeit, das im ganzen Rechtskreise der Gesamtrechtsgemeinschaft die Geltung eines existenten Rechtssachverhaltes beanspruchen kann. Die inhaltsleere „bloße“ Rechtsgeltung eines unrichtigen Urteils gehört dagegen in die (später zu behandelnde) Kategorie der Scheinrechtsgeltungen, die in der Person des Begünstigten als bloßer Rechtsbesitz reflektieren. Den im Wege des konstitutiven Urteils geschaffenen Sachverhalt muß jeder dritte Rechtsgenosse des Gesamtrechtsverbandes als Rechtswirklichkeit gelten lassen. Das unrichtige Urteil zeugt dagegen einen Normsachverhalt in Wahrheit überhaupt nicht. Es hat nur, soweit seine Rechtskraftwirkung reicht, den (inter partes nicht widerlegbaren) Geltungswert eines solchen. Dritte, denen gegenüber die Urteilsrechtskraft versagt, können sich der gegen sie behaupteten Normwirkung des unrichtigen Urteils entziehen, indem sie die Unrichtigkeit der Bindung dieser Rechtsnorm an diesen Tatbestand dartun<sup>1)</sup>.

Verbindlicher Schiedsspruch und konstitutives richterliches Urteil stimmen demnach insoweit überein, als sie über die Entscheidung der Frage nach der Geltung hinausgreifen und in Hinsicht auf die Formung des streitigen Tatbestandes produktiv sind. In beiden Fällen erfüllt der Spruch eine Doppelaufgabe. Beim (zunächst) nicht verbindlichen Schiedsspruche tritt dies schon äußerlich dadurch in Erscheinung, daß zwei Instanzen an der Rechtsgenese beteiligt sind; eine die Aufgabe der Tatbestandsgestaltung lösend (der arbitrator), die andere Instanz (die zur Stellungnahme gegenüber dem Spruche aufgeforderten Streitparteien oder der zur VE. des Spruchs legitimierte Dritte) dem inhaltlich vollendeten Sachverhalte Rechtsgültigkeit verleihend. Im anderen Falle (des konstitutiven Urteils) liegen beide Aufgaben in der einen Hand des Gerichtes. Eine Trennung wäre auch kaum möglich, da der prätentionale Unterbau hier ein wesentlich anderer ist als im Schlichtungsverfahren: Die prätendierte Rechtsgestaltung vornehmend bejaht der Richter einen dahingehenden materiellrechtlichen Anspruch der Partei. Die das konstitutive Urteil begehrende Partei hat ein Recht auf Rechtsänderung gegenüber dem Prozeßgegner, das sie durch gerichtliche Geltendmachung ausübt. Es ist also zuviel gesagt, wenn KISCH erklärt<sup>2)</sup>: „Das konstitutive Erkenntnis ist, vom Standpunkte des materiellen Rechtes aus betrachtet, der entscheidende, für sich allein wirksame Tatbestand.“ Es liegt vielmehr ein aus Parteihandeln und Staatsakt zusammengesetzter „Doppeltatbestand“ (SECKEL) vor. Das Gericht wirkt bei der die Rechtsänderung inter partes herbeiführenden Tatbestandsneugestaltung mit. Die Rechtsänderung prätendierende Partei beschreitet diesen Weg der gerichtlichen Geltendmachung, weil sie auf dem Wege einer außergerichtlichen Rechtsgestaltung nicht zum Ziel gelangen konnte. Entweder, weil ihr der letztere Weg überhaupt (gesetzlich) verschlossen war, da die Gesamtrechtsgemeinschaft die Gestaltung der fraglichen Rechtsbeziehung nur zuläßt, d. h. rechtlich gelten läßt, wenn sie (die Gemeinschaft) durch ihren Funktionär mitgestaltend beteiligt gewesen ist und selbst

<sup>1)</sup> Vgl. hier zunächst die guten Ausführungen von LENT, Gesetzeskonkurrenz, Bd. II 1916, S. 282f.

<sup>2)</sup> W. KISCH, Beiträge zur Urteilslehre 1903, S. 112.

den Akt der Geltungsverleihung vollzogen hat: So liegt es z. B. im Falle der Ehescheidung nach heutigem Recht. Oder aber der rechtsgestaltende Wille des einen Teiles kam vorprozessual nicht zum Ziel intersubjektiver Geltung seines intendierten Inhaltes, weil der Gegner die zur Genese der neuen Rechtsbeziehung der Parteien erforderliche willentliche Mitwirkung versagte. Das sind die Fälle, in denen richterliche Rechtsgestaltung begehrt wird, weil und nachdem der rechtsgeschäftliche Gestaltungsversuch des Prätendenten in einem privaten Einigungsverfahren der Parteien erfolglos blieb. Ein Sachverhalt der Art ist z. B. gegeben, wenn der Vermieter gemäß §§ 2f. des Gesetzes über Mieterschutz und Mieteinigungsämter vom 1. 6. 1923<sup>1)</sup> auf Aufhebung des Mietverhältnisses klagt. Dessen Aufhebung war auch außergerichtlich möglich, wenn eine dahingehende Einigung zwischen Vermieter und Mieter zustande kam. Als einseitiger, vom Mieter in seiner vertragslösenden Wirkung nicht anerkannter Kündigungsakt ist jedoch der auf Aufhebung der Vertragsbeziehung gerichtete, das Verhältnis der Parteien neugestaltenwollende Wille des Vermieters nicht wirksam. Es bedarf der gerichtlichen Ausübung des dem Vermieter in den gesetzlich bezeichneten Fällen zustehenden Rechtes auf Rechtsänderung, um diese im Wege einer konstitutiven, den fehlenden Willensakt des sich weigernden Gegners (des Mieters) ersetzenden Entscheidung herbeizuführen.

Der das konstitutive Urteil fällende Richter entscheidet nicht in dem engen Sinne, daß er nur Recht auf den vorgegebenen Tatbestand anwendet. Er fungiert darüber hinaus als Tatbestandsmitgestalter. Aber auch in dieser letzteren Funktion handelt er nicht „frei“, sondern in Anlehnung an die ihm diese Aufgabe zuweisenden Rechtsnormen des Staates, aus denen sich ergibt, unter welchen rechtlichen Voraussetzungen und mit welchem Rechtsinhalte die richterliche Tatbestandssetzung zu erfolgen hat. Die das rechtsgestaltende Urteil begehrende Partei prätendiert zwar als Endziel neues konkretes Recht, stützt aber diese ihre Prätention auf geltendes (abstraktes) Recht der Staatsrechtsgemeinschaft, das in ihrer Person als (subjektives) Recht auf richterliche Rechtsgestaltung reflektiert.

Dieses Recht steht dem Prätendenten im Schlichtungsverfahren nicht zur Seite. Die den arbitrator anrufende Partei beruft sich zur Begründung ihrer „Forderung“ nicht auf Rechtssätze des höheren Rechtsverbandes. Sie will freie Tatbestandsgestaltung durch den Dritten, Entscheidung nach Billigkeit, nicht eine im Wege der Rechtsanwendung gewonnene. Das gilt für das Schiedsverfahren überhaupt, gleichviel ob der Dritte die Stellung eines arbitrator hat oder die eines arbirer.

Vgl. schon ARISTOTELES<sup>2)</sup>:

„ὁ γὰρ διατηρῆς τὸ ἐπεικὲς ὄρα, ὁ δὲ δικαστὴς τὸν νόμον· καὶ τούτου ἕνεκα διατηρῆς εὐρέθῃ ὅπως τὸ ἐπεικὲς ἰσχύῃ.“

Auch für das moderne Recht wird angenommen werden dürfen, daß die Parteien bei Schließung eines Schiedsvertrags den Schiedsrichter von der Anwendung staatlicher Rechtsnormen (soweit es sich nicht um zwingende Rechtssätze handelt) bei seiner Rechtsprechung entbinden wollten und eine Billigkeitsentscheidung von ihm erwarten<sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> RGBl. 1923 I, S. 353.

<sup>2)</sup> ARISTOTELES, Rhetoric. p. 1374, l. 20.

<sup>3)</sup> Zutreffend F. STEIN, Leipz. Z. 1920, S. 265 und Grundriß des ZPR. 1921, S. 238; dagegen nicht überzeugend HERMES, GRUCHOTS Beitr., Bd. 64, S. 702f. mit Lit., S. 703, auch ZEILER, Rhein. Z., Bd. 10, S. 235f. und vordem OERTMANN, ZZP. Bd. 47, S. 105ff.

Der Antrag auf ein richterliches „Schiedsurteil“ gemäß § 18 der Bekanntmachung zur Entlastung der Gerichte vom 9. 9. 1915 in der Fassung vom 13. 5. 1924 (RGBl. I, S. 552) entbindet dagegen den Richter nicht von der Pflicht, die staatlichen Normen des materiellen Rechts auf den Streitfall anzuwenden. (Richtig VOLKMAR, Verordnung zur Beschleunigung des Verfahrens in bürg. Rechtsstreitigkeiten 1924, S. 61/62 und SONNEN, Das neue Zivilprozeßrecht 1924, S. 246 unter IV 1 a.) Aber dieses Schiedsurteil ist eine unpraktische Halbheit, nicht Schiedsspruch und nicht Entscheidung des rechtsanwendenden Gerichts. Kaum jemals werden die Parteien den Antrag aus § 18 l. c. stellen, schon wegen der Bestimmung des Abs. 2 Satz 2 nicht, da danach der Antrag auf eine Entscheidung durch Schiedsurteil den (antizipierten) Verzicht auf Rechtsmittel enthält.

Im Schlichtungsverfahren kommt solche Entbindung nicht mehr in Frage, da es an Rechtsnormen, die den Inhalt des gütlichen Ausgleiches, den der Schlichter inhaltlich fixieren soll, vorzeichnen, von vornherein fehlt. Allein der Einigungswille der Parteien kann die streitlösende Norm schaffen, indem er dem frei gestalteten Sachverhalt des Schiedsspruches Rechtsgeltung verleiht. Greift ausnahmsweise die Rechtsgemeinschaft in den Vorgang der Normwerdung diktierend — durch VE. des ergangenen, nicht angenommenen Schiedsspruches — ein, so ist das eine „gesetzesfreie“ Ermessenshandlung des delegierten Dritten, der dabei als Verwaltungsbehörde, nicht als Rechtsprecher fungiert.

Trotz dieses wesentlichen Unterschiedes zwischen der *sententia des arbitrator* (die Verbindlichkeit erlangte) und dem konstitutiven Richterspruch des staatlichen Prozesses (der im Vorstehenden festgestellten Wesensart) stehen die dieser und jener Kategorie unterfallenden Erkenntnisse nicht derart brückenlos einander gegenüber, daß eine begriffliche Zusammenfassung beider Kategorien zum rechtsdogmatischen Genusbegriff „Entscheidung“ unmöglich wäre. Die Brücke von Schiedsspruch zu rechtsgestaltendem, privates Recht auf Rechtsänderung (unter Anwendung abstrakten Rechts) bejahendem, richterlichem Urteil bilden die Entscheidungen von Rechtsstreitigkeiten auf Grund „billigen Ermessens“ des Gerichts.

Hierher gehören insbesondere die Fälle des von KIRSCH<sup>1)</sup> sogenannten „festsetzenden“ Urteils. Da liegt es so, daß der Richter in eine bereits vorprozessual gegebene Rechtsbeziehung der Streitteile urteilsmäßig ein einzelnes Tatbestandsstück einsetzt, den vorgefundenen Sachverhalt in diesem Punkt ergänzend. Nur dieser Punkt ist Streitfrage, während im übrigen über die Tatsache des Grundrechtsverhältnisses Einigkeit unter den Parteien herrscht. In den positivrechtlich in Betracht kommenden Fällen ist Gegenstand der richterlichen Festsetzung regelmäßig ein Schulquantum, das „Was“ eines gläubigerischen Bekommensollens, über dessen Höhe sich die Parteien nicht haben einigen können. Sachverhalte dieser Art liegen den §§ 315, 319 (mit Modalitäten, die hier nicht interessieren) BGB. zugrunde; auch § 323 ZPO., § 9 der 3. Steuer- notverordnung vom 14. 2. 1924, §§ 1f., 5 des Gesetzes über die anderweitige Festsetzung von Geldbezügen aus Altenteilsverträgen vom 18. 8. 1923<sup>2)</sup> bieten Beispiele von Rechtsstreitigkeiten, die durch festsetzende Urteile ihren Abschluß erhalten.

Hier überall<sup>3)</sup> hat der Richter nach seinem billigen Ermessen zu entscheiden. Das ist im Gesetze meistens ausdrücklich ausgesprochen. Aber auch wo das nicht der Fall ist — z. B. im Fall des § 323 ZPO., der §§ 343, 655 BGB. —, ist nach dem Sinn der vom Richter zu erbringenden Leistung klar, daß er seine Entscheidung gegenständlich allein an der sozialen Richtschnur der *aequitas* zu orientieren hat.

Daneben steht im gegenwärtigen deutschen Zivilrecht noch eine Anzahl anderer Sachverhalte, die vom (staatlichen) Gericht nicht bloß Setzung eines speziellen Tatbestandsstückes, sondern Gestaltung eines ganzen Tatbestandes durch Billigkeitsentscheidung erheischen. So z. B. in folgenden Fällen: Die Entscheidung des Mieteinigungsamts gemäß § 40 Abs. 3 des Gesetzes vom 1. 6. 1923; die des Pachteinigungsamtes gemäß Art. 1 § 1 (mit ergänzenden landesgesetzlichen Bestimmungen) der Pachtchutzordnung vom 9. 6. 1920 in der Fassung des Gesetzes vom 29. 6. 1922 und der Verordnung vom 13. 2. 1924<sup>4)</sup>; auch § 920 II BGB. gehört hierher.

KIRSCH sagt bezüglich des sog. „festsetzenden“ Urteils, die vom Richter vorzunehmende Tätigkeit habe hier „sozusagen eine mehr schiedsrichterliche Funktion“<sup>5)</sup>. Der Gedanke trifft für alle Billigkeitsentscheidungen zu, wenn man ihn dahin auslegt, daß zwischen Schiedsspruch und Billigkeitsurteil insoweit Wesensgleichheit herrscht, als hier wie dort keine Ableitung der die Entscheidung tragenden Individualnorm — ihres rechtsinhaltlichen Kerns — aus abstrakten Rechtssätzen der Gesamtrechtsgemeinschaft stattfindet, der Urteilende vielmehr den streitlösenden Sachverhalt frei gestaltet. Diese Freiheit des Entscheidenden ist jedoch begrenzt. Sein Wille ist insofern unfrei, als auf ihm der Zwang zur Entscheidung über den Streitgegenstand lastet. Der Zwang stellt eine rechtliche Bindung des Dritten dar, der entweder durch das Gesetz der Gesamtrechtsgemein-

<sup>1)</sup> A. a. O. § 5, S. 110f.

<sup>2)</sup> RGBl. 1923 I, S. 815.

<sup>3)</sup> Weitere Beispiele dieser speziellen Urteilkategorie, die eine Spezies des Genus „Konstitutives Urteil“, nicht aber, wie KIRSCH a. a. O. will, ein selbständiges Urteilsgenus bildet, gibt STEIN, Komm. z. ZPO. II 3 vor § 253, S. 584.

<sup>4)</sup> RGBl. 1924 I, S. 68. Die Beispiele ließen sich, wenn man auf die Zeit der Zwangswirtschaft im und unmittelbar nach dem Kriege zurückgreift, erheblich vermehren.

<sup>5)</sup> KIRSCH a. a. O., S. 111, Anm. 95.



schaft, die ihn als Richter delegierte, oder durch den Schiedsvertrag der Parteien, dem er sich (insoweit ihn die Vertragsnorm betrifft) das Amt des Schiedsrichters übernehmend unterwarf, gebunden ist. Die Partei hat einen Rechtsanspruch darauf, daß der Dritte — nach billigem Ermessen — entscheidet, den rechtlichen Zusammenschluß der Streitteile<sup>1)</sup> unter der Rechtsnorm seiner Entscheidung herstellt. Diese Entscheidungspflicht des Dritten ist Korrelat der ihm (durch das Gesetz der staatlichen Rechtsordnung oder des Schiedsvertrages) eingeräumten Rechtsmacht einer die Parteien normativ bindenden Rechtsgestaltung.

Solche Rechtsmacht wurde dem Dritten im Schlichtungsverfahren gerade nicht verliehen. Als arbitrator gestaltet er einen für die Parteien unverbindlichen Rechts-sachverhalt. Ob dieser den Geltungswert einer *lex inter partes* erlangen wird, steht vor erfolgter Stellungnahme der Parteien, bzw. des zur VE. legitimierten Dritten noch dahin. Auf rechtsgemeinschaftliche Normprägung haben die Streitteile im Schlichtungsverfahren jedenfalls kein Recht. Die normative Aufhebung des parteilichen Präentionsverhältnisses durch rechtliche Vergemeinschaftung der Streitenden unter der konkreten Rechtsordnung des (von dem arbitrator vorgeformten) Einigungssachverhaltes ist primär in den freien Willen der Parteien selbst gestellt. Dahinter steht freilich der Wille der Gesamtrechtsgemeinschaft, befähigt durch Diktat-eingriff unter Ersetzung des fehlenden Willensaktes der Partei den Ring bindender Einigung um die (bisher) Uneinigigen zu schließen. Aber auch die Rechtsgemeinschaft ist in ihrer Entscheidung über die Stellungnahme zum Spruche der Schlichtungsinstanz frei. Vom Dritten, der die VE. des Spruches aussprechen kann, Geltungsverleihung an diesen zu fordern, ist keine Partei berechtigt. Er handelt durchaus an Stelle des Streitteiles, der der Geltungspräention des Schiedsspruchs Anerkennung versagte: Wie diese Prozeßpartei die willentliche Unterwerfung ablehnend keiner Rechtsnorm entgegenhandelte, die die Mitwirkung bei der Einigung der Streitteile durch Bejahung der Einigungsformel, die der arbitrator formte, zur Rechtspflicht gemacht hätte, so verletzt auch der Funktionär der Rechtsgemeinschaft, der, obwohl dazu legitimiert, es unterläßt, den parteiseitig nicht angenommenen Schiedsspruch für verbindlich zu erklären, keinen Rechtssatz, der in der Person einer Partei als Anspruch auf bindende Rechtsgestaltung seitens der Rechtsgemeinschaft reflektierte.

Dies, daß die Streitlösung in jedem Falle freie Willensleistung — der Parteien selber, des Drittintervenienten — ist, gibt dem Schlichtungsverfahren sein besonderes Gepräge, das sich auch in dem präentionalen Unterbau, der aktmäßig aus bloßen „Forderungen“ im oben S. 96 festgelegten Sinne besteht, im dreiseitigen Schlichtungsverhältnis abzeichnet. Es ist in diesem Verfahren von vornherein ungewiß, und der Zweifel besteht, bis die letzte maßgebliche Instanz gesprochen hat, fort, ob eine Willenseinigung der Streitenden auf der Basis des vom arbitrator gestalteten Rechtssachverhalts überhaupt erreicht, dieser zur streitendenden Norm *inter partes* erhoben werden wird. Es ist möglich, und damit müssen die Präentenden hier von Anfang bis Ende des Schlichtungsverfahrens rechnen, daß die Verhandlungen vor der Einigungsstelle zu einem Ergebnis nicht führen, daß das Stadium partiellen Einigseins der Parteien durch eine Rückkehr zu totaler Nichteinigkeit, zum offenen Wirtschaftskampfe aufgehoben wird. Kommt es aber zur präentionsaufhebenden, bindenden Einigung der Streitteile auf den vom arbitrator entworfenen Einigungssachverhalt, so hat der verbindlich gewordene Schiedsspruch nunmehr den rechtlichen Sinn einer Entscheidung des zwischen den Parteien bestanden-habenden präentionalen Willensgegensatzes. Durch den verbindlichen

<sup>1)</sup> Auch das Urteil, welches das Bestehen einer materiellen Rechtsbeziehung der Streitteile negiert, verbindet, indem es bindet, die Parteien unter seinem Spruche, macht sie zu Rechtsgenossen eines speziellen Rechtskreises, dessen Rechtsordnung das richterliche Urteil darstellt.

Schiedsspruch wurde über das künftige Parteiverhalten in bezug auf den streitigen Sozialsachverhalt bindend entschieden, indem zwischen den kollidierenden Willensintentionen der Streitenden eine normative Mittellinie gezogen und eine Umstellung der Willenszielsetzungen der Parteien in Gemäßheit der ein geeintes Handlungsfeld festlegenden konkreten Rechtsordnung des Spruches erreicht wird. Mehr und anderes geben in formaler (geltungsmäßiger) Hinsicht auch die gerichtliche Entscheidung und der Spruch eines arbiters nicht.

## 2. Die bindende Kraft der Entscheidung des Dritten.

§ 6. Durch Unterwerfungsakte der normbetroffenen Rechtssubjekte erzeugte Rechtsgeltung: das ist das Primäre und auch das rechtlich allein Mögliche. Ein „Recht“, das auf dieser genetischen Grundlage nicht steht, entbehrt der Rechtsgültigkeit und trägt den Namen Recht fälschlicherweise<sup>1)</sup>. Wenn wir trotzdem von Normwerdung, die von den konkreten Willensakten der beteiligten Rechtssubjekte, von deren willentlicher Bejahung des Rechtssachverhaltes unabhängig ist, sprechen, Fälle „diktierter“ Rechtsgeltung feststellen, so kann das nur den Sinn haben, daß hier die Notwendigkeit parteilicher Unterwerfungsakte für die Geltungsgenese des konkreten Rechts deshalb entfällt, weil dessen Geltung auf vorausgenommene, dem noch zu formenden Rechtssachverhalte geltende Unterwerfungsakte der normbetroffenen Subjekte gestützt werden kann.

Antizipation der als Rechtsgeltungskonstituenten fungierenden, normbejahenden Willensakte der Parteien ist in verschiedener Weise möglich:

a) Zwischen den beteiligten Rechtsgenossen besteht bereits eine spezielle, vertragliche Rechtsgemeinschaft, deren Individualrechtsordnung aber noch eine Lücke aufweist. Es fehlt nämlich die Bezifferung des Wertes der vom Schuldner zu erbringenden Leistung. Statt dessen enthält aber die Vertragsrechtsordnung die Bestimmung, daß ein Dritter X das Leistungsquantum festsetzen soll (vgl. §§ 317 f. BGB.). Hier haben die Parteien dem X die Rechtsmacht zur bindenden Tatbestandsergänzung vertraglich eingeräumt. Sie haben sich dadurch dessen konstitutiver Entscheidung<sup>2)</sup> von vornherein in blanco unterworfen; infolgedessen ist die Entscheidung des X sofort rechtskräftig, ohne daß es auf die (nachträgliche) Stellungnahme der Vertragschließenden noch ankäme. (Daß der vom Dritten geformte Rechtssachverhalt unter Umständen — vgl. § 319 BGB. — der bindenden Kraft ermangelt, beruht darauf, daß der Dritte Entscheidungsgewalt nur innerhalb eines ihm von den Parteien gesetzten Rahmens hat. Überschreitet er die Grenzen dieses Rahmens bei seiner Entscheidung, so entbehrt sie im Verhältnis zu den Parteien, deren antizipierte Unterwerfungsakte nicht soweit tragen, der Geltungsgrundlage, ist also für die Parteien unverbindlich).

Diesem Sachverhalt steht nahe das (bindende) Schiedsgutachten des sachverständigen Dritten (Schiedsgutachters, Schiedsmanns) über einzelne, für das Parteiverhältnis rechtserhebliche Tatsachen (z. B. im Fall des § 64 VVG.). Auch die bindende Kraft (nicht Rechtskraft i. S. des § 1040 ZPO.) des Schiedsgutachtens beruht auf antizipierter Unterwerfung der Parteien, die sie im „Schiedsmannvertrag“<sup>3)</sup> erklärt haben. Während aber der auf Grund einer dem § 317 BGB. entsprechenden Vertragsnorm entscheidende Dritte den Tatbestand durch seine Bestimmung ergänzt, also eine Rechtsvoraussetzung erzeugt<sup>4)</sup>, ist die Funktion des Schiedsmanns (i. S. des § 64 VVG.) eine tatsachenfeststellende, rein deklaratorische. Von der schiedsrichterlichen Entscheidung weicht das Schiedsgutachten inhaltlich (in formaler Hinsicht nur, was den Intensitätsgrad der Rechtsgeltung angeht) dadurch wesentlich ab, daß es nicht ein Rechtsverhältnis autoritativ feststellt, sondern einen einzelnen rechtserheblichen Umstand<sup>5)</sup>.

1) Vgl. oben S. 72 f.

2) Es handelt sich (wenn das Gericht gemäß § 319 BGB. die Bestimmung trifft) um ein „festsetzendes“ Urteil im Sinne KISCHS; vgl. oben S. 130.

3) Vgl. W. KISCH, Der Schiedsmann im Versicherungsrecht 1924, S. 3. 108.

4) Vgl. auch K. HELLMIG, System des ZPR. Bd. II, S. 105.

5) Vgl. KISCH, a. a. O., S. 6/7.

b) Der Sachverhalt ist im Wesen kein anderer, wenn Schiedsentscheidung erfolgen soll, obwohl eine konkrete Rechtsbeziehung der Parteien, die sie vertraglich vergemeinschaftet, noch nicht besteht. Dann ist es Aufgabe des — zum Schiedsrichter bestellten — Dritten, die in vollem Umfang, nicht bloß hinsichtlich eines Teiltatbestandsstückes des Einigungssachverhalts gegebene Willensgegensätzlichkeit der Parteien durch seinen Spruch aufzuheben. Auch hier leitet der Dritte die Kraft zur Erzeugung die Streitteile bindenden Rechtes aus deren Willen ab. Er wirkt als von den Parteien gerufener Interveniens. Die seine Rechtsstellung fundierende Norm ist der parteiliche Schiedsvertrag. Diesen schließend unterwerfen sich die Parteien der künftigen Normprägung des personal unter Umständen noch näher zu bestimmenden Dritten, der seinerseits die ihm offerierte Schiedsrichterstellung annehmend die Entscheidungsgewalt erlangt.

Es kann sein, daß eine überparteiliche schiedsrichterliche Instanz von vornherein gegeben ist und den streitenden Rechtsgenossen dieses größeren sozialen Verbandes, wenn es zum Rechtsstreit zwischen ihnen kommt, zur Verfügung steht. Diese Instanz anrufend (bzw. indem ein Teil der Anrufung des anderen Teiles folgt) unterwerfen sich die Streitenden der künftigen Entscheidung des Dritten, den sie in ihr, ihm gegenüber geöffnetes Präentionsverhältnis einbezogen haben.

Die Schließung eines besonderen Schiedsvertrages zwischen den Streitteilen erscheint in diesem Falle nicht erforderlich. Es muß genügen, wenn beide Parteien dem Schiedsrichter gegenüber zum Ausdruck bringen, daß sie ihren Streit von ihm entschieden wissen wollen. Dessen Spruch wird dadurch, daß die Parteien vor sein Forum treten und ihre Präentionen vorbringen, geltungsmäßig fundiert, da dies Verhalten der Streitenden eindeutig ergibt, daß sie die Normprägung des Dritten gegen sich gelten lassen wollen. Es geschieht hier von seiten der Parteien antizipando genau das gleiche, was im Falle der nachträglichen Annahme der *sententia* eines arbitrator durch die Streitteile des Schlichtungsverfahrens erfolgt: Schaffung der Seinsform des vom Dritten geformten bzw. erst noch zu formenden konkreten Rechtes durch den normbejahenden Willen der Parteien.

Eine so geartete Antizipierung der parteilichen Unterwerfungsakte entspricht einem späteren Entwicklungsstadium des Rechts. Am Anfang steht die Fundierung der Entscheidungsgewalt des Dritten auf die Norm eines das Rechtsstreitverhältnis konstituierenden Vertrages der Streitteile. Die den Übertritt der Parteien in das Stadium partieller Nichteinigkeit bewirkende Willenseinigung derselben ist zugleich alleinige und unmittelbare Rechtsquelle der Entscheidungsgewalt des Dritten.

So liegt es z. B. im altrömischen Zivilprozeß, dessen Fundament die *litiscontestatio* der Parteien darstellt, die das Rechtsstreitverhältnis unter Mitwirkung des Dritten — der durch den *praetor* repräsentierten Rechtsgemeinschaft — als dreiseitiges vertraglich begründet<sup>1)</sup>. Den Vertrag der Streitbefestigung „*in iure*“ abschließend unterwerfen sich die Parteien der *sententia* des vom Prätor ernannten *iudex*. *Uno acto* findet hier die Konstituierung des parteilichen Präentionsverhältnisses und die Einräumung der Entscheidungsgewalt an einen zunächst nicht beteiligten, mit der richterlichen Funktion der Entscheidung betrauten unparteiischen Dritten — den *iudex* — statt.

Weniger (und anderes) gibt das Haager Abkommen zur friedlichen Erledigung internationaler Streitfälle vom 18. 10. 1907 im Art. 37, Abs. 2. Es heißt dort:

„Die Anrufung der Schiedssprechung schließt die Verpflichtung in sich, nach Treu und Glauben sich dem Schiedsspruche zu unterwerfen.“

Die Anrufung des internationalen Schiedsgerichtes seitens beider Teile beruht notwendig auf deren Einigung dahin, daß diese Instanz über ihren Streitfall entscheiden soll. Zwischen den Parteien ist ein Präentionsverhältnis mit dem Ziele schiedsrichterlicher Streitleösung konstituiert worden, bevor es zum Eintritt des als Schiedsrichter ausersehenen Dritten in das Streitverhältnis kam. Es hätte nun nahe

<sup>1)</sup> Vgl. oben S. 104.

gelegen, die parteiliche Anrufung des Schiedsgerichts als Erklärung der Unterwerfung unter den von dieser Instanz zu fällenden Spruch zu werten. So weit geht aber die angezogene Bestimmung des Haager Abkommens nicht. Die Parteien räumen dem Gericht, das sie anrufen, zwar Entscheidungsgewalt ein, aber doch nicht die volle Rechtsmacht eines arbiters. Sie sind seinem Spruche nicht ohne weiteres unterworfen. Eine Antizipation der Unterwerfungsakte hat in Wahrheit nicht stattgefunden. Die Parteien haben sich, dem Dritten ihren Streitfall zur Entscheidung vorlegend, lediglich verpflichtet, dem ergangenen Schiedsspruch durch Unterwerfungserklärungen Rechtsgeltung zu verleihen. Wie, wenn sich eine Partei weigert, diese ihre Verpflichtung zu erfüllen? Ein Mittel, den Anspruch des Gegners auf Unterwerfung der betreffenden Partei unter den Schiedsspruch zu realisieren, ist nicht gegeben. Die Nichtanerkennung des gefällten Spruches bedeutet eine Rechtsverletzung. Da der als Geltungskonstituente unerlässliche Unterwerfungsakt aber, wenn seine Vollziehung unterbleibt, auch nicht ersetzt werden kann — über den Parteien steht kein Dritter, der zum Ersatzakt nach Art einer Verbindlichkeitserklärung im arbeitsrechtlichen Schlichtungsverfahren legitimiert wäre —, so bewirkt das normwidrige Verhalten der die Unterwerfung unter den Schiedsspruch weigernden Partei, daß dieser unverbindlich für beide Teile bleibt. Die Geltungskraft des Spruches des internationalen Schiedshofes ist hiernach durchaus problematisch. Sie ist von der Stellungnahme der Parteien nach Erlaß des Schiedsspruchs abhängig. Trotzdem ist diese schiedsrichterliche Entscheidung mehr als die *sententia* eines arbitrator. Dessen Spruch hat nur den Wert möglicher Rechtsgeltung; er kann Normgeltung inter partes erlangen, braucht es aber von Rechts wegen nicht. Jene Entscheidung aber (gemäß Art. 37 I. c.) soll zur Rechtsgültigkeit erstarken. Wenn der Spruch des arbitrator Geltung prätendiert, so handelt es sich dabei um eine rechtlich nicht fundierte „Forderung“ der Geltungsverleihung. Im anderen Falle besteht dagegen ein Rechtsanspruch jeder Partei gegen die andere auf willentliche Mitwirkung bei der Normzeugung; sie verlangt, diesen Anspruch geltend machend, Erfüllung einer Rechtsverbindlichkeit. Man wird bei dieser Sachlage dem Schiedsspruch den höheren Wert einer „unvollendeten“ Rechtsgeltung zusprechen müssen. Ob die letzte Stufe der Normwerdung: die volle Rechtsgültigkeit des Spruches erreicht wird, hängt vom Verhalten der Parteien nach seinem Erlasse ab. Ein bestimmtes, die Geltungsgenese im positiven Sinne abschließendes Parteiverhalten ist zwar vorgeschrieben. Aber die Rechtsnorm, die das bestimmt, ist selbst unvollkommen, sie widersteht zwar dem Normangriffe der ihr zuwiderhandelnden Partei, kann aber die normative Konsequenz ihres legalen Willens dieser gegenüber nicht durchsetzen.

Im Falle des Art. 37 II I. c. bedarf es eines, der Spruchfällung seitens des als schiedsrichterliche Instanz durch das Abkommen selber vorgesehenen Dritten vorausgehenden separaten Schiedsvertrages nicht. Es genügt die parteiliche Konstituierung des Rechtsstreitverhältnisses unter Hinzufügung der Willensbestimmung, den Fall durch diesen Dritten entscheiden zu lassen. Der Mangel eines formulierten Schiedsvertrages, der eine die antizipierte Unterwerfung der Streitteile unter den künftigen Spruch des Dritten, dem die Entscheidungsgewalt hiermit übertragen wird, aussprechende Norm enthält, bewirkt hier jedoch eine bemerkenswerte Schwäche des Schiedsspruches selber. Diese Schwäche beruht letzten Endes auf der Unvollkommenheit der im Haager Abkommen statuierten Rechtsordnung, die das schiedsgerichtliche Verfahren bei Rechtsstreitigkeiten zwar empfiehlt (vgl. Art. 38), aber nicht obligatorisch macht. Wäre das letztere der Fall, so wären die Streitteile zufolge der generellen Norm des den Schiedszwang enthaltenden Abkommens (es enthält, wie erwähnt, diesen Zwang nicht) dem Spruche des Schiedshofes ohne weiteres unterworfen und es bedürfte einer der Spruchfällung nachfolgenden Anerkennung seitens der Parteien nicht mehr. Dahin kam man aber auch

auf der 2. Haager Konferenz nicht. Man blieb, wie der Art. 37 II zeigt, auf halbem Wege stehen. Der Wille der Streitteile ist durch das Abkommen nur insoweit gebunden, als für sie, wenn sie die Schiedssprechung anrufen, die Verpflichtung besteht, sich dem ergehenden Schiedsspruche zu unterwerfen. Die Möglichkeit, den Schiedshof zum bloßen arbitrator zu degradieren, ist ihnen damit genommen. Aber praktisch ist es den Parteien durchaus in die Hand gegeben, den Schiedsspruch zu sabotieren; sie können seine Geltung, indem sie den Vollzug des geforderten Unterwerfungsaktes weigern, entwerten.

Beruhet die Entscheidungsgewalt des Dritten nicht auf einem individuellen Schiedsvertrage, der sich auf diesen konkreten Streitfall bezieht — so die altrömische *Litiscontestatio* —, sondern auf einem generellen Schiedsabkommen, das die schiedsrichterliche Entscheidung aller künftigen Rechtsstreitigkeiten einer näher bestimmten Art zwischen den Kontrahenten dieses Abkommens statuiert, so hat der Spruch des fraglichen Dritten Rechtsgültigkeit für die Streitteile, ohne daß es auf deren Stellungnahme zur Geltungsfrage vor oder nach Erlaß des Schiedsspruches noch ankäme. Man<sup>1)</sup> spricht hier im Völkerrecht von „institutionellem“ im Gegensatz zu „isoliertem“ Schiedsgericht. Im ersteren Falle hat die Antizipation der den Schiedsspruch tragenden Unterwerfungsakte der Parteien einen generellen Charakter angenommen. Die Unterwerfung gilt nicht nur für einen konkreten Fall oder eine Anzahl individueller Streitsachverhalte, sondern allgemein für mögliche Rechtsstreitigkeiten zwischen den Parteien. Der die Unterwerfung der Parteien unter die Schiedsgerichtsbarkeit enthaltende Satz der vertraglichen Rechtsordnung hat also die rechtliche Struktur einer abstrakten Rechtsnorm.

Mit Sir EDWARD FRY<sup>2)</sup> kann man den Gegensatz von generell antizipierter und konkreter Unterwerfung unter das Schiedsgericht folgendermaßen beschreiben: „L'Arbitrage sous toutes ses formes puise son origine dans le libre consentement des Puissances en litige: et la seule différence entre l'Arbitrage dit obligatoire et l'arbitrage facultatif, reside précisément en ce que, dans le premier cas, le consentement est donné a l'avance, tandisque dans le dernier cas, le consentement est postérieur a l'existence du différend . . .“

Die Loslösung der Entscheidungsgewalt des Schiedsrichters von dem Fundamente eines individuellen, der Erledigung dieses Parteistreites geltenden Schiedsvertrages, bewirkt als weitere rechtliche Folge die Möglichkeit einseitiger Konstituierung des Rechtsstreitverhältnisses durch Anrufung des Schiedsgerichtes seitens einer Partei. Die Unterwerfung unter den künftigen Spruch des Dritten in einer künftigen Rechtsstreitigkeit enthält als Minus den Willen, den dem Schiedsgerichtsabkommen unterfallenden Streitfall von vornherein (sobald er Tatsache geworden ist) als Gegenstand eines schiedsgerichtlichen Streitverhältnisses anzusehen. Die Anrufung des Schiedsgerichts durch eine Partei muß hier zur Konstituierung des Rechtsstreites genügen, denn jede Partei hat sich generell damit einverstanden erklärt, daß diese Streitigkeit vor dem Forum dieses Schiedsgerichts verhandelt wird. Die Vereinbarung eines institutionellen Schiedsgerichts zieht mithin als notwendige Konsequenz den gerichtlichen Einlassungszwang nach sich. Die Parteien sind der Gerichtsbarkeit des vereinbarten Schiedsgerichts unterworfen, keine von ihnen kann den Eintritt in das Rechtsstreitverhältnis weigern. (Wie prozessual vorgegangen wird, wenn eine Partei säumig ist, steht hier nicht zur Erörterung). Das ist das entscheidende Charakteristikum einer obligatorischen Schiedsgerichtsbarkeit, daß der Weg schiedsgerichtlicher Streiterledigung den Streitteilen offensteht, ohne daß für eine Partei die Möglichkeit besteht, das Beschreiten dieses Weges durch Weigerung, bei der Streiteröffnung mitzuwirken, noch zu

<sup>1)</sup> LAMMASCH, Die Lehre von der Schiedsgerichtsbarkeit 1914 (HB. des Völkerrechts, herausg. v. STIER-SOMLO III 3), S. 55; dazu GÉZA v. MAGYARY, Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit im Völkerbunde 1922, S. 42, Anm. 2. Auch HATSCHKE, Völkerrecht 1923 § 24 I bedient sich dieser Unterscheidung.

<sup>2)</sup> Zitiert nach LAMMASCH a. a. O., S. 56.

verhindern. Der Schiedsgerichtsweg wurde generell eröffnet durch das Schiedsgerichtsabkommen der Parteien; ein „Eröffnungsakt“ im konkreten Streitfalle erübrigt sich deshalb.

Das eben Gesagte ergibt die Konsequenz, daß auf Grund der Völkerbundssatzung des VV von einer obligatorischen Schiedsgerichtsbarkeit nicht gesprochen werden kann. Die hier getroffene Regelung ist eigenartig:

Es ist zunächst zu unterscheiden je nachdem, ob die Streitteile Mitglieder des Völkerbundes sind oder es nicht sind (bzw. eine der Parteien dem Völkerbund nicht angehört).

1. Beide Parteien sind Membres de la Société.

Dann gilt Art. 12, Abs. 1: „Tous les Membres de la Société conviennent que, s'il s'élève entre eux un différend susceptible d'entraîner une rupture, ils le soumettront soit à la procédure de l'arbitrage [ou à un règlement judiciaire], soit à l'examen du Conseil . . .“<sup>1)</sup>

Die Parteien sind danach vertraglich — durch die Völkerbundssatzung — verpflichtet, im Streitfalle entweder den Schiedsgerichtsweg (bezw. Rechtsweg) einzuschlagen oder in ein Schlichtungsverfahren einzutreten. Aus der Tatsache dieser alternativen Verpflichtung der Streitteile folgt schon, daß die Schiedsgerichtsbarkeit keine obligatorische ist. Die in dem VV vorgesehene Schiedsgerichtsbarkeit ist keine institutionelle im strengen Sinne, da sie nur fakultativen Charakter hat. Die Parteien sind nicht schon auf Grund ihrer Mitgliedschaft gezwungen, ihre Streitigkeiten vor das Forum der (gemäß Art. 14 und dem Organisationsstatut der Völkerbundversammlung vom 13. 12. 1920 eingerichteten) „Cour Permanente de Justice internationale“<sup>2)</sup> oder eines sonstigen vereinbarten Gerichts (vgl. Art. 13 III in der Fassung v. 4. 10. 1921) zu bringen. Es bedarf vielmehr eines besonderen Schiedsvertrages der Parteien im konkreten Streitfalle, um dessen schiedsgerichtliche Erledigung herbeizuführen, indem sich die Streitteile der Rechtsprechung des Schiedshofes (jetzt erst) unterwerfen. Vgl. Art. 13, Abs. 1:

„Les Membres de la Société conviennent que s'il s'élève entre eux un différend susceptible, à leur avis, d'une solution arbitrale. . ., la question sera soumise intégralement à un règlement arbitral [ou judiciaire].“

Es ist also Sache der Parteien, darüber zu entscheiden, ob sich der Streitfall zur schiedsrichterlichen Erledigung eignet. Fällt diese Entscheidung im bejahenden Sinne aus, so kommt damit der parteiliche Unterwerfungsvertrag zustande, der den Weg zur schiedsgerichtlichen Entscheidung eröffnet. Sind dagegen die Streitteile anderer oder verschiedener Ansicht in diesem Punkte, so bleibt ihrem Streitfall das Forum der Cour Permanente in HAAG verschlossen.

Das muß auch dann gelten, wenn es sich um eine der im Art. 13 II VV näher bezeichneten Streitfragen handelt, obgleich bezüglich dieser erklärt wird, daß sie „sont généralement susceptibles d'une solution arbitrale [ou judiciaire]“ (der englische Text sagt: „Disputes to . . . are declared to be among those which are generally suitable for submission to arbitration“). Denn nach der maßgeblichen Auffassung des Völkerbundes<sup>3)</sup> bindet diese Erklärung des Art. 13 II die Parteien nicht; es bleibt ihnen vielmehr überlassen, ob sie der Empfehlung der Völkerbundssatzung, die bezeichneten Fälle als arbitrable zu behandeln, folgen wollen oder nicht. Wie sonst, ist es auch hier in den freien Willen der Streitteile gestellt, ob es zur Konstituierung des schiedsgerichtlichen Streitverhältnisses kommt.

Haben die Parteien sich nicht geeinigt, ihre Sache einer schiedsgerichtlichen Entscheidung zu unterwerfen (oder einer Vermittlungskommission — commission de conciliation — zu überweisen<sup>4)</sup>), so greift das Schlichtungsverfahren gemäß Art. 15 des VV ein. Dieser sekundären Verpflichtung zur nicht-kriegerischen Behandlung des Streitfalles kann sich eine Partei gegen den Willen der andern nicht mehr entziehen. Das Schlichtungsverhältnis zwischen den Streitteilen und dem Rat des Völkerbundes kann durch einseitigen Akt eines Teiles konstituiert werden, falls eine dies Präentionsverhältnis fundierende Willenseinigung der Parteien nicht erfolgt. Das ergibt Art. 15, Abs. 1 des VV:

S'il s'élève entre les Membres de la Société un différend . . . et si ce différend n'est pas soumis à l'arbitrage . . . prévu à l'article 13, les Membres . . . conviennent de la porter devant le Conseil. A cet effet, il suffit que l'un d'eux avise de ce différend le Secrétaire général, qui prend toutes dispositions en vue d'une enquête et d'un examen complet.“

Es genügt danach die einseitige Benachrichtigung einer Partei — „Any party to the dispute“ sagt genauer als der französische der englische Text des Art. 15 Abs. 1, Satz 2 —, um das Eingreifen des Conseil als mediator zu veranlassen. Durch die abstrakte Norm des Art. 15, der die Streitteile als Völkerbundmitglieder unterworfen sind, wird im konkreten Streitfalle der zur

<sup>1)</sup> Die in eckige Klammern gesetzten Worte beruhen auf der von der zweiten Bundesversammlung am 4. 10. 1921 beschlossenen Satzungsänderung.

<sup>2)</sup> Das Statut ist abgedruckt bei SCHÜCKING-WEHBERG, Satzung des Völkerbundes. 2. Aufl., 1924, S. 536ff., dazu auch MAGYARY a. a. O., S. 102f. und HATSCHKE, Völkerrecht, S. 277f.

<sup>3)</sup> Dazu MAGYARY a. a. O., S. 51ff. und SCHÜCKING-WEHBERG a. a. O., S. 524.

<sup>4)</sup> Über diese letztere Möglichkeit vgl. SCHÜCKING-WEHBERG, S. 583ff., 511.

Konstituierung des Schlichtungsverhältnisses an sich erforderliche Willensakt der einen, passiv bleibenden Partei ersetzt. Es kommt zum Güteverfahren ohne Beitrittsakt des einen Teiles, indem der andere das Verfahren durch Anrufung der Schiedsstelle gemäß Art. 15 I in Gang bringt. Wir haben es hier mit einem der oben S. 110 ff. behandelten Fälle zu tun, wo das Stadium partiellen Einigseins der Parteien im Wege abstrakt-normativen Zusammenschlusses der Streitparteien zu einem Schlichtungsverhältnis erreicht wird<sup>1)</sup>.

2. Keine oder nur eine Partei ist Mitglied des Völkerbundes. Dann findet Art. 17 der Völkerbundssatzung Anwendung: Die Staaten, die Nichtmitglieder des Völkerbundes sind, „sont invités à se soumettre aux obligations qui s'imposent à ses Membres aux fins de règlement du différend, aux conditions estimées justes par le Conseil.“

Um den Artikeln 12r. des VV Geltung auch gegenüber Dritten, nicht dem Rechtskreise des Völkerbundes angehörenden Rechtssubjekten zu erwirken, bedarf es deren willentlicher Anerkennung der fraglichen Rechtsnormen. Die im Art. 17 I erwähnte Aufforderung (invitation) des Rates<sup>2)</sup> stellt sich rechtlich als eine Offerte zum Eintritt in eine spezielle, von der Rechtsordnung der Art. 12—16 des VV (mit den vom Conseil bestimmten Abänderungen) beherrschte Rechtsgemeinschaft zwischen Völkerbund und Nichtmitglied dar.

Nimmt das Nichtmitglied diese Offerte an, so steht es, was seine Rechte und Pflichten hinsichtlich der weiteren Behandlung des Streites angeht, kraft der speziellen durch seine Annahme perfizierten Vertragsnorm einem Völkerbundsmitgliede grundsätzlich gleich (vgl. Art. 17 Abs. 1, Satz 2).

Lehnt das Nichtmitglied — eventuell beide Parteien, die dem Völkerbunde nicht angehören — die seitens des Völkerbundsrates provozierte Unterwerfung unter die einschlägigen Normen der Völkerbundssatzung ab, so sind diese für das ablehnende Rechtssubjekt schlechthin unverbindlich. Bestimmungen, die der Versailler Vertrag für diesen Fall trifft (Art. 17 Abs. 3 und 4), haben im Verhältnis zum außenstehenden Dritten, dem Streitteil, der Nichtmitglied ist, keine normative Wirkung. Dieses Rechtssubjekt kann jede Intervention des Völkerbundsrates in seiner Streitsache ablehnen (wie das Sowjetrußland im Sommer 1923 im Streit mit Finnland getan hat) und braucht auf eine Anrufung der Cour Permanente seitens des Gegners nicht zu reagieren (es sei denn, die Parteien wären durch ein besonderes Schiedsabkommen miteinander verbunden). Eine Ausnahme gilt hier freilich für das Deutsche Reich, das, obwohl nicht Membre de la Société, doch den Rechtsnormen der Völkerbundssatzung, insoweit sie sich normative Wirkung gegenüber Nichtmitgliedern zuschreiben, als Kontrahent des Versailler Vertrags (dessen I. Teil die Völkerbundssatzung bildet) unterworfen ist.

Die den Bestimmungen der Art. 12f. des Versailler Vertrages, was die inhaltliche Gestaltung angeht, nahestehende Regelung des deutsch-schweizerischen Schiedsgerichts- und Vergleichsvertrags vom 3. 12. 1921 bedeutet einen prinzipiellen Fortschritt gegenüber jenem. Der entscheidende Schritt zum obligatorischen Schiedsgerichtsverfahren ist hier getan.<sup>3)</sup>

Der bezeichnete Vertrag kennt auch ein Nebeneinander zweier Verfahren: „Schiedsgerichtsverfahren“ und „Vergleichsverfahren“ (Art. 1). Aber Zuständigkeit von „Schiedsgericht“ und „Vergleichsrat“ sind normativ gegeneinander abgegrenzt: Art. 2—4 und Art. 13. Unterfällt der Streitfall danach — grundlegend ist der Art. 2, der inhaltlich dem Art. 13 II des Versailler Vertrags entspricht — dem Schiedsgerichtsverfahren, so besteht für den Gegner der das Schiedsgericht anrufenden Partei Einlassungszwang. Einwendungen gegen die Zuständigkeit dieses Forum müssen von der betreffenden Partei im Schiedsgerichtsverfahren selber als (prozeßhindernde) Einreden gegen die Zulässigkeit des Schiedsgerichtsweges vorgebracht werden (Art. 2, Abs. 2; Art. 4, Abs. 1 und 2); unter Umständen findet dann Verweisung des Streites in das Vergleichsverfahren seitens des Schiedsgerichts statt (Art. 4 III).

Eine Zuständigkeitsverschiebung ist seitens der Parteien in der Weise zulässig, daß sie übereinkommen, ihren Streit im Wege des Vergleichsverfahrens auszutragen, obwohl das Schiedsgericht zur Entscheidung zuständig wäre. Davon abgesehen kann sich eine Partei dem schiedsrichterlichen Verfahren, falls dieses der vertraglich für den Streitfall richtige Entscheidungsweg ist, nicht entziehen. Der deutsch-schweizerische Vertrag statuiert ein institutionelles Schiedsgericht im strengen Sinne. Die Vertragsschließenden haben sich mit Ratifizierung dieses Vertrages der Schiedsgerichtsbarkeit in Gemäßheit der vertraglichen Normen bindend unterworfen.

<sup>1)</sup> Der Eintritt in das Schlichtungsverhältnis legt den Parteien eine befristete Friedenspflicht auf (Art. 12 I VV und dazu SCHÜCKING-WEHBERG, S. 507 ff.). Vgl. auch Deutsch-schweizerischer Schiedsgerichts- und Vergleichsvertrag (Gesetz vom 28. 2. 1922, RGBl. I, S. 217) Art. 18 Abs. 2, der jede gewaltsame Selbsthilfe der Parteien während des Vergleichsverfahrens ausschließt.

<sup>2)</sup> SCHÜCKING-WEHBERG S. 641.

<sup>3)</sup> Die obligatorische Schiedsgerichtsbarkeit hat bekanntlich seit 1924 (London und Genf) eine ungeahnte Ausdehnung teils bereits erfahren, teils soll dies noch Wirklichkeit werden. Darüber ist hier nicht zu handeln. Summarische Übersicht der Entwicklung bei LODER, DJZ. 1924, S. 921 ff.

Der zur Konstituierung des dreiseitigen Schiedsgerichtsverhältnisses erforderliche Willensakt des Gegners der das Schiedsgericht anrufenden Partei ist durch die antizipierte Unterwerfung unter den generellen Schiedsvertrag ersetzt. Der Rechtsstreit kann infolgedessen durch einseitige Präentionserhebung vor dem Schiedsgericht begründet werden.

c) Beim institutionellen Schiedsgericht ist die Linie vom bindenden Spruche zu seinem aktmäßigen Geltungsgrund noch deutlich sichtbar. Es sind die Streitparteien selber, die durch vorausgenommene, generelle Unterwerfungsakte die Entscheidungsgewalt des Dritten — des vertraglich vereinbarten Schiedsgerichts — konstituieren. Ihr eigener Wille tritt ihnen in dem vom Schiedsgerichte urteilsmäßig geformten Rechtssachverhalte entgegen. Der Vorgang der Geltungsgenese ist auch beim Tätigwerden eines institutionellen Schiedsgerichtes aktmäßig unmittelbar einsichtig. Das Besondere gegenüber der Normwerdung durch gewöhnlichen Parteivertrag besteht nur darin, daß einmal ein überparteilicher Dritter als Rechtsformer beteiligt ist und ferner, daß die normale Folge der beim Rechtsaufbau zu erbringenden Leistungen eine Umkehrung erfahren hat: Die Unterwerfungsakte der Parteien sind der rechtsinhaltlichen Gestaltung des Einigungssachverhaltes vorausgenommen und in genereller (abstrakter) Formung ausgeprägt. Durch die weitgehende Antizipation haben die Unterwerfungsakte der Streitparteien einen hypothetischen Charakter angenommen; sie enthalten die unbedingte Anerkennung eines noch nicht historisch seienden Wenn-Rechtssachverhaltes. Diese Abwandlung der parteilichen Unterwerfungsakte berührt ihr Wesen als Geltungskonstituenten jedoch nicht. In seiner formalen Totalität ist der Vorgang der Geltungsgenese in den Fällen abstrakter Antizipation der Aktkonstituenten der konkreten Rechtsgeltung einer Normwerdung durch schlichten Vertragsschluß der normbetroffenen Rechtssubjekte wesensgleich.

Eine so unmittelbare Ableitung der Entscheidungsgewalt des Dritten und der Rechtskraft des von diesem gefällten Urteils ist im staatlichen Streitverfahren nicht möglich. Nicht die Streitparteien haben den Dritten zum Richter bestellt. Er leitet seine Rechtsmacht zur bindenden Streitlösung aus in concreto vollzogenen und aufweisbaren Willensakten der Parteien offenbar nicht ab, führt vielmehr seine Entscheidungsgewalt auf den Willen der Gesamtrechtsgemeinschaft, die ihn delegierte, zurück. Die Parteien können zwar, soweit der Streitgegenstand ihrer Disposition unterliegt, dem Richterspruche durch vergleichsweise Erledigung des Streites zuvorzukommen oder durch anderweitige Aufgabe der Präentionsstellungen dem gerichtlichen Verfahren den Boden entziehen, kommt es aber zur rechtskräftigen Entscheidung, so hat diese bindende Kraft gegenüber den Streitenden ohne Rücksicht auf deren den Spruch billigende oder mißbilligende Stellungnahme.

Der geltungsgenetische Gegensatz zwischen dem Spruche eines institutionellen Schiedsgerichts und dem richterlichen Urteil im modernen Zivilprozeß ist unverkennbar. Man kann ihn mit LAMMASCH<sup>1)</sup> in die Worte kleiden:

„Auch die Autorität des institutionellen Schiedsgerichts beruht auf dem Willen der Streitparteien selbst und nicht, wie die Autorität der staatlichen Gerichte, auf einem den Parteien übergeordneten Willen.“

Nur muß man sich darüber klar sein, daß auch im zweiten Falle der Richterspruch auf keinem den Streitparteien fremden Willen beruht, die Willensüberordnung vielmehr eigene Leistung der Parteien ist. Unmittelbare Quelle der Urteilsgeltung ist freilich das Gesetz der staatlichen Rechtsgemeinschaft, die abstrakte Norm ihrer Rechtsordnung, die solche Rechtswirkung der vom staatlichen Funktionär — dem Gericht — gefällten Entscheidung statuiert. Aber die Rechtsgeltung dieser abstrakten Rechtsnorm beruht wiederum auf der rechtsgemeinschaftlichen Grundrechtsordnung, der Verfassung, und diese leitet ihre Verbindlichkeit aus der willentlichen Bejahung aller Rechtssubjekte ab, die dem von ihr

<sup>1)</sup> A. a. O. S. 56.



beherrschten Rechtskreise angehören<sup>1</sup>). Bestreiten der Rechtskraft des richterlichen Urteils, das staatliche Rechtssätze bindend konkretisiert, seitens einer Prozeßpartei ist Auflehnung gegen das Gesetz. Solche Auflehnung bedeutet, wenn man bis auf den letzten aktmäßigen Grund der Gesetzesgeltung — die von den Rechtssubjekten I. Ordnung zu vollziehenden Stiftungsakte der staatlichen Verfassung — zurückgeht und so weit muß man zurückgehen, um das wahre Geltungsfundament allen Staatsrechts zu erreichen, ein *venire contra factum proprium* der den Normangriff unternehmenden Partei selber. Das gemeinte „factum“ ist der wie immer verlaubliche, aber notwendig vollzogene Akt der Normunterwerfung dieses Rechtssubjektes unter die Grundrechtsordnung des Rechtsverbandes, der den Dritten als entscheidungsgewaltigen Richter delegierte und dem die sich auflehrende Partei eben auf Grund ihrer Unterwerfung unter die Verfassung als Rechtsgenosse angehört.

Diese absolute Unterworfenheit der Rechtsgenossen unter Normen der Gesamtrechtsgemeinschaft, die verfassungsgemäß geformt entweder als abstrakte Regelungen sozialen Verhaltens im ganzen Rechtskreise gleichmäßig Geltung beanspruchen oder auf einen individuellen Lebensstatbestand abstraktes Recht anwendend nur die an diesem Stück Sozialwirklichkeit beteiligten und bei der Genese des konkreten Rechts zugezogenen Rechtssubjekte (norminhaltlich) binden, setzt eine auf dem festen Grunde weitgehender und unbedingter Unterwerfungsakte der Individuen errichtete, zum Staat erstarkte Universalrechtsgemeinschaft voraus. Uns geht hier der zweite Fall der Setzung konkreten Rechts durch den Gemeinschaftsfunktionär nach voraufgegangenem gerichtlichen Streitverfahren an. Gerade da handelt es sich um einen sehr fühlbaren Eingriff der auf Anrufung (regelmäßig nur einer Partei) intervenierenden Gesamtrechtsgemeinschaft in die Rechtsbeziehungen einzelner Rechtsgenossen. Das vor das Forum eines staatlichen Gerichts gezogene Rechtssubjekt muß sich nicht nur Zwängung in das dreiseitige Rechtsstreitverhältnis unter Herausstoßung aus der Ruhestellung eines rechtlichen „Habens“ und evtl. Aufbruch der vorprozessualen Ich-Du-Beziehung zur anderen Partei, die den präintentionalen Angriff vor Gericht unternimmt, gefallen lassen, sondern darüber hinaus auch noch die Bindung an die Individualnorm des — vielleicht unrichtigen — Urteils hinnehmen, das die Parteien unter seiner diktierten Norm „einigt“.

Solch' souveräne Normprägung durch den richterlichen Funktionär des Staates ist uns heute selbstverständlicher Rechtsgehalt der Leistung des entscheidenden Prozeßgerichts. Wir empfinden kaum mehr — deutlicher mag nur das Gefühl dessen in diesem Punkte sein, der gerade einen Prozeß (wie er meint, zufolge eklatanten Fehlspruches) verloren hat —, daß die Geltungsgenese hier durchaus normalwidrig ist, nehmen das Institut der Urteilsrechtskraft als Gesetzeswirkung hin, ohne uns für die eigentliche Geltungsquelle, zu der ein weiter Weg führt und die doch ihren Ursprungsboden gerade im Willen der Parteien selber hat (haben muß — denn es ist, wie immer, so auch hier rechtlich unmöglich, daß ein Rechtssubjekt etwas gegen sich gelten lassen muß, was es nicht selbst gewollt hat), weiter zu interessieren. Bindende Rechtskonkretisierung erscheint im modernen Rechte geradezu als *naturale des officium iudicis*. Diesem Gedanken verleiht Ausdruck MENDELSON BARTHOLDY, indem er erklärt<sup>2</sup>):

„Es hat denn auch nie eine Prozeßordnung gegeben, die den prozeßbeendigenden Entscheidungen die Rechtskraftwirkung aberkannte; und wenn man oft gedankenlos sagt, der Gesetzgeber könnte alles, so haben wir hier ein Beispiel für etwas, was er nicht kann: einen Prozeß einrichten ohne Rechtskraft der Endentscheidung.“

Aber dieser Satz ist nicht haltbar. Es ist nicht zutreffend, daß, wie MENDELSON BARTHOLDY a. a. O. bemerkt, zeitliche und räumliche Rechtsvergleichung

<sup>1</sup>) Vgl. oben S. 73.

<sup>2</sup>) Festschrift für F. KLEIN, 1914, S. 154/55.

das gleiche ergeben haben: „die prozeßbeendigende Entscheidung hat in sich selbst die natürliche Eigenschaft, die man als materielle Rechtskraft, *res iudicata*, chose jugée bezeichnet . . .“<sup>1)</sup> Die Intervention der Gesamtrechtsgemeinschaft hat anfangs (historisch) durchaus nicht das Ziel binden der Rechtsstreiterledigung durch rechtskräftigen Richterspruch gehabt und nicht haben können. Der vom Rechtsverbande delegierte Dritte hat sich mit der Funktion eines arbitrator (das Wort in dem oben S. 113 festgelegten, weiten Sinne verstanden) begnügen müssen, nachdem er sich vorher noch als mediator versucht hatte; soweit reichte die Rechtsautorität der größeren Gemeinschaft nicht von vornherein und überall, auch widerwillige Parteien unter die Norm ihres Spruches zu zwingen. Auf der gedachten Stufe der Rechtsentwicklung hing es vom konkreten Parteiwillen ab, ob die richterliche Entscheidung den Geltungswert einer *lex inter partes* erlangte. Auf dem Gebiete abstrakter Rechtssetzung mag der Gesetzgeber schon recht weit gekommen sein, eines kann er aber gerade noch nicht: einen Prozeß einrichten mit Rechtskraft der Entscheidung. Vielmehr: den Parteien bleibt es überlassen, durch Unterwerfungsakte — sei es durch, dem Spruche, der dadurch den Sinn der *sententia* eines arbiter (*iudex*) erlangt, vorausgehende Erklärungen der Streitteile, die durch Schließung eines Schiedsvertrages den Rechtsstreit unter Übertragung der Entscheidungsgewalt an den Dritten eigenwillig fundieren, sei es durch der Spruchfällung nachfolgende parteiliche Präentionsverzichte (in der Art der *συγχώρησις* des demotischen, „*duppu lâ ragânim*“ des altbabylonischen, „*securitas*“ des fränkischen Rechts urkundlich verlaublich<sup>2)</sup>) — den gerichtlich geformten Rechtssachverhalt zur rechtskräftigen, die Streitteile rechtlich vergemeinschaftenden *lex inter partes* zu erheben.

Das soll nicht heißen, daß dem Richterspruch in solchen Rechtsperioden überhaupt kein Geltungswort zukommt. Es wurde schon früher darauf hingewiesen und betont, daß auch dem unverbindlichen Schiedsspruche eines arbitrator der Wert eines, wenn auch unvollkommen (präentional) geltenden konkreten Rechtssachverhaltes zuzusprechen ist. Das nicht streitbeendigende richterliche Urteil steht unter Umständen auf einer höheren Stufe der Rechtswirklichkeit. Es kann sein, daß die richterliche Entscheidung die im Rechtsstreite aufgeworfene Rechtsfrage definitiv und unanfechtbar beantwortet und doch nicht geeignet ist, die Parteien unter seiner Norm zu einer Friedensgemeinschaft zusammenzuschließen. Das ist der Fall, wenn sich das Gericht sozusagen gutachtlich darüber äußert, was im

<sup>1)</sup> Im gleichen Sinne GUSTAV WURZER, Rechtskraft 1923, S. 4; WURZER überschreibt die fraglichen Ausführungen mit „Geschichtlicher Überblick“, aber, was er gibt, ist durchaus unhistorisch.

<sup>2)</sup> Zur *συγχώρησις* als Urkunde freiwilliger Unterwerfung der Streitteile unter den unverbindlichen Richterspruch im ptolemäischen Ägypten: GRADENWITZ-(PREISIGKE-SPIEGELBERG), Ein Erbstreit aus dem ptolemäischen Ägypten, 1912, S. 7 ff., dazu PARTSCH, SZ. 33, S. 618 f. und bei SETHE, Demotische Urkunden 1920, S. 754, mit Lit. und Hinweis auf andere Rechte mit verwandten Gestaltungen.

Zum altbabylonischen Recht: KOHLER-UNGNAD, Hammurabis Gesetz IV, S. 98/99; KOSCHAKER, Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 52, S. 437 f. und insbesondere LAUTNER, Die richterliche Entscheidung und die Streitbeendigung im altbabyl. Prozeßrechte (Leipz. rechtswiss. Studien, Heft 3) 1922, Ergebnisse S. 66 f.

Zum germ. Recht: SEELMANN, Der Rechtszug im älteren deutschen Recht 1911; insb. auch GÁL, Die Prozeßbeilegung nach den fränk. Urkunden des VII. bis X. Jahrhunderts, 1910 (speziell zur „*securitas*“ S. 16 f.; über Beilegung durch „*Exfestucation*“, die richtig als „*Auflassung der Klage*“, als Aufgabe des Standpunkts im Prozesse gedeutet wird (S. 34), vgl. S. 25 ff.); gegen GÁL SCHREIBER, Göttinger Gelehrte Anzeigen 1911, S. 733 f. (dem FRANZ BEYERLE, Entwicklungsproblem im germ. Rechtsgang 1915, S. 158, Anm. 18 zustimmt). Begrifflich ist die Polemik SCHREIBERS, der in unzulässiger Weise den Rechtskraftbegriff der modernen deutschen Zivilprozeßdoktrin zum Maßstab für die Beurteilung des fränkischen Rechts nimmt, jedenfalls zu mißbilligen und es ist insoweit der Erwiderung GÁLS SZ. (2) Bd. 33, S. 315 f., 318 durchaus beizutreten.

vorliegenden Streitfalle Rechtens ist. Der Richter gibt Antwort auf die Frage der Streitteile: „Wie ist unser Fall rechtlich zu beurteilen?“ Aber diese Antwort enthält, obwohl in ihrer Richtigkeit (nachdem die Mittel der Urteilsanfechtung erschöpft sind) als Rechtskonstruktion seitens der Parteien nicht bestreitbar, keine wahre Rechtskonkretisierung. Denn die dem konkreten Rechte wesentliche<sup>1)</sup> Verknüpfung der Norm mit dem raum-zeitlichen Lebenssachverhalte — dem zu entscheidenden Tatbestande — ist nicht geleistet worden. Eine bloße Feststellung der Rechtslage *inter partes*, ein „*legem dicere*“, wie es das *iudicare* der „Rachineburgen“ nach fränkischem Recht darstellt<sup>2)</sup>, ist niemals imstande, den Rechtsstreit mit Rechtskraftwirkung gegen die Parteien zu entscheiden. Es fehlt die normative Bindung des urteilsmäßigen Rechtsgedankens an den individuellen Streitsachverhalt, dessen Formung zur konkreten streitlösenden Rechtsnorm durch Eingießung der in den Rechtsstreit eingeführten Rechtsfaktizitäten in die richterlich gezeugte konkrete Form eines Rechtes. Das zu tun, bleibt den Parteien übrig. Sie sind es, die die ihnen vom urteilenden Gericht dargebotene Rechtsform tatbestandlich erfüllen, dadurch erst — dem richterlichen Urteilsvorschlag folgend — den streitbeendenden Normsachverhalt herstellend und die Rechtskonkretisierung perfizierend. Das geltungsmäßig Entscheidende ist hier, daß die Streitteile den durch Urteil geformten Rechtssachverhalt (der, weil des parteilichen Vollzuges durch Befolgung der richterlichen Weisung bedürftig, den Entwurf eines konkreten Rechts darstellt) als Norm in ihren Willen übernehmen, daß sie, soweit die Urteilsnorm Tatbestandsgestaltung vorschreibt, den normgemäßen faktischen Zustand herstellen und in jedem Falle den von ihnen vollendeten individuellen Rechtssachverhalt zur rechtskräftigen Normwirklichkeit erheben, indem sie sich seiner Individualrechtsordnung — regelmäßig durch Verlautbarung von Verzichten auf rechtsstreitmäßige, jetzt normwidrige Prätionen — unterwerfen. Dem Urteil kann bei dieser Sachlage die Eigenschaft einer den Streit mit (materieller) Rechtskraftwirkung für die Parteien beendenden Entscheidung nicht zuerkannt werden. Der Richter gibt die Rechtsfrage beantwortend nur einen Beitrag zur Rechtsstreitlösung. Sein Spruch ist Lösungsentwurf. Die Lösung der Rechtsstreitfrage, der entscheidende Schritt zum Ziel bindender Aufhebung des prozessualen Präventionsverhältnisses ist Sache der Parteien, die damit nicht weniger leisten als die im Schlichtungsverfahren den Spruch des arbitrator annehmenden Streitteile.

Im fränkischen Recht (und auch im altbabylonischen Prozeßrecht, das Züge überraschender Wesensverwandtschaft aufweist) ist diese Rechtsgestaltung deutlich erkennbar:

Nicht das Urteil, sondern das ihm nachfolgende prozessuale Friedensgedinge der Streitteile, die parteiliche „Prozeßbeilegung“ (GAL), der „Streitverzicht“ (SEELMANN) schließen den Rückgriff auf die vor dem Streitende (*pax, finis*) liegenden Rechtsprätionen, das „*causam repetere*“<sup>3)</sup> aus. Bei Prätionserhebung entgegen der Norm der Streitlösung kann der Gegner, der dieser Anspruchserhebung ausgesetzt wird, die Einlassung in das Präventionsverhältnis unter Berufung auf den streitbeendenden Normsachverhalt des Vorprozesses ablehnen: „*Non tibi respondere debeo, quia ecce finem quam mihi fecisti*“<sup>4)</sup>. Solcher *post causam finitam* erfolgende Angriff einer Partei wird nicht als *ἔφοδος* gegen den Richterspruch, sondern gegen den parteilich hergestellten Rechtszustand aufgefaßt<sup>5)</sup>.

Nach altbabylonischem Recht ist der Richter selber an seine Rechtsformung, den vorgeschlagenen Urteilssachverhalt so lange nicht gebunden, d. h. er ist zur Änderung berechtigt, bis die Parteien das Friedensgedinge abgeschlossen haben<sup>6)</sup>.

Anders im germanischen Prozeßrecht. Da sind Stufen zur Unanfechtbarkeit des Urteils zu unterscheiden: Der Urteilsvorschlag (genauer: der geformte und dann den Parteien bzw.

<sup>1)</sup> Vgl. oben S. 22/3.

<sup>2)</sup> Vgl. Lex. Sal. 57 und dazu PLANITZ, Vermögensvollstreckung im Deutschen mittelalterl. Recht I 1912, S. 112 Anm. 39, S. 115; v. SCHWERIN, Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl., 1915, S. 176.

<sup>3)</sup> Vgl. SEELMANN a. a. O., S. 34f., LAUTNER a. a. O., S. 55. Das Gleiche ist für den von GRADENWITZ (oben S. 140 Anm. 2) erörterten Streitfall deutlich.

<sup>4)</sup> Expos. § 9 zu OTTO I, Mon. Germ. Leg. IV, S. 569 und dazu SEELMANN a. a. O., S. 177/78.

<sup>5)</sup> Vgl. GAL a. a. O., S. 15.

<sup>6)</sup> LAUTNER a. a. O., S. 48/49.

der Dingversammlung zur Stellungnahme vorgelegte Urteilssachverhalt) der Urteilsfinder — im altfränkischen Recht der „Rachineburgen“ — kann von jedem Dinggenossen angefochten werden. Der Anfechtende beschuldigt den Urteilsfinder der Rechtsbeugung. Zugleich richtet sich aber der Angriff in rem, gegen den Normsachverhalt des Urteils selber, dessen, zur präventionalen herabgedrückter Rechtsgeltung der Urteilsschelter die Gegenprävention des von ihm als richtig gefundenen „Urteils“ entgegengestellt. Die Lösung des so zwischen Urteilsfinder und dem dessen Urteil Scheltenden zur Entstehung gekommenen Präventionsverhältnisses erfolgt durch Zweikampf. Jener muß die angegriffene Geltung seines Spruches mit der Waffe verteidigen. Der Sieg des Schelters macht das Urteil zu Gunsten des von ihm gefundenen Gegenurteils hinfällig<sup>1)</sup>. Sieg der Waffe ist Unterwerfung des Besiegten unter die Siegerprävention<sup>2)</sup>.

Solche Anfechtbarkeit besteht für den Urteilsvorschlag aber nur so lange, als er nicht die Zustimmung der Dingversammlung gefunden hat; ist das geschehen, so hat er als Entscheidung der Rechtsfrage Unanfechtbarkeit erlangt<sup>3)</sup>. Um für die Parteien unmittelbare Rechtswirksamkeit zu erlangen, muß das Urteil in fränkischer Zeit noch vom Richter (Gerichtshalter) „ausgegeben“, förmlich kundgemacht werden<sup>4)</sup>. Der Richter erläßt das im Spruche enthaltene Rechtsgebot an die Parteien. Diesen Erlaß kann er aber weigern und muß es tun, wenn er das Urteil für unrichtig hält<sup>5)</sup>. Von einer Unabänderlichkeit des Urteils kann demnach in diesem Zwischenstadium — vor der Ausgabe durch den Richter — nicht die Rede sein. Der Richter konnte, wenn er das gefundene Urteil beanstandete, die Findung eines anderen richtigen Urteils verlangen. Auch die Schöffen selber waren wohl zunächst, vor Urteilsverkündung seitens des Gerichtshalters an ihre Entscheidung nicht gebunden, vielmehr zur Abänderung befugt<sup>6)</sup>.

Nach Vollwort der Dinggenossen und Ausgabe durch den Richter hatte das Urteil, solange man eine Urteilsanfechtung durch Rechtsmittel noch nicht kannte, formelle Rechtskraft im bezeichneten Sinne erlangt.

War es zur parteilichen Prozeßbeilegung nach Urteilsausgabe gekommen, so konnte eine Abänderung des streitendigen Rechtsachverhaltes für die Parteien nicht mehr in Frage kommen. Nachdem die Streitteile auf ihre prozessualen Rechtspräventionen ausdrücklich verzichtet und in Befolgung des richterlichen Rechtsgebots eine normgemäße Rechtslage untereinander hergestellt hatten, war ein präventionaler Rückgriff auf das Streitverhältnis definitiv ausgeschlossen. Auch die Frage der Richtigkeit oder Unrichtigkeit des gerichtlichen Urteils spielt jetzt keine Rolle mehr. Die Parteien haben die urteilsmäßige Rechtsformung durch Übernahme in ihren Handlungswillen und tatbestandliche Erfüllung in die Rechtswirklichkeit übergeführt; das Erzeugnis ist ein individueller Normsachverhalt, der allein auf dem konkreten Willen der Streitteile steht, die nunmehr zur Friedensgemeinschaft verbunden sind unter selbstgesetzter Rechtsordnung. Die Sachlage ist insofern eine andere als die sich aus der parteilichen Annahme eines Schiedsspruches im Schlichtungsverfahren ergebende, in welch' letzterem Fall der Rechtsinhalt des streitendigen Sachverhaltes ausschließlich dem Spruche entstammt und die Parteien lediglich die Unterwerfungsakte unter dessen Geltungsprävention vollziehen; hier besteht die oben gekennzeichnete Abhängigkeit von der formalen Gültigkeit der sententia des arbitrator, während in den Fällen der Prozeßbeilegung durch „Streitverzicht“ die Parteien auch tatbestandsvollendende Funktion hatten, in deren Ausübung sie die finis litis auf eigne Füße stellten.

Den rechtshistorischen Differenzierungen der Geltungsgenese des aus eigener Kraft das Ziel rechtskräftiger Streitbeilegung nicht erreichenden richterlichen Urteils ist hier nicht nachzugehen. Es genügt uns festzustellen: für gewisse frühere Rechtsperioden ist es charakteristisch, daß die Parteien selber durch konkrete Willensakte, die dem Urteile nachfolgen, dessen Rechtsgehalt in die intersubjektive Wirklichkeit überführen, indem sie sich mit einem selbstgezeugten Ringe präventionsabgewandter Friedensverbundenheit umschließen.

Die dazu tauglichen Akte (der Geltungserzeugung) sind den Aktkonstituenten friedlich gezeugten Vertragsrechtes wesensgleich. Mit Recht weist GÁL<sup>7)</sup> darauf hin, daß nach fränkischem Recht „das Ergebnis des durchgeführten Rechtsstreites analog behandelt“ wird „wie das Ergebnis abgeschlossener Verträge“ und daß es sich hier wie dort um den Ausschluß der (gerichtlichen sowohl wie außergerichtlichen) Anfechtung des normgemäßen Zustandes handelt. Die überraschende formale Ähnlichkeit der vertraglichen Schlußklauseln in den fraglichen Rechtsperioden

1) Vgl. SCHROEDER- v. KUENSSBERG, Deutsche Rechtsgeschichte, 6. Aufl., 1922, S. 400.

2) Zur Urteilsschelte im fränk. Recht, BRUNNER, RG. II § 101.

3) Vgl. v. AMIRA, Grundriß des germ. Rechts, 3. Aufl. 1913, S. 255/56.

4) v. AMIRA a. a. O., S. 258; PLANITZ a. a. O., S. 115.

5) Vgl. BRUNNER, RG. II S. 225 und SCHROEDER a. a. O., S. 181.

6) In diesem Sinne SEELMANN S. 85.

7) A. a. O., S. 15.

und den parteilichen Streitverzichtserklärungen rührt daher, daß auch die Herbeiführung der vertraglichen Bindung als Aufhebung eines vorvertraglichen, auf gegensätzliche, in Kampfhandlungen betätigte Willensintentionen gestützten Präentionsverhältnisses der Parteien des „friedlichen“ Vertrages aufgefaßt wurde. Diese einer Zeit, der der Grundtypus des prozessualen Sühnevertrages noch sichtbar vor Augen stand, naheliegende Auffassung zog die Gewohnheit nach sich, die geltungskonstituierenden Willensakte in der negativen Form des Präentionsverzichts zu formulieren. Die Parteien unterwerfen sich der Vertragsnorm, indem sie auf Angriffe gegen die Geltung des Vertrages, den sie als konkrete Rechtsordnung über sich stellten, verzichten. Dabei braucht es sich nicht mehr, wie im Falle parteilichen Zusammenschlusses nach voraufgegangenem Rechtsstreit, der seinen Abschluß durch *συγχώρησις* der Streitteile auf der Basis des verkündeten gerichtlichen Urteils fand, um willentliche Abwendung von einem faktisch existenten Präentionsverhältnis zu handeln, gewollt ist regelmäßig nicht mehr und anderes als die Aufhebung des vorvertraglichen Rechtszustandes, der Raum zu vertragsnormwidrigem Parteiverhalten bot und in der Tat von widerstrebenden Parteiententionen hinsichtlich des vertraglich zu regelnden Sozialsachverhalts beherrscht war, Abkehr von dieser Willensunstimmigkeit durch Verzicht auf die Möglichkeit präentionaler Angriffe gegen den Rechtsbestand des Vertrages<sup>1)</sup>. Der Wesenskern der geltungsverleihenden Akte ist überall der gleiche, gleichviel, ob die parteiliche Willenseinigung der Punkt ist, den die Streitteile unter das gerichtliche Streitverfahren setzen, oder ob die betreffenden Rechtssubjekte sich nach gütlichen Verhandlungen zu einem speziellen Rechtskreise vertraglich zusammengeschlossen haben. Immer handelt es sich darum, die Möglichkeit des Rückgriffs auf Willensziele, die mit der Norm des streitlösenden (bzw. vertraglichen) Sachverhalts, für die sich die Parteien bindend entschieden haben in dem Willen, ihr künftiges Verhalten zueinander an ihr zu orientieren, nicht im Einklang stehen, ein für allemal, d. h. rechtskräftig auszuschließen. Und dieselbe Leistung hat auch der entscheidende Dritte, der einen fehlenden parteilichen Willensakt ersetzt, zu erbringen.

Vom Standpunkte des modernen Prozeßrechts mag man sagen, Aufgabe des prozessualen „Friedensgedinges“ sei es, die dem Urteile als solchen fehlende Rechtskraft zu ersetzen (so bezüglich des altbabylonischen „*duppilâragâmi*“ KOSCHAKER<sup>2)</sup>). Das ist, retrospektiv gesehen, richtig. Der Satz verdeckt aber nicht nur die historische Entwicklungslinie, die vom nicht bindenden Spruche des Dritten zum rechtskräftigen Urteil des staatlichen Gerichts führt. Er kann leicht auch zur Verdunkelung des rechtsdogmatischen Grundsachverhaltes führen. Die Urteilsrechtskraft ist eine Spezies der Rechtsgeltung überhaupt. Alle Rechtsgeltung beruht aber auf Unterwerfungsakten der normbetroffenen Rechtssubjekte. In aller Regel tragen das konkrete Recht konkrete ad hoc vollzogene Willensakte der beteiligten Subjekte, die nach Feststellung des Rechtsinhaltes zur Geltungsverleihung an den Sachverhalt schreiten. Abweichungen von diesem Normaltypus der Normwerdung (der auch heute noch den rechtsgeschäftlichen Verkehr inner- und zwischenstaatlich beherrscht) lernten wir kennen. Hier interessiert der extreme Fall der Ersetzung der zur Geltungsgenese erforderlichen Parteiakte durch einen Drittintervenienten: die durch einen richterlichen Funktionär handelnde Gesamtrechtsgemeinschaft. Diese Zeugung der konkreten Rechtswirklichkeit durch einen Dritten, der, in die parteiliche Rechtsrelation einbezogen, deren präentionales Willensgewebe zum Endknoten rechtskräftiger Streitlösung zusammengezogen hat, bedeutet keinen Durchbruch des proklamierten Gesetzes der Normwerdung. Auch in dem Falle des aus sich heraus der Rechtskraft fähigen Urteils ruht die Rechts-

<sup>1)</sup> Dazu oben S. 85f.

<sup>2)</sup> Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. 52, S. 438.

geltung auf dem Fundamente willentlicher Unterwerfungsakte der Parteien, die ihren Willen zu dieser Norm schon vor Eintritt in den Rechtsstreit generell verlaublich haben. Die in concreto nicht vollzogenen Unterwerfungsakte werden vom Dritten ersetzt; die Legitimation dazu entnimmt er der Rechtsordnung des Gesamtrechtsverbandes, die auf die stiftenden Willensakte aller Rechtsgenossen, auch der Prozeßparteien geltungsmäßig aufgebaut ist. Von anderen Fällen antizipierter Normunterwerfung unterscheidet sich der Sachverhalt der Urteilsrechtskraft nur durch die Länge der Ableitungslinie und die abstrakte Seinsform der fundierenden Unterwerfungsakte. Im übrigen ist die Urteilsrechtskraft (*res iudicata*, *l'autorité de la chose jugée*) ein durch den hohen Grad seiner Geltungskraft ausgezeichneter Fall konkreter Rechtsgültigkeit, der den allgemeinen Gesetzen der Normwerdung (bei der ein überparteilicher Drittintervenient beteiligt war) unbedingt folgt.

## Zweiter Abschnitt.

### Erweiterung der Wirkungsgrenzen des Rechts.

#### A. Die Möglichkeiten einer extensiven Vermehrung der Rechtsgeltung.

§ 7. Wir haben uns bisher darauf beschränkt, das konkrete Recht hinsichtlich seiner Geltung in dem norminhaltlich angezeigten, primären Rechtskreise zu betrachten, den die zur speziellen Rechtsgemeinschaft zusammengeschlossenen Rechtssubjekte personal begrenzen. Es soll jetzt dazu übergegangen werden, die Möglichkeiten einer Erweiterung der Geltungsgrenzen des Rechtes über seinen Ursprungskreis hinaus zu untersuchen. Es handelt sich dabei um Sachverhalte, die dadurch gekennzeichnet sind, daß originärer Rechtskreis und Rechtsgeltungskreis sich nicht decken.

Das Problem der Normaußenwirkung (im weitesten Sinne) taucht bei Rechtssetzungen jeder Art auf, bei denen noch von einem rechtssoziologischen „Außen im Gegensatz zum „Innen“ der normbetroffenen Rechtssubjekte, die das fragliche Recht willentlich konstituiert haben, gesprochen werden kann. Gleichviel, ob es sich um Recht staatsgesetzlicher Struktur handelt oder um solches Recht, das von individuellen Rechtssubjekten, die sich im rechtsfreien Raume vergemeinschaften, geprägt wird, oder endlich, ob Normsetzungen in Frage stehen, die durch Konkretisierung abstrakter Rechtssätze einer höheren Rechtsgemeinschaft ihren Gehalt empfangen.

Unser besonderes Interesse gilt den Geltungsgrenzen des konkreten Rechts. Es wird im folgenden vorzugsweise unsere Aufgabe sein, das Recht eines speziellen, innerhalb des Rechtsbanns eines Gesamtrechtsverbandes liegenden Rechtskreises in seiner formalen Bestandskraft nach außen hin zu untersuchen. Daneben werden aber auch Sachverhalte zu berücksichtigen sein, bei denen äußere Anerkennung durch eine größere Rechtsgemeinschaft nicht in Frage kommt, vielmehr für die Rechtsaußenwirkung die Stellung einzelner Dritter zu diesem Gegenstande entscheidend ist.

I. Ein Rechtssachverhalt „gilt“, wenn er gegenüber den an seiner Normwerdung als Parteien beteiligten, den speziellen Rechtskreis willentlich konstituierenden Rechtssubjekten die rechtsinhaltlich vorgezeichnete Wirkung mit Willensüberlegenheit entfaltet. Dieser Rechtserfolg wird dem willentlichen Verhalten eben dieser Rechtsgenossen, ihrem Willen zur Normerzeugung — die hier bestehende Möglichkeit des Willensersatzes durch Diktat „von oben“ ändert daran nichts,

wie im vorigen Kapitelabschnitt gezeigt wurde — verdankt. Die Tatsache, daß ein Rechtssachverhalt externe Rechtsgeltung hinzugewinnt, scheint seinem formalen Bestande, was die Normwirkung gegenüber den Parteien angeht, nichts hinzuzufügen. Der Schein leitet irre. Auf die Gewinnung externer Rechtsgültigkeit für den rechtsgeschäftlich geformten Sachverhalt wird es auch im Verhältnis der normbetroffenen Rechtsgenossen, die den Ursprungsrechtskreis bilden, zueinander immer dann ankommen, wenn diese Rechtssubjekte Glieder einer Gesamrechtsgemeinschaft sind. Die externe Rechtsgeltung ist nicht zu denken als eine dem Rechtsgegenstand, den sie umschließt, äußerlich aufgelegte Hülle. Durch Verleihung bloß interner Geltung an den Sachverhalt hat dieser allerdings ein aus dem Normwillen der Parteien gewebtes Kleid erhalten, das ihm den Wert intersubjektiver Geltung nach innen sichtbar gewährt. Aber diese Gewandung ist aus zartem Stoffe und nicht von dem Schnitte, daß man sie auf dem Markte (dem Forum) des größeren Rechtsverbandes produzieren kann. Auf die Produktionsfähigkeit ihrer Rechtserzeugnisse gegenüber der (wie immer repräsentierten) Universalrechtsgemeinschaft werden die einzelnen Rechtsgenossen aber regelmäßig großen Wert legen, denn von dieser Fähigkeit hängt der soziale Verkehrswert des rechtsgeschäftlich erworbenen Rechtsgutes entscheidend ab. Mehr noch: Nur die externe Rechtsgültigkeit eines Sachverhaltes sichert dem normativ Begünstigten den Schutz der Rechtsgemeinschaft gegen Normangriffe der normativ gebundenen und dieser Bindung sich zu entziehen gewillten Gegenpartei, ermöglicht die rechtspräentionale Umformung des rechtsgeschäftlich geformten Sachverhaltes durch Anspruchserhebung vor dem staatlichen Gericht.

Ist nun die Rechtsformung der im Rahmen einer Gesamrechtsgemeinschaft stehenden Rechtssubjekte (nicht notwendig I. Ordnung) von vornherein darauf angelegt, daß der Rechtsgeltung inter partes die externe hinzutreten soll, so erscheint jene Geltung als bloße Teilverwirklichung der rechtlichen Zielsetzung der Parteien. Diese Auffassung der beteiligten Rechtssubjekte selber von ihrer rechtlichen Aufgabe muß dahin führen, daß auch in dem Innenverhältnis, im primären Raum der zu konstituierenden Rechtsnorm deren Geltung nicht den Charakter einer endgültig willensbindenden *lex inter partes* hat, vielmehr eine Abschwächung zur rücknehmbaren, durch Hinzuerlangung externer Rechtswirksamkeit „bedingten“ Rechtskraft erfährt.

Steht rechtsgeschäftliche Konkretisierung abstrakter Rechtssätze der Gesamrechtsgemeinschaft in Frage, so wird ein selbständiger Vorgang der Geltungserweiterung regelmäßig gar nicht stattfinden. Setzung konkreten Rechts durch Anwendung rechtsgemeinschaftlichen Rechts auf den individuellen Tatbestand, den private Rechtssubjekte gestalteteten, kann von seiten des höheren Rechtsverbandes, dessen Normen der Verwirklichung zugeführt werden, niemals als Internum der rechtsgeschäftlich handelnden Rechtsgenossen angesehen werden. Eine Beteiligung der Gesamrechtsgemeinschaft bei der Geltungserzeugung ist in vielen Fällen normativ vorgesehen. Dann ist den alleinhandelnden Parteien nur die Leistung einer Vorarbeit überlassen, die zum Ziele gültigen Rechts für die Parteien noch nicht führt. Rechtskraft erlangt der Sachverhalt hier nach innen und außen *uno actu*. Der Zeitpunkt, in dem der als Geltungsvollender Mitwirkende, der vom Gesamtrechtsverband delegierte Dritte die Normbejahung des parteilichen Normentwurfes ausspricht, ist die Geburtsstunde des konkreten Rechts.

Aber auch wenn eine personale Mitwirkung der größeren Rechtsgemeinschaft nicht stattfindet, umfaßt die Geltungsgenese des konkretisierten Rechts, durch einzelne Rechtssubjekte kraft Ermächtigung des Staates zur freien Rechtsanwendung selbständig geleistet, die Verleihung externer Rechtsgültigkeit an den Rechtssachverhalt. Das staatliche Recht konkretisierend handeln die beteiligten Rechtssubjekte nicht als Individuen, sondern als Staatsbürger. Nur der, in dem der Gemeinschaftswille lebt, kann den abstrakten, normgewordenen Willen des Gesetzes vollziehen,

indem er das Gesetz durch Beziehung auf einen individuellen Sozialtatbestand verwirklicht. Darin besteht das rechtlich Wesentliche bei der Erzeugung eines konkreten Rechts sekundärer Geltung, daß die handelnden Rechtssubjekte zur Geltungsverleihung schreitend ihren Individualwillen dem normativen Willen der größeren Rechtsgemeinschaft, deren Bürger sie sind, unterordnen. Eine Konkretisierung von Rechtsnormen der Staatsrechtsgemeinschaft, die von dieser nicht anerkannt wird, nicht als Vollziehung ihres überindividuellen Willens zu werten ist, ist in Wahrheit keine. Rechtsgeltung und externe Rechtsgeltung müssen hier notwendig zusammenfallen. Die Parteien üben als Geltungserzeuger rechtsgemeinschaftliche Funktion aus; sie treten in diesem letzten Stadium der Formung des Rechtssachverhalts (nachdem sie dessen Rechtsinhalt festgelegt haben) aus dem individualen Ich-Du-Verhältnis heraus und handeln nun, staatliches Recht anwendend, als „Dritte“, als durch die Generalnorm der Vertragsfreiheit delegierte Organe des Gesamtrechtsverbandes.

Anders, wenn die Rechtssetzung kraft Rechtsautonomie der sich vergemeinschaftenden Rechtssubjekte erfolgt, ihr Rechterzeugnis den Wert primärer Rechtsgeltung hat. Gleichviel, ob die rechtsetzenden Subjekte einem höheren Rechtsverbande eingeschlossen sind oder nicht sind, in jedem Fall ist dem von ihnen geschaffenen Recht normative Kraft zuteil geworden, nachdem sie die erforderlichen Unterwerfungsakte vollzogen haben. Die willentliche Stellungnahme der größeren Rechtsgemeinschaft fügt der (internen) Rechtsgeltung im autonomen Rechtsverbande, dessen Genossen als durch niemandes Willen gebundene individuelle Rechtssubjekte handeln, nichts hinzu, was den primären Rechtskreis angeht. Nur die (hier sekundäre) Normaußenwirkung steht in Frage, wenn der Gesamtrechtsverband, dem auch die Rechtsetzenden angehören, zur Anerkennung ihres Rechts schreitet; denn jener Verband, der die Rechtsautonomie auf dem fraglichen Gebiete gewährte, hat gegenüber dem autonomen Rechtskreis durchaus die Stellung eines Dritten, der an der Geltungserzeugung mitzuwirken nicht berufen ist. Es ist hier auf das oben S. 35/36 Bemerkte zu verweisen. Aus dem Gesagten ergibt sich, daß, wenn das konkrete Rechterzeugnis die formale Struktur primärer Rechtsgeltung hat, der Vorgang der Geltungserzeugung nicht weiter als zu dem Ziele interner Rechtsgeltung zu führen braucht. Externe Rechtsgeltung kann nachträglich hinzuverliehen werden; aber diese Verleihung ist sekundärer Natur, kein Essentiale der Normwerdung des im rechtsfreien Raume gezeugten Rechts.

Normaußenwirkung und Norminnenwirkung sind rechtlich verschiedene Dinge. Durch die letztere offenbart sich das Recht in seiner normativen Funktion als Richtschnur des Verhaltens der seinem Rechtskreise angehörnden Rechtssubjekte. Gegenüber Dritten, die dem Herrschaftskreise des fraglichen Rechts nicht eingeschlossen sind, kann es diese willensbindende Wirkung nicht entfalten. Normunterworfenheit rechtskreisfremder Dritter in dem Sinne, daß diese Rechtssubjekte ihr soziales Verhalten, soweit es das normierte Handlungsfeld betrifft, an dem Norminhalt der speziellen Rechtsordnung des fremden Rechtskreises zu orientieren haben, ist ausgeschlossen. Es sei denn, es hätte eine Rechtskreiserweiterung stattgefunden, zufolge deren die Dritten in die Peripherie des über die Grenzen des Ursprungsrechtskreises erweiterten Rechtskreises einbezogen wären, nun nicht mehr Rechtskreisfremde, sondern neugewonnene Rechtsgenossen einer vergrößerten Rechtsgemeinschaft. Bloße Erweiterung der Geltung einer Rechtsnorm durch Hinzugewinnung externer Rechtsgültigkeit vermag diese Wirkung der Normunterwerfung außerhalb des Rechtskreises stehender Rechtssubjekte nicht herbeizuführen. Wenn ihnen gegenüber der Rechtssachverhalt — extern — gilt, so heißt das nur, daß sie (die Dritten) ihn als Rechtswirklichkeit mit der ihr rechtsinhaltlich innewohnenden normativen Wirkung gegenüber den rechtskreisangehörigen Rechtsgenossen anerkennen müssen.



Es gibt nun Rechtssachverhalte, die so geartet sind, daß sie eine normative Wirkung über die Grenzen des primären, individuellen Rechtskreises hinaus von Anfang an erstreben, auf Sprengung ihres Ursprungskreises geradezu angelegt sind. Vollkommene Rechtsgeltung im Sinne dieser Rechte ist erst erreicht, wenn eine derartige Erweiterung der ursprünglichen Geltungsgrenzen eingetreten ist, daß die neuen Grenzen mit der Peripherie des Gesamtkreises der Universalrechtsgemeinschaft zusammenfallen. (Konkrete) Rechte der bezeichneten Kategorie sind in einem eigentümlichen Sinne rechtskreisentbunden, nachdem sie das Ziel universeller Rechtsgeltung erreicht haben. Dahin gelangt haben sie, was ihre rechtsinhaltlich intendierte Normwirkung angeht, die Bindung an einen individuell bestimmten personalen Bestand normunterworfenen Rechtssubjekte abgestreift. Die durch solchen Sachverhalt zuteil werdende Rechtsstellung des normativ begünstigten Rechtsgenossen ist von besonderer Stärke infolge der allseitigen Geltungskraft seines — subjektiven — Rechtes, dem eine Willensbindung aller dem Gesamtrechtskreise angehörenden Dritten normativ zugeordnet ist. Man spricht hier in der Rechtswissenschaft von „absoluten“ Rechten. Von ihnen soll später<sup>1)</sup> die Rede sein.

Das (genetisch) Primäre ist jedenfalls die Rechtskreisgebundenheit eines Normsachverhaltes. Die personalen Grenzen eines Rechtskreises können aber verschieden beschaffen sein. Von der Konstitution der die Rechtsnorm tragenden Rechtsgemeinschaft hängt es ab, ob und in welchem Umfange die Geltungsgrenzen geschlossen sind und ihre Erweiterung zulässig ist. Ein personaler Rechtsverband, dem die Vergemeinschaftung der beteiligten Rechtssubjekte, die ihre Personalität ergreifende Bindung normativer Gegenstand ist, wird, wenn es ihm auf den Tag überdauernden Zusammenschluß seiner Mitglieder ankommt, eine gewisse Labilität seiner Rechtskreisgrenzen bewußt in Kauf nehmen. Der „Verein“ — vom Kegelklub bis zur umfassenden Staatsrechtsgemeinschaft — sieht Wechsel im personalen Bestand seiner Rechtsgenossen normativ vor. Er läßt Austritt alter und Eintritt neuer Rechtssubjekte zu. Seine Grenzen sind variabel, der Erweiterung und Verengung fähig. In besonderem Maße gilt das beim Staate, der sich Territorialitätshoheit anmaßt. Dieser erstreckt die Normwirkung seiner Gesetze nicht nur auf die rechtskreisangehörigen Rechtssubjekte — seine Staatsbürger, die sich der staatlichen Rechtsordnung, wenn auch vielleicht ohne eigene Willenserklärung, der Willenstradition von den Vorfahren her folgend und selber in den staatsbejahenden Willen von ihrer Kindheit an hineinwachsend, unterworfen haben —, sondern auch auf Ausländer und Staatenlose, die sich in seinem Herrschaftsraum aufhalten. Die Variabilität der personalen Peripherie des Rechtskreises ist bei staatlichen Rechtsnormen, denen auch der Ausländer unterworfen ist, solange er sich im Staatsgebiete befindet, evident. Worauf beruht aber diese Norminnenwirkung des staatlichen Rechts gegenüber Nicht-Staatsangehörigen<sup>2)</sup>?

Man könnte geneigt sein, im Eintreten des Ausländers in das Staatsgebiet einen Akt der Unterwerfung unter die staatliche Rechtsordnung zu erblicken, die ihn in der Tat in allen modernen Kulturstaaten, wie sie ihn in seiner Stellung als freies Rechtssubjekt in gleichem Umfange wie den Inländer anerkennt und erforderlichenfalls schützt, bindet und gegen ihn die volle norminhaltliche Wirkung entfaltet, soweit sie diese nicht ausdrücklich auf den Staatsbürger beschränkt. Aber eine derartige Deutung des faktischen Verhaltens des sich ins Inland begebenden Fremden wird in der großen Mehrzahl der Fälle auf Fiktion hinauskommen, auf eine normative Zwangsbewertung, von der sich wieder fragen würde, warum sie gegen den Ausländer gilt, der einer sich dahingehenden Deutungsnorm des Inlandstaates nicht unterworfen hat. Man wird die Bejahung der Prävention deutscher Gesetze, auch Aus-

<sup>1)</sup> Unten S. 152f.

<sup>2)</sup> Nicht erkannt ist das hier auftauchende Problem von OERTMANN, Rechtsordnung und Verkehrssitte 1914, S. 5f.

ländern gegenüber zu gelten, die sich im deutschen Staatsgebiet aufhalten, vielmehr aus der Rechtsordnung des Heimatstaates, dem der das Deutsche Reich betretende Ausländer angehört, abzuleiten haben. Die Kulturstaaten erkennen es als Recht an, daß ein im fremden Staatsgebiet befindlicher Bürger des eignen Staates durch die Gesetze des Auslandstaates gebunden ist. Die Rechtsordnung jedes Staates enthält — nicht notwendig auf der Gesetzestafel publiziert — (als Korrelat der generellen Norm der territorialen Geltung eigenen Rechts) den Satz: Meine Staatsbürger unterstehen, wenn sie sich im Gebiete eines fremden Staats aufhalten, dessen Gesetzen. Dieser Satz seines Heimatstaats bindet den Ausländer und unterwirft ihn der Rechtsordnung der Staatsrechtsgemeinschaft, deren Territorium er betritt. Er ist ein Blankettgesetz, das seine rechtsinhaltliche Ausfüllung durch die Gesetzgebung der in Frage kommenden Auslandsstaaten erhält. Anwendbar wird das staatliche Recht auf den Ausländer erst, wenn dieser die Landesgrenzen überschreitet. Diese Tatsache muß hinzukommen, damit der Rechtssachverhalt: Rechtskreiserweiterung der innerstaatlichen Rechtsordnung durch Einbeziehung des rechtskreisfremden Rechtssubjektes X, perfiziert werde. Der sich im Inlande aufhaltende Ausländer hat zwar nicht Bürgerqualität im Inlandstaate erlangt, er hat aber in weitem Umfange Teil an der rechtsgemeinschaftlich geformten Sozialwelt des Rechtes. Indem wir den Fremden als Rechtssubjekt anerkennen, ihn für befähigt erklären, an gültigen Rechtssetzungen sich willentlich zu beteiligen (z. B. mit einem Inländer einen wirksamen Vertrag zu schließen), und ihm das Forum inländischer Gerichte eröffnen, beziehen wir ihn grundsätzlich in den innerstaatlichen Rechtskreis ein, nur auf gewissen, dem Staatsbürger reservierten Gebieten sein rechtliches Mithandeln ausschließend.

Die Geltung staatlichen Rechts im Verhältnis zu staatsfremden Rechtssubjekten beruht demnach, wenn diese Angehörige eines anderen, der Gemeinschaft der Kulturvölker angeschlossenen Staates sind, auf der Bindung des letzteren an das ausländische Recht im Rahmen seines (dieses Rechts) Territoriums. Das erwähnte Blankettgesetz enthält einen Akt der Unterwerfung unter fremdes Staatsrecht und gelangt zur — intersubjektiven — Wirksamkeit, indem die anderen Staaten es zur Kenntnis nehmen, als Antwort auf ihre Präention territorialer Rechtsgeltung akzeptieren. Der Grund der Rechtskreiserweiterung ist hier also eine wechselseitige völkerrechtliche Bindung der auf dem gemeinsamen Boden einer kulturellen Interessengemeinschaft stehenden Staaten.

Wie aber, wenn der das Inland betretende Fremde nicht Bürger einer Kulturnation ist? Auf eine abstrakte, normativ festgelegte Unterwerfung dieses rechtskreisfremden Dritten unter die Rechtssätze des Inlandsstaatsrechts wird sich der fragliche Staat seine Geltungspräention jenem gegenüber erhebend hier nicht berufen können. Es sei denn, es handle sich um einen Staatenlosen, der vordem einem Staate angehörte, der das Prinzip der territorialen Staatsrechtsgeltung bindend anerkannt hatte. In dem Falle wäre die staatliche Unterwerfung als in der Person des jetzt Staatenlosen fortwirkend zu denken; die nicht widerrufenen Bindung der von ihm verlassenen staatlichen Rechtsgemeinschaft hält den Willen des Staatenlosen noch, der sich in einem fremdstaatlichen Territorium aufhält. Ist der Fremde dagegen niemals Bürger eines der Kulturgemeinschaft der Nationen angehörenden Staates gewesen, vielmehr staatenlos seit Geburt oder Mitglied einer unzivilisierten Stammesgemeinschaft, so bedarf es allerdings eines persönlich vollzogenen Unterwerfungsaktes, um die Geltung des Rechts des Staates, in dem sich das betreffende Rechtssubjekt aufhält, ihm gegenüber zu begründen. Fehlt eine derartige Willenserklärung des im Inland befindlichen Fremden, so ist die vom Inlandstaate präentendierte Rechtskreiserweiterung nicht eingetreten. Eine staatliche Rechtsgemeinschaft, die nach der willentlichen Stellungnahme in ihrem Gebiet befindlicher Fremder (die keinem als gleichberechtigter Staat anerkannten Rechtsverbände angehören) zu

ihrem Staatsrechte nicht fragt, sondern ihre Gesetze im gegebenen Fall auf den Fremden „einfach“ anwendet, macht sich eines rechtswidrigen Übergriffs in die personale Freiheitssphäre dieses Subjektes schuldig. Der so handelnde Staat übt Macht aus, nicht Recht. Indem er seine nicht anerkannte Rechtsprävention gegenüber dem Ausländer verwirklicht, verneint er dessen Rechtssubjektivität, behandelt ihn insoweit als Objekt seines staatlichen Zugriffes. Auch der Staatsbürger muß sich unter Umständen Eingriffe in seine individuelle Freiheitssphäre seitens des Staates, der durch Organe wie den Gerichtsvollzieher oder die Polizei handelt, gefallen lassen. Aber die hierin liegende Schmälerung der Rechtssubjektivität des betroffenen Bürgers beruht auf dessen eigenem Willen, der den staatlichen Zugriff durch Bejahung der ihn rechtfertigenden Sätze der Staatsrechtsordnung anerkennt, sich ihm in abstracto unterworfen hat. Der Eingriff erfolgt also in Rechts-, nicht Gewaltausübung, nicht gegen den Willen des betreffenden Rechtssubjektes, sondern diesen gerade vollziehend. Anders im Falle der Unterstellung des nicht normunterworfenen (etwa staatenlosen) Fremden unter staatliches Recht. Da handelt der Staat kraft überlegener Gewalt. Seine relativ zum Fremden nicht geltenden Gesetze anwendend und vollziehend betätigt er seine Zugriffsmacht, während er im Verhältnis zum normunterworfenen Rechtssubjekt ein Recht zum Zugriff geltend macht<sup>1)</sup>.

Beim „schlichten“ Verträge, dem die personale Verbundenheit der beteiligten Rechtssubjekte nur Mittel zum sozialen Zwecke einer gegenständlichen — inter-subjektive (nicht notwendig wirtschaftliche) Werte betreffenden — Verhaltensnormierung ist, sind die personalen Grenzen der (internen) Normwirkung in der Regel individuell festgelegt. Die vertragliche Rechtsordnung gilt gegenüber den Rechtssubjekten, die sie willentlich konstituiert haben: den Kontrahenten.

Auch hier besteht aber die Möglichkeit einer variablen, dehnbaren Peripherie des Rechtskreises. Es kann sein, daß die Rechtsordnung des Vertrages eine Erstreckung der Grenzen über den Kreis der Vertragschließenden hinaus durch Einbeziehung Dritter ausdrücklich vorsieht. Das wird der Fall sein, wenn vertraglich eine Materie normiert wird, die auch dritte, am Vertragsschluß nicht beteiligte Rechtssubjekte angeht, denen der Beitritt zum Vertragsrechtskreis und Partizipierung an Rechten und Lasten dieser Rechtsverbundenheit offengehalten werden soll.

Im Völkerrecht ist die vertragliche Beitrittsklausel (Adhäsions-, Akzessionsklausel) eine sehr häufige Erscheinung. Sie kommt regelmäßig bei Vereinbarungen zur Anwendung, die wegen der allgemeinen internationalen Wichtigkeit des normierten Gegenstandes die Einbeziehung möglichst zahlreicher Staaten in den vertraglichen Rechtskreis als wünschenswert erscheinen lassen und deshalb von vornherein die Geltungsgrenzen dehnbare gestalten. Das soziologische Fundament derartiger Abkommen ist eine relativ „offene“ Sozialbeziehung<sup>2)</sup>, die sich im Rechts-sachverhalte als „convention ouverte“ abzeichnet.

Beispiele bieten etwa das Abkommen zur friedlichen Erledigung internationaler Streitfälle vom 18. 10. 1907 Art. 93 und das Abkommen betreffend die Anwendung der Grundsätze des Genfer Abkommens auf den Seekrieg vom gleichen Datum Art. 24<sup>3)</sup>. In beiden Fällen ist gewissen Mächten das Recht eingeräumt, durch einseitige Beitrittserklärung sich dem Vertragsrechtskreise einzuschließen. Gegenüber diesen Dritten sind die Rechtskreisgrenzen offen.

Im innerstaatlichen Vertragsrecht besteht die Möglichkeit eines vom Staate geübten Beitrittszwanges. Die Gesamtrechtsgemeinschaft kann, wenn ihre Rechtsordnung solche Ermächtigung ausspricht, den zur Rechtskreiserweiterung erforder-

<sup>1)</sup> Nicht eingegangen kann hier werden auf die Modalitäten der Rechtskreiserweiterung staatlichen Rechts, die zufolge der Normen des internationalen Privat-(Prozeß- usw.) Rechts eintritt.

<sup>2)</sup> Zu diesem soziologischen Begriff: MAX WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft* 1922, S. 23.

<sup>3)</sup> RGBl. 1910, S. 5 und 283.

lichen Willensakt des zum Beitritt berechtigten dritten Rechtsgenossen ersetzen, dessen Unterwerfung unter die Norm des inter alios geschlossenen Vertrages diktieren.

Von dem gelegentlich im öffentlichen deutschen Recht angewandten Beitrittszwang bei der Gründung öffentlicher Genossenschaften soll hier nicht die Rede sein. Da handelt es sich darum, daß Rechtssubjekte einer bestimmten sozialen Kategorie im Wege staatlichen Zwanges zu Mitgliedern eines Personalverbandes — der Genossenschaft — „gemacht“ werden<sup>1)</sup>.

Hierher gehört der Sachverhalt einer Erweiterung des von Rechtssubjekten, die innerhalb des staatlichen Gesamtrechtskreises stehn, konstituierten Rechtskreises eines schlichten Vertrages durch Staatsakt, der außenstehende Dritte der speziellen Vertragsnorm unterwirft. Zu solchem Eingriff in die rechtsgeschäftliche Vertragsfreiheit, der jenseits der normalen Staatsaufgaben liegt, wird sich die Gesamtrechtsgemeinschaft nur selten entschließen. Wie im Falle des diktierten Zusammenschlusses willensuneiniger Parteien durch Staatsakt (z. B. Verbindlichkeitserklärung eines im Schlichtungsverfahren ergangenen Schiedsspruchs mit der Wirkung des Zustandekommens einer Gesamtvereinbarung zwischen den Streitteilen) müssen auch hier, wo Pferchung rechtlich unbeteiligter Dritter in die Gebundenheit eines Vertrages, den andere geschlossen haben, in Frage steht, besondere soziale Gründe vorliegen, um den Staat zur Intervention in der bezeichneten Richtung zu veranlassen. Der soziale Unterbau derartiger normativer Maßnahmen des Gesamtrechtsverbandes interessiert hier nicht. Es kommt uns hier allein an auf die Feststellung der rechtsdogmatischen Möglichkeit solchen staatlichen Eingreifens. Betrachten wir (beispielsweise) einen sogearteteten Rechtssachverhalt des geltenden deutschen (Arbeits-)Rechts:

Es handelt sich um den Fall der sogenannten „Allgemeinverbindlichkeitserklärung“ von Tarifverträgen gemäß §§ 2f. der Verordnung der Volksbeauftragten über Tarifverträge etc. vom 23. 12. 1918 (I. Abschnitt) in der Fassung des Gesetzes vom 23. 1. 1923<sup>2)</sup>. Durch Rechtsakt des Funktionärs der Gesamtrechtsgemeinschaft (Reichsarbeitsverwaltung) werden Arbeitgeber oder Arbeitnehmer, die an dem Tarifverträge nicht beteiligt gewesen sind, also im Verhältnis zu den Tarifvertragskontrahenten außenstehende Dritte, an die Vertragsnorm gebunden. Zuzufolge der Allgemeinverbindlichkeitserklärung sind die dem „räumlichen Geltungsbereich“ des für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages angehörenden „Dritten“ jetzt der (abstrakten) Rechtsgeltung des zwischen anderen geschlossenen Normenvertrages — nur insoweit der Tarifvertrag diesen Rechtscharakter hat, kann die Allgemeinverbindlichkeitserklärung Dritten gegenüber wirken (arg. § 2 Abs. 1, Satz 2 der Verordnung vom 23. 12. 1918) — unterworfen. Nach ausgesprochener Allgemeinverbindlichkeitserklärung ist der Außenseiter nicht mehr rechtskreisfremder Dritter. Der Tarifvertrag entfaltet ihm gegenüber nicht die externe Rechtsgeltung eines von der Gesamtrechtsgemeinschaft anerkannten Vertrages, sondern die gleiche norminhaltliche — interne — Rechtswirkung, der die Vertragsschließenden selber ausgesetzt sind. Es ist richtig, daß Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die an dem Tarifverträge nicht beteiligt sind, durch die Allgemeinverbindlichkeitserklärung „nicht Vertragsteile des Tarifvertrages“ werden, wenn man mit diesem Ausdruck nur die Genossen des vertraglichen Ursprungsrechtskreises bezeichnet. Es ist ferner zutreffend, daß die Wirksamkeit der Bestimmungen des Tarifvertrages für jene Außenseiter „nicht kraft des Vertrages, sondern kraft einer Rechtsnorm“ eintritt<sup>3)</sup>. Aber das darf nicht so verstanden werden — wie die Anhänger der sogenannten „Gesetzestheorie“ meinen<sup>4)</sup> —, als ob die Allgemeinverbindlichkeitserklärung die Normen des Tarifvertrages ihres vertraglichen Charakters entkleidete und ein gegenüber dem Tarifverträge selbständiges Rechtsverhältnis begründete.

<sup>1)</sup> Vgl. dazu O. MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. II, 2. Aufl., 1917, S. 623.

<sup>2)</sup> RGBl. 1918, S. 1456, 1920, S. 1128 und 1923 I, S. 67.

Über die Möglichkeit der Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Schiedssprüchen und Verträgen des Industrierechts in England während des Krieges auf Grund des Munitionsgesetzes vom 2. 7. 1915 (mit Novelle vom 21. 8. 1917) vgl. CHARLOTTE LEUBUSCHER, Kölner Vierteljahrsh. f. Sozialw., Jg. 2, Heft 2/3, S. 156f., 161.

<sup>3)</sup> RGZ. Bd. 103, S. 27; vgl. auch SINZHEIMER, JW. 1922, S. 565; dieser unterstreicht mit Recht (zuletzt JW. 1924, S. 1009/10) den Sinn des Tarifvertrages als Rechtsnorm und Rechtsquelle. Vgl. auch DERSCH, Neue Schlichtungsordnung 1924, S. 149 Anm. 5c mit Lit.

<sup>4)</sup> Dazu und dagegen NIPPERDEY, Beiträge zum Tarifrecht 1924, S. 179f mit eingehenden Literaturnachweisen; ferner DERSCH a. a. O. S. 277/8, der selbst die Gesetzestheorie vertritt.

Die Allgemeinverbindlichkeitserklärung ist — nicht anders als die Verbindlichkeitserklärung eines unverbindlichen Schiedsspruches — ein lediglich auf die Rechtsgeltung des rechtsinhaltlich vollendeten konkreten Vertragssachverhalts bezüglicher Akt. Bei der Verbindlichkeitserklärung handelt es sich darum, dem von der Schlichtungsinstanz vorgeformten Einigungstatbestand (einer Gesamtvereinbarung) Rechtsgeltung gegenüber den Streitteilen zu erwirken, indem deren zur Normwerdung (der Willenseinigung) erforderliche Unterwerfungsakte durch Diktat des Staates ersetzt werden. Die Allgemeinverbindlichkeitserklärung setzt zwar einen bereits zum Normsachverhalt erstarkten Tatbestand — einen gültigen Tarifvertrag — voraus<sup>1)</sup>, aber auch hier ist die Aufgabe des die Allgemeinverbindlichkeitserklärung aussprechenden Dritten, eben diesem Sachverhalt Geltungskraft gegenüber Rechtssubjekten zu verleihen, denen gegenüber der Tarifvertrag bisher nur als Rechtsstatsache (extern) wirkte, aber keine bindende norminhaltliche Rechtswirkung entfalten konnte. In beiden Fällen (der Verbindlichkeitserklärung und Allgemeinverbindlichkeitserklärung) findet die intervenierende Rechtsgemeinschaft einen fertigen Rechtssachverhalt vor, der durch den Diktatakt der delegierten Behörde nur eine normative Abstempelung erfährt, durch die die Unterwerfungsakte bisher nicht normunterworfenen Rechtssubjekte ersetzt werden.

Der Tarifvertrag bleibt auch nach Allgemeinverbindlichkeitserklärung Rechtsgeschäft mit dem von den Kontrahenten geschaffenen und abänderbaren Normgehalte<sup>2)</sup>. Die Außenseiter sind durch die Allgemeinverbindlichkeitserklärung des Tarifvertrages dessen Normen unterworfen worden, wie sie im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Allgemeinverbindlichkeitserklärung — deren Rückdatierung bis zum Datum des Tarifvertragsschlusses richtiger Ansicht nach<sup>3)</sup> möglich ist — vorgefunden wurden. Ändern die Parteien des Tarifvertrages nachträglich dessen Inhalt, so verliert die Allgemeinverbindlichkeitserklärung, die sich auf den geänderten Vertrag nicht mehr bezieht, ihre rechtliche Wirkung.

Es besteht hier ein bedeutsamer Unterschied zwischen der durch Allgemeinverbindlichkeitserklärung begründeten territorialen Herrschaft der Normen eines Tarifvertrages und der Territorialhoheit eines Staates mit der Geltungswirkung der staatlichen Gesetze gegenüber im Staatsgebiete befindlichen Ausländern. Auch die Allgemeinverbindlichkeitserklärung bewirkt eine Rechtskreiserweiterung, indem sie im räumlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages befindliche Dritte dessen Rechtsnormen unterwirft, ohne den Ursprungsrechtskreis jedoch zu sprengen. Es besteht jetzt zwar ein vergrößerter, die vorherigen Außenseiter umfassender Rechtskreis, den die tarifliche Rechtsordnung beherrscht. Aber der Gegensatz zwischen den Angehörigen des primären Vertragskreises, den Kontrahenten des Tarifvertrages und den infolge des Aktes der Allgemeinverbindlichkeitserklärung hinzugetretenen Dritten ist nicht aufgehoben. Die letzteren Rechtssubjekte sind in gewissem Sinne nach wie vor „Dritte“, haben nicht die Stellung der Vertragsparteien. Nur diese haben Gestaltungsmacht in bezug auf die Normen des Tarifvertrages, können ihn abändern oder aufheben. Das Verhältnis zwischen Tarifvertragskontrahenten und Außenseitern nach Allgemeinverbindlichkeitserklärung entspricht insoweit durchaus dem zwischen Staatsbürgern und Ausländern, die sich im Staatsgebiet aufhalten. Der Ausländer gehört zwar dem territorial ausgedehnten Staatsrechtskreise an, ist aber vom staatsbürgerlichen, das staatliche Recht mitgestaltenden Handeln ausgeschlossen. Er muß Änderungen der staatlichen Rechtsordnung, die auf Willensakten der Staatsbürger (bzw. der von ihnen delegierten Organe der Staatsrechtsgemeinschaft) beruhen, ohne weiteres gegen sich gelten lassen. Der oben S. 148 erwähnte Blankettrechtssatz seines Heimatstaates, der eine völkerrechtliche Bindung nach sich zog, hat ihn der Rechtsordnung des Staates, in dem er sich als Fremder befindet, mit all ihren künftigen Abänderungen, d. h. dem Staatsrechte in seiner jeweiligen Gestaltung unterworfen.

Nicht so der kraft Allgemeinverbindlichkeitserklärung eines Tarifvertrages in dessen Rechtskreis einbezogene Außenseiter. Die Allgemeinverbindlichkeitserklärung spricht keine generelle Unterwerfung in blanco unter einen abänderbaren Normbestand aus. Sie bezieht sich vielmehr — wie die Verbindlichkeitserklärung des Schiedsspruches — auf einen individuellen Rechtssachverhalt, auf diesen Tarifvertrag, ist ein konkreter, an einen bestimmten Rechtsinhalt gebundener Akt der Geltungsverleihung.

Über dieser Wesensdifferenz beider Fälle steht aber die rechtsdogmatische Gemeinsamkeit, daß hier wie dort eine Erweiterung der Geltungsgrenzen des primären Rechtskreises einer Rechtsordnung — der staatlichen, der tarifvertraglichen Rechtsnormen — durch Einbeziehung rechtskreisfremder Dritter in die Normbindung stattfindet aufgrund Rechtsaktes (konkreten oder abstrakten) des den Dritten übergeordneten Rechtsverbandes, eines Rechtsaktes, der den Vollzug auf Normbejahung gerichteter Willensakte der Dritten ersetzt.

II. Schon oben S. 145/6 wurde hervorgehoben: Bei der Setzung konkreten Rechts sekundärer Normqualität ist Verleihung bloß interner Rechtsgeltung an den

1) Vgl. MEISSINGER, JW. 1922, S. 324, zu 1 Ziffer 1; DERSCH a. a. O. S. 277.

2) So richtig die Anhänger der „Vertragstheorie“, vgl. NIPPERDEY a. a. O.

3) Vgl. RGZ. Bd. 103, S. 27 und dazu NIPPERDEY, S. 183.

parteilich geformten Rechtssachverhalt ausgeschlossen. Die privaten Rechtssubjekte handeln hier als Funktionäre des höheren Rechtsverbandes, der sie zur Konkretisierung seiner abstrakten Rechtsnormen ermächtigte. Vertragsfreiheit in diesem Sinne bedeutet nicht Überlassung rechtsgemeinschaftlicher Normen zum Privatgebrauche einzelner Individuen. Die private Rechtssetzung ist vielmehr eine den Gesamtrechtsverband angehende Angelegenheit und muß von vornherein vom Willen zur Erzeugung extern geltenden Rechts getragen sein.

Handeln die einem größeren Rechtsverbände angehörenden Rechtssubjekte dagegen aufgrund autonomiegewährender Freigabeakte jenes Verbandes, der den betreffenden Sozialbereich unter Verzicht auf eigene (abstrakte) Rechtssetzung privater Gestaltung originären Rechts freigegeben hat, im rechtsfreien Raume, so kann das Ergebnis ihrer geltungserzeugenden Akte sehr wohl ein Sachverhalt bloß interner Rechtsgeltung sein. Aber es wird regelmäßig für die Genossen des autonomen Ursprungsrechtskreises wesentlich sein, ihrem Rechtserzeugnisse die Anerkennung der Gesamtrechtsgemeinschaft hinzuzugewinnen. Nur der extern gültige Rechtssachverhalt hat intersubjektiven Geltungswert im Gesamtrechtskreise und ist vor dem rechtsgemeinschaftlichen Forum produzierbar. Um dieses Ziel zu erreichen, muß das primäre Recht den normativ festgelegten Erfordernissen genügen, von deren Gegebensein der höhere Rechtsverband die Anerkennung sogearterter Rechtssachverhalte als allgemeingültiger Normrealitäten abhängig macht. Die Erlangung externer Rechtskraft ist auch hier an die Konkretisierung überparteilicher abstrakter Rechtssätze des autonomiegewährenden Gesamtrechtsverbandes geknüpft.

Soll ein individueller Rechtssachverhalt universeller Rechtsgeltung im Gesamtrechtskreise teilhaftig werden (im oben S. 147 angegebenen Sinne), so kann sich die höhere Rechtsgemeinschaft mit beliebiger Verlautbarung des normkonstituierenden Parteiwillens niemals begnügen. Einem Recht, das allseitige Geltung gegenüber jedem Rechtsgenossen prätendiert, das absolut über die Grenzen des primären — autonomen oder nicht autonomen — Rechtskreises hinauswirken will, muß man diesen extensiven Geltungswert ansehen können. Die Anerkennung des Gesamtrechtsverbandes muß hier in irgendeiner Weise sinnlich zum unmittelbaren Ausdruck kommen. An die zur Konstituierung eines konkreten Rechtssachverhalts mit der Prätentation universeller, rechtskreisentbundener Geltung schreitenden Rechtsgenossen ergeht von seiten der höheren Rechtsgemeinschaft die Forderung, bei der Normwerdung auch formale Zeichennormen zu konkretisieren. Normative Formgebundenheit im früher dargelegten<sup>1)</sup> Sinne wird die Verlautbarung von Willensakten, die als Konstituenten absoluter Rechte fungieren sollen, immer beherrschen.

Im einzelnen kann die Geltungsgenese rechtskreisentbundener Rechtssachverhalte — die uns im folgenden allein beschäftigen soll — recht verschieden geartete Formen aufweisen. Es kann sein, daß die Gesamtrechtsgemeinschaft den privaten Rechtssubjekten die Rechtsformung nicht zur völlig freien Eigengestaltung überläßt, sondern durch ihre Funktionäre handelnd im letzten Stadium der Normwerdung aktiv mitwirkt. Dann ist Konkretisierung der einschlägigen Zeichennormen durch die beteiligten Rechtssubjekte aus deren eigener Kraft nicht möglich. Die normativ geforderte „Form“ erheischt vielmehr ein Mithandeln oder Assistieren von Repräsentanten des Gesamtrechtsverbandes. Wo dagegen eine personale Intervention der Gesamtrechtsgemeinschaft bei der Geltungsgenese nicht stattfindet, als Rechtshandelnde vielmehr die beteiligten privaten Rechtsgenossen allein auftreten, ist der Erfolg universeller Rechtsgeltung der zu konstituierenden konkreten Rechtsnorm nur erreichbar, wenn die Parteien durch eine normativ vorgezeichnete Außenwendung ihrer Willensakte die Grenzen ihres Ich-Du-Verhältnisses

<sup>1)</sup> Oben S. 68f.

gegen die Gesamtheit der Rechtsgenossen geöffnet haben. Die Gesamtrechtsgemeinschaft verlangt in solchen Fällen durch ihre die Gültigkeitserfordernisse abstrakt normierenden Rechtssätze zwar nicht die Vorlage des parteilich vorgeformten Sachverhalts an einen von ihr delegierten Träger des Gemeinschaftswillens z. B. Richter oder Urkundsbeamten. Es genügt vielmehr, daß die private Rechtsformung der Allgemeinheit in unmißverständlicher Weise geoffenbart wird. Der Modus der Offenbarung ist dabei rechtssatzmäßig bestimmt. Die Bestimmung kann darin bestehen, daß gewissen sinnlichen Erscheinungsmodi, die den Charakter der Offenkundigkeit in diesem sozialen Verbände haben, normativ der Zeichenwert eines generellen Indizes für das Gegebensein des fraglichen Rechtssachverhaltes mit allseitiger Normwirkung zugeschrieben wird. Handeln die rechtsetzenden Parteien in diesem sinnlichen Modus, so gilt das als Publizierung des konkreten Normsachverhaltes im Gesamtrechtskreise und hinreichend zur Erwirkung universeller Rechtsgeltung.

Eine sinnliche Wirklichkeit der bezeichneten Art stellt das körperliche Haben einer Sache dar. An diesen Tatbestand knüpft die Sozialität vielfach<sup>1)</sup> die Folgerung, daß dem betreffenden, habenden Subjekte die Sache „gehöre“, d. h. kraft rechtlicher Bestimmung, die jeder gegen sich gelten lassen müsse, der nicht nachweise, daß das Haben einen falschen Rechtsschein vortäusche, in die Hand gegeben sei. Die Rechtsordnung der Gesamtrechtsgemeinschaft erhebt auf diese Weise das „naturale“, außerrechtliche, aber durch die ihm intersubjektiv in der sozialen Gemeinschaft zuteilwerdende Beurteilung schon werthaltige „Haben“ vom Normal- zum Normtatbestand, indem sie es (durch abstrakte Rechtsnormen) als einen Universalnenner der Rechtsgeltung gewisser Rechtssachverhalte, die in der Person des Begünstigten ein rechtskreisentbundenes subjektives Recht reflektieren sollen, designiert. Aus dem „Haben“ wird die Rechtstatsache „Besitz“, eine von der Rechtsgemeinschaft ausgegebene Geltungsform von hohem Kurswerte. Davon wird an anderer Stelle<sup>2)</sup> zu sprechen sein.

Die Genese der universellen Rechtsgeltung<sup>3)</sup> durchläuft in allen Fällen mindestens zwei Stadien. Im ersten Stadium handelt es sich um die willentliche Bejahung des selbstgesetzten Tatbestandes seitens der beteiligten, sich zum Ursprungsrechtskreis zusammenschließenden Rechtssubjekte. Das ist die unerläßliche Vorarbeit vor der Gewinnung universaler Rechtsgeltung. Die Parteien müssen zunächst einmal den Rechtssachverhalt als *lex inter partes* anerkannt, ihn zur intern gültigen Normrealität erhoben haben. Werden dabei abstrakte Rechtssätze der Gesamtrechtsgemeinschaft zur Anwendung gebracht, so hat diese Vorarbeit nur dann rechtlichen Eigenwert, nur dann zum Ziel der Erzeugung einer Normwirklichkeit geführt, wenn die Gesamtrechtsordnung diese private Leistung der Parteien bereits — extern — anerkennt. Das kann, muß aber nicht der Fall sein. Verhält sich die Gesamtrechtsgemeinschaft gegenüber der im ersten Stadium stehenden Rechtssetzung privater Rechtssubjekte, die ihrem Rechtserzeugnis die durch Zeichennormen geforderte Publizitätsform bisher nicht haben zuteil werden lassen, ablehnend, so liegt höch-

<sup>1)</sup> Nicht notwendig und überall! Während das germanische Recht in der „Gewere“ den Rechtsschein des Sachhabens juristisch erfaßt hat, scheint dem griechischen Recht der Begriff der leiblichen Gewere (mit ihren spezifischen Geltungsfunktionen) gefehlt zu haben.

<sup>2)</sup> Im II. Teil dieser Untersuchung.

<sup>3)</sup> Es ist hier die Rede von konkreten Rechtssachverhalten, die primär an einen engeren rechtsgeschäftlichen Kreis gebunden sind und Geltung nach außen im Sinne „absoluter“ Rechte nur durch Verrückung der Geltungsgrenzen des Ursprungskreises erlangen können. Anders liegt es bei primär rechtskreisentbundenen Rechten, deren Genese die Bindung an einen vertraglichen Sonderrechtskreis nicht aufweist. Da muß die (individuelle) Normwerdung von vornherein den einschlägigen Modi der Publizität genügen. Man denke an Rechtserwerb auf Grund einseitiger Willensbestimmung, etwa durch Okkupation.

Sachverhalte der zweiten Art scheiden wir aus unserer Untersuchung aus.

stens ein Versuch der Rechtskonkretisierung vor, ein Sachverhalt präventionaler Rechtsgültigkeit, dem intersubjektive Rechtskraft erst in einem späteren Stadium der Normwerdung verliehen wird.

Das zweite Stadium setzt die angedeutete Vorarbeit der Parteien voraus und ist insofern sekundär. In ihm handelt es sich um Geltungserweiterung über die Grenzen des primären Rechtskreises hinaus. Der Rechtssachverhalt war schon vor Eintritt in dies zweite Stadium fertig, wenn die beteiligten Rechtssubjekte bereits in einem ersten Stadium der Normwerdung die geltungskonstituierenden Unterwerfungsakte vollzogen und verlaubar hatten. Es ist jetzt aber ein erneutes Rechtshandeln der Parteien erforderlich, um den Sachverhalt mit oder ohne personale Unterstützung der Gesamtrechtsgemeinschaft durch Einkleidung in die vorgeschriebene Publizitätsform zum Ziel universeller Rechtsgeltung (die nicht immer den höchsten Stärkegrad erreicht) zu führen.

Die beiden Stadien können, obwohl sie geltungsmäßig wesentlich differente Phasen der Normwerdung rechtskreisentbundener Rechte darstellen, aktmäßig verbunden werden. Es kann sein, daß der ganze Vorgang der Geltungsgenese sich vor dem Forum der Gesamtrechtsgemeinschaft abspielt, daß uno actu dem Sachverhalt extern anerkannte Rechtswirksamkeit im Parteiinnenverhältnis und Normaußenwirkung<sup>1)</sup> im Gesamtrechtskreise verliehen wird. Wie aber, wenn Konstituierung des Rechtssachverhalts als *lex inter partes* ohne allseitige Rechtswirkung separat in einem ersten Stadium der Normgenese erfolgt? Es wurde schon darauf hingewiesen, daß die Gesamtrechtsgemeinschaft zu solcher Parteileistung verschiedener Stellung nehmen kann. Die Möglichkeit besteht durchaus, daß der höhere Rechtsverband Rechtsgestaltungen privater Rechtsgenossen, die auf Erzeugung von Rechtswirklichkeiten absoluter Rechtskraft (universeller Rechtsgültigkeit) hinzielen, jedoch den Zeichennormen, deren Konkretisierung für solche Fälle vorgeschrieben ist, nicht entsprechen, einfach ignoriert, d. h. als nicht existent im Rechtssinne behandelt, solange sie (die fraglichen Rechtsformungen) nicht in die gehörige „Form“ gebracht worden sind.

Das ist der Standpunkt des gegenwärtigen deutschen Rechts gegenüber Rechtssachverhalten, die „sachenrechtliche“ Verschiebungen zum Gegenstande haben, aber nicht in die gesetzliche Form gekleidet wurden. Die Alternative lautet: Universelle Rechtsgeltung im Gesamtrechtskreise mit der Reflexwirkung eines absoluten subjektiven Rechts in der Person des normativ Begünstigten oder überhaupt keine Rechtswirkung der parteilich intendierten Art. Der ohne Mitwirkung des Staates bzw. nicht unter Einkleidung in die Publizitätsform des „Besitzes“ geformte Sachverhalt der Rechtsnachfolge — Grundstücksübertragung außerhalb des Grundbuchs, Übertragung des Mobiliareigentums ohne Besitzeinräumung — hat als Sozialwirklichkeit dieser rechtseinhaltlichen Gegenständlichkeit (grundsätzlich) keinen rechtlichen Geltungswert.

Es besteht aber auch die andere Möglichkeit, daß die Gesamtrechtsgemeinschaft die zum intersubjektiv verlaubarten Abschluß gelangte Rechtsgestaltung des ersten Stadiums der Normwerdung eines zu universeller Gültigkeit drängenden konkreten Rechts als Normrealität anerkennt. Dabei sind wesentliche Differenzierungen in der Stellungnahme des Gesamtrechtsverbandes und ihres Rechtseffektes denkbar.

1. Erkennt die Gesamtrechtsgemeinschaft den parteilich geformten Rechtssachverhalt, obwohl er der zur Zeugung eines universell wirkenden Rechts erforderlichen Form entbehrt, als rechtsgültig an, so bejaht sie seine norminhaltlich bestimmte Geltungsfunktion der Willensbindung der rechtskreisangehörigen, d. h. der den individuellen Rechtskreis dieses Normsachverhaltes bildenden Rechtssubjekte.

<sup>1)</sup> „Normaußenwirkung“ meint hier nicht die oben S. 146 zur „Norminnenwirkung“ in Gegensatz gestellte Außenwirkung des extern anerkannten relativen Rechtsverhältnisses und seiner rechtskreisgebundenen Individualrechtsordnung. Es handelt sich hier vielmehr um die qualifizierte Normaußenwirkung eines Rechts, das universeller Rechtsgeltung teilhaftig wurde. Man mag hier auch von Normfernwirkung sprechen.



Den Parteien gegenüber entfaltet das konkrete Recht dieses ersten Stadiums der Geltungsgenese die volle Kraft rechtsgeschäftlich konkretisierten Gemeinschaftsrechts bzw. mit Billigung der Gesamtrechtsgemeinschaft autonom gesetztes Individualrechts. Was dem Sachverhalte fehlt, ist die spezifische Normfernwirkung des rechtskreisentbundenen Rechtes. Die Rechtskreisentbindung hat eben noch nicht stattgefunden; um zu ihr zu gelangen, bedarf es noch des Vollzuges besonderer, auf Sprengung der Geltungsperipherie des speziellen Rechtskreises (der als parteiliches Rechtsverhältnis erhalten bleibt) gerichteter Akte der den Rechtssachverhalt zeugnenden Rechtsgenossen. Was davor liegt, das rechtskreisgebundene konkrete Recht, stellt, wenn auch durch Anerkennung der Gesamtrechtsgemeinschaft externer Rechtsgültigkeit teilhaftig geworden, im Verhältnis zu dem als Endziel erstrebten Recht universeller Rechtskraft ein rechtliches Minus dar; vom Endpunkt der Normwerdung rückwärts gesehen erscheint das Ergebnis der ersten Phase leicht als ein formal unvollkommenes Rechtsding. Dem ist aber — im Falle der vorbehaltlos positiven Stellungnahme der Gesamtrechtsordnung — durchaus nicht so. Der rechtskreisgebundene Sachverhalt reflektiert in der Person des durch die Sondernorm Begünstigten keineswegs als subjektives Recht minderer (formaler) Dignität:

a) Die Rechtsstellung des aus einem Vertrage gegenüber dem Mitkontrahenten Berechtigten ist inhaltlich durch ihre Richtung auf den Vertragsgegner gekennzeichnet. Der rechtsgeschäftliche Anspruch auf Leistung (BGB. § 241) ist ein „relatives“ Recht insofern, als ihm die Willensgebundenheit dieses einen dem Vertragsrechtskreise angehörenden Rechtsgenossen zugeordnet ist. Diese Relativität ist aber rechtsinhaltlicher, nicht formaler Natur, keine solche der Geltung. Es ist irreführend, zu sagen<sup>1)</sup>: . . . ein relatives Recht, die Forderung, besteht nur gegenüber einer bestimmten Person, dem Schuldner . . .“. Ein Recht (als von der Individualrechtsordnung eines konkreten Rechtssachverhaltes reflektierter Normbestand) besteht rechtlich, indem es gilt. Nun ist es aber nicht so, daß der vertragliche Anspruch (und überhaupt jedes „relative“ Recht, das einem speziellen Rechtskreise entspringt) nur intern, im Vertragsrechtskreise, im Verhältnis zu dem oder den Verpflichteten Rechtsgültigkeit besitzt. Daß das relative Recht auch nach außen hin Rechtsgeltung hat, erhellt daraus, daß es vor dem Forum des Staates produziert werden, zum Gegenstand einer Rechtsprätention im gerichtlichen Streitverfahren gemacht werden kann. Jeder dritte Rechtsgenosse, der dem personalen Kreis dieser Gesamtrechtsgemeinschaft angehört, ist zufolge der externen Geltungskraft des gültig geschlossenen Vertrages verpflichtet, das relative vertragliche Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner (um den einfachsten Fall zu nehmen) als Normwirklichkeit anzuerkennen<sup>2)</sup>. Der Geltungskreis des Forderungsrechtes deckt sich mit dem Staatsrechtskreise. Insofern besteht kein Unterschied zwischen „absoluten“ und „relativen“ Rechten. Auch das Forderungsrecht hat „eine absolute Seite“<sup>3)</sup>. Es entbehrt keineswegs der Geltendmachbarkeit gegenüber Dritten, außerhalb des Schuldverhältnisses Stehenden. Diese haben den schuldrechtlichen Sachverhalt als konkrete Rechtswirklichkeit zu achten und machen sich bei Eingriff in die Rechtsstellung des relativ Berechtigten (Gläubigers) wegen rechtswidrigen Normangriffes verantwortlich (im deutschen Recht gemäß § 823 Abs. 1 BGB.)<sup>4)</sup>. Diese rechtsdogmatische Lage wird dadurch verdunkelt, daß die Normeinwirkung eines

<sup>1)</sup> v. TUHR, Allg. Teil des Bürgerl. Rechts, Bd. III, 1918, S. 458.

<sup>2)</sup> Vgl. richtig schon NEUNER, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse 1866, S. 151f

<sup>3)</sup> KRUECKMANN, ZFP. Bd. 46, S. 378; vgl. OERTMANN, Arch. Ziv. Pr. N. F. 3, S. 144f.

<sup>4)</sup> Richtig HELLMIG, Anspruch und Klagrecht, S. 42f., 393, 418; LB. des ZPR. I, S. 198f.; v. GIERKE, Schuldrecht 1917, S. 63, 893f.; PLANCK-SIBER, Recht der Schuldverhältnisse S. 13; ENNECCERUS, LB. des BürgR. Bd. I 1 und 2 (1923) §§ 74 Anm. 4 und 451 Anm. 14 mit Lit. Anders die in Praxis und Theorie überwiegende Meinung, vgl. WARNEYER, Komm. zum BGB. 1923 § 823 Anm. 76/77. Das letzte Wort dürfte hier noch nicht gesprochen sein, auch nicht von RAAPE, JfD. Bd. 74, S. 228ff., insbes. S. 246/7.

Dritten auf das relative Recht selber in der Regel nicht möglich ist, die den Gläubiger unter Umständen wirtschaftlich stark beeinträchtigende Eingriffshandlung des Außenstehenden vielmehr gewöhnlich eine bloße Erfüllungsv ereitelung bedeutet und als solche einen Angriff auf das Gläubigerrecht — dessen externe Rechtsgeltung — allerdings nicht darstellt, wie das RG.<sup>1)</sup> seinerzeit zutreffend dargelegt hat. Es gibt aber Ausnahmefälle, wo der Dritte durch sein Verhalten den Rechtsbestand des „relativen“ Rechts anzutasten imstande ist. So, wenn die Voraussetzungen der §§ 407, 793 Abs. 1 oder 2366/67 BGB. gegeben sind. Da muß sich der Rechtssachverhalt, dessen Bestand angegriffen worden ist, als Normwirklichkeit mit externer Geltungskraft erweisen können. Hat er auch gerade in den bezeichneten Fällen keine Behauptungsfähigkeit gegenüber dem Dritteingriffe, der zum normzerstörenden Ziele führt, so zeigt sich doch darin der dem relativen Recht zuteilgewordene Wert einer intersubjektiven (wenn auch brüchigen) Geltungsgröße, daß das Verhalten des dritten Angreifers von der Staatsrechtsordnung als Rechtsverletzung gewertet wird: der Berechtigte hat zwar seinen schuldrechtlichen Anspruch gegen den rechtsgeschäftlich Verpflichteten verloren, aber durch die rechtszerstörende Handlung des Dritten, der sich eine Legitimation zur Geltendmachung des fremden Rechts zunutze gemacht hat, ist dem Gläubiger (wenn die subjektiven Voraussetzungen des § 823 I BGB. erfüllt sind) ein Schadensersatzanspruch gegen diesen Dritten erwachsen. Auch im Prätendentenstreite (ZPO. §§ 75, 64) zeigt sich die Forderung von ihrer absoluten Seite: Da kommt es auf das Bestehen des Rechtes als eines diesem oder jenem Rechtssubjekte (Prätendenten) zugeordneten Normbestandes an, nicht aber auf die Norminnenwirkung des Anspruchs gegenüber dem Schuldner. Dem ist hier nicht weiter nachzugehen.

Sein eines Rechtssachverhaltes als der intersubjektiv gültigen Rechtsrealität, die als solche von allen Rechtsgenossen be- und geachtet werden muß, und normative Funktion des Rechts gegenüber dem Vertragsgegner, der als Angehöriger des speziellen Rechtskreises der vertraglichen Individualrechtsordnung, die ihn in die Stellung eines Schuldners drängt, unterworfen ist, sind überall, wo es sich um Rechtsetzungen eines engeren Verbandes innerhalb der Gesamtrechtsgemeinschaft handelt, zu scheiden. Dabei macht es in diesem Punkte begrifflich keinen Unterschied, ob der fragliche Rechtssachverhalt seine Rechtsgeltung konkret verlautbarten Unterwerfungsakten der normbetroffenen Rechtssubjekte verdankt oder ob ein mit der Rechtsmacht zur Rechtskraftverleihung hic et nunc ausgestatteter Dritter die spezielle Rechtsordnung zur Rechtswirklichkeit formte. Der (in bezug auf nicht konstitutive Gerichtsurteile) oft ausgesprochene Satz: „res iudicata ius facit inter partes“ darf nicht dahin verstanden werden, als ob das rechtskräftige Urteil nur im Verhältnis der Streitteile zueinander Geltung hätte. Die norminhaltliche Wirkung des Richterspruches besteht allerdings allein für die Parteien. Diese Rechtssubjekte wurden durch die Sonderrechtsordnung des Urteils rechtlich vergemeinschaftet. Schon die auf freier Willenseinigung der Parteien oder auf Diktat des höheren Rechtsverbandes beruhende Prozeßbegründung bedeutete einen Zusammenschluß der Streitenden zu einer individuellen (relative Rechte der Beteiligten reflektierenden) Rechtsbeziehung, dem das Stadium partiellen Einigseins herbeiführenden Rechtsstreitverhältnis. Jeder vorprozessuale Normsachverhalt erfährt, durch eine Partei in den Rechtsstreit eingeführt, eine prätentionale Umformung und erhält dadurch — als anspruchsmäßiger, im Prätentionsverhältnis aktmäßig verwurzelter Streitgegenstand — den Charakter einer rechtskreisgebundenen Rechtsrealität, mag er auch vorher im Besitz universeller Rechtsgeltung gewesen sein. Auf diesen an das Rechtsstreitverhältnis gebundenen, prätentional geformten Gegenstand bezieht sich das richterliche Urteil. Es hebt die von den widerstreitenden Rechtspräventionen

<sup>1)</sup> RGZ. Bd. 57, S. 354f.

getragene Rechtsstreitbeziehung der Parteien zwar (end-)gültig auf. Aber nur, um sie durch die vom Urteilssachverhalt als Rechtsordnung beherrschte Rechtsverbundenheit der geeinten Parteien zu ersetzen. (Rechtsverbundenheit der Parteien ist in jedem Falle Wirkung des rechtskräftigen Urteils, auch wenn die vom Kläger behauptete vorprozessuale Rechtsbeziehung der Streitteile vom Richter für nichtexistent erklärt, etwa eine Klage auf Leistung abgewiesen wurde. Immer steht der Urteilssachverhalt als für das zukünftige Parteiverhalten maßgebende Rechtsnorm über den Streitteilen und ordnet sie seinem Gesamtwillen unter. Es bedürfte neuer vertraglicher Willenssetzung der Parteien, um sie aus dieser Bindung zu lösen.)

Das Gesagte erklärt den allgemeinen, auch für die Entscheidung eines von den Parteien gewählten Schiedsrichters geltenden Grundsatz, daß der Spruch des Dritten — iudex oder arbiter — nur die streitenden Parteien bindet<sup>1)</sup>. Wie der von privaten (oder auch souveränen) Rechtssubjekten geschlossene Vertrag Nicht-Kontrahenten nur dann seiner Norm unterwerfen kann, wenn diese selbst durch Beitritt zum Verträge sich dessen Rechtskreise einbezogen haben, so kann die diktierte Rechtsordnung des Richterspruches normative Innenwirkung nur den Dritten (Nichtparteien) gegenüber entfalten, die mit ihrem Willen in den Rechtsstreitkreis eingetreten oder gegen ihren Willen ihm eingefügt worden sind, indem normativ seitens des Staates Erstreckung der Urteilsrechtswirkung auf diese außenstehenden Rechtssubjekte angeordnet wurde.

Erweiterung des prozessualen Rechtskreises über die Parteien hinaus durch Beitritt eines Dritten zum Rechtsstreitverhältnis (auf der Seite einer Partei) findet im geltenden deutschen Zivilprozeßrecht statt im Falle der Nebenintervention (ZPO. §§ 66f.). Die rechtliche Folge des Beitritts des Intervenienten ist, daß er bei der Gestaltung des Prozeßrechtsverhältnisses mitwirken kann und daß das den Prozeß, dem er beiträgt, abschließende Urteil auch ihm gegenüber Rechtskraft entfaltet. (Daß die sog. Interventionswirkung gemäß § 68 ZPO. über die normale Rechtskraftwirkung des § 322 ZPO. hinausgeht<sup>2)</sup>, ist eine positivrechtliche Besonderheit, die hier nicht interessiert.) Unter Umständen — im Falle der „Streitverkündung“ gemäß ZPO. §§ 72f. — kann der Beitritt eines bestimmten Dritten von einem der Streitteile erzwungen werden. Das heißt: Leistet der Dritte der an ihn ergehenden Aufforderung zum Beitritt nicht Folge, so tritt trotzdem Erstreckung der Urteilsrechtskraft auf ihn ein (ZPO. §§ 74 Abs. 3, 68); der fehlende Beitrittsakt des Dritten wird hier durch das zur Anwendung gelangende Gesetz ersetzt und der „Streitverkündete“ ohne seinen konkreten Willen in den Rechtsstreitkreis eingeschlossen.

Soll das Urteil gegenüber Dritten, die am Rechtsstreit nicht beteiligt waren (und auch keine prozessual vorgesehene Gelegenheit zum Beitritt gehabt haben), Rechtskraftwirkung entfalten, so bedarf es ausdrücklicher Bestimmungen der staatlichen Rechtsordnung, die solche Erweiterung der Geltungsgrenzen des Urteils anordnen. Erstreckung der Rechtskraft kraft Gesetzes findet regelmäßig — nicht ausnahmslos<sup>3)</sup> — statt bei den sogenannten konstitutiven Urteilen. Wo immer das eintritt, ist der Rechtserfolg, daß die Entscheidung „für und gegen alle“ wirkt (vgl. z. B. ZPO. § 629). Dadurch werden die betreffenden Urteils-sachverhalte der allseitigen Geltungskraft teilhaftig. Es tritt hier eine eigentümliche Rechtskreisentbundenheit der Urteilsnorm ein. Diese bleibt zwar auf

<sup>1)</sup> Völkerrechtliche Beispiele: Haager Abkommen zur friedlichen Erledigung internationaler Streitfälle vom 18. 10. 1907 Art. 84; Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale v. 13. 12. 1920, Art. 59; Deutsch-Polnisches Abkommen über Oberschlesien vom 11. 6. 1922 (RGBl. 1922 II, S. 237) Art. 591, 1.

<sup>2)</sup> Richtig HELMWIG, System des ZPR. I 1912 § 92 IV 2; FOERSTER-KANN, Komm. z. ZPO. I 1913 Anm. 2 zu § 68 mit Belegen.

<sup>3)</sup> Vgl. KISCH, Beiträge zur Urteilslehre 1903, S. 79.

das in den Rechtsstreit eingeführte Stück Sozialwirklichkeit — z. B. das Verhältnis der prozessierenden Ehegatten — bezogen. Sie kann aber gegebenenfalls jedem Dritten, dem gegenüber Bindung an die Urteilsnorm in Frage kommt, als seinen Willen begrenzende Individualrechtsordnung entgegengesetzt werden. Während bei Erstreckung der Rechtskraft des gerichtlichen Urteils auf normativ bestimmte Dritte (vgl. ZPO. §§ 325f.) nur diese einzelnen Rechtsgenossen in den erweiterten Wirkungskreis des Urteils hineingestellt werden, sind in den Fällen der Rechtskraftwirkung „für und gegen alle“ die Geltungsgrenzen von einem individuellen Personenkreis überhaupt abgelöst worden. Das dieser allseitigen Geltungskraft teilhaftige Urteil hat nicht nur die Normaußenwirkung einer extern anerkannten Rechtstatsache, sondern entfaltet die qualifizierte Außenwirkung (die Normfernwirkung) eines Rechtssachverhalts, der universell den gesteigerten Intensitätsgrad der Urteilsrechtskraft erreicht hat.

Wo das nicht der Fall ist, das Urteil nur die Prozeßparteien bindet, mangelt ihm darum doch eine Rechtsgeltung „nach außen“ keineswegs. Als an das Rechtsstreitverhältnis geknüpfte Rechtsrealität muß das Urteil, zur Rechtskraft erstarkt, von jedem Rechtsgenossen des Verbandes, dessen Gericht das Urteil fällte, anerkannt werden. Nicht etwa in dem Sinne, daß ein Dritter gehindert wäre, wenn es in einem neuen Prozesse auf die Richtigkeit des inter alios ergangenen Urteils (für den jetzt als Partei beteiligten Dritten) ankommt, zu behaupten, das erste Urteil war relativ, was das Parteiverhältnis jenes Prozesses angeht, unrichtig<sup>1</sup>). Die prozessuale Unbestreitbarkeit des rechtskräftigen Urteils ist spezifische Geltungswirkung gegenüber den durch das Urteil gebundenen Parteien; sie tritt in einem zweiten Rechtsstreite *de eadem re inter easdem personas* in der Weise in Erscheinung, daß der Richter von Amts wegen den Normsachverhalt, den der Erstrichter formte, zu berücksichtigen und unter Ablehnung jeden Eingehens auf parteiliche Rechtspräntionen, die sich als Angriffe auf die Norm jenes Urteils darstellen, seiner Entscheidung zugrunde zu legen hat. Diese Bindung des Richters (genauer: der ihn delegierenden Gesamtrechtsgemeinschaft, auf deren Willen auch die Rechtskraft des Vorurteils ruht) an die Rechtskraft des im Rechtsstreite zwischen A. und B. ergangenen Urteils besteht aber nicht in einem neuen Prozesse zwischen A. und C. oder gar C. und D., dessen Entscheidung von der Richtigkeit des Urteils zwischen A. und B. ganz oder teilweise abhängt. Es ist eine bemerkenswerte Eigentümlichkeit des gerichtlichen Urteils, daß es seine erhöhte, auf der rechtsgemeinschaftlichen Drittintervention, die zur diktierten Rechtskraft führt, beruhende Geltungskraft nur im Verhältnis zu den am Rechtsstreit beteiligten Rechtssubjekten, den Genossen des speziellen Rechtskreises, den die Individualrechtsordnung des Urteils beherrscht, entfaltet. Dritten gegenüber, extern hat das rechtskräftige Urteil lediglich den Geltungswert einer konkreten Rechtswirklichkeit von außerprozessualer Geltungskraft. Trotz richterlicher Feststellung eines Rechtssachverhaltes ist dessen präntionale Umformung und Bestreitung in einem neuen Rechtsstreite *inter non easdem personas* durchaus möglich. Die externe Rechtsgeltung des Urteilssachverhaltes erschöpft sich darin, daß er als Rechtstatsache mit der ihm eigenen (prozessualen) Relativität eines rechtskreisgebundenen konkreten Rechtes im Gesamtrechtskreise gilt und von jedermann zu werten ist. Die rechtsdogmatische Lage hinsichtlich der Normaußenwirkung ist im Wesen keine andere als bei außerprozessual gewordenen Rechtssachverhalten, die zufolge ihrer Rechtskreisbezogenheit norminhaltlich relative Wirkung haben und nach außen als bestreitbare Rechtstatsachen mit dieser Wirkung gelten. Wenn A und B über das Eigentum an der Sache x streiten, so ist, wenn B das Eigentum an x rechtskräftig zugesprochen wird, die Urteilsfeststellung, daß B

<sup>1</sup>) So (dem Text entgegengesetzt) MENDELSSOHN BARTHOLDY, Grenzen der Rechtskraft 1900, S. 303, 424f.; derselbe: Festschrift für FRANZ KLEIN 1914, S. 168 und DJZ. 1910 Sp. 190; dazu HEIM, Feststellungswirkung des Zivilurteils 1912, S. 213f. Vgl. auch oben S. 127.

im Verhältnis zu A Eigentümer ist, eine Rechtswirklichkeit, deren Sein, d. i. Rechtsgeltung in bezug auf das Parteienverhältnis A—B jeder Dritte gelten lassen muß<sup>1)</sup>. Jedes Urteil hat diese Normaußenwirkung einer aus Konkretisierung rechtsgemeinschaftlicher Rechtssätze hervorgewachsenen, extern gültigen Normrealität. Die „Rechtskraftwirkung“ des — richtigen oder unrichtigen — deklarativen Urteils dritten gegenüber ist nicht mehr und nichts anderes als die externe Rechtsgeltung eines zwischen den Rechtsgenossen X und Y geschlossenen Vertrages im Verhältnis zu außenstehenden, aber demselben Gesamtrechtskreis angehörenden Rechtssubjekten. Hier wie dort fehlt eine Bindung an die (urteilsmäßige oder rechtsgeschäftliche) Individualnorm in dem Sinne, daß der Dritte deren Geltung keinen präventionalen Widerspruch entgegensetzen könnte. Auch der Urteilssachverhalt als Norm inter partes ist extern bestreitbar, ist nur Träger einer von außen angreifbaren Gültigkeit. Unter Umständen (bei Unrichtigkeit des Urteils) ist der rechtskräftige Normsachverhalt, den die richterliche Entscheidung enthält, sogar in besonderem, über die Angreifbarkeit eines privat geformten Sachverhaltes prinzipiell hinausgehendem Maße extern entkräftbar. Es ist hier auf die oben S. 127 gemachten Bemerkungen zu verweisen; auf diesen Punkt wird noch später zurückzukommen sein. An dieser Stelle kam es nur darauf an festzustellen, daß konkrete Rechts-sachverhalte, gleichviel, ob sie Erzeugnisse freier parteilicher Willenseinigung sind oder ob ihr rechtliches Sein auf Geltungsverleihung von seiten eines intervenierenden Dritten beruht, auch wenn sie nicht universeller Rechtsgeltung teilhaftige sind, doch im Gesamtrechtskreise insofern „absolut“ wirken, als alle diesem größeren Kreise angehörenden Rechtssubjekte ihren norminhaltlich vorgezeichneten Geltungswert (dessen Intensitätsgrad verschieden groß sein kann) als intersubjektive Rechts-tatsache anerkennen müssen.

Kehren wir zum engeren Thema: die Normgenese des universelle Geltungs-kraft sukzessive gewinnenden Rechtssachverhalts im ersten Stadium — zurück!

b) Volle Anerkennung der parteilichen Vorarbeit im ersten Stadium der Norm-werdung des „absoluten Rechts“ seitens der höheren Rechtsgemeinschaft ist in verschiedenen historischsehenden Rechtssystemen zur Rechtswirklichkeit geworden. Zum Beispiel im modernen französischen Recht hinsichtlich des Eigentums-erwerbes von Mobilien auf Grund Kaufvertrages. Der Käufer erlangt nach Art. 1583 Code civil die Rechtsstellung eines Eigentümers der Kaufsache bereits mit Ab-schluß des Vertrages:

„Elle — sc. la vente — est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.“ (Vgl. auch den allgemeinen Satz des Art. 1138 C. c.)<sup>2)</sup>

Diese relative Berechtigung des Käufers gegenüber dem Verkäufer fließt als vom Staate bejahte Normwirkung aus dem Kaufvertrage, der jenen zum Eigentümer von Rechtswegen (de droit) macht. Die parteilich intendierte Rechtsverschiebung ist somit erreicht worden. Was dem Erwerber noch fehlt, ist absolute Wirksamkeit seines Erwerbes nach außen, allseitige Geltungskraft des seine Rechtsstellung fundierenden Sachverhaltes. Das Ziel einer Normfernwirkung des Eigentums liegt nicht auf der Linie formfreien, zur vertraglichen Willenseinigung der Parteien führenden Handelns. Die Rechtsstellung eines universell, soweit französisches Recht gilt, als Berechtigter geltenden Rechtssubjektes wird dem Käufer nur zuteil durch Ein-kleidung seines Rechtes in eine vom Gesamtrechtsverband für diesen Tatbestand nor-mativ geforderte Publizitätsform. Maßgebende Zeichennorm ist Art. 2279 Code civil:

<sup>1)</sup> Vgl. auch HELLWIG, Rechtskraft 1901, S. 30; STEIN, Komm. z. ZPO. I, S. 827.

<sup>2)</sup> Es ist hier nicht die streitige Frage zu untersuchen, ob und wie weit der Art. 1538 durch die Zulassung einer „revendication“ des Verkäufers im Falle des Art. 2102, 4, alinéa 2 eine Einschränkung („une dérogation implicite“ sagt M. PLANIOL, Traité élémentaire de droit civil t. II, 9. éd., 1923 N<sup>o</sup> 1549; anders COLIN-CAPITANT, Cours élémentaire de droit civil t. II, 4. éd., 1924, S. 821/2, cf. PLANIOL l. c. N<sup>o</sup> 1548) erfährt.

„En fait de meubles la possession vaut titre.“

Aus diesem Satz im Zusammenhalt mit den vorerwähnten Bestimmungen ergibt sich: Das durch die Individualrechtsordnung des speziellen Vertragsrechtskreises Verkäufer — Käufer normativ reflektierte Recht des letzteren an der Sache muß im Wege entsprechenden Tätigwerdens der Parteien (*délivrance—transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur* — seitens des Verkäufers gem. Artt. 1604, 1606) auf den Universalnennner der Rechtsgeltung: „*possession*“ gebracht werden, um kraft Rechtssatzes der Gemeinschaft als rechtskreisentbundenes Eigentum bewertet zu werden. Geltungsmäßig, was die extensive Behauptungsfähigkeit des konkreten Rechts angeht, ist der (formlose) Kaufvertrag parteiliche Vorarbeit, die den Erwerbstatbestand zwar perfiziert, aber in der Geltungsgenese des universell wirkenden Sachenrechts nur das erste Stadium abschließt. Der Staat erkennt diese von den privaten Rechtsgenossen geleistete, konkretisiertes Staatsrecht tatbestandlich fixierende Vorarbeit in vollem Umfange an. Als rechtskreisbegrenzte Individualnorm hat der Kaufvertrag die rechtsgeschäftlich vollendete Rechtskraft eines Erwerbstatbestandes, der dem Käufer die Rechtsstellung eines Eigentümers inter partes gewährt. Mit dieser inhaltlichen Beschränkung gilt der vertragliche Sachverhalt im Gesamtrechtskreise, hat den externen Geltungswert eines konkreten Rechts dieses speziellen Rechtskreises gegenüber jedermann. Damit hat der Käufer der Mobilität aber noch nicht, worauf er auf Grund des Vertrages Anspruch hat: Das (subjektive) Recht (an der Sache) mit Normfernwirkung im Gesamtrechtskreise. Diese Rechtsstellung erlangt er erst durch sinnliche Zuordnung der Sache (Besitzeinräumung). Das Haben der Sache bedeutet Haben des Rechts. So bestimmt die Staatsrechtsordnung im Art. 2279 Abs. 1. Alle Rechtsgenossen des Staatsrechtsverbandes müssen den Sachbesitzer kraft Zeichennorm als Rechtsträger in bezug auf den Besitzgegenstand (das Eigentum) gelten lassen. Das gilt auch im Verhältnis zweier Käufer zueinander, die dieselbe Sache nacheinander gekauft haben. Behauptungsfähig ist das rechtliche Haben dessen, der die „*possession réelle*“ der Sache hat, mag auch der andere vor ihm gekauft haben und damit relativ zum Verkäufer Eigentümer geworden sein: Art. 1141 C. c. Das Recht des Käufers auf Grund bloßen Vertrages ist durch eine zweite Verfügung des Verkäufers, der den Sachbesitz einem andern Gutgläubigen überträgt, zerstörbar.

Die „*possession*“<sup>1)</sup> ist im französischen Recht Ausdruck einer universalen Rechtsgeltung hinsichtlich des Rechts an Mobilien. Nicht entgegen Art. 2279 Abs. 2, der die Universalität der Rechtsgeltung nur in bestimmter Richtung einschränkt, indem er den Geltungswert der *possession* im Verhältnis zu gewissen Rechtssubjekten („*celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose...*“) für eine gewisse Zeitspanne herabsetzt<sup>2)</sup>.

Entsprechend der staatlichen Bewertung des parteilichen Handelns im ersten Stadium der Geltungsgenese von Rechten an Mobilien ist die Regelung über die Rechtswirkung von rechtsgeschäftlichen Verfügungen in bezug auf Immobilien gemäß dem französischen Gesetze vom 23. 3. 1855 sur la transcription en matière hypothécaire. Auch hier liegt der Erwerbssachverhalt vor der Eintragung in das Register; er besteht allein in dem rechtsgeschäftlich (oder auch richterlich) geformten Tatbestand<sup>3)</sup>. Auch ohne Transkription ist der konkrete Vorgang der Rechts-

<sup>1)</sup> Selicet „*de bonne foi*“. So mit Grund die h. M. der französischen Theorie und Praxis (Belege bei TOURNESAC, Application pratique de la maxime „En fait des meubles la possession vaut titre.“ Thèse, Paris 1913, S. 91/2. Vgl. auch COLIN-CAPITANT a. a. O. t. I, 3. éd., 1921, S. 912).

<sup>2)</sup> Dazu RAYMOND POINCARÉ, De la revendication des meubles en droit français, Thèse, Paris 1883, S. 236ff.

<sup>3)</sup> Zum zit. Ges. v. 1855 vgl. ZACHARIAE-CROME, Franz. Zivilrecht 1894 Bd. I, S. 588ff. und insb. COLIN-CAPITANT, a. a. O. t. I, 3. éd. 1921, S. 950ff. Die Änderung des Rechtszustandes in Frankreich durch zwei Gesetze vom 1. 3. 1918 und 24. 7. 1921, die die Register (Transkriptions- und Inskriptionsregister) abgeschafft haben. (vgl. PLANTOL a. a. O. 10. éd. t. I (1925) Nr. 2600) mag hier unberücksichtigt bleiben.

übertragung ein perfekter Rechtstitel, eine vollendete Normwirklichkeit, die dem Erwerber durch Normreflektierung den Rechtswert des Eigentums zuweist. Das Prinzip des Art. 1138 C. c. bleibt unberührt. Aber das Recht des Erwerbers entbehrt nach außen hin, dritten gegenüber in weitgehendem Umfange der Wirksamkeit. Erst Konkretisierung der formalen Vorschriften des gen. Gesetzes vom 23. 3. 1855 bewirkt die Drittprävention ausschließende Verstärkung der Rechtsgeltung zur universellen Gültigkeit des absoluten Rechts, das an die Geltungsgrenzen des Ursprungsrechtskreises nicht mehr gebunden ist. Vgl. Art. 3 l. c.:

„Jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles précédents ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois.“

Der Rechtsgestaltung, wie sie sich auf Grund des Transkriptionssystems für den Immobilienverkehr ergibt, ist hier im einzelnen nicht nachzugehen. Wir werfen einen Blick auf den fraglichen Sachverhalt des französischen Rechtes, weil er ein Beispiel bildet für die rechtsdogmatische Möglichkeit eines stufenweisen Aufbaus der Normwerdung absoluter Rechte. Und zwar in der Weise, daß ein erstes Stadium der Geltungsgenese zum Ergebnis eines rechtskreisgebundenen, extern anerkannten Rechtssachverhaltes führt, während der Enderfolg eines universell wirkenden Rechts, das sich gegenüber Drittpräventionen in bezug auf seinen Normbestand grundsätzlich behaupten kann, erst durch Einkleidung des Tatbestandes in normativ bestimmte Publizitätsformen (mit oder ohne personale Assistenz der Gesamrechtsgemeinschaft) erreicht wird.

Verwandt der uns im französischen Recht (dem die meisten romanischen Staaten folgen) begegnenden Rechtsgestaltung ist in dem uns hier interessierenden Punkte der extensiven Geltungsgenese die Sachlage hinsichtlich der Grundstücksverfügungen im römischen Ägypten. MITTEIS<sup>1)</sup> hat durch überzeugende Ausdeutung der ihm vorliegenden Quellen wahrscheinlich gemacht, daß die Rechtsauffassung der in Betracht kommenden Zeit dahin ging: Der Rechts-erwerb war inter partes vor Eintragung in die *βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων* vollendet. Die Eintragung entsprach in ihrer Rechtswirkung der Transkription (bzw. Inskription) des französischen Rechtes. Die *βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων* war demnach kein Grundbuch in unserem Sinne und dem des Schweiz. ZGB. (Artt. 942 ff., insb. Art. 971/72). Der Rechtserwerb war an die formale Verlautbarung im behördlich geführten Buche nicht geknüpft; diese bewirkte lediglich eine Geltungsverstärkung in extensiver Richtung, wodurch zugleich die Geltungsintensität erhöht wurde.

Der gleiche Gedanke fand im preußischen Gesetz über den Eigentumserwerb vom 5. Mai 1872 seinen Ausdruck, wo es im § 12 heißt:

„Dingliche Rechte an Grundstücken, welche auf einem privatrechtlichen Titel beruhen, erlangen gegen Dritte nur durch Eintragung Wirksamkeit und verlieren dieselbe durch Löschung.“

Diese Bestimmung entkleidet bereits wirksam entstandene Sachenrechte — nicht Hypotheken und Grundschulden: § 18 l. c. — wenn sie nicht zur Eintragung gelangt sind, ihrer universellen Geltungskraft. Sie verlieren damit den Charakter „absoluter“ Rechte. Das nicht eingetragene Recht besteht zwar, ein Dritter braucht es aber nicht gegen sich gelten zu lassen, gleichviel, ob er von der Existenz dieses Rechts Kenntnis hat oder nicht hat. Auf Redlichkeit des Dritten kommt es hier nicht an<sup>2)</sup>; dem Rechtssachverhalte mangelt objektiv die Rechtsaußenwirkung eines absoluten Rechts. Das Verhalten eines außerhalb der Rechtskreisgrenzen der Individualnorm stehenden Rechtsgenossen kann die Geltungsgrenzen nicht verrücken.

In den letzterörterten Fällen liegt es so, daß die als Endziel erstrebte allseitige Rechtsgeltung des konkreten Rechtssachverhaltes in zwei getrennten Etappen erreicht wird. Die Geltungsgenese zerfällt in Stadien durchaus unterschiedenen rechtlichen Gehaltes. Die rechtsinhaltsliche Gestaltung des Sachverhaltes ist mit Abschluß der ersten Phase parteilichen Handelns geleistet. Mehr noch: das geistige Produkt des ersten Stadiums der Normwerdung hat bereits den Wert einer intersubjektiven Rechtswirklichkeit. Der Rechtssachverhalt „ist“ bereits im Rechtssinne,

<sup>1)</sup> Sitzungsberichte der Leipz. Akademie 1910, S. 249 ff., vgl. denselben, Grundzüge der Papyruskunde 1912, S. 106 ff., 109; ferner PARTSCH, Archiv f. Papyrusforschung, Bd. 5, S. 495 und E. WEISS, Griech. Privatrecht I 1923, S. 273.

<sup>2)</sup> Vgl. DERNBURG, Preuss. Privatrecht 4. Aufl., Bd. I 1884 § 275, S. 701; FÖRSTER-ECCIUS, Preuß. Privatrecht, 6. Aufl., Bd. III 1892, S. 336.

nachdem ihm auch die Anerkennung der Gesamtrechtsgemeinschaft zuteil geworden ist. Was hinzukommen muß, ist die qualifizierte Rechtsaußenwirkung gegen Dritte, die dieser Rechtsformung entgegenstehende Rechtspräventionen erheben. Diese beiden Modi der Rechtsgeltung: Norminnenwirkung gegenüber den Genossen dieses speziellen Rechtskreises mit externer Geltung auf Grund rechtsgemeinschaftlicher Anerkennung und universale Normfernwirkung im Sinne einer infolge staatlicher Abstempelung allseitig wirkenden, mit einem Zwangskurse ausgestatteten und dadurch (mehr oder minder vollkommen) gegen Drittangriffe gesicherten Rechtskraft, — sind in der Wesensstruktur jedes absoluten Rechtes begründet. Daran ändert nichts, daß unter Umständen das Endziel universaler Rechtsgeltung mit einem Schritte erreicht wird. Die Doppelschichtigkeit des Vorganges bleibt bestehen.

§ 10 der Verordnung über die Errichtung der Deutschen Rentenbank vom 15. 10. 1923<sup>1)</sup> beschreibt ganz korrekt, wenn er sagt: „Die Grundsuld bedarf zu ihrer Entstehung sowie zur Wirksamkeit gegenüber Dritten nicht der Eintragung.“ Die Grundsuld wird von der Rentenbank kraft Gesetzes gemäß § 6 l. c. erworben. Die zulässige Eintragung im Grundbuch fügt der Rechtsgeltung nichts hinzu. Der Entstehungstatbestand für das absolute Recht der Grundsuld ist zugleich Quelle der Universalität ihrer Rechtskraft. Die Geltungsgenese ist hier phasenlos. Daß trotzdem eine rechtliche Doppelwirkung vorliegt, bringt § 10 l. c. zutreffend zum Ausdruck.

2. Relation und Rechtsinhalt der beiden Stadien des Werdensprozesses universell geltender Rechtssachverhalte sind keine unabänderlichen Größen. Es bestehen hier weitgehende Variationsmöglichkeiten. Es steht der Rechtsordnung des höheren Rechtsverbandes frei, wie hoch sie das Ergebnis der parteilichen Vorarbeit des ersten Stadiums intersubjektiv (geltungsmäßig) bewerten will. Ein striktes Entweder — Oder: volle Rechtswirksamkeit der rechtskreisgebundenen Norm inter partes oder keine Anerkennung des der Publizitätsform entbehrenden parteiseitig vorgeformten Erwerbstatbestandes ist keine Wesensnotwendigkeit. Denkbar ist jedenfalls, daß hier ein Mittelweg eingeschlagen wird: Die auf das Endziel der Gewinnung universeller Rechtsgeltung gerichteten Willensakte der Rechtssubjekte, die eine das Haben eines Teiles rechtfertigende Vertragsrechtsordnung statuiert haben, sich mit der Rechtswirkung inter partes aber nicht begnügen wollen, werden als Aktkonstituenten einer Rechtsgeltung minderer Dignität seitens der Gesamtrechtsgemeinschaft anerkannt, nachdem sie intersubjektive, den Publizitätsnormen aber nicht entsprechende Verlautbarung gefunden haben. Die Rechtsordnung der Gesamtrechtsgemeinschaft beschränkt sich hier darauf, dem (vom Endpunkt der Universalgeltung aus gesehen) unvollkommen geformten, auf der ersten Phase der Geltungsgenese stehengebliebenen Sachverhalt einen reduzierten Geltungswert beizulegen. Die Reduzierung besteht in einer Herabsetzung der bindenden Kraft, einer Abschwächung der Normwirkung des konkreten Rechtes. Das rechtliche Sein eines solchen Sachverhaltes ist — jedenfalls in der primär intendierten Richtung — nicht unaufhebbar, sondern im Gegenteil brüchig. Es gibt ein Vorwärts: zur Erhebung des Sachverhaltes auf die Stufe universeller Rechtskraft als dem Endziel, vor dem als Nahziel die Gewinnung relativer, jedoch unbrechbarer Rechtskraft inter partes stehen kann. Und es gibt ein Zurück: Indem eine Partei die ihr durch die Individualrechtsordnung auferlegte Bindung, ihren Unterwerfungsakt zurückziehend, abstreift, dadurch den Normwert des Tatbestandes als einer zum Rechtserwerb führenden Realität zerstörend.

<sup>1)</sup> RGBl. 1923 I, S. 963. Ganz im gleichen Sinne formuliert das Industriebelastungsgesetz vom 30. 8. 1924 (RGBl. II, S. 257) bezgl. der „öffentlichen Last“ (§1) im § 41 Abs. 4: „Die öffentliche Last bedarf zu ihrer Entstehung und Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben nicht der Eintragung in das Grundbuch oder Register.“



Solch' „halbe“ Bejahung der privaten Rechtsgestaltung durch die Gesamtrechtsgemeinschaft bezieht sich keineswegs „bloß“ auf die Rechtsaußenwirkung, so daß die Norminnenwirkung dem fraglichen Rechtssachverhalt ungeschmälert erhalten bliebe. Jede Reduktion der externen Rechtsgeltung einer Individualnorm, die konkretisiertes abstraktes Recht des Gesamtrechtsverbandes darstellt, reduziert notwendig die interne Geltungskraft. Das folgt aus dem oben S. 145 Bemerkten. Ist die externe Rechtsgeltung brüchig, so mangelt dem Sachverhalt auch inter partes die Kraft unzerreißlicher Bindung.

Anders natürlich, wenn die Parteien primäres Individualrecht gesetzt haben. Dann war es ihre Sache, souverän (da ihnen der höhere Rechtsverband diese Rechtsautonomie einräumte) zu bestimmen, ob und wieweit der Sachverhalt eine nachgiebige Seinsform erhalten sollte. Die Stellungnahme der Gesamtrechtsgemeinschaft bestätigt, auch wenn sie schlicht bejahend ausfällt, nur in dem Umfange die Innenwirkung des autonom gesetzten Rechtes, als die Parteien selber sich ihm willentlich unterworfen haben. Handelt es sich allerdings bei dieser Rechtssetzung im rechtsfreien Raume um einen Sachverhalt, der der universellen Rechtsgeltung im größeren Gesamtrechtskreise teilhaftig werden soll, so sind die Parteien auf die externe Rechtsgeltung angewiesen, welche die Gesamtrechtsgemeinschaft von Bedingungen abhängig machen und beliebig reduzieren kann.

In der Richtung der Abschwächung der Rechtsgeltung kann man weit oder weniger weit gehn. Allgemein läßt sich nur sagen, daß eine gewisse untere Grenze nicht überschritten werden darf. In der Geltung eines Sachverhaltes ist seine rechtliche Existenz beschlossen. Von einem rechtlichen Sein kann nicht mehr gesprochen werden, wenn der Willenshauch eines normbeteiligten Rechtssubjektes die Seinsform zerstören, das Recht auslöschen kann. Wo aber liegt die Grenze, die Recht von Nichtrecht scheidet? Welches Kriterium haben wir dafür, ob ein rechtlich gestalteter Sachverhalt noch als normativer zu beurteilen ist? Es steht die Behauptungsfähigkeit einer Individualnorm gegenüber den Angriffen der den speziellen Rechtskreis bildenden Rechtssubjekte zur Diskussion. Uns liegt hier der Tatbestand vor, daß eine parteiliche Rechtsformung, weil den formalen Willensverlautbarungsbestimmungen der Rechtsordnung des höheren Rechtsverbandes nicht entsprechend, von diesem nicht als vollgültig anerkannt wird. Diese Abschwächung der bindenden Kraft der betreffenden rechtsgeschäftlichen Normen muß sich auch inter partes im aktmäßigen Fundament des Sachverhaltes abzeichnen, tatbestandlich auf irgendeine Weise zum Ausdruck kommen:

Der Übertritt vom primären Stadium der Geltungsgenese des universeller Gültigkeit entgegenzuführenden Rechts in das sekundäre Endstadium ist von Willensakten der Parteien abhängig, die diese Hinaufhebung des selbstgezeugten Sachverhaltes auf die höhere Stufe der Rechtskraft, die nur durch Offenlegung ihrer privaten Vorarbeit vor dem Forum der Gesamtrechtsgemeinschaft erreicht werden kann und zur Rechtskreisentbindung der Individualnorm in geltungsmäßiger Hinsicht führt, intendieren. Es liegt nahe, daß die Parteien ihre Leistung, solange nicht die zur Gewinnung der Universalgeltung erforderlichen Schritte getan sind, als etwas Vorläufiges ansehen und sich erneute, endgültige Stellungnahme vorbehalten. Erst die Einkleidung des Tatbestandes in die vorgeschriebene Publizitätsform bzw. die Inaugurierung dieser Einkleidung seitens der Parteien (wenn personale Mitwirkung der Gesamtrechtsgemeinschaft stattfinden soll) bringt die private Rechtsgestaltung aktmäßig zum Abschluß. Was davor liegt, kann zwar schon den vollen Geltungswert einer externer Anerkennung teilhaftigen rechtskreisgebundenen Rechtswirklichkeit haben. Abschwächungen der bindenden Kraft der Individualnorm liegen aber gerade in der ersten Phase der Normwerdung nahe. Die Parteien wollen sich, ehe den Publizitätsvorschriften nicht genügt ward, nur unter Vorbehalt, nicht ein für allemal binden. Und die Rechtsordnung der größeren Gemeinschaft nimmt diese

halbe Bindung zur Kenntnis, erkennt sie als solche an, stellt vielleicht abstrakte Rechtssätze auf, deren Konkretisierung zum Rechtserfolg solch' abgeschwächter Rechtsgeltung inter partes führt.

Die Reduzierung der Bindungskraft parteilich gesetzten — sekundär oder primär geltenden — Rechts darf nicht dahin führen, daß entgegen der Norm des Rechtsgeschäftes völlig freie Lossagung einer Partei von der ihr rechtsgeschäftlich auferlegten Bindung möglich wird. Von Rechtsgeltung kann nicht mehr die Rede sein, wo die Willensbindung der der Individualrechtsordnung des Rechtssachverhaltes unterstellten Rechtsgenossen durch einseitigen Willkürakt des Einzelnen, der den von ihm als Aktkonstituente geleisteten Unterwerfungsakt zurückzieht, aufgehoben werden kann. Als Kriterium dafür, ob Geltung einer Norm im Rechtssinne besteht oder nicht besteht, ist anzusehen: Wird die einseitige Lossagung eines normbeteiligten Rechtsgenossen als Normbruch gewertet oder nicht. Das erstere muß der Fall sein, wenn anders der angegriffene Normbestand Rechtsgeltung hatte. Es liegt in diesen Fällen reduzierter Geltung so, daß der Lossagungsakt eines normativ gebundenen Rechtsgenossen zwar zum Erfolge führt insofern, als er die norminhaltlich bestimmte Willensbindung zerstört, aber den Angreifenden doch nicht von jeder Gebundenheit an die vertragliche Rechtsordnung befreit. Die Partei ist hier zwar rechtlich im Stande, dem Sachverhalt die Rechtswirkung eines Erwerbstatbestandes zu nehmen. Aber dieser Normbruch zieht Rechtsfolgen nach sich, die im Vertragssachverhalte selber normiert sind. Die angegriffene Norm ist brüchig und einseitig — nicht nur, wie jedes Recht, *contrario consensu* — aufhebbar. Es handelt sich dabei um Aufhebbarkeit in einem besonderen und beschränkten Sinne:

Nicht zu denken ist hier an die Fälle, in denen Selbstbefreiung von der vertraglichen Bindung den Parteien ausdrücklich erlaubt ist, weil eine Willensbindung von vornherein nur bedingt — unter Rücktrittsvorbehalt, Recht zum Widerruf, Klausel „freibleibend“ — stattfand. Da beruht die Schwäche der Vertragsnorm auf beiderseits gewollter Reduktion der bindenden Kraft des Vertrages. Dieser ist als einseitig aufhebbarer geschaffener worden; seine normative Schwäche wurzelt im Tatbestande selber. Form und Inhalt sind kongruent. Von einem Normbruch der Partei, die von der ihr vertraglich vorbehaltenen Möglichkeit, die Normbindung zu lösen, Gebrauch macht, kann keine Rede sein.

Anders, wenn Weiterführung des Rechtssachverhaltes zum Endziel einer rechtskräftigen, allseitigen Rechtsgeltung teilhaftigen Rechtsnorm parteilich gewollt ist, dies auch in der vertraglichen Rechtsordnung normativen Ausdruck gefunden, das Vertragsrecht aber nicht die Kraft hat, sich gegenüber dem sich auflehenden Individualwillen eines Kontrahenten zu behaupten. Der Fall parteilichen Normangriffes kann tatbestandlich vorgesehen sein. Nicht in der Weise, daß dem in Frage kommenden Kontrahenten im Verträge ein Rücktrittsrecht eingeräumt wäre (der Fall kommt hier nicht in Betracht). Wohl aber wird die Möglichkeit eines parteilichen Rechtsbruchs bei der Tatbestandssetzung schon ins Auge gefaßt und hinsichtlich der dann platzgreifenden Rechtsfolgen normiert. Der Rechtssachverhalt legt rechtsinhaltlich eine Regelung fest, die eine unbedingte und eindeutige Willensbindung der beteiligten Rechtssubjekte ergibt. Das auf den normierten Sozialsachverhalt bezügliche Verhalten der Kontrahenten ist rechtssatzmäßig gebunden, nachdem der rechtsgeschäftliche Tatbestand durch Unterwerfungsakte der Parteien Normcharakter erlangt hat. Aber bereits im Stadium der Tatbestandsformung stellen die betreffenden Rechtssubjekte in Rechnung, daß die Vertragsnorm nicht volle Behauptungsfähigkeit gegenüber normverneinenden Parteiprätentionen haben wird. Die voraussehbare Brüchigkeit der speziellen Vertragsrechtsgeltung, deren beschränkte Norminnenwirkung den einschlägigen Rechtsnormen der Rechtsordnung des höheren Rechtsverbandes entspricht, veranlaßt hier die Vertragsschließenden das rechtlich mögliche Ereignis

künftigen Bruches der Individualnorm seitens einer Partei im Tatbestande zu berücksichtigen und seine normative Bedeutung für die Rechtsbeziehung der Kontrahenten festzulegen. Geschieht das, so wird damit der normative Charakter des konkreten Rechts, dessen Angreifbarkeit anerkannt wird, keineswegs negiert. Die Individualrechtsordnung des Vertrages steht als *lex* über den Vertragsgenossen. Als eine *lex* freilich, der die Vollendung einer mit unbrechbarer, der Individualwillkür trotzendem Rechtskraft ausgestatteten Normwirklichkeit mangelt. Das „minus“ an Geltungskraft ist im Sachverhalte selber normiert; es ergibt sich aus der vertraglich festgesetzten Wirkung parteilichen Normbruchs.

Der Grad der „Geltungsentwertung“ findet seinen — häufig ziffernmäßigen — Ausdruck in der dem primären Normbestand des Vertrages angefügten (Sanktions-)Norm über die Rechtsfolgen der Lossagung einer Partei von ihrem rechtskonstituierenden Wort. Diese zweite, inhaltlich auf den Grundnormbestand des Sachverhaltes rückbezügliche Rechtsnorm hat nicht teil an der der vertraglichen Individualrechtsordnung im übrigen anhaftenden Brüchigkeit der Seinsform. Inso weit kommt dem Vertrage der Geltungswert eines in vollem Umfange extern anerkannten Rechtssachverhaltes zu.

Uns geht hier eine sogenannte Rechtsgestaltung nur als Vorstadium der Normwerdung „absoluter“ Rechte an<sup>1)</sup>. Beziehen wir das Gesagte auf diese spezielle rechtsgenetische Sachlage, so ergibt sich: Vor dem Rechtssachverhalt mit universeller Geltung im Gesamtrechtskreise, mit Normfernwirkung gegenüber sämtlichen Rechtsgenossen der höheren Rechtsgemeinschaft, zufolge welcher Wirkung das rechtliche „Haben“ des Erwerbers als ein Recht von richtungsloser Reaktionsfähigkeit erscheint, liegt als Erzeugnis privater Rechtsgenossen die rechtskreisgebundene Norm des Vertrages, der in seiner Eigenschaft als Erwerbstitel nicht den Grad präentionsabgewandter Rechtskraft erreicht hat. Die Schwäche der Seinsform des Vertragsrechts beruht hier darauf, daß gewissen Forderungen hinsichtlich der sinnlichen Willensfixierung von den Parteien nicht Genüge geleistet worden ist. Die Gesamtrechtsgemeinschaft hat sich aus dem Grunde mit einer bedingten Anerkennung der (primären) Vertragsnorm begnügt, was sich intern durch die mangelnde Behauptungsfähigkeit des Erwerbssachverhaltes gegenüber normwidrigen Parteipräntionen bemerkbar macht.

Die skizzierte Rechtsgestaltung bewirkt eine Zerlegung des ersten Stadiums der Normwerdung in zwei getrennte Phasen der Entwicklung. Mit Abschluß der ersten Phase ist ein vertraglicher Rechtssachverhalt hergestellt, dessen normative Primärfunktion durch seinen rechtlichen Sinn eines Erwerbstatbestandes gekennzeichnet, in seiner Auswirkung und Weiterwirkung aber durch die Brüchigkeit der Seinsform gehemmt ist. Es hängt vom Parteiwillen ab, ob der Vertrag tatbestandlich fortentwickelt wird und die zweite Phase seiner Genese zur Verwirklichung kommt. Versagt sich eine Partei dieser Weiterführung des Sachverhaltes, die zur Emporhebung der Vertragsnorm zu einem Erwerbstatbestande mit extern anerkannter Rechtskraft *inter partes* führt, so zerbricht sie die Seinsform des solches Ziel normativ intendierenden primären Vertragsbestandes. Der Zusammenbruch der Vertragsrechtsgeltung ist aber kein totaler. Denn nun tritt die auf diesen Fall der parteilichen Losreißung vom Bande der Primärnorm eingestellte sekundäre Norm in Funktion. Die der primären Bindung sich entziehende Partei konkretisiert die in der vertraglichen Rechtsordnung enthaltene und voll rechtskräftige Bestimmung über die normative Rückwirkung dieses Normbruches. Nach erfolgter Lossagung eines Kontrahenten von der ihm vertraglich in primärer Hinsicht auferlegten Wil-

<sup>1)</sup> Es handelt sich bei dem gekennzeichneten Modus abgeschwächter Rechtsgeltung um ein rechtsdogmatisches Phänomen von großer Bedeutung, das sich durchaus nicht nur in dem besonderen, hier zur Erörterung stehenden Sachzusammenhang auswirkt. Aber das Problem in seiner Totalität kann erst aufgerollt werden, wenn wir von den Graden der Rechtsgeltung sprechen.

lensbindung findet eine Liquidierung des gesamten Rechtssachverhaltes zu Lasten des Normbrüchigen statt, wobei sich das Maß aus dem tatbestandlich festgelegten „Geltungsentwertungsfaktor“ ergibt.

Bei sogearterter Gestaltung der Rechtsgeltungsgenese besteht eine Dreistufigkeit der Normwerdung. Die Rechtsordnung des Gesamtrechtsverbandes entschließt sich nicht, der parteilichen Vorarbeit den Geltungswert schlechthin abzusprechen. Sie erkennt die, wenschon der zur Erzeugung universell wirkenden Rechts erforderlichen Publizität entbehrende Rechtsformung privater Rechtssubjekte als rechtsgültigen Erwerbssachverhalt mit Norminnenwirkung im speziellen Rechtskreis der Kontrahenten an. Sie verlangt aber als Voraussetzung dieser ihrer positiven Stellungnahme, daß der rechtsgeschäftliche Tatbestand, wenn auch nicht durch Zeichennormen fixierte sinnliche Daten enthaltend, doch einen gewissen Mindestinhalt an Faktizität aufweist. Die Fakten, deren Vorliegen gefordert wird, sind Tatbestandsstücke, die für den Aufbau des Rechtsgeschäfts essentiell sind, und, wenn nicht gegeben, dessen Geltung (mehr oder minder weitgehend) entwerten. Es ist Sache des positiven Rechtes zu bestimmen, welchen rechtsgeschäftlichen Bestandstücken es diese Bedeutung geltungsmäßiger Erheblichkeit beilegen will. Die Wirkung ist die, daß ein rechtsgeschäftlicher Tatbestand, der nicht das rechtlich geforderte Maß an inhaltlicher Vollendung, aus der auf endgültige normbejahende Willenshaltung der Kontrahenten geschlossen werden kann, aufweist, die unaufhebbare Rechtskraft einer von bindend vollzogenen Unterwerfungsakten der Parteien getragenen Rechtswirklichkeit nicht erlangt. Die Rechtsgeltung solchen Rechtsgeschäfts bleibt vielmehr auf dieser ersten Phase brüchig.

Wo begegnen wir in der rechtshistorischen Wirklichkeit Sachverhalten, die rechtlich der von uns dargelegten Dreiphasenlehre normgenetisch entsprechen? Das hellenistische Kaufrecht bietet ein einleuchtendes Beispiel:

Dort bedarf das Kaufgeschäft, um dem Erwerber (Käufer) eine Dritten, nicht am Vertrage Beteiligten gegenüber wirksame Rechtsstellung zu verschaffen, die ihn befähigt, sich gegen Drittpräntionen erfolgreich zu behaupten, der Einkleidung in eine der von der Gemeinschaft jeweilig vorgeschriebenen Publizitätsformen (z. B. Verkauf unter Heroldsruf, *ἀναγοράη*<sup>1)</sup>). Erst die Konkretisierung der einschlägigen Zeichennormen des Gesamtrechtsverbandes, dessen Rechtsordnung normative Formgebundenheit des rechtsgeschäftlichen Willensbestandes fordert, entbindet den Erwerbstatbestand der geltungsmäßigen Begrenzung auf den Vertragsrechtskreis. Erst aufgrund Vollzuges der zur Publizierung des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes erforderlichen Parteiakte und darauffolgender Formung des konkreten Rechts in normativer Gebundenheit unter (regelmäßig personaler) Beteiligung der Gesamtrechtsgemeinschaft rückt der Erwerber in die „*κτῆσις*“ ein, kraft deren er ein universell wirkendes Recht am Kaufgegenstände „hat“.

Aber schon in einem früheren Stadium wird der Kaufvertrag, obwohl die Publizitätsform noch nicht erfüllt ward, vom Gesamtrechtsverbande als rechtsgeschäftlicher Erwerbstitel anerkannt. Sobald nämlich der Kaufpreis gezahlt ist, hat der Vertrag volle Rechtskraftwirkung inter partes: Ein Rückgriff des Verkäufers auf die verkaufte Sache, d. h. eine Präntierung seines alten Herrenrechtes, dessen gerichtliche Geltendmachung gegenüber dem Käufer (durch *δίκη πρὸς τὸν ποιῶμενον*), ist ausgeschlossen; dem steht die Rechtskraft des Kaufvertrages — *ἡ ὄνη καὶ ἡ προῶσις νορία* — entgegen. Vgl. Pap. Hal. I. 252 ff.<sup>2)</sup>:

<sup>1)</sup> Vgl. THEOPHRAST bei STOBÆUS, Florileg. 44, 22 ed. MEINECKE (= OTTO HENSE, STOBÆUS Bd. IV, S. 127 ff. Nr. 20), §§ 1 und 2; dazu zusammenfassend PARTSCH, Festschrift für O. LENEL 1923, S. 77 ff.

<sup>2)</sup> In der Lesung von A. B. SCHWARZ, Homologie und Protokoll (S.-Abdr. aus der Festschrift für Zitelmann 1913) S. 53 Anm. 2 und FEIST-PARTSCH-PRINGSHEIM-SCHWARTZ, Arch. f. Papyrusforschung, Bd. VI, S. 350/51; dazu auch E. WEISS, Griech. Privatrecht Bd. I (1923), S. 215 Anm. 81 mit Lit.

„[Ἐπειδὴν δὲ δῶι τὸ ἀμφοῦριον ὁ πωλῶν καὶ ἀπο[λάβῃ τὴν τιμὴν, μὴ] ἔστω αὐτῷ πρὸς τὸν προῖαμενον δίηκ μηδ' [εἰμὶα ἀμφοῦρὸς τῆς] γῆς ἢ τῆς οἰκίας ἢ τῶν οἰκοπέδων.“

Mit Zahlung des Kaufpreises ist die parteiliche Vorarbeit des ersten Stadiums der Geltungsgenese im oben erörterten Sinne vollendet und damit ein von der Gesamtrechtsgemeinschaft mit vollkommener Norminnenwirkung inter partes ausgestattetes konkretes Recht erzeugt worden, das in der Person des Erwerbers als Eigentum mit relativer Geltungskraft gegenüber dem Veräußerer und der absoluten Normaußenwirkung eines rechtskreisgebundenen, externer Gültigkeit teilhaftigen (subjektiven) Rechts reflektiert.

Diesen Rechtsgedanken bringt im sogenannten CHARITON-Roman<sup>1)</sup> der Käufer (einer Sklavin) LEONAS anschaulich zum Ausdruck, indem er sagt:

„Ἐκεῖ δὲ συμβαλόντες ἀλλήλοις ἔργῳ μὲν τὴν προῖαν ἀπηρτίκαμεν· ἐγὼ γὰρ ἐκείνῳ τάλαντον δέδωκα· δεῖ δὲ ἐπιταῦθα γενέσθαι νομίμως τὴν καταγραφὴν.“

Der Gegensatz von *ἔργῳ* und *νομίμως* ist der von rechtsfaktischer Gestaltung des Geschäftes durch die Parteien zu dessen formgebundenem Vollzuge in Anwendung der formalen Verlautbarungsnormen des Gesamtrechtsverbandes. Die formlose parteiliche Vorarbeit hat nicht bloß den Wert und Charakter einer Tatbestandssetzung. Sie ist ein vom Willen (der Kontrahenten) zur Norm getragenes Rechtsgeschäft, das auf Akte der Unterwerfung unter sein Individualrecht gestellt ist. Dem entspricht die Wertung, welche die staatliche Rechtsgemeinschaft dem *ἔργῳ* vollzogenen Kaufvertrage entgegenbringt: Haben die Parteien das Geschäft, was ihr Verhältnis angeht, tatbestandlich durch Kaufpreiszahlung — als solche ist im vorliegenden Falle die Hingabe des *τάλαντον* zu werten<sup>2)</sup> — vollendet, so hat der Käufer dem Verkäufer gegenüber das unangreifbare „Haben“ eines Eigentümers erlangt. Was dem Sachverhalt, solange die gesetzlich vorgeschriebene Geschäftsform — Ausstellung der *καταγραφὴ* — nicht erfüllt worden ist, fehlt, ist die Normfernwirkung eines universell geltenden Rechts.

So ist es zu verstehen, wenn der Käufer L. (B, 1, 8) ausruft: „ἀπολόλεκά σοι, δέσποτα, τάλαντον“, nachdem der Veräußerer vor Ausstellung der *καταγραφὴ* das Weite gesucht hat. Da der Käufer nur ein inter partes wirksames Eigentum an der Sklavin erworben hat, kann er sich in seinem rechtlichen Haben einem Dritten gegenüber, der besseres Recht prätendiert, dem die Sklavin vielleicht gestohlen war, nicht behaupten. Daran ist hier gedacht (Äußerung des *δεσπότης* a. a. O.: „Ἀνδροποδιστῆς ἄρα ἦν, καὶ ἄλλοτρίαν σοὶ πέπρακε δούλην διὰ τοῦτο . . .“), wenn davon gesprochen wird, der mit der Preiszahlung beabsichtigte Rechtserfolg — eben die Erlangung der Rechtstellung eines Eigentümers inter omnes — sei nicht eingetreten. Wäre dem Käufer dagegen die *καταγραφὴ* vom Verkäufer ausgestellt und nebst den Erwerbsdokumenten (*ἀσφαλεία προκτημικαί*) ausgehändigt worden, so könnte er sich Drittpräventionen gegenüber auf sein „verbrieftes Recht“ stützen; es wäre dann Sache des Dritten, die Richtigkeit des Erwerbstitels zu widerlegen und damit die den Erwerber begünstigende, dokumentarische Universalrechtsgeltung als scheinbare, als Leerform eines absoluten Rechts darzutun.

Der bloß *ἔργῳ* vollzogene Vertragssachverhalt stellt sich gegenüber der in die Publizitätsform gekleideten Rechtswirklichkeit als ein konkretes Recht geringeren Geltungswertes dar, da ihm die allseitige Geltungskraft mangelt.

Die inter partes intakte Rechtsgeltung erfährt nun nach der im hellenistischen Rechtskreis herrschenden Auffassung eine wesentliche Abschwächung, die zur Reduzierung der Seinsform als solcher (d. h. auch in Hinsicht auf die Norminnenwirkung des Vertragsrechtes) führt, wenn das Tatbestandsmoment der Kaufpreiszahlung nicht gegeben ist. Dieser Erwerbssachverhalt minderer Dignität ist das Arralgeschäft des hellenistischen Rechts, das die griechischen Quellen als selbstän-

<sup>1)</sup> HERCHER, *Scriptores erotici graeci* (Bibl. Teubn.) II B, 1, 4.

<sup>2)</sup> Das ergibt sich sowohl aus der angeführten Stelle als aus B, 6, 2 („τάλαντον γὰρ αὐτὴν ἐποιάμην“) und E, 7, 4 („Γυναικὰ τοιαῦτα ὀνομάζειν, ἢν ἀπέδοτό σοι τάλαντον Θήρων . . .“). Richtig FREUNDT, *Wertpapiere* I. S. 44 ff., PARTSCH, *Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie* 1916, 10. Abh. S. 15 Anm. 2 gegen PRINGSHEIM, *Kauf mit fremdem Gelde* 1916, S. 39 Anm. 3.

digen Vertrag vom Barkauf — der *ὄνη καὶ προᾶσις* — sondern<sup>1)</sup>. Schon mit Hingabe des Handgeldes und dessen Hinnahme seitens des Verkäufers ist eine rechtliche Bindung der Kontrahenten erzielt. Nicht in der Art freilich des römischen „Konsensualkaufes“. Kein Teil kann vom Gegner Vertragserfüllung im Sinne der *emptio venditio* — Eigentumsübertragung, Zahlung des Kaufpreises — verlangen. Es gab nach griechischem Recht keine *actio venditi*, keinen obligatorischen Anspruch auf Zahlung des Preises<sup>2)</sup>, so wenig wie umgekehrt dem Käufer ein Lieferungsanspruch zustand<sup>3)</sup>. Zahlte aber der Käufer den Restkaufpreis innerhalb der im Arralvertrage gesetzten Frist und nahm der Verkäufer das Geld an, so erlangte jener diesem gegenüber die Stellung eines Eigentümers.

Schon vorher bildete der Rechtssachverhalt (des Arralgeschäfts) einen Erwerbs-sachverhalt, auf Grund dessen dem Käufer ein Recht an der Sache dem Vertragsgegner gegenüber zustand<sup>4)</sup>. Aber das Arralgeschäft als Erwerbstatbestand ist von brechbarer Rechtskraft. Der Verkäufer hat, solange der Kaufpreis nicht voll gezahlt ist, die rechtliche Möglichkeit des Rückgriffes auf den Kaufgegenstand. Normgemäß handelt er, wenn er den ihm *ἐν τῷ ὄρισμένῳ χρόνῳ* vom Käufer angebotenen Preisrest annimmt und so zur Vollendung des Rechtssachverhaltes *inter partes* mitwirkt. Weigert der Veräußerer die Annahme, so liegt darin ein Angriff auf den Normbestand des Arralvertrages in seiner primären Richtung als Erwerbstitel. Aber der Angriff hat bei endgültiger Weigerung des Verkäufers Erfolg. Er zerstört das (relative) Recht des Käufers an der Sache. Das Geschäft hatte zwar, sobald die Arra gegeben war, Geltungswert als auf den Rechtserwerb des Käufers zielender Sachverhalt, vgl. THEOPHRAST a. a. O. § 4:

*Κυρία ἢ ὄνη καὶ ἡ προᾶσις εἰς μὲν κτήσιν, ὅταν ἡ τιμὴ δοθῇ καὶ τὰ ἐκ τῶν νόμων ποιήσωσιν . . . εἰς δὲ τὴν παράδοσιν καὶ αὐτὸ τὸ πωλεῖν, ὅταν ἀρῶραβῶνα λάβῃ . . .“<sup>5)</sup>.*

Aber der Käufer vermag die ihm vertraglich eingeräumte Rechtsstellung entgegen dem Willen des Verkäufers nicht zu behaupten. Dieser kann sich — nicht anders als der Käufer, der seinerseits die Restpreiszahlung unterlassend die Mitwirkung zum Kaufvollzuge weigert — gegen die Norm des Arralvertrages auflehnen, indem er durch Präntention eignen Herrschaftsrechts an der Sache, auf die die Arra angezahlt wurde, die Normwirkung des Sachverhaltes als Erwerbstatbestandes für den Arralkäufer bricht. Auf Grund des Arralvertrages hat der Veräußerer noch die Möglichkeit, wegen der Sache *δίῃη πρὸς τὸν προιάμενον* zu erheben<sup>6)</sup>. Das heißt: Er hat noch einen Anspruch auf die Sache, kann sie durch *ἔφοδος* gegen die dem Gegner aus dem Arralgeschäft erwachsene Rechtsstellung wieder an sich ziehen.

Die bei PRINGSHEIM<sup>7)</sup> angeführten Kodexstellen sprechen im gleichen Sinne von „*vindicatio*“ des Verkäufers in bezug auf den Kaufgegenstand. Hier überall tritt der hellenistische Rechtsgedanke zutage, daß dem Verkäufer, solange der Kaufpreis nicht oder nicht voll bezahlt

1) Vgl. A. B. SCHWARZ, Die öffentliche und private Urkunde im röm. Ägypten 1920, S. 189.

Es ist daher rechtshistorisch eine Ungenauigkeit, wenn wir im Text (der Einfachheit des Ausdruckes halber) die Parteien des Arralvertrages mit „Verkäufer“ und „Käufer“ bezeichnen.

2) Vgl. SCHWARZ a. a. O. S. 259, 157 Anm. 2; PARTSCH, Lenel-Festschrift S. 137 zu Anm. 2.

3) Vgl. SAN NICOLÒ, Die Schlußklauseln der altbabylonischen Kauf- und Tauschverträge 1922, § 1 Anm. 1, S. 7, mit Literaturnachweisen auch für andere Rechtskreise; dazu noch PRINGSHEIM, S. Z., Bd. 44, S. 429.

4) Vgl. PARTSCH, Festschrift S. 127 und schon vorher Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie 1916, S. 19 Anm. 1.

5) Dazu PARTSCH, Sitzungsberichte S. 18 Anm. 1 und Festschrift a. a. O. bzgl. Pap. Hal., die negativ den gleichen Rechtsgedanken zum Ausdruck bringen („*τοῖς δὲ [ἀνεὺ ἀρῶραβῶνος ἐῶνη] μένοις μὴ κυρία ἔστω ἢ ὄνη μὴδὲ ἡ προθεσμία . . .“*).

6) Daß es sich dabei um einen Rückgriff auf die Sache handelt, wird insbesondere aus THEOPHRAST l. c. § 7 deutlich, wo „*κύριον εἶναι τοῦ κτήματος*“ und „*μὴ εἶναι δίῃην (πρὸς τὸν προιάμενον)*“ offenbar die konträre rechtliche Bedeutung hinsichtlich des Verkäuferrechts an der verkauften Sache haben.

7) Kauf mit fremdem Geld 1916, S. 51 ff.

ist, die rechtliche Möglichkeit gegeben ist, sich von der (primären) vertraglichen Bindung loszusagen, indem er sein noch bestehendes Herrenrecht an der Sache geltend macht, dadurch den Erwerbssachverhalt und das von diesem reflektierte *ius ad rem* des Käufers annullierend.

Diese rechtsdogmatische Sachlage findet im griechischen Arralgeschäft ihren gewollten und bewußten Ausdruck. Der von privaten Rechtssubjekten gültig geschlossene Arralvertrag ist ein Erwerbssachverhalt von brechbarer Geltungskraft auch *inter partes*. Mit Normbruch seitens einer Partei ist bei Schließung des Vertrages von vornherein gerechnet. Die Rechtsfolgen eines derartigen *ἔφοδος* werden im Rechtsgeschäft selber festgelegt. Der von der primären Normbindung sich lossagende Kontrahent hat ein *ἐπίτιμον* zu zahlen: Der Käufer verliert, wenn er den Restkaufpreis nicht rechtzeitig anbietet bzw. die *καταγραφή* nicht nimmt, die Arra; der Verkäufer hat, wenn er seinerseits die Mitwirkung zur Fortentwicklung des Geschäftes weigert, die *τιμή* zu entrichten oder, nach der späteren Gestaltung des hellenistischen Rechts — *τῶ τῶν ἀρραβίωνων νόμῳ* —, die doppelte Arra zu zahlen.<sup>1)</sup> In primärer Richtung war die Bindung der Parteien des Arralgeschäftes also eine durchaus unvollkommene. Für jeden der Kontrahenten bestand die Möglichkeit eines Normbruchs<sup>2)</sup>. Der Normangriff der Partei ist erfolgreich zufolge der Schwäche der Seinsform des vertraglichen (primären) Normbestandes. Er führt zur Geltungsentwertung des Erwerbstatbestandes, unterstellt aber den Angreifer der sekundären Individualnorm über die Abgeltung dieses Normbruches, einer Norm, die voll behauptungsfähig gegenüber Parteiangriffen ist. Der *ἔφοδος* ist hier mithin entgeltlich<sup>3)</sup>. Die Parteien können sich von der vertraglichen Bindung des Erwerbsgeschäftes loskaufen. Die Rechtsgeltung des Erwerbssachverhalts kann zerstört werden, indem die Partei ihre bei Vertragsschluß (rücknehmbar) eingesetzte Akttkonstituente zurückzieht. Aber frei von jeder Bindung aus dem Vertrage ist die sich lossagende Partei erst, nachdem sie den vertraglich fixierten Betrag, die Ablösungssumme der Geltungszerstörung erlegt hat. Insoweit, was die Bestimmung der Rechtsfolgen einer Entwertung der Geltung der primären Norm, die *ἐπίτιμον*-Zahlung angeht, ist der Vertragssachverhalt eine vollkommene Rechtswirklichkeit, deren sekundäre Norm als bindende Rechtsordnung über den Parteien steht und normwidrigen Präventionen standhält.

## B. Die „abhängige“ Rechtsgeltung als eine Grundform der unvollkommenen Normaußenwirkung.

(Zugleich eine Theorie der „personalen“ Garantie).

§ 8. Ob einem Sachverhalt Rechtsgeltung zukommt, zeigt sich im Falle des Angriffes auf seinen rechtlichen Bestand. Ein Recht gilt, wenn es sich im Streitfalle gegenüber Präventionen (gleichviel von welcher Seite), die eine ihm widersprechende Normkonkretisierung enthalten, zu behaupten vermag. Vom Standpunkte des normativ Begünstigten (des Berechtigten) gesehen: Die Individual-

<sup>1)</sup> Vgl. einerseits THEOPHRAST l. c. § 6 (Recht der Thurier), andererseits etwa BGU. 446 l. 16ff., Pap. Lond. II S. 211 l. 23ff. (MITTEIS, Chrestomathie der Papyruskunde Nr. 257/58). Auf die weitere Entwicklung mit den rechtsgeschichtlichen Ausläufern einer *arra confirmatoria* und *poenentialis* kann hier nicht eingegangen werden.

<sup>2)</sup> Vgl. auch PAPPULIAS, Geschichtliche Entwicklung der Arra im Obligationenrecht 1911, S. 69ff.

<sup>3)</sup> Sieht man davon ab, daß der Parteiakt des *ἔφοδος* (vom Verkäufer vollzogen) normwidrig ist, sieht man nur auf die Rechtsfolgen dieses rechtsgestaltenden Vorgangs, so wird man ihn rechtsdogmatisch zu den von LOCHER unlängst (Arch. f. civ. Praxis, N. F., Bd. 3, S. 1f.) als „abfindungsbelastete Eingriffsrechte“ bezeichneten Rechten stellen. Nur ist der im Rückgriff des Arralverkäufers auf die verkaufte Sache enthaltene Eingriff in das vertragliche Recht (*ius ad rem*) des Käufers eben nicht erlaubte Rechtsausübung, sondern Realisierung einer auf der Schwäche der Vertragsnorm beruhenden rechtlichen Möglichkeit durch vertragsrechtswidrige Rückgriffsprävention.

rechtsordnung der speziellen Rechtsgemeinschaft, in der dieses Rechtssubjekt steht, muß in seiner Person als ein rechtliches „Haben“ reflektieren, das die Kraft hat, sich im Rechtskampfe gegen — gerichtliche oder außergerichtliche — Normangriffe zu bewähren.

Die Behauptungsfähigkeit des Rechts<sup>1)</sup> kann verschiedene Intensitätsgrade durchlaufen. In jedem Falle ist Erfordernis, wenn überhaupt von Rechtsgeltung soll gesprochen werden können, daß der Rechtsbestand des angegriffenen Sachverhaltes, der konkretisiertes Recht der Gesamtrechtsgemeinschaft enthält, von dieser in irgendeiner Weise garantiert wird. Darin besteht die externe Rechtsgeltung eines konkreten, den engeren rechtsgeschäftlichen Kreis einzelner Rechtsgenossen des Gesamtrechtsverbandes als Rechtsordnung beherrschenden Rechtes, daß sein Bestand von der größeren Gemeinschaft, deren abstrakte Rechtsnormen als *hic et nunc* geltende, als tatbestandsgebundene vom Angegriffenen in Anspruch genommen werden, gewährleistet wird. Das Maß staatlicher (wenn wir von dauernder rechtlicher Vergemeinschaftung höchster Stufe sprechen) Garantie privat geformten Rechts ist nicht immer das gleiche<sup>2)</sup>. Für Sachverhalte vollkommener Rechtskraft muß jedenfalls gelten, daß zur Garantieleistung gegenüber Angriffen auf ihren Rechtsbestand das Forum des Staates angerufen werden kann. Die in ihrem rechtlichen Haben angegriffene Partei hat der Gesamtrechtsgemeinschaft gegenüber einen Anspruch darauf, daß sie von dieser geschützt, in ihrer Rechtsstellung gehalten wird. Versagt der Staat diesem „Rechtsschutzanspruch“ die Befriedigung, indem er die Garantie des präventional bezweifelte Individualrechts ablehnt, so entkleidet er den fraglichen Rechtssachverhalt in Wahrheit der normativen Kraft und gibt ihn dem Angriffe preis. Eine Selbstgarantie der angegriffenen Partei ist, wenn es sich um konkretes Recht sekundärer Rechtsgeltung handelt, nur auf Grund staatlicher (gesetzlicher) Ermächtigung möglich. Der in der Staatsrechtsordnung niedergelegte Gesamtwille trägt auch die Geltung des individuellen vertraglichen Sachverhaltes. Dieser Wille wird angegriffen und negiert durch Auflehnung des gebundenen Rechtsgenossen gegen die Vertragsnorm. Ihn zu schützen ist nur die Rechtsgemeinschaft selber befähigt, niemals ein innerhalb seiner individualen Freiheitssphäre handelnder Einzelner. Das schließt nicht aus, daß der Staat sich ausnahmsweise, statt durch seine behördlichen Organe zu handeln, einzelner Bürger bedient, die im Rahmen der staatlichen Ermächtigung handelnd seinen Willen vollziehn. Es ist also möglich, daß der private Vertragsgenosse in die Lage kommt, versuchtem Normbruch des Kontrahenten aus (scheinbar) eigener Kraft zu begegnen, indem auf parteilichem Willen beruhende Garantie — etwa durch Spruch eines gewählten Schiedsrichters — geleistet wird. Aber derartige Fälle der Selbstverteidigung sind in der staatlichen Rechtsgemeinschaft eine Ausnahme<sup>3)</sup>. Nicht leicht räumt die Staatsrechtsordnung einzelnen Rechtsgenossen die Rechtsmacht ein, daß ihr Wille (als staatsbürgerlicher) entscheidet, ob etwas gilt oder nicht gilt. Regelmäßig ist es Sache der durch ihre Organe tätigwerdenden Gesamtrechtsgemeinschaft, (zu Unrecht) bestrittene Rechtsgeltungen in ihrem Bestande zu erhalten.

I. Es besteht nun auch die Möglichkeit, die in früheren Rechtsperioden in er-

<sup>1)</sup> Wir sprechen von rechtsgeschäftlich gezeugtem Recht, das seinem Inhalte nach für individuelle Rechtsgenossen eines Gesamtverbandes Geltung beansprucht.

<sup>2)</sup> Die Modi der staatlichen Rechtsgarantie sind hier nicht zu untersuchen. Es wird auf diesen Gegenstand, der in der Literatur unter dem Titel „Erzwingbarkeit“ und „Klagbarkeit“ des Rechts vielfache (wennschon keine grundsätzliche rechtsdogmatische, wohl aber rechtsphilosophische) Erörterung gefunden hat — vgl. zuletzt BLEY, Klagrecht und rechtliches Interesse 1923 § 12, S. 85ff. mit Literaturnachweisen — zurückzukommen sein, wenn wir uns der Betrachtung der Intensitätsgrade der Rechtsgeltung zuwenden.

<sup>3)</sup> Nicht hierher gehören die Tatbestände der „Selbsthilfe“ im modernen Sinne (Notwehr, Notstand usw.). Denn da handelt es sich nicht um Abwehr von Angriffen auf das rechtliche Haben, sondern um Zurückweisung von Versuchen, die soziale Machtlage zu verschieben.



heblichem Umfange Rechtswirklichkeit geworden ist, daß einem individuellen Rechts-sachverhalte eine Rechtsgarantie der Gesamtrechtsgemeinschaft überhaupt fehlt und an deren Stelle eine Form der Garantie tritt, die wir als „personale“ bezeichnen wollen. Unter personaler Garantie ist eine solche zu verstehen, die nicht durch ein **Organ** der Staatsgemeinschaft, auch nicht kraft staatlicher Ermächtigung geleistet wird. Der Vollzug der personalen Garantie geschieht kraft individueller Willensbestimmung des Garanten, der von sich aus entscheidet, ob er den fraglichen Rechts-sachverhalt garantieren will oder nicht will. Er vollzieht dabei nicht den Willen einer höheren Willensinstanz. Auf ihn als Individuum kommt es an. Er steht damit in schroffem Gegensatz zum staatlichen Organ: Nicht das Individuum Richter Max Schulze fällt das Urteil, bestätigt den Adoptionsvertrag, sondern das Gericht als normativ konstituiertes Willensorgan des Staates durch diesen Bürger handelnd. Die Person ist bei Verlautbarung der Willensakte des überindividuellen Rechtsverbandes, der sich des Individuums als Organ bedient, eine fungible Größe. Anders im Falle personaler Garantie. Von Fungibilität des garantierenden Rechts-subjektes X kann keine Rede sein. Die Gesamtrechtsgemeinschaft unterläßt es, den betreffenden Sachverhalt selber zu garantieren, und anerkennt die tatbestandlich vorgesehene personale Garantie. Handelt es sich um konkretisiertes Staatsrecht, so ist auch diese private Garantie (deren Leistung dem vertraglichen Gesamtwillen transzendent ist) eine vom Willen der Rechtsordnung des Staatsverbandes getragene. Privaten Rechtsformungen, die auf abstraktem Staatsrechte beruhen, kann der Staat die Anerkennung nicht versagen, nachdem er die Ermächtigung zur rechtsgeschäftlichen Konkretisierung seiner gesetzlichen Normen gegeben hat. Aber die allgemeine Gemeinschaftsgarantie ist in derartigen Fällen zurückgedrängt durch die besondere, rechtsgeschäftlich vorgesehene und an erste Stelle gesetzte personale Garantie. Der rechtliche Endeffekt ist eine Reduzierung der Rechtskraft des Sachverhaltes. Während der primär rechtsgemeinschaftlich garantierte Rechtssachverhalt sich sozusagen selber garantiert, ist das personal garantierte konkrete Recht in seiner Rechtsbeständigkeit von dem willentlichen Verhalten des individuellen Garanten, des durch die Individualrechtsordnung des speziellen Rechtskreises bestimmten auctor abhängig. Für den rechtlich durch den Vertragssachverhalt Begünstigten bedarf es bei Antastung des Normbestandes, dem ein anderer eine widersprechende Rechtsprätention entgegensetzt, des Rekurses auf den auctor. Der Norm mangelt hier die Behauptungsfähigkeit „aus eigener Kraft“. Der Garant hält die Norm. Von der rechtsinhaltlichen Struktur des betreffenden Sachverhalts hängt es ab, in welchem Umfange eine dahinterstehende Garantie der Gesamtrechtsgemeinschaft im Falle der Nichtdefension des auctor die Aufrechterhaltung des Normbestandes bewirkt.

Was die Rechtsgeltung vertraglich gesetzten konkreten Rechts angeht (damit allein haben wir es hier zu tun), so ist personale Garantie nach zwifacher Richtung denkbar, je nachdem, von welcher Seite der Normangriff kommt, ob Angreifer ein Genosse der vertraglichen Rechtsgemeinschaft und Angehöriger des speziellen Rechtskreises ist, oder ob ein diesem Rechtskreise fremder Dritter sich gegen die auf ihn erstreckte Rechtsaußenwirkung auflehnt. Gegenstand des (prätentionalen) Angriffes ist in beiden Fällen die Norm in ihrer den Willen des angreifenden Rechts-subjektes beschränkenden Kraft. Angriffsziel ist Aufhebung des rechtlichen Seins des betreffenden Sachverhaltes, soweit dieser die Handlungsfreiheit des Prätendenten einengt. Gelingt der Angriff, so ist der Angreifer „frei“: Die Unterwerfung seines Willens unter den Gesamtwillen, der in der Rechtsordnung des vertraglichen Sachverhaltes normativ seinen Ausdruck fand, ist aufgehoben. Das gilt in gleichem Maße, wenn ein Vertragsgenosse seinen Unterwerfungsakt zurückzieht, bzw. dessen definitiven Vollzug verweigert (und dadurch die Überführung der vorläufigen Rechtsgeltung in vollendete Rechtskraft unmöglich macht), und in dem andern Falle, daß

ein Dritter, an der Normkonstituierung inter partes Unbeteiligter den Rechtssachverhalt nicht gegen sich gelten lassen will.

Personale Garantie wird kaum jemals eingesetzt werden, um Angriffe Dritter gegen die Norminnenwirkung eines Rechtssachverhaltes abzuwehren, anders ausgedrückt: um die externe Anerkennung des rechtskreisgebundenen Rechtes sicherzustellen. Wo aber die Erstreckung der Normwirkung auf Außenstehende durch Erweiterung der Geltungsgrenzen, also Erhebung des konkreten Rechts zum „absoluten“, über die Peripherie des originären (primären) Rechtskreises hinauswirkenden in Frage steht, spielt die Stützung der Rechtsgeltung durch individuelle Garanten eine hervorragende Rolle.

Trotz gleicher Zielsetzung des Angreifers macht es natürlich einen wesentlichen Unterschied, ob der Angriff auf den Normbestand des Rechtssachverhaltes vom „Zweiten“ oder vom „Dritten“ unternommen wird. Die personale Garantie hat aber hier wie dort die gleiche Endfunktion: Behauptung des Rechtes unter Zerstörung der präintentionalen Rechtsformung des Angreifers. Die Verschiedenheit einer Rechtsverteidigung „nach innen“ und „nach außen“ tritt jedoch dann in Erscheinung, wenn der Angriff nicht so glatt und mit vollem Erfolge abgeschlagen wird, weil der Garant ausreichenden Rechtsschutz nicht gewähren kann oder will. Wir betrachten beide Modi der personalen Garantie.

1. Vorher sei noch ein Blick geworfen auf einen Sachverhalt scheinbarer personaler Garantie primären Vertragsrechtes: Das Völkerrecht kennt die Garantie von Verträgen durch Dritte. Es liegt da so, daß eine außerhalb des Vertragsrechtes stehende Macht den Kontrahenten (oder einem von ihnen) verspricht, „de maintenir les conditions du Traité, d'en procurer l'observation“.<sup>1)</sup> Als Gegenstand dieser Garantie erscheint auf den ersten Blick die Norminnenwirkung des Vertrages, auf den sie sich bezieht. VATTEL a. a. O. definiert:

„La Garantie est un espèce de Traité, par lequel on promet assistance et secours à quelqu'un, au cas qu'il en ait besoin pour contraindre un infidèle à remplir ses engagements.“

Der als Garant fungierende Dritte hat hier demnach die Aufgabe, durch seine Autorität und sonstigen Machtmittel sich dafür einzusetzen, daß der säumige Vertragsteil ein vertraglich korrektes Verhalten beobachtet, indem er den Verpflichtungen, die ihm die Vertragsnorm auferlegt, nachkommt. Um personale Garantie in unserem Sinne handelt es sich hier aber nicht. Die Tatsache, daß ein Kontrahent Vertragserfüllung weigert, wird allerdings häufig als Indiz eines Willens zur Lossagung von der vertraglichen Bindung überhaupt zu werten sein und die Intervention des Dritten (Garanten) mag vielfach bewirken, daß dieser normwidrige Wille einer Partei nicht zum Durchbruch kommt, sie sich vielmehr doch schließlich zu normgemäßem Verhalten bequemt. Mit Rücksicht darauf kann man sagen, daß eine sogenannte „Garantie“ auf das interne Parteiverhalten bestimmend einwirkt und in der Tat die normative Kraft des Vertragssachverhaltes verstärkt. Man muß sich nur darüber klar sein, daß diese „Verstärkung“ außerrechtlicher Natur ist, auf nicht-normativen Gebieten liegt. Was für die „echte“ (in unserm Sinne) personale Garantie wesentlich ist: die Abhängigkeit der garantierten Rechtsgeltung vom willentlichen Verhalten des Garanten, in dessen Willen es eben gestellt ist, ob dem angegriffenen Rechtssachverhalt die Rechtsgeltung erhalten bleibt oder ob seine Seinsform zerstört wird, — das gerade ist hier, bei der völkerrechtlichen Vertragsgarantie nicht gegeben. Die Rechtsgeltung des Vertrages steht da allein auf dem Willen der Parteien, die die Vertragsnorm durch verlautbarte Unterwerfungsakte konstituiert haben. Kein Kontrahent kann sich ohne entsprechenden vertraglichen Vorbehalt künftig durch

<sup>1)</sup> VATTEL, droit des gens L. II Ch. XVI § 235; dazu COLEMAN PHILLIPSON, Termination of war and treaties of peace 1916 S. 208/9. Über andere, hier noch weniger in Betracht kommende Fälle der völkerrechtlichen Garantie vgl. v. LISZT, Völkerrecht, 1919 § 22 II.

einseitigen Akt von der Normbindung des Vertrages lossagen. Sein eigener, normgewordener Wille hält ihn in Unterwerfung unter die selbstgesetzte Rechtsordnung des Vertrages fest. Der als Garant dem Vertragsrechtskreise beigetretene Dritte kann dieser Willensbindung der Parteien geltungsmäßig nichts hinzufügen; er steht neben, nicht über den Kontrahenten. Trotz ihres normwidrigen, einem Willen zur Zerreißung des Vertragsbandes entspringenden Verhaltens bleibt die sich ihren Verpflichtungen entziehende Vertragspartei der vertraglichen Rechtsordnung unterworfen. Der Rechtssachverhalt kommt infolge dieses Verhaltens freilich nicht zur realen Erfüllung und der von der begünstigten Gegenpartei erstrebte Sozialwert kann nun vielleicht aus dem Geschäft nicht herausgeholt werden. Insofern bleibt die Norminnenwirkung des Vertrages, was dessen wirtschaftlichen Erfolg angeht, fortdauernd vom parteilichen Verhalten abhängig. Da greift nun der Dritte, auf den Willen der vertragsuntreuen Partei durch den Druck seiner Machtmittel Einfluß nehmend, ein. Er tritt auf die Seite des Berechtigten, diesen sozusagen als sein Exekutivorgan bei der Erzwingung des normgemäßen Verhaltens des verpflichteten Vertragsgegners unterstützend. Damit seiner Garantienpflicht nachkommend unternimmt der Dritte aber keine Normstützungsaktion, um die es sich bei der echten „personalen Garantie“ handelt. Der Fall der völkerrechtlichen Vertragsgarantie muß hier demnach völlig ausscheiden.

Wenden wir uns jetzt unserem eigentlichen Gegenstande zu!

Wir haben früher festgestellt: Rechtsgeltung im Sinne vollkommener Rechtskraft äußert sich in negativer Richtung in der Aufhebung der Rechtslage einer Gegensätzlichkeit (möglicher oder wirklicher) Präventionen, wie sie vorher zwischen den beteiligten Rechtssubjekten bestand. Ein Rückgriff auf vorvertraglich einer Partei zugeordnete, zufolge der Vertragsnorm dem Gegner zugewiesene (oder auch: neutralisierte) Sozialwerte ist ausgeschlossen; ihm steht die Rechtskraft des Vertrages entgegen. Die parteilichen Unterwerfungsakte, welche die Rechtsgeltung des Rechtssachverhaltes konstituierten, enthalten, ausgesprochen oder ohne eine mit dieser Verzichtsbedeutung unterlegte Zeichensetzung der Parteien, notwendig einen Präventionsverzicht hinsichtlich aller Rechtsanmaßungen, die mit der Individualrechtsordnung des Rechtsgeschäftes in Widerspruch stehen<sup>1)</sup>. Orientieren wir uns wieder am hellenistischen Vertragsrechte, dem — als einem geeigneten Beispiele — wir schon am Ende des vorigen Paragraphen unsere Aufmerksamkeit zuwendeten:

Ist der Kaufvertrag perfekt, wozu als notwendiges Tatbestandselement die Preiszahlung gehört, so prallt der *ἔφοδος* des Veräußerers gegen die Vertragsnorm an deren Rechtskraft wirkungslos ab, konkreter gesprochen: eine Prävention des Verkäufers hinsichtlich des Rechtes am Kaufgegenstand, ein Rückgriff auf diesen mit dem Anspruch eigenen Rechts kann nicht zu dem Erfolge führen, das „Haben“ des Käufers zu zerstören. Ausdrückliche Verlautbarung der parteilichen Willensunterwerfung bzw. deren negativen Korrelats: des Präventionsverzichts ist beim Barkaufe nicht notwendig. Der Verkäufer hat sich durch den Realakt des Preisempfanges der Norm der *ὀνή-προᾶσις* unterworfen; genauer: dieses Faktum wird als genügendes Indiz einer Willensstellung des Verkäufers auf Normunterwerfung gewertet. Durch Leistungsaustausch ist das Geschäft *inter partes* vollendet.

Es liegt nicht anders als beim griechischen Schuldvertrage, wo ebenfalls die bloße Rechtstatsache der Erfüllung seitens des Schuldners genügt, um den Zugriff des Gläubigers auf jenen (als Haftenden) auszuschließen<sup>2)</sup>. Hier wie dort finden wir aber in den Vertragsurkunden immer wieder Klauseln, welche eine verbale Verzichtserklärung des Verkäufers (Gläubigers) enthalten, der unter Strafandrohung für den Fall der Zuwiderhandlung ein *μη̄ ἐπελεύσεσθαι* gegen den Käufer (Schuldner) wegen des nicht (zurück-)gezählten Preises (Schuldbetrages) verspricht.

<sup>1)</sup> Vgl. oben S. 86.

<sup>2)</sup> Vgl. A. B. SCHWARZ, Urkunde im röm. Ägypten 1920, S. 84f.

Im einen Falle handelt es sich um Rückgriff auf die verkaufte Sache; in den Schuldquittungen ist als Zugriffgegenstand die für die Schuld haftende Person des Schuldners gemeint. Der rechtliche Sinn der fraglichen Klauseln ist, jede Präentionsmöglichkeit der befriedigten Partei entgegen der jetzt bestehenden Rechtslage zwischen den Kontrahenten, die von normativer Struktur ist, auszuschließen.

Die germanischen Vertragsformulare der fränkischen Zeit und Urkunden des Mittelalters<sup>1)</sup> enthalten entsprechende Klauseln. Daß es sich bei derartigen Willensverlautbarungen — „hanc venditionem firmam et ratam tenere; observare nec contra facere vel venire aliqua ratione“ usw. — nicht um Leistungsversprechen im eigentlichen Sinne handelt, sondern daß rechtsgeschäftliche Akte dahinterstehen, welche sich auf den Normbestand des Vertrages beziehen und eine Auflehnung des vertraglich Gebundenen gegen diesen ausschließen sollen, wird von PUNTSCHART, a. a. O. mit Recht hervorgehoben. Es folgt insoweit SIEGEL<sup>2)</sup>, der als erster den Unterschied einer „Verpflichtung, im gegebenen Worte zu bleiben“ und der „Verpflichtung, das gegebene Wort zu erfüllen“ klar herausgestellt und gezeigt hat, daß es in jenen Fällen der urkundlichen Verlautbarung auf die Begründung der Gebundenheit ans Wort durch Ausschluß bis dahin möglichen Rücktritts oder Widerrufs — in unserem Sinne: Ausschluß der Präentionsmöglichkeit für die Normbeteiligten entgegen der Vertragsnorm — ankommt. „Haltensollen“ des Vertrages kann nichts anders meinen als die selbstgewollte und -übernommene Normunterworfenheit der Parteien, die im Versprechen, künftiges normwidriges Verhalten zu unterlassen, (negativen und bezeichnenden) Ausdruck findet.

Beim hellenistischen Barkaufe liegt der eigentlich konstitutive Unterwerfungsakt des Verkäufers vor der urkundlichen Verlautbarung des Präentionsverzichts. Durch Geldempfang aus der Hand des Käufers hat der Veräußerer — nicht anders als der Darlehensgläubiger, der Zahlung entgegennahm — sich selber vom Griff auf das ihm für die Preiszahlung haftende Gut, die verkaufte, jetzt dem Käufer gehörende Sache ausgeschlossen, ist zur Präentionserhebung gegenüber seinem Vertragsgegner nicht mehr berechtigt. Es kann dem Verkäufer aber, wenn er auf die Sache greifen will mit der Behauptung, der Preis sei nicht gezahlt, auch die Urkunde entgegengehalten werden, die sein Empfangsbekenntnis mit anschließendem Präentionsverzicht enthält. War ein Präentionsrecht des bezahlten Verkäufers demnach zwar schon vorher (wenn die Preiszahlung der Ausstellung der Kaufurkunde vorausgegangen war) erloschen, so bewirkt der schriftlich verlaubliche Präentionsverzicht darüber hinaus, daß nunmehr jede Möglichkeit (prozessualer) Präentionen in bezug auf den Kaufgegenstand für den Verkäufer ausgeschlossen erscheint. Man kann nun noch einen Schritt weiter gehen und die Perfizierung des Geschäftes als eines bindenden Erwerbssachverhaltes inter partes von der realen Tatsache der Preiszahlung unabhängig machen. Das heißt: Das vorvertragliche Präentionsverhältnis zwischen den Parteien wird aufgehoben durch den schriftlich fixierten Willensakt der Unterwerfung unter die selbstgesetzte Vertragsnormrealität seitens der einen Partei, die vielleicht noch zur Normanfechtung aus dem Grunde in Wahrheit nicht erfolgter Zahlung (des Kaufpreises, des Schuldbetrages) berechtigt war. Die Überführung des Rechtssachverhaltes aus dem Stadium anfechtbarer Rechtsgeltung zur vollkommenen Rechtskraft erfolgt in dem Fall abstrakt, d. h. ohne Rücksicht darauf, ob reale Zahlung vorausgegangen und dadurch mit der tatbestandlichen auch eine geltungsmäßige Perfizierung des Geschäftes eingetreten war, allein auf Grund einer mittels konventional eindeutig festgelegter Zeichen verlaublichen Willensäußerung des Verkäufers, aus der sich der Wille zum Verzicht auf Anfechtung und damit zur endgültigen Normbejahung des Vertrages ergibt.

<sup>1)</sup> Dazu PUNTSCHART, Schuldvertrag und Treugelöbniß 1896, S. 74ff. mit zahlreichen Belegen aus dem deutschen Mittelalter.

<sup>2)</sup> HEINRICH SIEGEL, Versprechen als Verpflichtungsgrund 1873, S. 20f., 41f.

So ist wohl das Verhältnis von *πράσις* zu *συγγραφή ἀποστασίον* (Kaufvertrag zu „Abstands-urkunde“) bei Veräußerungen im ptolemäischen Ägypten zu verstehen. Durch die *πράσις* ist der Rechtssachverhalt als Erwerbstatbestand inhaltlich bereits vollendet. Noch aber blieb dem Veräußerer eine *ἔφοδος*-Möglichkeit gegen die Vertragsrechtsgeltung mit dem Argument, den Kaufpreis nicht empfangen zu haben, erhalten. Erst die *ἀποστασίον* *συγγραφή* schloß das Präentionsrecht bzw. die Präentionsmöglichkeit des Verkäufers gegenüber dem Erwerber wegen angeblich nicht erfolgter Zahlung des Kaufpreises endgültig aus, dadurch den Vertragssachverhalt zur parteilich unanfechtbaren Rechtskraft erhebend<sup>1)</sup>.

Verwandt scheint die rechtliche Funktion der hellenistischen Kauf-*καταγραφή* (nach ihrem ursprünglichen Bedeutungsgehalt) gewesen zu sein: eine Anerkennungsurkunde, dazu bestimmt, das Veräußerungsgeschäft abstrakt zu gestalten<sup>2)</sup>.

Der Parteiakt, der in diesen Fällen, in bestimmtem Zeichenmodus verlautbart, das Rechtsgeschäft normativ vollendet, unterscheidet sich von gewöhnlichen Unterwerfungsakten normbeteiligter Rechtssubjekte dadurch, daß er eine bestimmte (tatbestandlich gegebene) Befugnis der sich erklärenden Partei zur Normverneinung auslöscht. Es liegt in der stufenweisen Geltungsgenese des griechischen Kaufvertrages begründet, der in seiner rechtlichen Grundstruktur immer Barkauf geblieben ist, aber doch Elemente eines Kreditkaufes mit der Zeit in sich aufgenommen hatte, daß dieser Ausschluß des Anfechtungsrechts des Verkäufers eine besondere Rolle spielt. Hat das Versprechen des *μὴ ἐπελεύσεσθαι*, die Abstandserklärung des Verkäufers mit der vollen Wirkung eines Präentionsverzichtes im oben dargelegten Sinne stattgefunden, so wird dadurch ein unangreifbares Haben des Käufers begründet, ein Haben, an dem eine Präention des Verkäufers, der eignes Recht an der Sache geltend macht, wirkungslos abprallt. Die hellenistischen Vertragsformulare bringen diesen Rechtserfolg zum Ausdruck, indem sie (negativ) den *ἔφοδος* des Veräußerers für *ἄκυρος* erklären, andererseits aussagen: „*μηδὲν ἦσσον κύρια τὰ προγεγραμμένα*“ oder auch: „*χωρίς τοῦ μένειν κύρια*...“<sup>3)</sup>.

Dem entspricht es, wenn demotische Urkunden sagen, der Vertrag solle „wiederum“, „dann wiederum“ gültig sein<sup>4)</sup> oder wenn es in Übereignungsurkunden der fränkischen Zeit heißt: „quod repetit, non vindicet — et haec venditio firma permaneat“ und ähnlich<sup>5)</sup>.

Sehr charakteristisch ist auch die Formulierung dieses Rechtssachverhalts in einem aramäischen Papyrus aus Elephantine vom Jahre 494 a. Chr. n., in dem es sich um einen Landtausch zwischen den Kontrahenten handelt<sup>6)</sup>. Dort heißt es (in SACHAU Übersetzung): „... An keinem künftigen Tage sollen wir berechtigt sein, Dein Anrecht auf dies Dein Los vor Gericht anzufechten . . . weder Bruder noch Schwester . . . weder ein naher noch ein entfernter Verwandter . . . Wer aber Dein Anrecht auf dies Dein Los (das eingetauschte Landstück) vor Gericht anfecht, soll Dir den Betrag von 7 Keres zahlen und Dein Los ist auch dann das Deinige.“

Das erwähnte „*μηδὲν ἦσσον*“ in den griechischen Papyri bezieht sich auf die vorausgegangene Strafklausel der Urkunde. Der *ἔφοδος* des Verkäufers ist zunächst unter Vertragsstrafe gestellt. Die Konventionalstrafe — *ἐπίτιμον* — ist aber nicht

1) Vgl. PARTSCH, Hauswaldt-Papyri 1913, S. 17\*f.; derselbe in den Sitzungsberichten der Heidelberger Akademie 1916, S. 20 Anm. und bei SETHE, Demotische Urkunden 1920, S. 742, Anm. 4; A. B. SCHWARZ, Urkunde S. 153 ff.; auch P. M. MEYER, Juristische Papyri 1920, S. 77, 114 und PRINGSHEIM S. Z., Bd. 44, S. 449.

2) Vgl. PARTSCH, Sitzungsberichte S. 17 und Festschrift für O. Lenel, S. 166; SCHWARZ a. a. O., S. 257, 210. Vgl. denselben über die Möglichkeit, die Schuldtilgung durch dispositive Quittung von der realen Zahlung unabhängig zu machen, durch urkundlich fixierte Erklärung des Gläubigers den Zahlungsanspruch aufzuheben a. a. O., S. 114f., 145f.; auch COLLINET, Droit des Justinien I 1912, S. 102/3.

Zu verwandten Gestaltungen im altbabylonischen Kaufrecht SAN NICOLÒ, Schlußklauseln der altbabylonischen Kauf- und Tauschverträge 1922 (Münchener Beiträge zur Papyrusforschung Heft 4), S. 101f., 105, 58; dazu P. M. MEYER, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw., Bd. 40, S. 192.

3) Vgl. dazu BERGER, Strafklauseln in den Papyrusurkunden 1911, S. 47f.

4) Nach PARTSCH, Arch. f. Papyrusforschung V, S. 481.

5) Vgl. z. B. die Urkunden Nr. 29, 58, 77 bei LOERSCH-SCHROEDER-PERELS, Urkunden z. Geschichte des deutschen Privatrechts, 3. Aufl. 1912; die Formulare Nr. 163, 173, 267 u. a. m. bei Rozière, Recueil général des formules usitées dans l'empire des Francs, vol. I, 1859; ZEUMER, Formulae (Mon. Germ. hist. Leg. S. V) 1886, p. 76f. (Marculf. Form. Lib. II No. 2, 6).

6) SACHAU, Aramäische Papyrus und Ostraka 1911, Nr. 30.

eingesetzt als eine Geldsumme, durch deren Entrichtung sich der Verkäufer von der Normbindung des Kaufvertrages befreien könnte; das *ἐπίτιμον* stellt keinen Geltungswertungsfaktor dar. Die Urkunden bringen durch die mit *μηδὲν ἥσσον* eingeleitete *κυρία*-Klausel unzweideutig zum Ausdruck, daß der unter Strafe gestellte *ἔφοδος* erfolglos und das Haben des Käufers, weil durch eine unangreifbare Vertragsrechtsordnung sanktioniert, unversehrt bleibt<sup>1)</sup>.

Daß die Klausel: „*ἢ τ' ἔφοδος ἄκυρος ἔστω*“ eine Verneinung des Klagerechts (im Sinne HELLWIGS<sup>2)</sup>) des Verkäufers gegen den Käufer aus dem Rechtsgrunde nichterfolgter Preiszahlung ausspricht, ergibt der rechtliche Zusammenhang, in dem sie steht. Ob sie auch die Klagmöglichkeit ausschließen soll, so daß dem Verkäufer, der solche vertragswidrige Prätention gerichtlich geltend macht, vom Käufer die Streiteinlassung verweigert werden konnte, steht dahin. Eine derartige unmittelbare prozeßrechtliche Wirkung der bezeichneten Klausel wird für das gräko-ägyptische Recht der Ptolemäerzeit von SEMEKA<sup>3)</sup> verneint.

Wenn aber dem Verkäufer, der die Sache dem Käufer, ohne (voll) bezahlt zu sein, anvertraut hat, jeder vertragliche Anspruch von PLATON abgesprochen wird, mit den Worten<sup>4)</sup>: „...*ἐὰν δέ τις πιστεύσῃ, μὴ εἶναι δίκην*“, so kann das, nicht anders als die Wendung in Pap. Hal. I. 252f., die die Prätention des vollbezahlten Verkäufers (nach Erfüllung durch den Käufer und Hingabe des „Grenzgeldes“) ausschließt<sup>5)</sup>, nur als Verschließung des Rechtsweges, als Verneinung der Klagmöglichkeit verstanden werden.

Die Fassung der *κυρία*-Klausel deutet darauf hin, daß der vertragliche Rechts-sachverhalt nicht zu allen Zeiten, nicht von Anfang an diese Behauptungsfähigkeit gegenüber dem *ἔφοδος* des Verkäufers gehabt hat, der Angriff des letzteren vielmehr ehemals den beabsichtigten Erfolg hatte, die (primäre) Normbindung des Angreifers aufzuheben und das vertraglich begründete Recht des Erwerbers zu zerstören. Erst seit es die *κυρία*-Klausel gibt, „dauert das Recht des Käufers an der Sache nach der Straferlegung fort<sup>6)</sup>, während zuvor „die Entrichtung der Konventionalstrafe noch von der ferneren Haftung aus dem Vertrag befreite“<sup>7)</sup>.

Diesem Stadium erfolgreicher, entgeltlicher normwidriger Prätention des Verkäufers, die als auf einer früheren historischen Entwicklungsstufe des griechischen Kaufrechts (und anderer antiker Rechte) vorhandene vermutet werden darf, entspricht in der uns bekannten Rechtsgestaltung des hellenistischen Kaufes die im Arralgeschäft normativ geformte Phase rücknehmbarer Geltung des Erwerbssachverhaltes. Die Rechtsstellung des Käufers bei dem unter Arralhingabe geschlossenen „Kauf“-vertrage ist dadurch gekennzeichnet, daß er ein Recht am Kaufgegenstande hat, das durch entgeltlichen Zugriff (Rückgriff) des Verkäufers wieder zerstört werden kann. Auf das oben S. 168 Bemerkte darf hier verwiesen werden. Diese Vorstufe angreifbarer, durch Prätention eines Kontrahenten entgegen der Vertragsnorm aufhebbarer Rechtsgeltung ist im Arralkaufe bewußt festgehalten und praktischen Zwecken nutzbar gemacht worden. Das vor dem perfekten Erwerbsgeschäfte, dem Sachkauf mit Barvollzug, liegende Rechtsverhältnis einer individualisierten Prätentionsgegensätzlichkeit der Vertragsschließenden ist im Arralkauf zu einem eigenen Rechtsgeschäfte ausgestaltet. Wie in dem Stadium der Rechtsentwicklung, wo man die bezeichnete *κυρία*-Klausel noch nicht kannte, ist im Arralvertrage ein Norm-

1) Von dieser „materiellrechtlichen“ *κυρία*-Klausel ist zu unterscheiden die allgemeine, formelle Schlußklausel der Urkunden — „*ἢ συγγραφῇ κυρία*“ und ähnlich — die sich auf den urkundlich verlautbarten Parteiwillen im ganzen, die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes als solchen bezieht. Vgl. zu dem Gegensatz SCHWARZ, Urkunde, S. 105 Anm. 2.

2) HELLWIG, Klagrecht und Klagmöglichkeit 1905.

3) Ptolemäisches Prozeßrecht I, 1913, S. 210.

4) Referat der PLATONschen Lehre bei THEOPHRAST a. a. O. § 7. Vgl. PLATON selber, NOMOI, p. 915 D: „*ὡς οὐκ οὐδὲν δικῶν κατὰ νόμον περὶ τῶν μὴ προαθέντων κατὰ τὰ τῶν λεγόμενα*“ und 849 E: „...*ὁ δὲ προέμενος ὡς πιστεύων, ἐὰν τε χορήγηται καὶ ἂν μὴ, στερογέτω ὡς οὐκέτι δίκης ὁσίως τῶν τοιοῦτων περὶ συναλλάξεων*.“

5) Vgl. oben S. 167.

6) RABEL, Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte I, 1902, S. 53.

7) RABEL, Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders 1909, S. 108, vgl. denselben, Basler Papyri 1917, S. 43/44; auch SCHWARZ a. a. O. S. 181 Anm. 2.

bruch möglich und vorgesehen; hier aber zu einem Akte der Zerstörung der Vertragsnorm in primärer Richtung (als eines Erwerbssachverhaltes) zweckbewußt im Rechtsgeschäfte selber durch eine das Bußentgelt (*ἐπίτιμον*) bindend festsetzende Sekundärnorm geformt.

Diese Sachverhalte des entgeltlichen Normangriffes (der zum Erfolge des Normbruches führt) unterscheiden sich wesentlich von der rechtsdogmatischen Sachlage, wie sie sich ergibt, wenn vertragliche Einigung über die Rechtsnachfolge unter den Parteien zwar schon erfolgt ist, dem Veräußerer aber, weil der Sachverhalt des wesentlichen Tatbestandserfordernisses der effektiven Preiszahlung ermangelt und auch kein formaler Ersatz dieser Tatsache durch urkundlich fixierten Präentionsverzicht eingetreten ist, noch ein Anfechtungsrecht der Vertragsnorm gegenüber zusteht: In diesen Fällen (der Ausstellung allein der *προαίσις* ohne nachfolgende Abstandsurkunde bzw. der faktischen Teilverwirklichung des Kaufatbestandes durch die zu formulierten Unterwerfungserklärungen nicht schreitenden Parteien, in beiden Fällen, ohne daß nachweislich Kaufpreiszahlung stattgefunden hat) fehlt es an einer vertraglichen Festsetzung des „Geltungsentwertungsfaktors“, so daß mangels einer gesetzlichen Bestimmung, die diesen Fall normiert, angenommen werden muß, daß der Erwerbssachverhalt unter dem (noch rechtlich möglichen) *ἔφοδος* des Veräußerers ersatzlos zusammenbricht. Dort dagegen, wo die Lossagung des Verkäufers von der Bindung seines Willens in Hinsicht auf die vorvertragliche Herrschaftsprätention an der Sache unter *ἐπίτιμον*-Haftung gestellt ist — beim Kaufvertrage ohne die (*μηδὲν ἧσσον*-) *κυρία*-Klausel und dem hellenistischen Arralgeschäft — entkleidet der *ἔφοδος* des Verkäufers den Vertragssachverhalt nur in primärer Richtung seiner Normqualität, ohne seinen Geltungswert als schuldrechtliches Geschäft, aus dem die Bußhaftung des Normbrechers fließt, aufheben zu können.

Tatbeständen dieser und jener Art ist gemeinsam, daß die individuelle Norm — das an den Erwerbstatbestand gebundene konkretisierte Recht — sich dem Angriff gegenüber nicht zu behaupten vermag. Der *ἔφοδος* des Verkäufers führt zum Ziele, ist also nicht *ἄκυρος*. Der Bestand des Käuferrechts an der Sache ist in den Individualwillen des Verkäufers gestellt. Die Rechtsgeltung solcher Rechtssachverhalte ist mithin eine abhängige in dem Sinne, daß von dem künftigen Verhalten einer Partei ihr rechtliches Sein abhängt. Im Falle des Fehlens einer Sekundärnorm des Vertragssachverhaltes, die eine Bestimmung trifft über die bei erfolgreichem Normbruch von Vertragsrechts wegen eintretende normative Reaktion, mangelt es an jeder Garantie gegen den normaufhebenden Angriff des Veräußerers. Bevor dessen Anfechtungsrecht durch (nachweisbare) Preiszahlung oder selbsterklärten Unterwerfungsakt (urkundlich fixierten Präentionsverzicht) aufgehoben worden ist, hat die Vertragsrechtsgeltung den Charakter einer frei widerruflichen Willensbindung. Anders, wenn ein parteilicher *ἔφοδος* nur unter Übernahme der Verpflichtung zur *ἐπίτιμον*-Zahlung möglich ist. Da ist das Rechtsgeschäft durch die sekundäre Sanktionsnorm von der Gesamtrechtsgemeinschaft selber garantiert und hat insoweit den vollen Geltungswert einer rechtskreisgebundenen Normwirklichkeit. Diese vollendete Rechtskraft hat der Vertragssachverhalt durch bindende, intersubjektiv in eindeutiger Weise verlautbarte Unterwerfungsakte der Kontrahenten erlangt. Auch der Verkäufer hat sich der im Falle eines Normbruches von seiner Seite zur Verwirklichung kommenden *ἐπίτιμον*-Haftung, genauer: der diese Haftung statuierenden sekundären Vertragsnorm unbedingt unterworfen.

Ein Kaufvertrag, der entgeltlichen *ἔφοδος* des Verkäufers zuläßt und erfolgreich sein läßt — ein Vertrag ohne die (materiell) *κυρία*-Klausel der gräko-ägyptischen Kaufurkunden — hat eine Weitergestaltung des vertraglichen Rechtssachverhaltes durch Rechtshandeln des Veräußerers nicht im Auge. Die Unterwerfung des Verkäufers unter die sekundäre Haftungsnorm des Rechtsgeschäftes zieht eine Pflicht

zu fernem rechtsgeschäftlichem Tätigwerden nicht nach sich; positive Folgewirkungen in bezug auf das künftige Verhalten des Verkäufers kann hier der Vertrags Sachverhalt (einer vermuteten historischen, vielleicht nur gedachten Rechtsperiode) nicht entfallen. Beim Arralgeschäft ist dagegen rechtsgeschäftliche Weiterentwicklung des Sachverhaltes im Tatbestande ausdrücklich vorgesehen. Die reduzierte und brechbare Rechtsgeltung dieses Geschäftes (qua Erwerbssachverhalt) soll in unrücknehmbare Rechtskraft übergeführt werden, indem der Arralvertrag zum Kaufvertrag tatbestandlich ausgestaltet wird. Der Verkäufer erklärt der Norm des Arralgeschäftes sich unterwerfend nicht nur einen rücknehmbaren Präentionsverzicht, sondern gibt darüber hinaus ein bindendes Versprechen hinsichtlich seines zukünftigen Verhaltens ab: er verlautbart den Willen, gegen Empfang des Restkaufgeldes den endgültigen (urkundlich fixierten) Präentionsverzicht zu leisten und damit das Haben des Käufers zu einem von seiner Seite unangreifbaren zu machen.

Vgl. deutlich BGU. 446, 158/59 p. Chr. n.<sup>1)</sup> l. 14: „... ἃ καὶ καταγράφει ἡ Σωτηρία τῷ Στοτοῦμι . . . ἀπολαμβάνοντος αὐτῆς τὸ λοιπὸν τῆς τιμῆς . . .“; P. Lond. II S. 211, 166 p. Chr. n.<sup>2)</sup> l. 21: „ὡν καὶ τὴν καταγραφὴν ποιῶνται αἱ β' ὁμολογοῦσαι τῇ Ταουῆτι ὁπότε [ἄν] αἰρηται αὐτῶν λαμβανόντων παρ' αὐτῆς τὰς λοιπά[ς] τῆς τιμῆς [δρα]χμὰς ἑπτὰ, ἐὰν δὲ μὴ καταγράψωσι, ἐκτίαν αὐτὰς τὸν ἀρραβ[ῶν] α διπλοῦν . . .“; auch CPR. Nr. 19, 330 p. Chr. n.<sup>3)</sup> l. 13: „ἀποδοῦναι μοι (der Verkäufer spricht) τὰ συμφωνηθέντα καὶ λαβεῖν αὐτὴν τὴν καταγραφὴν ἀκολούθως . . .“

Der Verkäufer verspricht positiv, normgemäßes Verhalten des Käufers vorausgesetzt, aktmäßigen Vollzug der speziellen Normwirklichkeit des Vertrages zu bewirken, dem Käufer ein ihm gegenüber und nach außen wirksames Haben einzuräumen, indem er ihm ein in die vorgeschriebene Publizitätsform eingekleidetes Recht verschafft. Solange das aber nicht faktisch geschehen ist, hat der im Arralvertrag normativ angelegte Erwerbssachverhalt eine von der Willenshaltung der Parteien (uns interessiert hier speziell der Verkäufer) abhängige Rechtsgeltung. Abhängig in dem Sinne, daß der Erwerbstatbestand — vom Standpunkt des Erwerbers (Arralkäufers) gesehen: dessen *ius ad rem* — gegen vertragswidrige, aber zum Erfolg des Normbruches führende Angriffe des Vertragsgegners (des Verkäufers) nur durch dessen eigenen individuellen Willen gesichert ist. Da die Norm des Arralvertrages den Verkäufer nicht (unaufhebbar) bindet, kommt es, was die Behauptungsfähigkeit des Habens des Käufers im Verhältnis zum Verkäufer angeht, auf dessen Willenshaltung an, die, wenn eine normgetreue, das Recht jenes hält und zu unbrechbarer Rechtskraft emporhebt, als vertragsverneinende aber das Haben des Käufers (unter Selbstbelastung mit der Bußschuld, die die vertragliche Sekundärnorm für diesen Fall der Parteiauflehnung gegen die Primärnorm festsetzt) zerstört. Der Verkäufer verpflichtet sich, das gebotene Handgeld annehmend, dem Käufer gegen noch mögliche eigne Rechtspräentionen in bezug auf die Sachherrschaft „Rechtsschutz“ zu gewähren, indem er die Rechtsgeltung des im Arralvertrag normierten Erwerbstatbestandes zur unabhängigen macht. Er verspricht damit gewissermaßen, gegen Angriffe von seiner Seite personale Garantie zu leisten, übernimmt sozusagen eine „auctoritas gegen sich selber“<sup>4)</sup>.

In der Tat: Was die Normwirkung des Arralgeschäftes in primärer Richtung (als Normfundament des „Habens“ des Arralkäufers) angeht, fehlt eine Garantie der Gesamtrechtsgemeinschaft, die erst sekundär als Garant der Vertragsgeltung eintritt. An erster Stelle steht die vom Verkäufer vertraglich übernommene „personale Garantie“ gegen Anfechtung des Erwerbssachverhaltes von seiner Seite. Er leistet die Garantie, indem er, den Restkaufpreis annehmend oder den Empfang desselben schriftlich anerkennend (und darüber hinaus die geforderte Publizitätsform

<sup>1)</sup> Auch bei MITTEIS, Chrestomathie der Papyruskunde Nr. 257.

<sup>2)</sup> Ebendort Nr. 258.

<sup>3)</sup> Ebendort Nr. 69.

<sup>4)</sup> RABEL, Haftung des Verkäufers I S. 54 und dazu die grundlegenden Ausführungen dort S. 47 f.



erfüllend) die Möglichkeit eigener Rückgriffsprätentionen, die Angreifbarkeit der Rechtsstellung des Käufers durch den Verkäufer selbst beseitigt. Nunmehr ist die Vertragsnorm in ihrer primären Richtung zum vollgültigen Erwerbssachverhalt erstarkt und hat die unabhängige Rechtsgeltung einer von der Gesamrechtsgemeinschaft garantierten Rechtswirklichkeit. Vorher hatte der Arralkäufer zwar schon ein Recht auf Grund der Rechtsordnung des Arralvertrages, bedurfte aber, um sich gegenüber der anderen Partei behaupten zu können, eben dieses Rechtssubjektes, des Verkäufers, dem es oblag, durch tatbestandliche Vollendung das Geschäft in die Region extern anerkannter, von dem Gesamtrechtsverband garantierter Normsachverhalte hinaufzuheben. Entzieht sich der Verkäufer seiner vertraglichen Rechtsverschaffungspflicht, leistet er die in ihr enthaltene Innengarantie (die personale Garantie des Erwerbssachverhalts inter partes) nicht, so bricht das Recht des Käufers unter der Rückgriffsprätention des Verkäufers zusammen, dessen Bindung sich in die *ἐπίτιμον*-Haftung auflöst. Leistet er dagegen die Garantie, so ist der Käufer in die Rechtsstellung eines Eigentümers inter partes eingerückt (ob er darüber hinaus ein „absolutes“ Recht erlangt hat, interessiert hier nicht), dessen „Haben“ — weil einem geltungsmäßig vollendeten, extern anerkannten vertraglichen Rechtssachverhalte entspringend, von der Gesamrechtsgemeinschaft unmittelbar garantiert — jedem *ἔφοδος* des Veräußerers widersteht.

2. Das Gesagte wird an Deutlichkeit noch gewinnen, wenn wir unsere Betrachtung auf die personale Garantie in ihrer anderen Richtung, auf die Außengarantie erstrecken.

Das Rechtsinstitut der „Gewährschaft“ (*βεβαίωσις*, auctoritas) im Kaufrechte früherer historischer Rechtsperioden darf als bekannt vorausgesetzt werden. Es handelt sich dabei um die Sicherung des Habens des Erwerbers gegen Drittpretentionen. Das subjektive Recht des Erwerbers als normativer Reflex der parteilich gestalteten individuellen Rechtsordnung des Erwerbsgeschäftes hat nicht den Geltungswert eines „absoluten“ Rechtes erlangt. Es besteht als rechtskreisgebundenes. In dieser Beschränkung — als „relatives“ Recht — wird es von der größeren Rechtsgemeinschaft (extern anerkannt und) garantiert, es ermangelt hingegen der Behauptungsfähigkeit „aus eigener Kraft“ nach außen, d. h. gegenüber dritten, nicht dem Ursprungsrechtskreise des Vertrages angehörenden Rechtssubjekten.

Angreifer ist jeder Rechtsgenosse, der die Nichtgeltung des vertraglichen Normsachverhaltes ihm gegenüber prätendiert. Der Angriff richtet sich gegen den Normreflex der Vertragsrechtsordnung in der Person des Erwerbers: dessen „Haben“. Das Recht des Käufers zum Behalten der erworbenen Sache wird (im einfachsten Falle totaler Eviktion) bestritten mit der Rechtsbehauptung: „Die Sache ist nicht Dein!“ oder ins Positive gewendet: durch Aufstellung der Prätention eignen, Zugriff auf die Sache rechtfertigenden Rechts des Angreifers. Der dritte Normangreifer ist Prätendent im gleichen Sinne wie der seines Anfechtungsrechts noch nicht verlustig gegangene Verkäufer. Hier wie dort wird der Normgeltung des Erwerbssachverhalts die Zugriffsprätention eines Rechtssubjektes entgegengesetzt, das die normative Wirkung der den „Rechthabenden“ begünstigenden Individualnorm leugnet und seinerseits eine dem Käuferrecht widersprechende (prätentionale) Rechtsformung vornimmt. Das Bestreiten — griechisch *ἀμφοιβητεῖν* — des Käuferrechts bedeutet hier Angriff auf das Haben des Erwerbers, das rechtlich widerlegt, als bloßer Schein einer nichtgeltenden Norm (im Verhältnis zum Angreifer) dargetan werden soll. Die Prätention des Angreifers stellt sich dar als rechtsstreitmäßig behaupteter Zugriff auf die Sache, als *vindicatio* im Sinne des altrömischen Rechts, „baqâru“ des altbabylonischen Prozesses). Die Zugriffsprätention, die als Rechtsprätention Norm-

<sup>1)</sup> SAN NICOLÒ a. a. O., S. 155 ff., insb. S. 164, 168 Anm. 71 mit Lit. auch für andere antike Rechte; LAUTNER, Die richterliche Entscheidung und die Streitbeendigung im altbabyl. Prozeßrechte 1922, S. 8f.

anmaßung ist und durch Griff auf die Sache darstellerischen Ausdruck findet, kann rechtlich verschieden begründet werden. Neben dem Falle der Eviktion, wo der Prätendent Eigentum an der Sache behauptet, stehn die Fälle des Einspruchsrechts Dritter insbesondere auf Grund von Verfangenschafts- und Retraktrechten. Gegen solche Drittprätentionen ist der Käufer auf Grund des Kaufsachverhalts allein nicht geschützt. So wenig er sich gegen den Rückgriff des Veräußerers auf die Sache, der von seinem Anfechtungsrechte nicht durch endgültigen Unterwerfungsakt (Prätentionsverzicht) ausgeschlossen ward, wehren kann, so wenig ist er gegen Angriffe Dritter der bezeichneten Art durch die Vertragsnorm gesichert. Der Erwerber, in seiner Rechtsstellung von dritter Seite angegriffen, kann sich, (mangels staatlicher Garantie seines Sachrechts) selbst nicht defendieren, er muß vielmehr auf die personale Garantie des zur Defension seines Habens verpflichteten auctor recurrieren. Versagt der Garant die Defension, so muß der Erwerber die Sache dem Angreifer herausgeben, dessen *ἔφοδος*, weil nicht wirksam aufgehalten und durch siegreiche Gegenprätention zurückgeschlagen, zum Ziele der Zerstörung der Sachherrschaft des Käufers geführt hat.

a) Ausnahmen von dieser Rechtslage ergeben sich zugunsten des Käufers einmal auf die Weise, daß der spezielle Rechtskreis des Übereignungsgeschäftes durch personale Einbeziehung dritter Anfechtungsberechtigter erweitert wird. Geschieht das, indem diese Rechtssubjekte, die am Sozialsachverhalt, der den Gegenstand des Rechtsgeschäftes bildet, beteiligt sind, dem Verträge beitreten und ihre Zustimmung zur Verfügung des Veräußerers verlautbaren (griechisch *συνεπαινεῖν, εὐδοκεῖν*<sup>1)</sup>), so ist ein Angriff von ihrer Seite in Zukunft nicht mehr zu befürchten, da sie sich durch den Prätentionsverzicht, den die Zustimmung enthält, selbst von ihrem Anfechtungsrechte ausgeschlossen haben.

Dieser eine Erweiterung der Rechtsgeltung über den Kreis der Parteien hinaus bewirkende Vorgang wird von KOSCHAKER<sup>2)</sup> dahin verstanden, „daß eine Person, deren Widerspruch ein Rechtsgeschäft umstoßen kann, durch den Verzicht auf dieses Widerspruchsrecht beim Abschlusse des Rechtsgeschäftes gewissermaßen selbst als Kontrahent sich beteiligt.“ Die Auffassung KOSCHAKERS ist richtig, wenn man das Wort „gewissermaßen“ unterstreicht. Der Beitritt des Einspruchsberechtigten bewirkt eine Erweiterung der Grenzen dieses speziellen, zwischen Veräußerer und Erwerber bestehenden Rechtsverhältnisses, dessen Normwirkung sich die Beitretenden unterwerfen, gehalten, die Verfügung künftig gegen sich gelten zu lassen. Aber trotz des Beitrittes bleibt der Einspruchsberechtigte „Dritter“. Der Beitrittsakt fungiert lediglich als Normkonstituente des inter partes inhaltlich und formal festgelegten Rechtsbestandes; er wirkt rechtlich in dem Sinne, daß er dem fraglichen Erwerbssachverhalt Normfernwirkung, Normaußenwirkung nach Art eines universell geltenden Rechts gegenüber den Beitretenden verleiht. Der *συνεπαινοῦν* spricht als außerhalb des parteilichen Ich-Duverhältnisses Stehender, als Träger eines der Vertragsnorm transzendenten (fremden) Willens. In dem durch Beitritt vergrößerten Rechtskreis ist noch immer der Ursprungsrechtskreis mit der Norminnenwirkung der Vertragsrechtsordnung gegenüber den Kontrahenten zu unterscheiden von dem größeren Kreis, der jenen umlagert und die Region der Normaußenwirkung des Vertragsrechts im Verhältnis zu den individuellen Rechtsgenossen, die beigetreten sind, abgrenzt.

Es kann aber auch sein, daß (individuell bestimmte) Dritte ihres Anfechtungsrechts gegenüber dem „Haben“ des Erwerbers, das der Normfernwirkung zunächst

<sup>1)</sup> Belege bei PARTSCH, Griech. Bürgschaftsrecht I, 1909, S. 140f.; auch PAPPULIAS, Pfand I, 1908, S. 127f. Aus dem altbabyl. Recht MARTIN SCHORR, Altbabyl. Urkunden 1914, S. 119. Vgl. auch die Bemerkung von MAX WEBER, Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie I 1920, S. 369 zum chinesischen Recht.

<sup>2)</sup> Babylonisch-Assyrisches Bürgschaftsrecht 1911, S. 201.

ermangelt, ohne Verzichtserklärung dadurch verlustig gehen, daß der Erwerbssachverhalt auf Grund eines besonderen Rechtsverfahrens ihnen gegenüber unangreifbare Rechtskraft erlangt. So liegt es bei einer Überführung der vertraglichen Normrealität in die durch abstrakte Zeichennormen der Gesamtrechtsgemeinschaft geforderte Publizitätsform unter deren organschaftlicher Mitwirkung nach vorausgegangenem Aufgebotsverfahren. Hier erlangt der Käufer gegenüber allen Dritten, die rechtzeitig Widerspruch einzulegen versäumten, ein subjektives Recht mit qualifizierter Normaußenwirkung, eine *πίσις κυρία*, der Drittpräventionen mit Erfolg nicht mehr entgegengesetzt werden können. Nach Ablauf einer von der Gesamtrechtsgemeinschaft gesetzten Frist zur Erhebung von Drittpräventionen, die der Normgeltung des Vertrages nach außen, gegenüber dem betr. Prätendenten, entgegenstehen, wird dem Sachverhalte durch Stempel des vom Gesamtrechtsverbande delegierten Funktionärs unanfechtbare Rechtskraft inter omnes verliehen. Anstelle der Erklärungen Dritter, die auf ihre Anfechtungsrechte verzichten, bewirkt hier das Diktat der Rechtsgemeinschaft die Sprengung der Geltungsgrenzen des vertraglichen Ursprungsrechtskreises und die Einbeziehung aller derer, die durch „Verschweigung“ ihr Recht zur Anfechtung des Erwerbssachverhaltes verurteilt haben, in den universalen Geltungskreis des Vertragsrechts, das in der Person des Erwerbers als Haben mit Normfernwirkung reflektiert. So ist rechtsdogmatisch die Rechtsstellung des Erwerbers zu beurteilen, der die Sache durch gerichtliche Auflassung mit nachfolgendem Aufgebotsverfahren erwarb. Mit Ablauf von Jahr und Tag hat er die „rechte Gewere“ erlangt, d. h. sein Haben ist gegenüber allen Dritten, die sich verschwiegen haben, unanfechtbar geworden, zum universell behauptungsfähigen, Drittpräventionsrecht und -präventionsmöglichkeit ausschließenden Rechtsbesitz erstarkt<sup>1)</sup>.

Dieser Sachverhalt des mittelalterlichen germanischen Rechts entspricht genau dem uns durch THEOPHRAST<sup>2)</sup> überlieferten griechischen Publizitätsrechte bei Grundstücksveräußerungen. Wenn es da im §1 heißt: „*ταρά δὲ τοὶ προκηρῖτιον κελύουσι πρὸ τοῦ κατακυρωθῆναι πενθ' ἡμέρας συνεχῶς, εἰ τις ἐπίσταται ἢ ἀντιποιεῖται τοῦ κτήματος ἢ τῆς οἰκίας.*“ und weiter im §2: „*...αἱ προγοραφαὶ καὶ αἱ προκηρῖξεις καὶ ὅλας ὅσα πρὸς τὰς ἀμφισβητήσεις ἐστί . . .*“, so kann das kaum anders denn als Ausdruck des auch im germanischen Rechtskreis entwickelten Rechtsgedankens verstanden werden: Wer sein mit dem Erwerbssachverhalt in normativem Widerspruch stehendes konkretes (subjektives) Recht nicht innerhalb der Aufgebotsfrist geltend macht, nicht Prävention eignen, zum Zugriff auf die Sache berechtigenden, die Sachherrschaft des Käufers hindernden Rechts erhebt (*ἐπίσταται ἢ ἀντιποιεῖται*), hat sich „verschwiegen“, ist seines Anfechtungsrechtes gegenüber dem Erwerberrecht verlustig gegangen, nachdem dieses in die unangreifbare Publizitätsform einer Universalrechtsgeltung durch Akt des Funktionärs der Gesamtrechtsgemeinschaft (*κατακυρωθῆναι*) gekleidet worden und zu einer vom höheren Rechtsverbande, der *πόλις* selber unmittelbar und universal garantierten *πίσις κυρία* erstarkt ist<sup>3)</sup>.

Eine ganz verwandte Rechtsgestaltung hat an Hand eines unlängst publizierten Rechtsdenkmals KOSCHAKER<sup>4)</sup> für das altassyrische Recht festgestellt: Da wird das Verfahren des Aufgebots der Drittberechtigten vom Käufer eingeleitet. Die Behörde spricht nach Ablauf der Einspruchsfrist durch amtliches Edikt den Untergang der Einspruchs-(Präventions-)rechte aus. „Die dadurch für den Käufer hergestellte Rechtslage kann sehr wohl mit der „rechten Gewere“ des deutschen Rechts verglichen werden, wie das amtliche Edikt mit dem Bann- und Friedewirken des Gerichts bei der gerichtlichen Auflassung.“<sup>5)</sup>

<sup>1)</sup> Vgl. HEUSLER, Institutionen des deutschen Privatrechts Bd. II 1886, S. 85f., 103f.; v. GIERKE, D. Pr. II 1905, S. 275; v. SCHWERN, Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl. 1915, S. 74; SCHROEDER-v. KUENSSBERG, DRG., 6. Aufl., 1922, S. 788.

Über verwandte Rechtsgestaltungen des mittelalterlichen englischen Rechts vgl. POLLOCK and MAITLAND, History of english law II, S. 90f.; BRUNNER, Rechtsgeschichte der röm. und germ. Urkunde 1880, S. 286 f.

<sup>2)</sup> a. a. O.

<sup>3)</sup> RABEL, Verfügungsbeschränkungen S. 19f.; PARTSCH, Festschrift für OTTO LENEL 1923, S. 102f.; auch WEISS, Realenzyklopädie (von PAULY-WISSOWA) III. Suppl., S. 852f. (s. v. Grundbücher).

<sup>4)</sup> SZ., Bd. 41, S. 290ff.

<sup>5)</sup> KOSCHAKER a. a. O., S. 294, 95.

b) In Ermangelung solcher Erhebung des Rechtssachverhalts zum unanfechtbaren konkreten Recht (an der gekauften Sache) gegenüber jedem Genossen des Gesamtrechtsverbandes durch Umkleidung mit der staatlich normierten Publizitätsform, bei deren Erfüllung die nicht zur Verlautbarung kommenden Präentionsverzichte Dritter durch das Diktat eines geltungsverleihenden Aktes ersetzt werden, hat das Haben des Käufers in den von uns ins Auge gefaßten Rechtsperioden nur den Wert einer vom Individualwillen eines bestimmten Subjektes (oder auch mehrerer) abhängigen Rechtsgeltung, was die Behauptungsfähigkeit Dritten gegenüber angeht. Möglich ist allerdings, daß das Haben des Erwerbers durch Zeitablauf zu einem aus eigener Kraft behauptungsfähigen, d. h. einem nunmehr von seiten der Gesamtrechtsgemeinschaft gegenüber allen Drittpräentionen garantierten Rechtssachverhalt erstarkt. So ist wohl der Zwölftafelsatz: „*usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus*“, zu verstehen. Nach Ablauf der Frist bedarf es der personalen Garantie (*auctoritas*) nicht mehr, das „Haben“ des Käufers ist zur unanfechtbaren Rechtsgeltung erstarkt: *tempus ei pro auctore est*<sup>1)</sup>.

In den uns hier angehenden Fällen abhängiger Rechtsgeltung (deren rechtshistorische Bedingtheiten nicht untersucht werden sollen) liegt es jedenfalls so, daß der Sachhalter (Käufer) nicht imstande ist, sein Haben gegen Angriffe von dritter Seite zu behaupten. Es bedarf des *ἀνάγειν ἐπὶ τὸν προαίτηρα ἀμφιβητοῦντος τινός* seitens des Käufers<sup>2)</sup>; dieser muß, von einem Dritten, der eigenes Recht prätendiert, angesprochen, die Sache zum auctor „leiten“ (wie altschwedische Quellen es nennen).<sup>3)</sup>

Der auctor führt den Prozeß. Er schuldet kraft seiner Gewährschaftspflicht dem Käufer gerichtliche Defension gegenüber Drittpräentionen. Mit RABEL<sup>4)</sup> zu reden: „Die seitens des Verkäufers zu leistende Garantie bestand in einem prozessualen Schutze des Käufers.“

Nicht notwendig und überall ist die Gewährschaftleistung (*βεβαιωῶν*) allein Sache des Verkäufers. Auch andere Rechtssubjekte können die Rolle eines auctor übernehmen. Der Fall tritt ein, wenn der Gewährschub vom Verkäufer weiterzurückgeht auf dessen Vormänner. Dann haben wir eine Kette nacheinander zum Rechtsschutz des Käufers berufener Garanten. Es besteht aber auch die Möglichkeit, daß von vornherein Dritte rechtsgeschäftlich als Garanten für den Käufer bezeichnet werden. Das altgriechische Recht forderte ursprünglich bei jedem Kaufvertrage *προαίτηρες* oder *βεβαιωτήρες*, die als *secundi auctores* neben den Veräußerer treten<sup>5)</sup>; erst später ist dies Prinzip durchbrochen worden und der Verkäufer konnte allein als Gewähr fungieren — noch in den Papyri der Ptolemäerzeit durch die formularmäßigen Urkundsworte: „*προπωλητῆς καὶ βεβαιωτῆς τῶν κατὰ τὴν ὄνην ταύτην πάντων ὁ ἀποδόμενος ὃν ἐδέξατο ὁ προιάμενος*“,<sup>6)</sup> ausdrücklich zum (Allein-)Garanten bestellt.

PARTSCH hat a. a. O. mit Nachdruck die Meinung verfochten, daß der *βεβαιωτής*, deshalb auch *προαποδότας*, *προπωλητῆς* genannt, rechtlich als Verkäufer gedacht werden müsse, ein „Vizeverkäufer“, der statt des Verkäufers und neben ihm als Gewähr auftritt und als solcher haftet, weil er selbst gleich einem Verkäufer behandelt wird. Dieser Auffassung liegt der richtige und wesentliche Gedanke zugrunde, daß der

<sup>1)</sup> Vgl. PERNICE, *Labeo* II 1, 2. Aufl. 1895, S. 328/29.

<sup>2)</sup> POLLUX, *Onomastikon* VIII 34; vgl. DEMOSTHENES, or. XLV § 81, PLATON, *NOMOI*, p. 915 D und die schöne Darstellung (des Anefangs) im Rechtshilfevertrag zwischen Delphi und Pellana vom Anfang des 3. Jahrh. a. Chr. n., II A 1. 13f. (abgedruckt von PARTSCH, S. Z., Bd. 43, S. 578 ff.; vgl. dessen Bemerkungen S. 583).

<sup>3)</sup> v. AMIRA, *Nordgermanisches Obligationenrecht* I 1882, S. 559.

<sup>4)</sup> Haftung I, S. 7; vgl. auch GIRARD, *Mélanges* II 1923, S. 290.

<sup>5)</sup> PARTSCH, *Griech. Bürgschaftsrecht* I, S. 340, 352 f.

<sup>6)</sup> Belege bei PARTSCH a. a. O., S. 348 Anm.; vgl. denselben in der Lenel-Festschrift S. 95. Das Zitat des Textes ist BGU. 998 (101/0 a. Chr. n.) l. 11f. entnommen.

Verkäufer in der Rolle des auctor und ein Dritter, der dem Kaufvertrage beitreten die Garantie übernimmt, rechtlich durchaus die gleiche Rolle spielen. Man kann aber auch umgekehrt sagen — und damit kommt der rechtsdogmatische Grundzug des Sachverhalts noch schärfer zum Ausdruck: Die Rechtsstellung des Verkäufers als auctor ist die eines außerhalb des parteilichen Ich-Du-Verhältnisses stehenden „Dritten“, der die personale Garantie des Vertragssachverhaltes (nach außen) übernommen hat. Die vertragliche Rechtsänderung liegt in jedem Falle (genetisch) vor der Garantieübernahme. Der auctor — gleichviel, ob in einer Person Garant und den Erwerbstatbestand mitgestaltender Kontrahent oder in den Ursprungsrechtskreis der vertraglichen Rechtsgemeinschaft eingetretener Nichtkontrahent — hat nicht Funktion und Stellung eines verfügenden Vertragsgenossen. Weil die auctoritas nach außen, bei der es sich nuremehr um die extensive Vermehrung der Normwirkung handelt, gegenüber dem Vorgange der Rechtsverschiebung etwas Sekundäres ist, die Garantie des Habens des vertraglich Berechtigten eine rein formale (geltungsmäßige) Leistung ist, die „eigentlich“, d. h. wenn das Endziel universaler Rechtsgeltung wahrhaft erreicht werden soll, von dem großen Dritten der Gesamtrechtsgemeinschaft zu erbringen wäre, deshalb kann auch ein außerhalb der parteilichen Rechtsverbundenheit stehender Rechtsgenosse mit dem gleichen Erfolge wie der Veräußerer als Garant der von seiner Intervention im Falle der Drittpräntion abhängigen Vertragsrechtsgeltung, als auctor fungieren.

Mit Recht betont PARTSCH<sup>1)</sup> die rechtsdogmatische Verwandtschaft zwischen den Publizitätszeugen beim rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerb und den *βεβαιωτήρες* des altgriechischen Kaufrechts. Auch das Nachbarnzeugnis hat Garantiefunktion. Wie ist das zu verstehen? Garant in einer weiteren, durch das rechtsbegriffliche Wesen der personalen Garantie (die nicht auctoritas im prägnanten Sinne der „Gewährschaft“ zu sein braucht) gerechtfertigten Bedeutung ist jeder, der dazu berufen ist, eine konkrete Rechtswirklichkeit gegen präntionale Angriffe auf ihren Normbestand zu verteidigen.

In diesem Sinne hat schon der bloße Prozeßzeuge die Stellung eines auctor<sup>2)</sup>, wenn er, von der in ihrem rechtlichen Haben angegriffenen Partei benannt, ein Zeugnis im Rechtsstreit ablegt, das geeignet ist, deren Rechtspräntion zu stützen. Die Behauptungsfähigkeit eines Rechtssachverhalts hängt nach seiner Einführung in den Rechtsstreit, die ihn zum bezweifelten gemacht und seinen Geltungswert auf die Stufe präntionaler Rechtsgeltung herabgedrückt hat, wesentlich von der Beweisbarkeit der Tatbestandselemente ab, von der nachweislichen Existenz des (bestrittenen) außerprozessualen, den Prozeßanspruch fundierenden Sachverhalts. Diese Abhängigkeit der Prozeßentscheidung von den präntionsstützenden, vor Gericht produzierten Fakten ist häufig eine solche von Zeugenaussagen. Ein Zeuge kann unter Umständen durch sein persönliches Verhalten, indem er so oder so aussagt, die Behauptung der im Rechtsstreit angegriffenen Normwirklichkeit gegenüber Angriffen der Gegenseite und damit ihre Erstarkung zum rechtskräftigen Urteils-sachverhalt bewirken. In einem solchen Fall darf man mit Fug sagen, daß dieser Zeuge durch sein Eintreten für die faktische Wahrheit (d. i. tatbestandliche Fundiertheit) einer Parteipräntion das geltend gemachte konkrete Recht im Verhältnis zum Gegner garantiert. Was hier die Wirkung des Eingreifens am Rechtssach-

<sup>1)</sup> LENEL-Festschrift, S. 88f., 95 mit Quellenbelegen für die historischen Verbindungs-linien zwischen den beiden personalen Rechtsfiguren.

<sup>2)</sup> Nicht dagegen der zur Entscheidung berufene Dritte (arbitr oder iudex). Denn dieser tritt nicht präntionsstützend neben die Partei, zu deren Gunsten sein Urteil ausfällt, sondern urteilt als über den Parteien stehender Funktionär eines Gesamtwillens (der höheren Rechtsgemeinschaft, der schiedsvertraglichen Rechtsordnung, die seine Rechtsmacht begründete). Die Entscheidung eines Rechtsstreits ist zwar spezifische Garantieleistung, aber nicht Ausübung personaler d. i. vom Individuum kraft eigener, freier Willensbestimmung zu erbringender Garantie.

verhalt an sich nicht beteiligter, rechtskreisfremder Rechtssubjekte sein kann, die, in die Garantenrolle ohne eignen Willen hineingedrängt, eine Defension des Rechts der Partei, für die sie aufgrund ihres zufälligen Wissens aussagen, durch ihr Handeln im Prozeß leisten, ist in den Fällen der auctoritas im engeren Sinn der Erfolg einer rechtsgeschäftlichen Konstituierung der Garantenstellung.

Der Geschäftszeuge übernimmt eine Garantie im engeren Wortverstande für den Bestand des Rechtssachverhalts, an dessen Geltungsgenese er beteiligt wird. Bei Angriffen auf die rechtsgeschäftliche Norm ist er gehalten, sein Wissen über den Vorgang der Rechtssetzung, seine Kenntnis des individuellen Normfundaments in die Wagschale zu werfen. Dabei macht es aber einen Unterschied, ob die Zuziehung von Zeugen beim Geschäftsschlusse ein durch abstrakte Rechtsnormen der Gesamtrechtsgemeinschaft gefordertes Formerfordernis ist oder nicht ist. Nur wenn das erstere der Fall ist, bildet das Als-Zeuge-Mitwirken eine Aktkonstituente der Seinsform des rechtsgeschäftlichen Sachverhalts. Der Sinn der zeugenschaftlichen Mitwirkung kann hier der sein, daß die als Zeugen fungierenden Rechtssubjekte die Aufgabe haben, später bei normfeindlichen Präventionen als lebendige (Mit-)Träger der konkreten Norm deren Bestand, dem angegriffenen vertraglich Berechtigten zur Seite tretend, zu defendieren. In dem Fall liegt eine eigentliche Garantieübernahme der Geschäftszeugen vor, die zum Rechtsschutz des garantierten Rechtssachverhalts verpflichtet sind. Das ist die Rechtslage, wo die Zuziehung Dritter zum Geschäftsschlusse dem Zwecke der Geltungserweiterung über den Ursprungsrechtskreis der Kontrahenten hinaus dient.

Die Zeugen — Nachbarn, Verwandte, Freunde — einer Grundstücksveräußerung vermögen dem Rechtsgeschäft nicht den Geltungswert eines unanfechtbaren Rechts mit qualifizierter Normaußenwirkung im Gesamtrechtskreise zu verleihen. Sie handeln als individuelle Rechtssubjekte, nicht als Repräsentanten der Gesamtrechtsgemeinschaft. Aber sie sind imstande und kraft ihrer Mitwirkung bei der Rechtsformung (auf Grund welcher Beziehungen zu den Parteien immer) berufen, bei Drittpräventionen das Haben des Erwerbers zu verteidigen, indem sie dessen Erwerb aus der Hand des Veräußerers nicht nur als faktisch erfolgten, sondern als rechtmäßigen bestätigen. Diese geltungsmäßige Funktion der sogenannten Zeugen beruht auf ihrer eigenen Stellung zur konkreten Norm des Rechtsgeschäftes, dem sie beitreten: Durch ihre Assistenz beim Geschäftsschluß haben die Zeugen die Geltung des Erwerbssachverhalts ihnen selbst gegenüber jedenfalls anerkannt und dem Recht des Erwerbers damit zunächst eine Außenwirkung für den Zeugenkreis erwirkt.

Mit dieser aus dem Zeugenbeitritt sich ergebenden Anerkennung des Erwerbssachverhalts im Verhältnis zu diesen, als Zeugen fungierenden Rechtssubjekten, die die vertragliche Norm sich gegenüber gelten lassen müssen, operieren altbabylonische Urkunden, welche die Klausel „ina asābi sa A“ d. h. „im Beisein des A“ enthalten. Wirkung der Klausel ist nämlich, daß der Zeuge A ein ihm zustehendes Einspruchsrecht gegen die vertragliche Rechtsverschiebung verliert. Die Teilnahme des A an der rechtsgeschäftlichen Formung durch Präsenz beim Geschäftsschlusse wird von der Rechtsordnung als Verzicht auf künftigen *ἔπος* (genauer: Verwirkung etwa bestehenden Einspruchsrechts aufgrund Verschweigung) bewertet, ohne daß es einer dahingehenden Willensverlautbarung bedürfte<sup>1)</sup>. Der Vorgang ist als Erweiterung der Geltungsgrenzen des Erwerbssachverhalts durch Einbeziehung der beitretenden Zeugen in den Kreis der Normwirkung — die sich ihnen gegenüber als Normfernwirkung darstellt — ohne weiteres verständlich. Wer bei der Geltungsgenese eines Rechtsaußenwirkung prätendierenden Rechtssachverhaltes, obwohl zur Normanfechtung legitimiert, stillschweigend assistiert, muß sich gefallen lassen, als einer behandelt zu werden, der sich der Normgeltung unterworfen hat.

Aber der von den Geschäftszeugen bestätigte rechtsgeschäftliche Sachverhalt erlangt durch deren Mitwirkung bei der Geltungskonstituierung (unter Umständen) eine noch weiter (über den Zeugenkreis hinaus-)reichende Normfernwirkung. Tritt ein Drittpräudent mit der Behauptung eignen, dem Erwerberrecht widersprechenden

1) Vgl. KOSCHAKER, *Babyl.-assy. Bürgschaftsrecht*, 1911, S. 201f., 206.

Rechtes auf den Plan, so treten die Zeugen des Rechtsgeschäfts, dessen Normbestand das Recht des angegriffenen Erwerbers reflektiert, diesem zur Seite und verlangen vom Dritten, daß er die von ihnen mitkonstituierte Vertragsnorm (bzw. das Haben des Käufers) gleich ihnen anerkenne. Die Analogie zur Funktion eines *βεβαιωτής* springt in die Augen. Wie jener leisten diese Zeugen durch Defension des Käufers nach außen Garantie und gründen ihre auctoritas auf die eigene Anerkennung der Individualnorm des garantierten Rechtssachverhaltes. Davon wird noch zu sprechen sein.

c) Ein Recht wirkt universell, als „absolutes“, wenn eine Erweiterung seiner Geltungsgrenzen über den originären Rechtskreis hinaus in dem Umfange stattgefunden hat, daß alle dem Gesamtrechtskreis angehörenden Rechtssubjekte die spezielle Norm dieses Rechtssachverhaltes gegen sich gelten lassen müssen und mit Rechtspräntionen, die eine Beschränkung der Normaußenwirkung des betr. Rechtssachverhaltes enthalten, (nicht notwendig definitiv) ausgeschlossen sind. Hier wird die eingetretene Normfernwirkung, die auf Konkretisierung formaler Normen (die Einkleidung des betr. Sachverhalts in eine Publizitätsform vorschreiben) beruht, durch die Rechtsgemeinschaft, deren Rechtsordnung die fraglichen abstrakten Formrechtssätze enthält, selber garantiert. Ob die rechtsgemeinschaftliche Garantie genügt, um alle Drittpräntionen abzuwehren, hängt ab vom Geltungsgrad der garantierten Rechtswirklichkeit, der seinerseits grundsätzlich von dem tatbestandlichen Unterbau, den die Parteien lieferten, abhängig ist. Um den individuellen Normsachverhalt auf die höchste Stufe unangreifbarer Rechtskraft inter omnes zu erheben und ihm eine abstrakte, vom parteigeschaffenen Grunde abgelöste Rechtsgeltung zu erwirken, bedarf es besonderer Verleihungsakte der Gesamrechtsgemeinschaft, wie wir z. B. im *κατακυροῦν* nach erfolgtem Aufgebotsverfahren bei der Grundstücksübertragung gewisser altgriechischer Rechte und verwandten Rechtsgestaltungen anderer Rechtskreise kennen lernten. Erst dann ist das konkrete Recht von universeller Normwirkung in dem potenzierten Sinn, welcher gerade primitiver Rechtsauffassung bei Ausgestaltung des Publizitätsrechts vorschwebt und der auch unserer Rede von qualifizierter Normaußenwirkung (als deren Vollendungsstadium meinent) zugrundeliegt, wenn wir sagen, daß das Haben des normativ Begünstigten von allen Rechtsgenossen (im Verhältnis zu jedem einzelnen) des Gesamtrechtskreises anerkannt werden muß.

Es gibt da aber Stufen. Auch, was die extensive Wirkung angeht. Die Rechtskreisentbundenheit der Norm braucht nicht gleich eine völlige, zur Sprengung der Geltungsperipherie des primären Rechtskreises führende zu sein. Davor liegt Rechtskreiserweiterung durch Erstreckung des personalen Umfanges des Rechtskreises auf bestimmte beitretende Dritte. Beitritt meint hier nicht den Eintritt in das interne Rechtsverhältnis der Vertragsschließenden, wie wir ihn oben S. 149 feststellten. Auch dort — bei den „conventions ouvertes“ — stand Erstreckung der Rechtsgeltung des speziellen Rechtssachverhalts in Frage, aber mit der Wirkung, daß die beitretenden Rechtssubjekte nunmehr als normunterworfenen Genossen in dem relativen Vertragsverhältnis stehen, in gleicher Weise wie die Kontrahenten der Rechtsordnung des Vertrages unterstellt. Davon ist bei einem Beitritt Dritter, der zu dem Zwecke erfolgt, dem konkreten Vertragsrecht beschränkte Rechtsaußenwirkung gegenüber den Beitretenden zu gewinnen, keine Rede. Die Dritten erklären hier lediglich, die Vertragsnorm gegen sich gelten lassen zu wollen, negativ: auf dieser Rechtsformung widerstrebende Rechtspräntionen verzichten zu wollen. Dreierlei Gruppen beitretender Dritter dieser Art können unterschieden werden:

a) Der Dritte ist Delegierter der Gesamtrechtsgemeinschaft. In dem Falle handelt es sich um personale (organschaftliche) Assistenz des Gesamtrechtsverbandes beim formalen Abschluß der Normgenese des universell wirken wollenden Rechts. Der Gesamtrechtsverband selber, durch dies Organ seines Willens handelnd

„tritt bei“. Das heißt: er erkennt an, daß der fragliche Rechtssachverhalt ihm gegenüber, vor seinem Forum, mithin universal in seinem ganzen Rechtskreise gilt. Der Dritte sprengt hier beitretend den primären Geltungskreis des konkreten Rechts, das durch den Geltungsverleihungsakt der Gesamtrechtsgemeinschaft (dieser Akt ist im vorbehaltlosen „Beitritt“ enthalten) zum „absoluten“ emporgehoben wird.

β) Der Dritte ist ein am Lebenssachverhalt, den die Parteien rechtlich formten, nicht beteiligter Rechtsgenosse, der, von „der Straße“ herbeigeholt, bei der Schlußformung des Rechtsgeschäftes von den Parteien zugezogen wird. Das ist der Fall von Zeugenschaft individueller Rechtssubjekte, die ohne eigenes rechtliches Interesse als Mitformer des Rechtssachverhalts fungieren. Hier ist die im Beitrittsakte enthaltene Anerkennung der Rechtsnorm des Erwerbstatbestandes eine durchaus persönliche Leistung der betreffenden, als Zeugen fungierenden Rechtssubjekte. Es wird eine Erweiterung der Wirkungsgrenzen des konkreten Rechts bewirkt, aber nur im Verhältnis zu diesen Rechtsgenossen. Ein ausdrücklicher Prätentionsverzicht wird von solchen Geschäftszeugen, die dem Haben des Erwerbers widerstreitendes Recht bisher nie in Anspruch nahmen, nicht erwartet und nicht geleistet werden. Immerhin bedeutet der „Zeugenbeitritt“ (stillschweigenden) relativen Ausschluß der jedem Rechtssubjekte gegenüber Sachverhalten, denen Normfernwirkung von der Gesamtrechtsgemeinschaft nicht verliehen ward, zustehenden Prätentionsmöglichkeit. Die Zeugen müssen das Haben des Erwerbers normativ gegen sich gelten lassen, sie können nicht bestreiten, daß der rechtsgeschäftliche Sachverhalt dieses Haben in dieser Person reflektiert.

Aus der formal (urkundlich) festgelegten Tatsache, daß bestimmte Dritte — ohne Auftrag des höheren Rechtsverbandes — den konkreten Rechtssachverhalt, bei dessen Normwerdung sie als Zeugen zugezogen worden sind, als von ihnen rechtlich zu beachtende und ihnen gegenüber wirkende Normrealität anerkennen, resultiert eine nicht unerhebliche Verstärkung der Seinsform des betreffenden Rechtsgeschäftes. Der Anfang zu einer absoluten (universellen) Rechtskraftwirkung ist damit gemacht. Ein dritter Prätendent, der das Haben des Käufers mit der Rechtsbehauptung eigenen entgegenstehenden Rechts an der gekauften Sache angreifen will, sieht sich vor einen Rechtssachverhalt gestellt, der durch die Anerkennung nicht nur des Veräußerers, sondern anderer, außerhalb des parteilichen Ich-Du-Verhältnisses stehender Rechtssubjekte gestützt ist, mit deren Eintreten für das angegriffene Recht er rechnen muß. Es liegt auf der Hand, daß die Geschäftszeugen als Geltungsverstärker (nach außen) wirken. Wenn germanische Urkunden von einem „firmare per testes“ reden<sup>1)</sup>, so hat das einen über die unmittelbare Bedeutung im Urkundentext hinausreichenden rechtsdogmatischen Sinn.

γ) Besondere Bedeutung kommt den Sachverhalten des geltungsverstärkenden Beitritts zu, wo die beitretenden Dritten am Rechtsgeschäft selber rechtlich interessiert sind. Gemeint sind die oben S. 180 erwähnten Fälle des Beitritts Einspruchsberechtigter, die durch Bejahung der unter den Vertragsparteien vollzogenen Rechtsverschiebung auf eigene Rechtsprätentionen verzichten. Da handelt es sich nicht um den Ausschluß bloßer Prätentionsmöglichkeiten, sondern um die Aufhebung von Anfechtungsrechten, die Zugriff auf die jetzt vom Käufer gehaltene Sache rechtfertigen könnten. Die Rechtslage des Käufers im Verhältnis zu diesen Dritten entspricht durchaus dem Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Verkäufer, wie es auf Grund des inter partes abgeschlossenen, aber noch nicht zu einem Ausschluß des Rückgriffs des letzteren auf den Kaufgegenstand fortentwickelten Kaufgeschäftes bestand. Hier wie dort zielt der Aktvollzug, der noch — von seiten des Veräußerers, von seiten der Dritten — zu erfolgen hat, dahin, das Haben des Erwerbers im Verhältnis zu dem betreffenden Erklärenden mit Normwirkung auszustatten,

1) Vgl. BRUNNER, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. I, 2. Auflage, 1906, S. 569.



durch Präentionsverzicht des Anfechtungsberechtigten die noch bestehende rechtliche Möglichkeit zum *ἔφοδος* auf das Haben des Erwerbers zu beiseitigen. Dieses Willensziel der Anfechtungsberechtigten: Anerkennung des Erwerbssachverhaltes, bei dessen Formung sie als Zustimmung mitgewirkt haben, als rechtsgültig, soweit dessen Normwirkung ihnen gegenüber in Frage steht, nicht etwa bloß Anerkennung als eine inter partes rechtswirksame Tatsache, unterscheidet sich wesentlich von dem „Beitritts“-ziel derjenigen Rechtssubjekte, die beim Geschäftsschluß nur als unbeteiligte Zeugen assistieren (oben unter  $\beta$ ), und führt jene, was den Rechtserfolg ihres Rechtshandelns — *συνεπαινεῖν*, auch *συμπωλεῖν* — angeht, mit dem den Präentionsverzicht verlautbarenden oder durch Tathandeln in die Präentionsverzichtsstellung tretenden Veräußerer rechtsdogmatisch nahe zusammen. Die Verwandtschaft der Aktbestände zeigt sich in der Ähnlichkeit der möglichen Normwirkungen im Verhältnis zu Drittpräendenten, die außerhalb des erweiterten Geltungskreises verblieben sind:

Garant im Sinne eines zur prozessualen Defension des präentional angegriffenen Käufers verpflichteten auctor kann zwar jeder Dritte sein. Aber es bedarf dazu einer besonderen Garantieübernahme, die im bloßen Zeugenbeitritt noch nicht gefunden werden kann. Auch der Geschäftszeuge hat zwar, so sagten wir, eine Garantiefunktion im weiteren Sinne. Wir folgerten das aus der in seiner Mitwirkung unausgesprochen liegenden Anerkennung des Erwerbssachverhaltes ihm gegenüber, die ihn zum Mitträger und gewissermaßen Mitverantwortlichen des rechtsgeschäftlichen Normbestandes macht. Dem unausgesprochenen (indizierten, nicht erklärten) Anerkennungsakt entspricht eine unvollkommene, nicht zur auctoritas im strengen Sinne ausgestaltete Garantienstellung nach außen. Von dem am Rechtssachverhalte inhaltlich nicht beteiligten Geschäftszeugen kann der Erwerber prozessuale Defension in der Weise, daß jener den Rechtsstreit mit dem Drittpräendenten selber übernimmt und führt, nicht erwarten, noch auch braucht sich der dritte Angreifer auf eine Übernahme des Prozesses durch den Zeugen einzulassen. Nur als neben die Partei tretender Prozeßzeuge wird er Hilfe im Rechtskampf und auf die Weise mittelbare Garantie leisten können. Anders dort, wo die Anerkennung des Habens des Erwerbers einen echten Präentionsverzicht des Anerkennenden enthielt. Dem inter partes vollzogenen, hinsichtlich der Rechtsstellung des Käufers im Verhältnis zum Aktvollziehenden konstitutiven Akte der Normbejahung entspringt die Garantiefunktion nach außen in der Form der auctoritas, *βεβαίωσις*. Das eine zieht als natürliche Folge das andere nach sich. Wie Übernahme der *βεβαίωσις* seitens eines anfechtungsberechtigten Dritten als rechtsaufhebende, künftigen *ἔφοδος* kraft eignen Zugriffsrechts ausschließende Verzichtserklärung wirkt<sup>1)</sup>, so kann umgekehrt das *συνεπαινεῖν* als Übernahme der Außengarantie gewertet werden, ohne daß es eines besonderen Gewährschaftsversprechens noch bedürfte. Altgriechische Quellen zeigen das deutlich.

So fehlen im Kaufregister von TENOS regelmäßig<sup>2)</sup> neben einem *συνεπαινοῦν* die Kaufgewähren (*πρατήρες*); das *ἐπαινεῖν* ersetzt die Garantieerklärung. Vgl. DARESTE<sup>3)</sup>: „Ces interventions sont équivalent à des renonciations. Les intervenants se désistent de tous droits et de toutes prétentions sur l'immeuble . . . Dans le plupart des cas ces interventions sont jugées suffisantes pour l'acheteur, qui n'exige pas alors des garants.“ In vielen Fällen übernehmen die einspruchsberechtigten Dritten auch ausdrücklich die *βεβαίωσις*; gerade aus dem Kreis dieser Personen werden die *πρατήρες* mit Vorliebe entnommen.

3. Die Korrespondenz von Präentionsverzicht nach innen und personaler Garantie nach außen tritt mit besonderer Deutlichkeit hervor, wenn der Veräußerer

1) PARTSCH, Griech. Bürgschaftsrecht, Bd. I, S. 349/50.

2) Zur Ausnahme des § 45 des Kaufregisters von TENOS (vgl. DARESTE-HAUSSOULLIER-REINACH, Recueil des inscriptions juridiques grecques 1891 f. I, S. 64f.): PAPPULIAS, Pfand I, S. 128.

3) a. a. O. (vorige Anm.), S. 97.

selber die Rolle des auctor spielt. Daß der Verkäufer das Haben des Käufers gegen Drittpretentionen garantiert, ist das Gegebene. Wie in den anderen Fällen personaler Garantie entspringt die Pflicht des Verkäufers zur Gewährschaftsleistung seiner eigenen Unterwerfung unter den selbstgestalteten Verfügungssachverhalt als eine seinen Willen bindende Individualnorm, die ihre Geltung aktmäßig dem Verzicht des Verkäufers auf Angriff gegen das von ihm (mit-) geschaffene Haben des Käufers verdankt.

„Ein naturwüchsiger Grundsatz verknüpft auch die Gewährpflichten, die dem Kaufvortrag folgen, mit der Preiszahlung“<sup>1)</sup>. Der Satz hat zweifelloso Geltung (auch in einem nicht rechtssoziologischen, sondern rechtsdogmatischen Sinne), wo die Rechtstatsache des Preisempfanges (kraft rechtlicher Zwangsbewertung als Indiz eines unrücknehmbaren Unterwerfungsaktes des Preisempfängers (Veräußerers)) das Kaufgeschäft inter partes mit präentionsaufhebender Kraft vollendet. Fand dagegen eine Abstrahierung der Vollendung der Normwerdung (im ersten Stadium der Geltungsgenese des zu universeller Rechtswirkung strebenden Rechts, also inter partes) statt, indem der Untergang des dem Verkäufer wegen nicht erfolgter (Voll-)Zahlung des Kaufpreises zustehenden Anfechtungs(Rückgriffs-)Rechtes vom Vorgang der realen Preiszahlung unabhängig gemacht und ausschließlich an den urkundlich verlaublichen Präentionsverzicht — in dessen bindender Fassung mit nachfolgender *νομία*-Klausel — geknüpft wurde<sup>2)</sup>, so ist es eben dieser Verzichtsakt des Veräußerers, dem sich dessen Defensionspflicht gegen Angriffe Dritter als aus der Sachlage sich ergebende Folge anschließt.

So liegt es beim römischen Manzipationskauf. Hier ist richtiger Ansicht nach<sup>3)</sup> die auctoritas-Haftung von der realen Preiszahlung unabhängig. Welches aber ist der Rechtsgrund für die Eviktionshaftung des Manzipanten? Seine Defensionspflicht kann hier nur als Reflexwirkung eines dem Käufer gegenüber geleisteten Präentionsverzichts verstanden werden. Daß die mancipatio einen derartigen Präentionsverzicht, der das Rückgriffsrecht des Verkäufers zum Erlöschen bringt und das Haben des Käufers zum intern unangreifbaren macht, in ihrem aktmäßigen Bestande enthält, hat PARTSCH unlängst gezeigt<sup>4)</sup>. Der als *ἔφοδος*-Verzicht zu bewertende Akt des manzipierenden Verkäufers ist, obwohl nicht verbal verlaublich, im rechtsgeschäftlichen Sachverhalte unverkennbar. Der uns aus dem griechischen Rechte (der Papyri) bekannte Vorgang des Aktschlusses des Erwerbssachverhaltes wird hier von der anderen Seite, der des Erwerbers, ins Positive gewendet, formelhaft dargestellt<sup>5)</sup>. Der Käufer tritt als Prätendent auf, mit den Worten: „hunc ego hominem meum esse aio . . .“ eignes Recht zum Zugriff auf den Kaufgegenstand behauptend. Indem der Verkäufer diese Rechtspretention unwidersprochen läßt, den Zugriff des Käufers auf die Sache (als Ausdruck der Rechtsanmaßung) duldet, unterwirft er sich stillschweigend dem prätendierten Rechte, das, nicht präentional vom Gegner bestritten, zur lex inter partes erstarkt, an der künftige Normangriffe abprallen müssen. Der Erfolg ist genau der gleiche, wie wenn der Veräußerer seinerseits eine Verzichtserklärung, ein *μη ἐπελεύσεσθαι*-Versprechen abgegeben hätte: Die abstrakte Norm des höheren Rechtsverbandes über die Vollendung des ersten Stadiums der Geltungsgenese des Rechtserwerbs ist hier wie dort konkretisiert worden. Durch zeichenmäßig eindeutige Unterwerfungsakte ist der Erwerbssachverhalt von den Vertragsparteien zur bindenden Rechtsordnung für ihren speziellen Rechtskreis erhoben worden. Sache des Verkäufers ist es nun, das von ihm anerkannte Haben des Käufers auch im größeren Rechtskreise, im Verhältnis zu dritten

1) RABEL, Römisches Privatrecht 1915, S. 483.

2) Vgl. oben S. 174 f.

3) PRINGHEIM, Kauf mit fremdem Geld 1916, S. 78.

4) HAUSWALDT-PAPYRI 1913, S. 17\*, Anm. 3; vgl. SZ. 33, S. 601 f.

5) Hierzu und zum Folgenden GRADENWITZ, Einführung in die Papyruskunde I, 1900, S. 54, 48 f.

Prätendenten zur Geltung zu bringen, indem er den vertraglichen Normsachverhalt gegenüber Angriffen außenstehender Dritter defendiert und behauptet.

„Nach innen“, im Verhältnis Käufer — Verkäufer ist mit Abschluß des ersten Stadiums der Normwerdung, der den Vertrag zum rechtskräftigen *inter partes* hat werden lassen, das „Haben“ des Käufers vom künftigen Verhalten des Verkäufers formal, in seiner Rechtsexistenz, unabhängig. Wo ein unrücknehmbarer Präentionsverzicht des Veräußerers zur Verlautbarung gekommen (die keine verbale zu sein braucht), der künftige *ἔφροδος* des Verkäufers gegen die Vertragsnorm, der er sich bindend unterwarf, *ἄκυρος* ist, hat das Recht des Erwerbers an der Sache Behauptungsfähigkeit aus eigener Kraft. Nach innen! Nicht nach außen. In dieser zweiten Richtung blieb die Rechtsgeltung des Kaufgeschäftes (sein Normreflex: das „Haben“ des Käufers teilt den Geltungswert des Erwerbstitels) eine abhängige. Dem Erwerber fehlt bei solcher Rechtsgestaltung die Kraft, sich gegenüber Drittpräentionen selbst zu verteidigen (griech. gesprochen „*ἀντιμαχεῖν*“). Es ist nötig, daß sein Garant dem Angriff des Dritten entgegentritt, das Haben des Erwerbers defendiert. Was im Innenverhältnis der Parteien die durch ihre Unterwerfungsakte konstituierte Vertragsnorm leistet, die von der Garantie der Gesamrechtsgemeinschaft getragen ist, welche den Erwerbssachverhalt als spezielle, die Kontrahenten norminhaltlich bindende Rechtsordnung extern anerkannte und ihm damit den Stempel rechtskräftig (*κύριος*) aufdrückte, das ist hinsichtlich der Rechtsaußenwirkung (Normfernwirkung) des Vertrages Erfolg der personalen Garantie des Verkäufers, der als auctor im Rechtsstreit mit dem Angreifer des Käuferrechts dessen Behauptungsfähigkeit gegenüber dem Angriffe präentdiert.

Es ist so durchaus verständlich, wenn in griechischen Papyri des römischen Ägypten häufig die beiden Akte des Veräußerers — Präentionsverzicht und Gewährschaftsversprechen — in einem Atem genannt werden. Es handelt sich beim einen wie beim anderen um die aktmäßige Fundierung der Vertragsrechtsgeltung. Nur dann ist die *venditio „firma“* im höchsten Sinne und demzufolge die *κηῆσις* des Käufers *κυρία*, wenn jeder *ἔφροδος* am Haben des Käufers wirkungslos abprallt, gleichviel, ob es sich um ein *ἐπέρχεσθαι* (*ἐγκαλεῖν*, *ἀμφισβητεῖν*) des Veräußerers selber oder eines außerhalb des Vertragsrechtskreises stehenden Rechtsgenossen handelt. In negativer Richtung ist die Übereinstimmung eine völlige: Unterlassen eignen Präentionsverzichtetes des Verkäufers und statt dessen Betätigung des Präentionswillens durch *ἐπέρχεσθαι* gegen den Erwerber unter Anfechtung des vertraglichen Erwerbstatbestandes zerstört das rechtliche Haben des Käufers; Nichtdefendieren des Käufers nach außen, *μὴ βεβαιοῦν* seitens des Veräußerers macht den *ἔφροδος* des Drittprätendenten wirksam. In beiden Fällen bricht die Rechtsstellung des Käufers, indem sich der Verkäufer als personaler Garant der von seinem Willen abhängigen Rechtsgeltung versagt, unter dem Angriffe (des Verkäufers, des Dritten) zusammen.

Nicht dagegen besteht eine Gleichwertigkeit beider Versprechen — *μὴ ἐπέρχεσθαι* und *βεβαιοῦν* — des Verkäufers (der die alleinige auctoritas übernommen hat) in positiver Richtung. Der das Versprechen, in Zukunft keine Angriffe auf den Käufer, genauer den Normbestand des Kaufvertrags unternehmen zu wollen, fundierende Präentionsverzicht des Veräußerers hat das Haben des Erwerbers zu einem von jenes Seite unanfechtbaren Rechtsbesitz gemacht. Das Recht des Käufers an der Sache ist Normreflex einer rechtsgemeinschaftlich garantierten konkreten Rechtsgeltung, die allen Anfechtungsversuchen des Vertragsgegners siegreich widersteht. Das Versprechen des Veräußerers, das Haben des Käufers achten zu wollen, fügt (nach Vollzug und Verlautbarung des Präentionsverzichtetes) der Geltungskraft des Vertrages nichts hinzu. Der Verkäufer ist gebunden kraft Normunterworfenheit. An dieser Bindung vermag er einseitig nichts mehr zu ändern. Erklärt der Vertrag (urkundlich) den *ἔφροδος* des Verkäufers für *ἄκυρος*, so kommt es auf seine

spätere Stellungnahme zum vertraglichen Normsachverhalt nicht mehr an. Jeder künftige Versuch, den Vertrag zu entkräften, muß an dessen bindender Kraft als untauglicher scheitern. Nachdem infolge der Rechtskraft des Erwerbssachverhalts aus dem „Nicht-mehr-anders-wollen“ für die Parteien ein „Nicht-mehr-anders-können“ geworden ist<sup>1)</sup>, bedarf es eines „*μη̄ ἐπελεύσεσθαι*-Versprechens“ des Verkäufers nicht mehr. Gibt dieser es trotzdem noch ab, so hat es lediglich als Verlautbarung des einmalig-endgültigen Normbejahungsaktes (des Präentionsverzichts) rechtliche Bedeutung und ist im übrigen unschädliche Floskel.

Ganz anders steht es mit der urkundlichen Verlautbarung der Übernahme der *βεβαιώσις*-Pflicht. Hier handelt es sich um eine Rechtspflicht des Verkäufers, von deren Erfüllung geltungsmäßig die Rechtsstellung des Käufers abhängt. Kommt jener seiner Gewährschaftsverpflichtung nicht nach, so bricht das Haben des Käufers, das auf die personale Garantie des Veräußerers gestellt ist, unter dem Angriff des dritten Prätendenten zusammen. Die Papyri stellen vielfach einfach nebeneinander: „*ἐὰν ἐπέλθῃ ἢ μὴ βεβαιώσῃ*“, als Modi vertragswidrigen Verhaltens des Verkäufers, die eine *ἐπίτιμον*-Haftung nach sich ziehn. Die Wirkung der beiden willentlichen Stellungnahmen in concreto ist aber eine ganz verschiedene: Das *μη̄ βεβαιούσιν* (Unterlassen der Defension oder erfolglose Defension seitens des Veräußerers) kostet den Käufer die Sache, während ein späteres *ἐπέρχεσθαι* des Verkäufers die Rechtsstellung jenes nicht zu erschüttern vermag. Es ist daher eine Laxheit, wenn diese Urkunden die *κυρία*-Klausel in gleicher Weise auf beide Willensverlautbarungen beziehen.

Vgl. z. B. Pap. Lond. Bd. 3, S. 151 (226/27 p. Chr. n.<sup>2</sup>) l. 14f.:

„... *ἐὰν δὲ ἐπέλθῃ ἢ μὴ βεβαιῶ ἢ ἔφοδος ἄ[κ]υρος ἔστω καὶ [π]ροσαποτείσω ἢ ὁ ὑπὲρ ἐμοῦ ἐπελευσόμενος τῶ ὄνουμένῳ . . . τὰ τε βλάβη καὶ δαπανήματα καὶ ἐπιτίμου ὡς ἴδιον χρέος διπλῆν τὴν τιμὴν . . . κ[α]τὰ μὴδὲν ἴσον ἢ πρᾶσις κυρία . . .*“

Aber ein zutreffender Gedanke liegt dieser Parallelisierung doch zugrunde, wenn schon die Gleichbewertung der Willenshaltung des Verkäufers bzgl. der Vertragsrechtsgeltung in der Innen- und Außenrichtung eine nicht haltbare Übertreibung darstellt: Die Normunterworfenheit des Verkäufers, die auf seiner Unterwerfung unter die spezielle, das Haben des Käufers rechtfertigende Norm des vertraglichen Erwerbssachverhalts beruht und in einem Verzicht auf die *ἔφοδος*-Möglichkeit aktmäßige Verlautbarung findet, fundiert auch die Normaußenwirkung des Rechtsgeschäftes. Die Erklärungen des *μη̄ ἐπελεύσεσθαι* und *βεβαιώσιν* indizieren diejenigen Willensakte des Veräußerers, welche die beiden, wenschon ungleich starken Pfeiler der Behauptungsfähigkeit des Käuferrechts bilden. Die Ungleichheit der geltungsmäßigen Bedeutung der beiden Erklärungsinhalte rührt daher, daß die Rechtsgeltung des Sachverhalts inter partes eine unabhängige ist, während nach außen, im Verhältnis zu außerhalb des Vertragsrechtskreises stehenden Rechtsgenossen das Haben des Käufers der gesamtrechtsgemeinschaftlichen Garantie ermangelt und durch den Verkäufer als auctor personal garantiert ist. Auf des Verkäufers bejahendes oder verneinendes Verhalten gegenüber der Vertragsnorm kommt es, was deren Norminnenwirkung angeht, nicht mehr an, nachdem der Vertrag Rechtskraft erlangt hat. Um soweit zu kommen, war von seiten des Verkäufers bindender Vollzug des normbejahenden Unterwerfungsaktes erforderlich. Vor diesem Aktvollzug, in der ersten Phase der Geltungsgenese des Erwerbssachverhalts, als noch ein Rückgriffsrecht des Veräußerers in bezug auf den Kaufgegenstand bestand, war die Behauptungsfähigkeit des Käuferrechtes auch intern vom künftigen Verhalten des Vertragsgegners abhängig. Erst durch Vollzug des Unter-

<sup>1)</sup> Vgl. J. KOHLER, Arch. Ziv. Pr., Bd. 91, S. 177 f.

<sup>2)</sup> Auch bei MITTEIS, Chrestomathie der Papyruskunde Nr. 256. Weitere Belege bei BERGER, Strafklauseln in den Papyrusrkunden 1911, S. 131, der den Sachverhalt ebendort S. 130, 85 zutreffend beurteilt.

werfungsaktes (der der verzichtsmäßigen Verlautbarung vorausgehen, auch auf andere Weise zum intersubjektiven Ausdruck kommen kann) seitens des Verkäufers erlangte das Haben des Käufers eine künftige Normangriffe ausschließende Geltungskraft.

Ist nun eine Erhebung des Erwerbssachverhalts auf die Stufe unangreifbarer Rechtsgeltung inter partes im Wege der aktmäßigen Weiterentwicklung des Tatbestandes vorgesehen, indem der Veräußerer schon in dieser ersten Geltungsphase verspricht, den noch ausstehenden Unterwerfungsakt unter gewissen Modalitäten zu leisten, so haben wir in Hinsicht auf den formalen Bestand eine durchaus analoge Rechtslage, wie sie sich nach außen für den Käufer aus der Notwendigkeit personaler Garantie seines Rechtes (durch Gewährungssachleistung des Verkäufers) bei Normangriffen Dritter ergibt. Hier wie dort hängt es von dem künftigen Willensverhalten des Verkäufers ab, ob der Käufer sich gegenüber dem Angriff — des Verkäufers, des dritten Prätendenten —, der sein Haben zu zerstören unternimmt, wird behaupten können oder ob der *ἔφοδος* zum Erfolge der Zerstörung des Käuferrechtes führt. Bezeichnet man den Verkäuferakt, der den Angriff gegen die Vertragsnorm, gleichviel von welcher Seite er kommt, ausschließen soll, mit „*βεβαιῶν*“, so verdient auch der Prätentionsverzicht des Veräußerers dort, wo er vertraglich als künftig zu leistender normiert ist, diesen Namen und es kann folglich die rechtsgeschäftliche Verpflichtung des Veräußerers zur Begründung eines ihm gegenüber unanfechtbaren Habens des Käufers selber als Pflicht zur *βεβαίωσις* angesprochen werden.

Einem sogenannten Normsachverhalt begegneten wir bei Betrachtung des hellenistischen Arralkaufes<sup>1)</sup>. Wir stellten fest: Nach dem Norminhalt des Arralvertrages besteht für den Verkäufer die rechtliche Möglichkeit eines entgeltlichen Rückgriffs auf die Sache; sein *ἔφοδος* auf das Haben des Erwerbers ist in dieser Phase der rechtsgeschäftlichen Parteibeziehung nicht *ἀκυρος*, wohl aber wird er als Normbruch gewertet, falls der Arralkäufer durch fristgemäßes Angebot des Kaufpreisrestes das zur tatbestandlichen Fortführung des Geschäftes seinerseits Erforderliche getan hat. Schließlich erkannten wir: Das *ius ad rem* des Erwerbers ist gegen eine Rückgriffsprätention des Verkäufers durch das Versprechen eben desselben, den Kaufvertrag zu perfizieren (indem er definitiven Prätentionsverzicht leistet), garantiert. Der Verkäufer genügt dieser seiner Pflicht zur „*auctoritas* gegen sich selber“, indem er die *ἔφοδος*-Möglichkeit von seiner Seite, (ausdrücklich oder durch konkludente Handlung) auf sein noch bestehendes Anfechtungsrecht verzichtend, ausschließt. Sobald das geschehen ist, ist das Haben des Erwerbers der allgemeinen Garantie der Gesamtrechtsgemeinschaft unterstellt.

Die durchaus analoge rechtliche Gestaltung in den beiden Fällen der richtungsmäßig unterschiedenen Garantie des Verkäufers findet in gewissen Quellen des griechischen Rechts insofern ihren Ausdruck, als nach ihrem Zeugnis manche Rechte dem Käufer sowohl in dem Falle, daß der Veräußerer bei Drittprätention *μὴ βεβαιοῖ*, wie im Falle, daß er nach Arralempfang die Vertragsperfektion ablehnt (stattdessen das Käuferrecht durch Anfechtung der vertraglichen Primärnorm hinfällig macht), die Gewährungssachklage, die „*δίκη βεβαίωσεως*“ gewähren.

Vgl. Harpocration s. v. *βεβαίωσεως*:

„*βεβαίωσεως δίκης ὄνομά ἐστιν, ἣν δικάζονται οἱ ὠνησάμενοι τι τῷ ἀποδομένῳ ἂν ἕτερος μὲν ἀμφισβητῇ τοῦ πραθέντος ὃ δὲ μὴ βεβαιοῖ, ἐνίοτε καὶ ἀρραβῶνος μόνου δοθέντος, εἴτα ἀμφισβητήσαντος τοῦ πεπρακότος ἐλάγχανε τὴν τῆς βεβαίωσεως δίκην ὃ τὸν ἀρραβῶνα δοὺς τῷ λαβόντι. . .“*

Es werden hier die beiden Fälle der Drittprätention — *ἂν ἕτερος ἀμφισβητῇ* — und der Prätention des den Kaufvollzug weigernden Verkäufers — *ἀμφισβητήσαντος τοῦ πεπρακότος* — als gleichwertige Voraussetzungen desselben Rechtsbehelfes nebeneinandergestellt. Mit Recht insofern, als hier wie dort der Käufer auf Grund des Vertragssachverhaltes einen Anspruch darauf hat, daß der Verkäufer jedem

<sup>1)</sup> Vgl. oben S. 167 f.

Angriff auf den Normbestand des Rechtsgeschäftes entgegnet, dessen Geltung garantiert. Hier: indem er durch endgültigen Präentionsverzicht (der in der Tat handlung der Annahme des *λοιπὸν τῆς τιμῆς* genügenden Ausdruck finden kann) jede *ἔφροδος*-Möglichkeit von seiner Seite für die Zukunft ausschließt. Dort: indem er den konkreten Angriff eines Drittprätendenten als Verteidiger des von ihm geschaffenen Habens unter Geltendmachung dieses Habens als einer dem Dritten gegenüber wirksamen Normwirklichkeit abwehrt. Die wesensmäßige Gleichheit der vom Verkäufer auf Grund seiner Garantienstellung nach innen und nach außen zu erbringenden formalen Leistung tritt noch schlagender hervor in der Beschreibung, welche die *λέξεις ῥητορικαί* s. v. *βεβαιώσεως* von den materiellen Klagvoraussetzungen der *δίκη βεβαιώσεως* und ihrem Ziele geben. Es heißt da<sup>1)</sup>:

„βεβαιώσεως δίκης ὄνομά ἐστιν, ἣν ἐδικάζοντο οἱ ὀνησάμενοι κατὰ τῶν ἀποδομένων, ὅτε ἕτερος ἀμφισβητοῖ τοῦ πραθέντος, ἀξιούντες βεβαιῶν αὐτοῖς τὸ πραθέν. ἐνίοτε δὲ καὶ ἀρραβῶνος μόνου δοθέντος. ἐπὶ τούτοις οὖν ἐλάττανον τὴν τῆς βεβαιώσεως δίκην οἱ δόντες τὸν ἀρραβῶνα τοῖς λαβούσιν, ἵνα βεβαιωθῆ ὑπὲρ οὗ ὁ ἀρραβῶν ἐδόθη.“

Diese Darstellung unterscheidet sich von der im Harporcation gegebenen dadurch, daß sie außer den Klagevoraussetzungen dieses Rechtsmittels auch den Gegenstand des Klaganspruchs bezeichnet. Der wird im ersten Falle (der auctoritas im engeren Sinne) angegeben mit: „βεβαιοῦν τὸ πραθέν“; wenn es sich dagegen um die Klage dessen, der die Arra gab, gegen den, der die Arra hinnahm, aber Vollziehung des eigentlichen Kaufvertrages weigert, handelt, mit den Worten: „ἵνα βεβαιωθῆ ὑπὲρ οὗ ὁ ἀρραβῶν ἐδόθη“ gekennzeichnet.

Die rechtsdogmatische Verwandtschaft der vom Verkäufer in dem einen und dem andern Falle zu erbringenden Leistung führt hier also dazu, daß das gleiche Wort (*βεβαιοῦν*) verwendet wird, um das vom Veräußerer auf Grund des Arralgeschäftes und zufolge Gewärchschaftsübernahme zu fordernde aktmäßige Verhalten zu bezeichnen. Der für den letzteren Fall technische Ausdruck wird auf den Sachverhalt des Arralvertrages übertragen, indem dabei auf den weiteren Wortgebrauch: *βεβαιοῦν* gleich firmare, stabilire, confirmare<sup>2)</sup> zurückgegriffen wird. Ist aber dieser einheitliche Sprachgebrauch in der Tat gerechtfertigt, war das Ziel der *δίκη βεβαιώσεως*, von der die Lexikographen berichten, in beiden Fällen so gleichgeartet, daß als Gegenstand des Klageanspruchs übereinstimmend ein *βεβαιοῦν* angegeben werden kann?

In beiden Fällen schuldet der Verkäufer „Garantie“ gegen Angriffe auf den Normbestand des von ihm mitkonstituierten Rechtssachverhaltes. Kommt er dieser seiner Verpflichtung zur Garantieleistung mit Erfolg nach, so ist ein in der Richtung auf den seiner *ἔφροδος*-Möglichkeit beraubten Prätendenten rechtswirksames Haben des Käufers hergestellt. Die Verschiedenheit der Aufgabe, je nachdem, ob es sich um Außen- oder Innengarantie handelt, bedingt Unterschiede im Aktvollzuge. Im Falle der Gewärchschaftsleistung hat der Verkäufer einen realen Angriff auf das Recht des Käufers (und damit den Erwerbssachverhalt, der dieses Recht fundiert und in der Person des Erwerbers reflektiert) abzuwehren, während es ihm bei Erhebung der Vertragsnorm auf die Geltungsstufe unrücknehmbarer Rechtskraft obliegt, durch Weiterbau des Rechtsgeschäftes von seiner Seite die bis dahin vorhandene rechtliche Möglichkeit zur normwidrigen Präention für alle Zukunft auszuschließen. Aber trotzdem besteht eine weitgehende Analogie der Handlungsziele hier und dort, die sich in der aktmäßigen Gestaltung der Garantie „nach innen“ und „nach außen“ abzeichnet:

Da der auctor den Prozeß gegen den Drittprätendenten im eignen Namen führen soll, muß ihm rechtlich eine Möglichkeit zur Geltendmachung des angegriffenen Rechts des Käufers eingeräumt werden. Der einfachste Weg ist, daß der Käufer

<sup>1)</sup> BEKKER, Anecdota I, S. 219/20.

<sup>2)</sup> Vgl. STEPHANUS, Thesaurus linguae graecae s. h. v.

zu dem Zweck die gekaufte Sache in die Hand des Veräußerers zurücklegt. Damit erlangt der Verkäufer sinnlich wahrnehmbar die Rechtsstellung eines zur Prätentionserhebung (bzw. -erwiderung) Berechtigten, eine Stellung (der „Prozeßstand-schaft“ in moderner Terminologie), deren er bedarf, um dem Kläger die Rechtsbehauptung eines relativ zu diesem wirksamen Rechts an der Sache im Rechtsstreite entgegensetzen zu können. Im Verhältnis zum Käufer bedeutet das keine Rechtsverschiebung; dieser hat keinen Rechtsverzicht geleistet, indem er das unmittelbare Haben aufgab und die Sache durch die Hand des Verkäufers gegen den Zugriff des Dritten decken läßt. Aber geltungsgenetisch ist der Rechtssachverhalt (formal) um eine Stufe zurückgeschoben: Der Verkäufer hat wieder eine Zugriffrelation zu der verkauften Sache, die ihm retradiert worden ist. Es hält sie nicht als eigene, sondern für den Käufer (gleich einem Salmann)<sup>1)</sup>, dessen Recht in Erfüllung seiner Gewährschaftspflicht schirmend. Die durch Retradierung der Sache — griech. *παράδιδ'να*<sup>2)</sup> — an den Verkäufer, zwecks prozessualer Defension diesem vom Käufer eingeräumte Rechtsstellung ist jedoch nach außen hin, vor dem Forum des Gerichts, die eines voll Verfügungsberechtigten, der zur Führung des Rechtsstreites suo nomine legitimiert ist.

Daß der Käufer dem Verkäufer zwecks Verteidigung im Prozeß in der Tat die formale Stellung eines Prätentionsberechtigten hinsichtlich der Sache (genauer des rechtlichen Habens des Sozialwertes) verschafft, entsprechend der Rechtsstellung, wie sie im Verhältnis der Parteien dem Verkäufer zukommt, der noch nicht endgültigen Prätentionsverzicht geleistet hat und dem daher ein *ἔπος* gegen das Haben des Vertragsgegners noch offensteht, nur daß die Prätentionsstellung in beiden Fällen eine richtungsmäßig verschiedene, im ersteren Falle nämlich eine nach außen (gegen den Drittpretendenten) gerichtete ist, macht die Bestimmung der *Lex Baiuvariorum* App. IV über den Gewährzug deutlich, wonach der Gewähr verpflichtet ist, dem Käufer (der ihm die Sache ad hoc zurückgab) durch feierliche Wiederholung der Tradition das Gut zu bestätigen („firmare“, „suiron“)<sup>3)</sup>. Um dem von ihm geschaffenen Haben des Käufers Rechtswirksamkeit nach außen, Normfernwirkung dem Angreifer gegenüber zu erwirken, muß der Verkäufer dies Haben zunächst einmal selber sichtbar anerkennen. Das geschieht durch „firmare“ (*βεβαιῶν*) des Käuferrechts, welcher Akt eine erneute Bejahung der Vertragsnorm, des Erwerbssachverhalts, auf dem das Recht des Käufers an der Sache beruht, seitens des Veräußerers enthält. Aus der Möglichkeit und Notwendigkeit solcher an den Käufer gerichteten Willensverlautbarung des als auctor handelnden Veräußerers ergibt sich deutlich, daß der Käufer ein formal vom willentlichen Verhalten des anderen Teils unabhängiges Recht nicht hat, dieses vielmehr noch der Selbstgarantie des Verkäufers bedarf. An dieser Feststellung ändert die Tatsache nichts, daß das „firmare“ des auctor nicht erstmaliger, die Rechtsgeltung des Erwerbstatbestandes *inter partes* konstituierender Vorgang ist, sondern ein diesen wiederholender symbolischer Rechtsakt. Als Akt parteilicher Rechtsformung war der Traditionsakt von vornherein wiederholbare Darstellung. Nachdem aber einmal der dahinterstehende Unterwerfungsakt des Verkäufers bindend vollzogen war, war für erneute Verlautbarung dieses normbejahenden Willens nur Raum, wenn das parteiliche Rechtsverhältnis auf eine prätentionale Vorstufe zurückgeschoben wurde (wie das in jedem Rechtsstreite zwischen den Vertragsparteien selber über den Bestand (die Norminnenwirkung) des vorprozessualen Vertragsverhältnisses geschieht). Hier vollzieht sich das mit einer eigentümlichen Aktumwendung durch die Retradition des Käufers. Es liegt an der in den Willen der Parteien aufgenommenen

<sup>1)</sup> Vgl. BRUNNER, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. II, S. 505 und 515/16; GIERKE, Deutsches Privatrecht, Bd. 2 (1905) S. 556, Anm. 17.

<sup>2)</sup> Vgl. z. B. Pap. Tor I, 116 a. Chr. n. (MITTEIS, Chrest. Nr. 31) Col. VI 1. 9/10.

<sup>3)</sup> GRIMM, Deutsche Rechtsaltertümer, 4. Aufl., 1899, Bd. I, S. 160; BRUNNER a. a. O., S. 510.

Zweckbegrenztheit dieser Retradition, daß der formale Rückbau des Erwerbsgeschäftes im Innenverhältnis der Parteien keine eigene rechtliche Bedeutung hat und der Verkäufer in die Stellung eines Prätendenten nur nach außen hin einrückt. Durch Versagen der Außenpräsentation kann aber der Verkäufer das Haben des Käufers zerstören. Siegt im Eviktionsstreit der Dritte, so lag in Wahrheit ein „firmare“ des Verkäufers gegenüber dem Käufer gar nicht vor; das Erwerbsgeschäft enthielt eine tatbestandlich nicht genügend fundierte und jetzt in ihrer Hohlheit erkannte Normkonstituierung, der die erfolglose Rechtsbehauptung nach außen, im Prozeß, durch den Sieg des Klägers als Leerpräsentation festgestellt, entspricht. Das Verhalten des Garanten (und zugleich Verkäufers) stellt sich hier nach innen sowohl wie nach außen als ein *μη βεβαιών* dar. Der Veräußerer hat es nicht vermocht, einen Normsachverhalt zu schaffen, der dem Käufer ein unangreifbares Recht am Kaufgegenstande gibt. Der *ἔφοδος* des Dritten hat das Haben des Erwerbers zerstört und damit hat der vertragliche Erwerbssachverhalt seine normative Kraft überhaupt verloren. Die Wirkung ist im Enderfolg die gleiche, als wenn der Verkäufer selber durch Weigerung des eignen (versprochenen) Präsentationsverzichts und Ausübung des ihm erhalten gebliebenen Anfechtungsrechtes durch Rückgriff auf die Kaufsache das konkrete Vertragsrecht (als Erwerbssachverhalt) zerbrochen hätte. Es ist jedesmal der Nicht- (oder erfolglose) Vollzug des *βεβαιών* seitens des Verkäufers, welcher den *ἔφοδος* wirksam macht und eine Geltungsentwertung der das Haben des Käufers fundierenden Individualnorm herbeiführt.

Keinen wir zur *δίκη βεβαίωσης* zurück. Wie konnte die gerichtliche Entscheidung, die den Klageanspruch des dieser *δίκη* sich bedienenden Klägers bejaht, lauten? Für beide Tatbestände, die als materielle Voraussetzungen dieser Klage fungieren, ist klar, daß das Urteil dem Umstande, daß es sich um Fälle personaler Garantie handelt, Rechnung tragen muß. Abhängige Rechtsgeltungen werden hier rechtsstreitmäßig prätendiert. Dem Beklagten liegt (nach der Klagebehauptung) Garantieleistung ob; er soll sie durch sein willentliches Verhalten (und dessen Umsetzung in die Tat) vollziehen. Aber es ist des Verkäufers (Beklagten) freier, genauer: durch ein lösbares Rechtsband gefesselter Wille, der sich im Vollzuge der „Garantie“ betätigt. Die Garantie erzwingen und bei endgültiger Weigerung des Garanten durch Diktat der Gesamtrechtsgemeinschaft (des Richters) ersetzen, hieße die abhängige Geltung des Erwerbssachverhalts in eine unabhängige verwandeln und damit das Recht des Käufers doch schließlich unter die Garantie des Gesamtrechtsverbandes stellen. Was die „Innengarantie“ angeht, so erscheint das von vornherein als ausgeschlossen. Eine Geltungsentwertung des vertraglichen Rechts-sachverhaltes (in primärer Richtung) durch das Verhalten des Verkäufers ist hier von vornherein tatbestandlich in Rechnung gestellt. Der Prozeß muß das berücksichtigen. Allgemein gilt: Vor dem Forum der Gesamtrechtsgemeinschaft kann die Rechtskraftverleihung an einen privaten, prozessual in der Form der Rechtspräsentation verlautbarten Willen zur konkreten, die Parteien normativ beherrschenden Rechtsrealität durch Richterspruch nur insoweit in Frage kommen, als der Prätendent Rechtssätze der Gesamtrechtsgemeinschaft (versuchsweise) konkretisiert, deren Anwendung auf den Streitsachverhalt dessen gerichtliche Geltendmachbarkeit und rechtliche Gültigkeit ergibt und daher in der Person des Klägers als Anspruch auf staatliche Garantie („Rechtsschutzanspruch“) reflektiert. Die staatliche Garantie fehlt aber überall dort, wo und soweit ein Tatbestand hinsichtlich seines Normbestandes von dem Willen eines privaten Rechtsgenossen als personalen Garanten abhängig ist. Eine durch Akt (bzw. Nichtakt) eines normbeteiligten Rechtsgenossen dieses speziellen Rechtskreises, in dem der Kläger steht, entwertbare Rechtsgeltung ist nicht geeigneter Gegenstand einer auf richterliche Bestätigung der für diese Parteien angeblich geltenden Individualnorm abzielenden Rechtspräsentation.



Der geltungsmäßige Mangel eines so gearteten konkreten Rechtssachverhalts schließt jedoch seine Produktion vor dem Forum des Gesamtrechtsverbandes dann nicht aus, wenn die Normbrüchigkeit nur partiell, nämlich allein in primärer Richtung besteht und dem betr. Sachverhalt eine Sekundärnorm eingefügt ist, die volle, extern anerkannte Rechtskraft besitzt. Über Charakter und Inhalt dieser Sekundärnorm beim Arralvertrage ist oben S. 169 gesprochen worden. Es ergab sich, daß derselbe Vertrag, der eine Entwertung der Rechtsgeltung durch erfolgreiche normbrechende Anfechtung der primären Rechtsnorm seitens der Parteien zuläßt, zugleich normativ bestimmt, welchen Geldbetrag der Angreifer als Entgelt seines *ἐφ' ὁδοῦ* zu erbringen hat; durch eine zweite Norm des Rechtsgeschäftes ist der „Faktor“ der Geltungsentwertung festgelegt. Eine Geltendmachung dieser *ἐπίτιμον*-Haftung muß auch im Prozesse vor dem Forum der Gesamtrechtsgemeinschaft möglich sein. Denn die Sekundärbindung des in primärer Richtung normbrüchigen Vertragsteiles ist eine unrücknehmbare. Insoweit ist der Arralvertrag voll wirksam und staatlich garantiert.

Auch bei der *auctoritas* im engeren Sinne besteht eine vollwirksame Haftung des seine Defensionspflicht nicht erfüllenden Gewähreren. Das Maß dieser Haftung kann verschieden sein. Das Naheliegendste ist, daß der Verkäufer, der seine Gewährschaftsverpflichtung nicht erfüllt (nicht oder nicht erfolgreich Defension leistete), auf die Klage des Käufers zur Rückerstattung des gezahlten Kaufpreises an den Kläger verurteilt wird.

So sprechen z. B. die germanischen Rechte von einem „reddere pretium“<sup>1)</sup>, während beim altrömischen Manzipationskauf die Klage gegen den gewährbrüchigen Manzipanten, die *actio auctoritatis* bekanntlich auf das *duplum pretii* ging.

Hier überall bildet die Tatsache erfolgten Gewährbruches die Klagvoraussetzung und der Antrag des klagenden Käufers ist unmittelbar auf Zuerkennung der als Buße für den normbrüchigen Garant in den Vertrag eingesetzten oder gesetzlich fixierten Geldsumme gerichtet. Ein prozessualer Druck auf den *auctor* zur Garantieleistung scheint nicht stattzufinden<sup>2)</sup>. Solcher Druck wäre aber an sich ohne Widerspruch zu der formalen Struktur des Erwerbssachverhaltes als einer in die Garantie des *auctor* gestellten, von seinem Willen abhängigen Rechtsgeltung möglich. Eine Einwirkung auf den Willen des Garantens könnte auch von seiten der Gesamtrechtsgemeinschaft in der Weise versucht werden, daß der Garant durch Androhung von Übeln für den Fall des *μη βεβαίων* noch vor Gericht veranlaßt werden soll, Gewährschaft zu leisten. Dadurch wird die Abhängigkeit des angegriffenen Normbestandes (im Verhältnis zum Drittpräsidenten) vom Individualwillen des Verkäufers (*auctor*) nicht aufgehoben. Der der obrigkeitlichen Einflußnahme weichende Garant handelt immer noch aus eigener Willensinitiative, nicht als Vollzugsorgan der ihn drängenden Gesamtrechtsgemeinschaft, die das Vertragsrecht etwa ohne seinen Willen zur Geltung brächte. Es ist deshalb mit dem festgestellten Charakter der *auctoritas* des Veräußerers durchaus vereinbar, wenn dessen Weigerung zur Garantieleistung bzw. dessen erfolglose Defension von dem Gesamtrechtsverbande mit Strafe belegt wird<sup>3)</sup>.

Die Gesamtrechtsgemeinschaft kann, ohne dadurch eigene Garantie für den Rechtsbestand des dem Käufer vertraglich eingeräumten Habens anzuerkennen, so weit gehen, dem Käufer den Rechtsweg zur Klage auf Garantieleistung gegen den *auctor* zu eröffnen. Der Käufer prätendiert, indem er eine solche Klage erhebt, nicht die richterliche Bejahung der Rechtskraft des Erwerbssach-

1) Vgl. Edictus Rothari C. 231; A. SCHULTZE, Gerüfte und Marktkauf 1905, S. 40. mit weiteren Belegen. Zur entsprechenden Regelung des altbabyl. Rechts SAN NICOLÒ, Schlußklauseln, S. 177.

2) Zum germ. Recht HUEBNER, Deutsches Privatrecht, 4. Aufl., 1922, § 83 II.

3) Mit Todesstrafe z. B. im altbabylonischen Recht: SAN NICOLÒ a. a. O.

verhaltes, der sein Haben rechtfertigt. Das ist bei einem Tatbestand, den angreifbare und abhängige Rechtsgeltung umkleidet, nicht angängig. Der Kläger verlangt hier, daß die Verpflichtung des Verkäufers in ihrem vertraglich festgelegten Umfange zunächst einmal richterlich festgestellt werde. Geltend gemacht wird dabei aber die persönliche Haftung des auctor, die allein das Haben des Käufers trägt. Nur wird im Gegensatz zu den Fällen, wo die *ἐπίτιμον*-Haftung des normbrüchigen Kontrahenten den Klaggrund bildet, hier, wo die Klage auf prozessuale Defension zugelassen ist, die Verkäuferhaftung in ihrem ganzen Umfange, auch in der primären Richtung der Garantiepflcht, als das Haben des Käufers stützende geltend gemacht. So scheint es bei der *δίκη βεβαιώσεως*, von der uns die Lexikographen berichten, gewesen zu sein. Danach erhob der Kläger in erster Linie den Anspruch auf *βεβαιῶν* des Beklagten und erst, wenn dieser dem Gebote zur Garantieleistung nicht nachkam, kam die, in zweiter Linie präntendierte Sekundärhaftung zur Auswirkung, indem der Verkäufer zur Leistung des *ἐπίτιμον* verurteilt wurde.

Das darf aus POLLUX, Onomastikon VIII 34 geschlossen werden, der dort sagt: (bzgl. der *δίκη βεβαιώσεως*) „ . . . ἀμοισβητοῦνός τως ἀναγή ἐπὶ τὸν πρατήρα· τὸν δὲ προσήκει βεβαιῶν ἢ μὴ βεβαιῶντα ὑπερδύνον εἶναι τῆς βεβαιώσεως.“ Derselbe prozessuale Sachverhalt klingt wieder in den gräko-ägyptischen Kaufurkunden, die von einem „ἀποσθήσειν ἢ ἐκτίνειν“ des Verkäufers sprechen.

Das diesem Klagantrag entsprechende Urteil enthielt also die Verurteilung zu einer Handlung (dem *βεβαιῶν*), die aber nicht erzwungen, sondern, falls nicht vollzogen, durch die zuerkannte Buße abgegolten wurde. PARTSCH hat in einleuchtender Ausführung<sup>1)</sup> diese Auslegung der einschlägigen griechischen Quellen gegeben und zugleich wahrscheinlich gemacht, daß auch das Klagebegehren des die *δίκη βεβαιώσεως* erhebenden Arralkäufers die gleiche prozessuale Struktur hatte. Diese Auffassung der prozessualen Sachlage wird durch die Arralvertragsformulare des römischen Ägypten unterstützt, welche das Versprechen des Verkäufers zum gesetzmäßigen Kaufvollzug — *ποιεῖσθαι τὴν καταγραφήν* — bei Empfang des Kaufrestgeldes oder, falls diese Pflicht nicht erfüllt wird, zur Zahlung des *ἐπίτιμον* enthalten<sup>2)</sup>. Wir wissen, daß der Arralvertrag als das Haben des Käufers fundierende Norm eine *lex imperfecta* darstellte, die eine vom künftigen Verhalten des anderen Teils abhängige Rechtsgeltung besaß und bei Anfechtung durch den Verkäufer zusammenbrach, so daß der Vertragssachverhalt sich auflöste in die *ἐπίτιμον*-Haftung. Diese vertraglich geschaffene Rechtslage schloß so wenig wie in den Fällen der Garantie „nach außen“ eine klageweise Geltendmachung der „Garantenpflicht“ des Veräußerers, dessen Verurteilung zur Erfüllung dieser, in der Leistung eines endgültigen Verzichts auf das bisherige Anfechtungsrecht gegenüber dem von ihm selbst erzeugten Haben des Käufers bestehenden Verpflichtung aus. Hier wie dort ist das entsprechende richterliche Leistungsgebot kein normativer Akt, der den Willen des Beklagten unterwirft. Das die Verurteilung zum *βεβαιῶν* aussprechende Urteil enthält vielmehr nur eine von autoritativer Stelle an den Verkäufer gerichtete Aufforderung, seine Pflicht zu erfüllen. Es bleibt dem Beklagten (Verkäufer) überlassen, ob er dem Gebot nachkommen will. An der reduzierten Seinsform des Erwerbssachverhaltes ist damit nichts geändert. Entzieht sich der Veräußerer auch jetzt noch — nach Urteilsverlaß — der Pflicht zum *βεβαιῶν*, so verstrickt er sich damit endgültig in die urteilsmäßig zugleich festgestellte *ἐπίτιμον*-Haftung.

Im antiken Ägypten scheint es einen Prozeß gegeben zu haben, bei dem auf die Gewährschaftsklage des Käufers hin obrigkeitlich der Versuch gemacht wurde, das zur prozessualen Defension des angegriffenen Käuferrechts erforderliche willentliche Verhalten des Verkäufers durch staatliche Zwangsmittel herbeizuführen. Darauf deutet es hin, daß der Verkäufer in

<sup>1)</sup> Göttinger Gelehrte Anzeigen 1911, S. 716/17, vgl. auch Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie, 1916, 10. Abh., S. 33.

<sup>2)</sup> Vgl. PARTSCH a. a. O., S. 717; auch die oben S. 178 angeführten Quellen.

Urkunden von sich sagt: „ἐὰν μὴ ἀποστήσω ἀποστήσω ἐπαραγκόν.“<sup>1)</sup> Ist das der Fall, so wird hier — im Gegensatz zum griechischen und germanischen Rechte — die Obligation des auctor auch in ihrer primären Richtung, als auf ein „facere“ gerichtete vollstreckt, die Garantenhaftung vollstreckungsrechtlich also nicht von vornherein in die Sekundärhaftung, die eine durch Geldzahlung ablösbare ist, aufgelöst.

Auch in diesem Verfahren des demotischen Prozeßrechts tritt aber keine unmittelbare Garantie des von dritter Seite angegriffenen Rechts des Käufers an der Sache durch die Gesamtrechtsgemeinschaft zutage. Die Rechtsgeltung bleibt eine vom individuellen Willen des auctor abhängige. Versagt sich dieser auch gegenüber dem Druck der staatlichen Organe — im ägyptischen Recht handelte es sich vermutlich um Prügel, wir arbeiten heute mit den feineren Mitteln eines Beugezwanges nach § 888 ZPO. — dem Gewährschaftsanspruch, so ist der Normbruch unvermeidlich und es kommt nun doch zu einer Wandlung der auf *facere* gerichteten Obligation in eine Geldschuld (auf Zahlung des *ἐπίτιμον*) des Garanten. Durch die Androhung von Zwangsmaßnahmen gegenüber dem die Defension weigernden auctor spricht die Gesamtrechtsgemeinschaft aber immerhin eine indirekte Garantie des Käuferrechts (in seiner Normfernwirkung, von der sein Bestand infolge der Drittpretention jetzt abhängt) aus. Sie stützt das Haben des Käufers, indem sie eine Einwirkung auf den normverneinenden Willen des Verkäufers für ihre Angelegenheit erklärt und versucht. Aber das geltungsmäßig Entscheidende ist nach wie vor der Wille des auctor selber.

Anders ist die Sachlage, wenn der auctor selbst für die Erfüllung seiner Garantieverpflichtung Sicherheiten bestellt, für den Fall der Nichterfüllung Haftungseinsatz leistet, indem er seine Person oder von ihm bestimmte vermögenswerte Gegenstände — die auch personale Größen sein können: Bürgen — dem Vollstreckungszugriff des Käufers bereitstellt (preisgibt). Wo das geschieht — im germanischen Rechtskreise sind uns zahlreiche Fälle der Sicherung von Gewährschaftsverprechen bekannt<sup>2)</sup> —, ist das Ziel des Zwangszugriffes, dem sich (und seinen Einsatz) der Schuldner der Garantieleistung freiwillig unterworfen hat, nicht Verwirklichung der Primärnorm, welche die Garantiepflicht statuiert, sondern Vollstreckung der sekundären Ersatzschuld (auf Buße) durch wertmäßige Befriedigung des Gläubigers aus den eingesetzten Haftungssubstraten.

Eine Zusammenfassung beider Tatbestände einer abhängigen Rechtsgeltung des Vertrages, dessen Norm als Erwerbssachverhalt nach innen und nach außen — was die Norminnenwirkung gegenüber dem Veräußerer angeht (1. Fall des Arralvertrags) und in Hinsicht auf die qualifizierte Rechtsaußenwirkung des Habens des Erwerbers (2. Fall der auctoritas) — vom künftigen Verhalten des Verkäufers abhängig ist, unter dessen als Verpflichtung übernommener Garantie steht, in einem Klagschema — der *δίκη βεβαιώσεως*, von der die Lexikographen berichten — ist möglich unter der Voraussetzung, daß der Bußbetrag für erfolgten Normbruch des „Garanten“, das *ἐπίτιμον*, hier wie dort der gleiche ist. Diese Voraussetzung ist, wenn man dem Berichte THEOPHRASTS<sup>3)</sup> folgt, im Rechte der Thurier gegeben, nach dem die Buße des den Kaufvollzug weigernden Verkäufers, der das Handgeld genommen hatte, die Hinnahme des angebotenen Restkaufgeldes aber weigert, den Betrag des Kaufpreises ausmachte“:

„[τί] τὸ ἐπίτιμον ἐκατέρω; . . . τῷ δὲ μὴ δεχομένῳ (Verkäufer) ἔκτισις ὅσου ὃν ἀποδῶται; (καὶ γὰρ τοῦτο ἐν τοῖς Θουρίων) . . .“

Dann stellt der Arralkäufer gegenüber dem normbrüchigen Vertragsgegner denselben Klagantrag wie der Kläger, der auf Grund des perfekten Kaufgeschäftes, im Falle des Auftretens eines Drittpretendenten die Gewährschaftsklage erhebt. Beide verlangen: *βεβαιοῦν ἢ ἐκτίεν τὴν τιμὴν*, beide prätendieren ein *βεβαιοῦν* des Beklagten als das rechtliche Handeln, das den Ausschluß des in Frage kommenden *ἔφροδος* auf das Haben des Klägers bewirkt. Das *μὴ βεβαιοῦν* stellt in beiden Fällen ein Zuwiderhandeln des Verkäufers (Beklagten) gegen die Vertragsnorm dar, die als von dessen Garantie abhängige zusammenbricht. Tritt das ein, so wird dadurch die Sekundärnorm des Vertrages, die vom Richter in Bejahung des vom Kläger gestellten Eventualantrages zur Urteilsrechtskraft erhoben worden ist, verwirklicht: der Beklagte ist nunmehr der *ἐπίτιμον*-Haftung unterworfen, von der er

1) Vgl. PARTSCH, Hauswaldt-Papyri, S. 27\*.

2) Vgl. die Beispiele bei GIERKE, Schuld und Haftung 1910, S. 88 Anm. 27.

3) a. a. O. bei STOBÆUS § 6.

sich durch Zahlung der τιμή, als des Betrages, durch den die erfolgte Geltungsentwertung dem Kläger gegenüber abgegolten wird, in jedem Falle befreien kann.

II. Wir haben den Begriff der „personalen“ Garantie am Bilde des Kaufrechts früherer Rechtsperioden, insbesondere des altgriechischen Kaufes und (hellenistischen) Arralkaufes entfaltet. Daß dieser Fall nicht der einzige ist, in dem eine vom Willen eines Vertragsgenossen abhängige konkrete Rechtsgeltung vertraglich gesetzten Rechts in Erscheinung tritt, dürfte auf Grund der letzten Ausführungen im Zusammenhalt mit dem früher<sup>1)</sup> über das Wesen der personalen Garantie allgemein Bemerkten ohne weiteres klar sein. In allen Fällen, wo parteiliche „Geltungsentwertung“ (und zugleich andererseits „Geltungsaufwertung“) rechtsgeschäftlicher Normen möglich ist, besteht die Unvollkommenheit der Seinsform der betr. Rechtsrealität, die wir durch das Prädikat „abhängig“ charakterisierten. Der als Aktkonstituente der Geltung des konkreten Rechts erforderliche Unterwerfungsakt des Vertragsgenossen hat hier nicht zur unrücknehmbaren, jede vorvertragliche und vertragsnormwidrige Rechtsprätention ausschließenden Willensgebundenheit des betreffenden Kontrahenten geführt. Die Rechtsgeltung ist reduziert, weil der Unterwerfungsakt einer Partei (oder beider) limitiert wurde und deshalb nicht imstande ist, das davorliegende Verhältnis parteilicher Willensgegensätzlichkeit in bezug auf den vertraglich normierten Sozialsachverhalt endgültig aus der Welt zu schaffen. Sie ist abhängig insofern, als ihre Erhebung zur intersubjektiven Rechtskraft — sei es intern hinsichtlich der Norminnenwirkung des Rechtsachverhaltes, sei es im Verhältnis zu Dritten, denen die Vertragsnorm ihrem Rechtsinhalte gemäß mit qualifizierter Normaußenwirkung soll entgegengehalten werden können — vom Willen des Vertragsgegners abhängt, der noch die rechtliche Möglichkeit einer Anfechtung des Rechtsgeschäftes hat, entweder unmittelbar, indem er das ihm erhalten gebliebene Recht zum Rückgriff auf sein früheres Haben trotz entgegenstehender, den Käufer begünstigender Vertragsnorm ausübt oder aber, indem er das vertraglich konstituierte Recht des Gegners dem Angriffe eines Drittprätendenten preisgibt, sich mit der ihm verbliebenen Rechtsmacht in bezug auf den Streitgegenstand für die angegriffene Partei nicht einsetzend und dadurch deren Haben und die ihm zugrundeliegende selbstgezeugte Rechtswirklichkeit entwertend.

Aber eine weitere Verfolgung der Problematik „abhängiger“ Rechtsgeltung führt uns aus dem Gedankenfelde dieses Kapitels hinaus, das allein mit dem Problem der Geltungserweiterung zu tun hatte. Die abhängige Rechtsgeltung ist eine Species des Genus „unvollkommene“ oder „reduzierte“ Rechtsgeltung. Von den Intensitätsgraden der Rechtsgeltung und den ihnen folgenden Modi der Gegebenheitsweise des Rechts in seinen verschiedenen Formen der Zuordnung zu einem „berechtigten“ Rechtssubjekt („Rechtsbesitz“, „Haben“ eines Rechts im weitesten Sinne) soll im II. Teil dieser Untersuchung gehandelt werden.

Die grundlinige Darstellung des rechtsdogmatischen Wesens „Rechtsgeltung“, ihrer aktmäßigen Konstituierung und ihrer Wirkungsgrenzen stößt hier an ihr Ziel.

<sup>1)</sup> Im Eingang dieses Paragraphen.

**Rechtsphilosophie.** Von Prof. Dr. jur. et phil. **Max Ernst Mayer †**, Frankfurt a. M. (104 S.) 1922. (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Heft I.) 4 Goldmark

---

**Das Völkerrecht.** Systematisch dargestellt. Von Dr. **Franz von Liszt**, weiland o. ö. Professor der Rechte der Universität Berlin. Zwölfte Auflage, bearbeitet von Dr. **Max Fleischmann**, ord. Professor der Rechte an der Universität Halle. Erscheint im Frühjahr 1925.

---

**Allgemeine Staatslehre.** Von Prof. Dr. **Georg Jellinek †**, Heidelberg. Dritte Auflage, unter Verwertung des handschriftlichen Nachlasses durchgesehen und ergänzt von Dr. **Walter Jellinek**, Professor der Rechte an der Universität Kiel. **Vierter**, um ein durchgesehenes Verzeichnis der Neuerscheinungen vermehrter, unveränderter Neudruck der Ausgabe von 1914. (879 S.) 1922. 20 Goldmark; gebunden 23 Goldmark

---

**Die Reichsaufsicht.** Untersuchungen zum Staatsrecht des Deutschen Reiches. Von Geh. Justizrat Dr. **Heinrich Triepel**, o. ö. Professor der Rechte an der Universität Berlin. (754 S.) 1917. 24 Goldmark

---

**Die staatsrechtliche Stellung der Reichsregierung sowie des Reichskanzlers und des Reichsfinanzministers in der Reichsregierung.** Von Dr. sc. pol. et jur. **Friedrich Glum**, Privatdozent an der Universität Berlin. (61 S.) 1925. 3 Goldmark

---

**Kritik der öffentlichen Meinung.** Von **Ferdinand Tönnies**. (596 S.) 1922. 12 Goldmark; gebunden 15 Goldmark

---

**Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts.** Beitrag zur Methode einer teleologischen Rechtsauslegung. Von Dr. **Ernst von Hippel**, Privatdozent an der Universität Heidelberg. (155 S.) 1924. 7.50 Goldmark

---

**Deutsches Strafrecht.** Band I: Allgemeine Grundlagen. Von Dr. **Robert von Hippel**, Geheimer Justizrat, Professor in Göttingen. Mit 27 Abbildungen. Erscheint im Frühjahr 1925.

---

**Einführung in die Rechtswissenschaft.** Eine juristische Enzyklopädie und Methodologie mit Einschluß der Grundzüge des bürgerlichen Rechts. Von Dr. jur. **B. Erwin Grueber**, Professor der Rechte an der Universität München. Sechste, neubearbeitete Auflage. (234 S.) 1922. 2 Goldmark

**Das neue deutsche Wirtschaftsrecht.** Eine systematische Übersicht über die Entwicklung des Privatrechts und der benachbarten Rechtsgebiete seit Ausbruch des Weltkrieges. Von Dr. **Arthur Nußbaum**, Professor an der Universität Berlin. Zweite, völlig umgearbeitete Auflage. (139 S.) 1922. 3 Goldmark

---

**Abhandlungen aus der Berliner Juristischen Fakultät.**

I. **Das materielle Ausgleichsrecht des Versailler Friedensvertrages** unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsbeziehungen zu Frankreich und England. Von Dr. **Hans Dölle**, Professor an der Universität Bonn a. Rh. (170 S.) 1925. 9.60 Goldmark

II. **Der Prozeß als Rechtslage.** Eine Kritik des prozessualen Denkens. Von Dr. **James Goldschmidt**, ord. Professor der Rechte an der Universität Berlin. Erscheint im Frühjahr 1925.

---

**Die neue Zivilprozeßordnung** vom 13. Mai 1924 mit systematischer Einleitung und Erläuterung der neuen Bestimmungen nebst einem Anhang, enthaltend das Gerichtsverfassungsgesetz, die Einführungsgesetze zur Zivilprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, die Gesetze und Verordnungen betreffend die Entlastung der Gerichte, das Mindestgebot und die Pfändungsbeschränkungen sowie sämtliche Kostengesetze. Von Dr. **James Goldschmidt**, ord. Professor der Rechte an der Universität Berlin. (406 S.) 1924. Gebunden 6.60 Goldmark

---

**Arbeitsrecht.** Von Prof. Dr. **Walter Kaskel**, Berlin. (372 S.) 1925. (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Heft 31a.) 15 Goldmark

---

**Koalitionen und Koalitionskampfmittel.** Arbeitsrechtliche Seminarvorträge, Band I. Herausgegeben von Dr. **Walter Kaskel**, Professor an der Universität Berlin. Erscheint im Frühjahr 1925.

---

**Rechtsfälle aus dem Arbeitsrecht** zum Gebrauch bei Übungen. Zusammengestellt von Dr. **Walter Kaskel**, Professor an der Universität Berlin. (56 S.) 1922. 1 Goldmark

---

**Sammlung von Rechtsfällen** zum Gebrauch bei Übungen.

Bisher erschienen:

**Rechtsfälle aus dem Steuerrecht.** Von Dr. **Albert Hensel**, a. o. ö. Professor an der Universität Bonn. (81 S.) 1924. 2.40 Goldmark

**Rechtsfälle aus dem Strafrecht.** Mit einer kurzen Anleitung zur Bearbeitung von Strafrechtsfällen. Von Dr. **James Goldschmidt**, ord. Professor an der Universität Berlin. (77 S.) 1925. 2.40 Goldmark

# Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft

Herausgegeben von

**Dr. Eduard Kohlrausch**

Professor an der Universität Berlin

**Dr. Walter Kaskel**

Professor an der Universität Berlin

**Dr. Arthur Spiethoff**

Professor an der Universität Bonn

Die Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft bietet dem Studierenden kurze Anleitungen zum Lernen, die eine Grundlage für das Studium auf allen Einzelgebieten darstellen und durch die lesbare Form, in der der Lehrstoff behandelt wird, weitgehende Anregungen zur selbständigen Weiterarbeit vermitteln. Die Enzyklopädie ist somit in erster Linie ein kurzgefaßtes Studenten-Lehrbuch. Die behandelten Materien schließen sich eng an die regelmäßig im akademischen Lehrplan erscheinenden Lehrfächer an, so daß jedes Kapitel auch von dem Dozenten seinen Vorlesungen als Abriß zugrunde gelegt werden kann.

Das Unternehmen setzt sich in der folgenden Weise zusammen:

## Rechtsphilosophie]

- \*1. **Rechtsphilosophie.** Von Prof. Dr. Max Ernst Mayer †, Frankfurt a. M. 4 Goldmark

## Rechtsgeschichte

2. **Römische Rechtsgeschichte und System des Römischen Privatrechts.** Von Prof. Dr. Paul Jörs, Wien.
3. **Römischer Zivilprozeß.** Von Prof. Dr. Leopold Wenger, München.
4. **Deutsche Rechtsgeschichte.** Von Prof. Dr. A. Zycha, Bonn.
5. **Grundzüge des deutschen Privatrechts.** Von Prof. Dr. Hans Planitz, Köln a. Rh.
- \*6. **Rechtentwicklung in Preußen.** Von Prof. Dr. Eberhard Schmidt, Breslau. 1.80 Goldmark

## Zivilrecht und Zivilprozeß

- \*7. **Bürgerliches Recht.** Allgem. Teil. Von Geh. Justizrat Prof. Dr. Andreas von Tuhr, Zürich. 2.80 Goldmark
- \*8. **Recht der Schuldverhältnisse.** Von Prof. Dr. Heinrich Titz, Berlin. 4.80 Goldmark
9. **Sachenrecht.** Von Prof. Dr. Julius von Gierke, Halle a. S.
- \*10. **Familienrecht.** Von Prof. Dr. Heinrich Mitteis, Köln a. Rh. 2.80 Goldmark
- \*11. **Erbrecht.** Von Prof. Dr. Julius Binder, Göttingen. 3.20 Goldmark
- \*12. **Handels- und Wechselrecht.** Von Geh. Hofrat Prof. Dr. Karl Heinsheimer, Heidelberg. 3.60 Goldmark
- \*13. **Privatversicherungsrecht.** Von Geh. Hofrat und Geh. Justizrat Prof. Dr. Victor Ehrenberg, Göttingen. 1.50 Goldmark
- \*14. **Urheber- und Erfinderrecht.** Von Geh. Hofrat Prof. Dr. Philipp Allfeld, Erlangen. 1.40 Goldmark
- \*15. **Internationales Privatrecht.** Von Prof. Dr. Karl Neumeyer, München. 1.60 Goldmark
16. **Einwirkung des Friedensvertrages auf die Privatrechtsverhältnisse.** Von Prof. Dr. Josef Partsch, Berlin.
17. **Zivilprozeßrecht.** Von Geh. Hofrat Prof. Dr. Ernst Jaeger, Leipzig.
- \*18. **Konkursrecht.** Von Geh. Hofrat Prof. Dr. Ernst Jaeger, Leipzig. 6.90 Goldmark
19. **Freiwillige Gerichtsbarkeit.** Von Prof. Dr. Friedrich Lent, Erlangen.

## Strafrecht und Strafprozeß

20. **Strafrecht.** Von Prof. Dr. Eduard Kohlrausch, Berlin.
- \*21. **Strafprozeßrecht.** Von Geh. Hofrat Prof. Dr. Karl von Lilienthal, Heidelberg. 3.20 Goldmark
22. **Kriminalpolitik.** Von Prof. Dr. Ernst Rosenfeld, Münster i. W.

(Siehe auch umstehend.)

## Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften

(Siehe auch umstehend.)

### Öffentliches Recht

23. **Allgemeine Staatslehre.** Von Prof. Dr. **Hans Kelsen**, Wien.  
24. **Deutsches Staatsrecht (Reichs- und Landesstaatsrecht).** Von Prof. Dr. **Erwin Jacobi**, Leipzig.  
25. **Verwaltungsrecht.** Von Prof. Dr. **Walter Jellinek**, Kiel.  
\*26. **Österreichisches Verfassungsrecht.** Von Minist.-Rat Prof. Dr. **Leo Wittmayer**, Wien. 1.60 Goldmark  
\*27. **Ausländisches Staatsrecht.** Von Prof. Dr. **Hans Gmelin**, Gießen, und Prof. Dr. **Otto Koellreutter**, Jena. 3 Goldmark  
\*28. **Steuerrecht.** Von Prof. Dr. **Albert Hensel**, Bonn a. Rh. 9.60 Goldmark  
29. **Kirchenrecht.** Von Geh. Justizrat Prof. Dr. **Erwin Ruck**, Basel.  
30. **Völkerrecht.** Von Prof. Dr. **Heinrich Pohl**, Tübingen.

### Arbeits- und Wirtschaftsrecht

- \*31a. **Arbeitsrecht.** Von Prof. Dr. **Walter Kaskel**, Berlin. 15 Goldmark  
31b. **Soziales Versicherungsrecht.** Von Prof. Dr. **Walter Kaskel**, Berlin.  
32. **Wirtschaftsrecht.** Von Prof. Dr. **Walter Kaskel**, Berlin und Professor Dr. **Hans Carl Nipperdey**, Jena.

### Allgemeine Volkswirtschaftslehre

33. **Allgemeine Volkswirtschaftslehre.** Von Prof. Dr. **Josef Schumpeter**, Wien.  
\*34. **Geschichte der Volkswirtschaftslehre.** Von Professor Dr. **Edgar Salin**, Heidelberg. 1.80 Goldmark  
\*35. **Die Ordnung des Wirtschaftslebens.** Von Geh. Reg.-Rat Prof. Dr. **Werner Sombart**, Berlin. 3.60 Goldmark  
36. **Kredit und Banken (Kapital und Geldmarkt).** Von Prof. Dr. **Arthur Spiethoff**, Bonn a. Rh.

### Besondere Volkswirtschaftslehre

37. **Landwirtschaft (Landwirtschaftl. Betrieb und Agrarpolitik).** Von Prof. Dr. **Otto Auhagen**, Berlin.  
38. **Gewerbepolitik.** Von Geh. Leg.-Rat Prof. Dr. **Wiedenfeld**, Leipzig.  
39. **Handel (Innerer und Äußerer).** Von Prof. Dr. **Erwin von Beckerath**, Köln a. Rh.  
40. **Verkehr.** Von Prof. Dr. **Erwin von Beckerath**, Köln a. Rh.  
41. **Versicherungswesen.** Von Prof. Dr. **Hanns Dorn**, München.  
42. **Sozialpolitik.** Von Prof. Dr. **Gerhard Kessler**, Jena.  
43. **Wohlfahrtspflege.** Von Prof. Dr. **Gerhard Kessler**, Jena.  
44. **Armenwesen.** Von Prof. Dr. **Gerhard Kessler**, Jena.

### Finanzwissenschaft

45. **Finanzwissenschaft.** Von Prof. Dr. **Hans Teschemacher**, Königsberg i. Pr.

### Nachbargebiete der Volkswirtschaftslehre

46. **Statistik.** Von Präsident Prof. Dr. **Friedrich Zahn**, München.  
47. **Wirtschaftsgeschichte.** Von Prof. Dr. **Hermann Aubin**, Bonn a. Rh.  
48. **Gesellschaftslehre.** Von Prof. Dr. **Karl Brinkmann**, Heidelberg.  
49. **Wirtschaftsgeographie.** Von Prof. Dr. **Otto Quelle**, Bonn a. Rh.  
50. **Betriebswirtschaftslehre.** Von Prof. Dr. **Walter Mahlberg**, Göteborg.  
\*51a. **Chemische Technologie.** Von Prof. Dr. **Arthur Binz**, Berlin. 3.90 Goldmark  
51b. **Physikalische Technologie.** Von Prof. Dr. **F. F. Martens**, Berlin.

Die mit \* bezeichneten Bände liegen fertig vor, die übrigen befinden sich in Arbeit.

**Subskribenten auf sämtliche Lieferungen erhalten die einzelnen Lieferungen je nach Erscheinen zu einem gegenüber dem Ladenpreis um 10% ermäßigten Vorzugspreise.**