I
180

Jsay
—
Rechtsnorm
und Ent-
scheidung

Hermann Jsay

Rechtsnorm und Entscheidung



VII-1929-454

rlag von Franz Vahlen in Berlin



VII-1929 ysr

WPS–1.397

Rechtsnorm und Entscheidung

Von

Hermann Jsay

Dr. jur., Rechtsanwalt am Kammergericht
und Professor an der Technischen Hochschule Charlottenburg

Wydz. Bibl. Prawnicza
1806115431

BIBL. SEMIN. PRAW
Inw: 779
Dział: I
w: t:

Staatsbibliothek Krakau

BERLIN 1929

Verlag von Franz Vahlen
W9, Linkstraße 16

Zahlbach Erziehungsheim
Bibliothek
Berlin

I - 150; 19015

StMg.

Staatsbibliothek
Krakau

Frau Lilly Jsay geb. vom Baur

zugeeignet

Vorrede.

Das Problem des Verhältnisses von Norm und Entscheidung steht heute auf verschiedenen Rechtsgebieten im Vordergrunde des praktischen Interesses (vgl. A. Elster, Die „moralische" Fundierung des zivilistischen Richterspruchs, Jurist. Rundschau 1928 S. 54 ff., sowie zuletzt die Aufsätze von Hillig, Ausnutzung fremder Arbeitsleistung, und W. Goldbaum, Das Rechtsgefühl als Entscheidungsgrund, im Märzheft 1929 der Zeitsch. „Gewerbl. Rechtsschutz").

Auf dem Gebiet des Marken- und Musterrechts, des Namen- und Firmenrechts handelt es sich um die Frage, ob § 1 UWG. und § 826 BGB., die hier eine beherrschende Rolle spielen, als echte Normen zu betrachten sind, und ob, falls die Frage zu verneinen sein sollte, der Richter verpflichtet erscheint, seine Entscheidung mit einer — gegebenenfalls neu zu bildenden — echten Norm zu begründen.

Aber die Bedeutung des Problems geht weit über jene Gebiete hinaus. Es erhebt sich auf allen Bezirken der Rechtsprechung und mündet letzten Endes in die Frage aus, ob das richterliche Urteil durch einen logischen Denkakt oder ob es irrational entsteht. Und für den letzteren Fall, welchen Sinn dann der Satz des § 1 GVG. und des Art. 102 RVerf. hat, daß der Richter „dem Gesetz unterworfen" ist.

Damit rührt das Problem an die Grundlagen des Rechts überhaupt, und man kann es wohl als das zentrale Problem aller Rechtsfindung bezeichnen. Bei dieser seiner Bedeutung ist es verwunderlich, daß es bisher noch niemals zum Gegenstand einer selbständigen und eindringenden Untersuchung gemacht worden ist. Wohl ist es im Vorbeigehen oft genug gestreift worden. Gewöhnlich aber wird es behandelt, als ob es kein ernstliches Problem, sondern als ob seine Beantwortung eine Selbstverständlichkeit wäre.

Das hängt mit der heute noch ziemlich allgemein herrschenden Auffassung zusammen, daß die Entscheidung aus einer Rechtsnorm durch einen logischen Syllogismus abgeleitet werde.

Allerdings ist auch dieser Auffassung schon oft genug widersprochen worden, und dieser Widerspruch ist nicht erst neueren Datums, sondern hat schon ein ansehnliches Alter. Aber bei diesem Widerspruch ist regelmäßig die Norm zu kurz gekommen, insofern als die Frage nicht näher untersucht worden ist, welche Bedeutung denn die Norm hat, wenn die Entscheidung nicht als aus ihr abgeleitet oder — wie neuere Schriftsteller lieber sagen — als aus ihr individualisiert anzusehen ist. Die Bedeutung der Norm wird nämlich von den Gegnern der herrschenden Auffassung regelmäßig unterschätzt, und diese Unterschätzung bedeutet eine Gefahr für die Sicherheit des Rechts und damit auch für den Bestand unserer Staats- und Wirtschaftsordnung, deren Größe vielfach überhaupt nicht gesehen wird.

Die Frage nach der Bedeutung der Norm für die Entscheidung führt weiter unmittelbar zu der Besinnung auf die Arbeitsweise des praktischen Juristen überhaupt und ist daher gerade für ihn von grundlegender Wichtigkeit. Daß die Frage auch ein großes erkenntnistheoretisches Interesse hat, liegt auf der Hand.

Die Bedeutung des zentralen Problems beschränkt sich aber nicht auf die Rechtsprechung innerhalb der einzelnen Staaten, sondern es führt auch in wichtige Fragen des internationalen Rechts hinein, die in der vorliegenden Arbeit nur verhältnismäßig kurz behandelt werden konnten.

Ich kann überhaupt sagen, daß die nähere Beschäftigung mit dem Problem mir gezeigt hat, daß seine erste zusammenfassende Behandlung mehr eine vorläufige Orientierung über sein Gebiet und seine Tragweite als eine abschließende Erörterung aller hier zu stellenden Fragen geben konnte.

So lasse ich denn diese Arbeit mit dem Bewußtsein hinausgehen, daß sie im Grunde nur eine Anregung ist. Zur gründlichen Bearbeitung des Problems ist die Mitarbeit

anderer, namentlich auch der praktischen Juristen erforderlich, die das, was ich hier aus einer sich über ein Menschenalter erstreckenden praktischen Beschäftigung mit dem Recht und also aus langer eigener Selbstbeobachtung und Selbstbesinnung schöpfen konnte, ihrerseits aus eigener Selbstbeobachtung ergänzen müssen.

Wenn diese Anregung Erfolg haben sollte, so würde das noch einen weiteren, nicht hoch genug einzuschätzenden Erfolg bedeuten.

Der praktische Jurist, Richter wie Anwalt, hat sich im großen und ganzen der Selbstbesinnung entwöhnt. Er macht sich weder Gedanken über die geistesgeschichtlichen Zusammenhänge seines Fachs noch — und das ist viel schlimmer — über die Grundlagen des Rechts und seiner Geltung wie über die Methode seines Arbeitens.

Das gilt ganz besonders für den Zivilrechtler.

Durch die Loslösung seines Arbeitsgebietes von der Rechtsgeschichte wie von Staatsrecht und Völkerrecht und damit von der allgemeinen Geistesgeschichte, erscheint ihm das Recht entweder als ein logisch — oder technisch — aufgebautes Ganzes, oder er verfällt, wenn hier sein innerstes Gefühl widerspricht, in das entgegengesetzte Extrem und sieht die Rettung in einer reinen Gefühls- oder Instinktjurisprudenz.

Diese weder geschichtlich noch philosophisch fundierte Geistesrichtung bedeutet für die praktische Jurisprudenz eine große Gefahr.

Eine Geistesrichtung, die für den Mediziner wie für den Techniker ganz unschädlich wäre — der erstere bedarf für seine Arbeit keiner Philosophie der Heilkunde, der letztere keiner Philosophie der Technik, und beide nicht der Kenntnis ihrer Geschichte — ist für den praktischen Juristen auf die Dauer nicht ohne eine ernste Gefährdung möglich. Die praktische Jurisprudenz ist geistige Arbeit auf der Grundlage einer Geisteswissenschaft oder besser: einer Kulturwissenschaft. Ohne ständige Besinnung auf deren geistesgeschichtliche Grundlagen muß sie von der Höhe einer

wissenschaftlichen Geistesarbeit auf das Niveau des Handwerksmäßigen herabsinken. Das juristische Denken, rein handwerksmäßig betrieben, verliert aber allzuleicht den Zusammenhang mit dem Zentrum der sittlichen Persönlichkeit, der allein ihm seine eigene Würde verleihen kann.

Berlin, 9. März 1929.

Inhalt.

1. Kapitel. Rechtsnorm und Entscheidung.

1. Uneinigkeit über den Begriff des Rechts (1) — Vorwissenschaftlicher Begriff (2).

2. Regelung durch das Recht: im voraus oder nachträglich (3) — Unterschied: abstrakte bzw. konkrete Regelung (4) — Wesentliche Verschiedenheit zwischen beiden (4) — Rechtsnorm und Entscheidung (4).

3. Verhältnis des Begriffes der Norm zu dem des Gesetzes (6) — auf den Gebieten des Seelenlebens im allgemeinen (7) — auf dem Gebiet des Rechts (8) — Gesetz ein formaler Begriff (9) — Begriff der Rechtsnorm (9) — Recht und Macht (10) — Souveränität (10).

4. Tatbestand und Rechtsfolge (11) — Bindings Normentheorie (12) — Rechtsnormen und Kulturnormen (E. M. Mayer) (12) — Struktur der Strafrechtsnormen die gleiche wie die der Normen des bürg. Rechts (13) — Wesen der Rechtsnormen (15).

5. Begriff der Entscheidung (16) — E. nicht nur richterliche Entscheidung (17) — Vollstreckungsgewalt für sie nicht wesentlich (17).

6. Allgemeingültigkeit der Entscheidung (18) — Entscheidungen und diktatorische Maßnahmen (19) — diktatorische Normen und Rechtsnormen (19).

7. Norm und Entscheidung (20) — E. nicht bloße „Anwendung" der Norm (20) — Auswahl zwischen mehreren Normen (21).

8. Unterschied des Wesens zwischen Rechtsnorm und Entscheidung (25) — Unterschied des Verfahrens der Gewinnung (26).

9. Recht: die Gesamtheit der Entscheidungen, nicht: die Gesamtheit der Normen (29) — Anders der Sprachgebrauch (30).

10. Bisherige Lehrmeinungen über die Wesensgleichheit von Normen und Entscheidungen (31).

11. Zwiespältigkeit des bisherigen Rechtsbegriffs (35) — Stammlers Richtiges Recht (35) — Radbruch (36) — Geiler (37).

2. Kapitel. Die Entstehung der Entscheidung.

1. Abschnitt. Grundlegende Erörterungen.

1. Die rein rationale Betrachtung.
   Intellektuale Einstellung der kritischen Philosophie (39) — Phänomenologische Methode (40) — Keine psychologischen Probleme (41) — Reinach (43) — F. Kaufmann (46) — Schreier (46) — Heller, Smend (47).
2. Das Sein des Rechts.
   Sein und Sollen (47) — Lehre Kelsens (48) — Materielles und immaterielles, reales und ideales Sein (50) — „Wesen" des Kunstwerks (52) — von Erfindungen (52) — Kohlers Immaterialgut (53) — Ideales „Sein" des Sinnes der Entscheidung (53) — Ideales Sein von Normen (53) — von Werten (54).
3. Das Wesen der Entscheidung.
   1. Entscheidung als Wollen, auf Wertfühlen gegründet (56) — Werte: Gerechtigkeit und Nützlichkeit (56) — Wertblindheit des Verstandes (57) — Rechtsgefühl und Nützlichkeitsgefühl (57) — ihre Verschiedenheit — verschiedene Tiefenlage (57) — keine Homogenität der Gefühle (58).
   2. Nützlichkeitswert für den Verstand erfaßlich (59) — „Praktische Vernunft" (59) — Reflexion auf das Gefühl (59).
4. Die Entstehung der Entscheidung.
   1. Irrationale Quellen der Entscheidung (60) — Zeugnis von Bähr (62) — Vierhaus, Unger (62) — Düringer (63) — Schneider (63) — Ernst Fuchs (64) — Wildhagen (64) — Reichel (65) — Gmür, Dillon (65) — Fälle der Entnahme der Entscheidung aus der Norm (66).
   2. Schaffung des Inhalts der Entscheidung (67) — entweder in zwei Akten: Schöpfung und Bewertung (67) — oder in einem Akt: von Wertfühlen geleitete Schöpfung (Intuition) (68) — „Intuition" bei Bergson (69) — Geny (69) — Beispiele des Instinkts (71) — Instinkt und Intuition (73).
   3. Rationalisierung der Entscheidung (77).
   4. Natur der Sache (78).

2. Abschnitt. Die Quellen der Entscheidung.

1. Vorbemerkung.
   Inhalt der Entscheidung: Bildkomponente und Wertkomponente (82) — Bildkomponente auf einfaches Schema zurückzuführen (83) — Scheu vor komplizierten Inhalten (83) — Als Quellen der

Entscheidung nachfolgend nur die Quellen der Wertkomponente behandelt (83) — Frage nach Rechtsquellen für herrschende Auffassung unlösbar (84) — Bei Frage nach Quelle der Rechtsnormen für Rechtsgefühl kein Raum (84).

2. Das Rechtsgefühl.
   1. Terminologie (85) — Rechtstrieb (85) — Rechtsinstinkt (86) — Rechtsüberzeugung — Rechtsempfinden — Rechtsbewußtsein — Rechtsgefühl (86).
   2. Schwierigkeiten der Sprache (87) — Sprache vom Verstand ausgebildet (87) — Kein adäquater Ausdruck für emotionale Denkakte (87) — Schwierigkeit wegen der herrschenden Auffassung des Verhältnisses von Norm und Entscheidung (88) — Riezler, Rechtsgefühl (89) — Rümelin, Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein (91) — Reichel (93).
   3. Das Rechtsgefühl auf dem Gebiet des Völkerrechts (95) — Die Einheit des rechtlichen Weltbildes (96).
   4. Urinstinkte (96) — Racheinstinkt (97) — Zweifache Wurzel des Rechtsgefühls: Gemeingefühl und Individualgefühl (98) — Entwicklung des Individualgefühls auf dem Gebiet des religiösen Lebens (99) — auf wirtschaftlichem Gebiet (99) — Rechtsgefühl ist Verbindung, aber nicht Verschmelzung beider Gefühle (101) — Aus Gemeingefühl der Gleichheits-, aus Individualgefühl der Freiheitsgedanke (101) — Eigenschaft der Allgemeingültigkeit (Normativität) von Gemeingefühl gefordert (101) — Gemeingefühl erträgt keine nichtnormative Machtausübung (102) — Beispiel: England — supremacy of the law (103) — Frankreich: Rousseau (105) — Gemeinschaftsgefühl bei Kant (106) — Naturrecht (106) — Fichte (107) — Schelling — Hegel (107) — Binders Rechtfertigung Hegels (108) — Gemeingefühl als Staatsgedanke (109) — Historische Schule — Positivismus (109) — Die Vorherrschaft des Staatsgedankens führt zur Schädigung des Rechtsgefühls (110).
   5. Verschiedenheiten des Rechtsgefühls in verschiedenen Kulturkreisen (111) — verschiedenen Berufen (112) — Einheitliches Rechtsgefühl der Gemeinschaft? (113) — Rechtsgefühl des Führers (115) — des Richters (116).
   6. Begriff der Gerechtigkeit (116) — der Billigkeit (117) — Rümelin (117) — Aristoteles (118).
   7. Grenzen des Bereichs des Rechtsgefühls (119) — „praktische Vernunft" (120).

3. Die praktische Vernunft.
   1. Nützlichkeitsgefühl und Verstand (121) — Intuition (122) — Beispiele aus dem Gesellschaftsrecht (123).

2. Nützlichkeitsgefühl aus Verbindung von Gemeingefühl und Individualgefühl entstanden (126) — Widerspruch zwischen beiden (127) — Zweck der Gemeinschaft (127) — Glück der Individuen (127) — Überindividuelle Zwecke (128) — Universalismus (128) — Plato — Hegel (128) — Binder (129) — Kant (130) — Individualismus (130) — individualistische Auffassung der Völkergemeinschaft (131) — Bedeutung der Gesinnung (132) — die Gesinnung des Individualismus (132).

3. Interessenwägung durch Normen (133) — zeitlich bedingt (133) — Ist die geschichtliche oder die objektive Interessenlage maßgebend? (134).

4. Widerspruch zwischen Rechtsgefühl und praktischer Vernunft.

1. Fälle aus dem Bergrecht (135) — Industrierecht (136) — Aufwertung (136) — Vertragsrecht (137).

2. Behandlung des Widerspruchs (139) — Abwägung der Werte (139) — Rechtsprechung des 2. Zivilsenats in Gesellschafts- (141) und Warenzeichensachen (142) — Fälle des Firmenrechts (143) — Strukturwandlungen der Wirtschaft (144).

5. Die Logik.

1. Die Logik als Rechtsquelle bezeichnet (145) — für Entscheidungen zu Unrecht (145).

2. Bedeutung der Logik für Normen (147) — Lehre Jherings (147) — Analogie (148) — Kritik der herrschenden Lehre (149).

3. Bedeutung der Logik für die Rechtswissenschaft (151) — Juristisches Denken (152).

3. Abschnitt. Die Bedeutung der Rechtsnormen für die Entscheidung.

1. Vorbemerkung.

Unterschied zwischen der Region der Grundlagen der Gemeinschaft und der Region des Verkehrsrechts (154) — Bedeutung der Normen in der Region der Gemeinschaftsgrundlagen (155) — Das freie Ermessen (158) — Gerechtigkeitsprinzipien (159) — Gegensatz der beiden Regionen nicht identisch mit dem vom öffentlichen und privaten Recht (160) — Gegenseitige Einwirkung der beiden Regionen (160).

2. Die Bedeutung der Rechtsnormen für die Entscheidung in der Region des Verkehrsrechts.

1. Bedeutung der Norm nach der herrschenden Auffassung (161) — Werkzeugdogma (162) — Die Normativität der Entscheidung (163) — Equity — Rechtsprechung in England (163) — Bedeutung der Norm ergibt sich aus der Eigenschaft der Normativität der Entscheide (164).

2. Diese Auffassung erst verhältnismäßig spät (165) — ursprünglich die Entscheidung irrational (165) — Beherrschung der gesellschaftlichen Vorgänge durch die röm. Juristen mittels Begriffen (166) — Keine Begründung der Entscheidung mittels Normen bei den röm. Juristen (167) — Das Bedürfnis nach dem Ausdruck der Norm in der Entscheidung erst Folge der kapitalistischen Wirtschaftsordnung (169) — Präjudiziensystem (170) — Vorteile vor isolierten Normen (171).

3. „Anwendung" der Norm (172) — „unwesentliche" Tatbestandselemente (173) — Entscheidung darüber liegt bei dem Rechtsgefühl (173) — keine Berechenbarkeit schlechthin (174) — Rechtsprechung ohne Begründung durch Normen (175) — Rechtsprechung in Aufwertungsfragen (175) — Begründung mittels Blankettnormen (175) — Rechtsprechung in Wettbewerbssachen (176) — Federal Trade Commission — Deutsch-englisches Gemischtes Schiedsgericht (177).

4. Die Begründung der Entscheidung ist eine Fiktion (177) — Norm ist aus der Entscheidung abgeleitet; nicht umgekehrt (177) — Lücken im Recht (178) — neue Normen vom Richter zu bilden (178).

5. Schiedsgerichte (179) — Internationale Schiedsgerichte (180) — Bindung der Schiedsgerichte an Normen? (180).

6. Bedeutung der Normen für die Rechtswissenschaft (181) — Bedeutung des Systems für die Praxis (181) — Bedeutung der Normen für die Rechtsangleichung (183) — für das Völkerrecht (183).

3. Kapitel. Die Quellen der Rechtsnormen.

Vorbemerkung.

Die Entscheidung das Prius gegenüber der Norm (184) — Reinach (185) — Ableitung der Norm aus anderen Normen — Stufentheorie (185) — Quellen der Rechtsnormen (186).

1. Begriff des Gesetzes in den Seinswissenschaften (187) — energetische Auffassung des Rechts (188) — erkenntniskritische Methode auf dem Gebiet des Rechts (188) — „Wahrheit" auf dem Gebiet des Rechts (189).

2. Begriff des Rechtsgesetzes (189) — Normenlose Periode (190) — Gesetz ursprünglich Rechtsnorm (190) — Entwicklung führt zu Gesetzen, die keine Normen, und zu Normen, die keine Gesetze sind (191) — Spätere Tendenz zur Verdrängung der Rechtsnorm durch das Gesetz (192) — Der Satz: principis voluntas suprema lex ist byzantinisch (192) — Widerstand in Deutschland (Monarchomachen, Naturrecht) — Widerstand in England (193) — Bentham, Austin (194) — Gray — Montesquieu, Rousseau (195).

3. Konstitutioneller Staat (195) — Legislative erhält Vorzugsstellung (196) — formaler Begriff des Gesetzes (196) — Unterscheidung zwischen formellem und materiellem Gesetz — Ablehnung dieser Unterscheidung durch Heller (196) — Max Wenzel (197) — Einheitlichkeit des Gesetzesbegriffs (198) — Gesetz im materiellen Sinne ist Äußerung des Rechts-, nicht des Staatslebens (198).

4. Gesetz als Äußerung des Rechtslebens (198) — Hier gleich Rechtsnorm (199) — Art. 102 RVerf. (200).

5. Formulierungstechnik des Gesetzgebers (202) — Verweisung des Richters auf sein Rechtsgefühl — Blankettnormen (203) — Bildung der Normen durch Ableitung aus Entscheidungen (204) — Notwendige Unvollständigkeit des Tatbestandes (204) — Kontrolle der Norm (205) — Interessenkämpfe (206).

6. Bindung des Richters an das Gesetz (206) — Art. 102 RVerf. — Bindung an die Rechtsnormen? (207) — Freiheit in der Praxis (207) — Vorbehalt der Auslegung durch den Gesetzgeber (208) — A. L. R. — Entscheidungen als Integration der Gemeinschaft (209) — Dagegen Normen nur in beschränktem Sinne (210) — Daher Notwendigkeit steter Nachprüfung (211).

7. Richterliches Prüfungsrecht (213) — Prüfung der Gesetze auf Übereinstimmung mit Rechtsgefühl (214) — Eingabe des Richtervereins am RG. (216) — Das „Recht höherer Ordnung" (217) — Prüfung auf Verfassungsmäßigkeit (219) — Art 109 RV. (220) — Lücken des Gesetzes (223).

8. Keine schrankenlose Freiheit des Richters (224) — Erich Kaufmann (226).

9. Geltung des Gesetzes (226) — Kelsen (227) — G. Husserl (228).

2. Abschnitt. Das Gewohnheitsrecht.

1. Geschichtliche Entwicklung (230) — Historische Schule (231) — Bedeutungslosigkeit des Gewohnheitsrechts gegenüber dem Gesetz (232) — Entwurf des BGB. (233) — Somló (233) — Verschiedene Ansichten über das GR. (234).

2. Die opinio necessitatis (235) — Erfordernis der auf dem Rechtsgefühl beruhenden Übung (236) — Gerichtsgebrauch (237) — Bedeutung des GR. (238) — Völkerrechtliches GR. (239).

3. Abschnitt. Die Rechtsprechung.

Neu vom Richter aufgestellte Normen (240) — Pflicht des Richters, gegebenenfalls neue Normen aufzustellen (241) — englisches common law (242) — Deutsches Recht — Düringer (242) — Huber (243) — Art. 1 Schw. ZGB. (243) — Nicht zu weite Normen (244) — Englisches Recht (245) — Plenarentsch. des RG. (245).

4. Abschnitt. Die freie Forschung.

Entscheidungen der Rechtsgelehrten (246) — Aufstellung von Normen (247) — Reinach — Geny — Gleichheit der Methode mit der des Gesetzgebers (248) — Stellung des Richters zu den Normen der freien Forschung (248) — Beruf des Forschers zur Normgebung (249) — Huber (249) — Art. 1 Schw. ZGB. (250).

4. Kapitel. Die Rechtsgemeinschaft.

1. Abschnitt. Die Rechtsgemeinschaft im allgemeinen.

1. Begriff der Rechtsgemeinschaft (251) — Natürliche Gemeinschaften (252) — Religionsgemeinschaften (253) — Die katholische Kirche (253) — Wesen der Gemeinschaft (254) — Statische und dynamische Betrachtung (254) — Integration (255).

2. Rechtsgemeinschaft und Staat (255) — Staat und Völkergemeinschaft (256).

1. Vorwissenschaftlicher Begriff (256) — formaler Begriff (257) — Endzweck des Staates (257) — Kant und Hegel — Macht das innerste Wesen des Staates (258) — Macchiavelli, Bacon (259) — Staat nicht notwendig Rechtsgemeinschaft (259) — Für Rechtsgemeinschaft die Macht nicht wesentlich (259) — Staat und Rechtsgemeinschaft streben nach Vereinigung (260) — Kampf des Staates mit dem Recht (260) — Sieg des Rechts (260) — Der Staat aber nicht nur Schützer des Rechts (261) — Verschiedene Entwicklung in der Region der Gemeinschaftsgrundlagen — des Verkehrsrechts (261) Souveränität (262).
2. Kants Staatsbegriff (263) — Somló — Auffassung des Rechts als Erzeugnisses des Staates (264) — Kritik dieser Auffassung (265) — Kelsens Identifizierung von Staat und Recht (266).
3. Verhältnis des Einzelnen zum Staat (268) — Begriff des Rechtsstaats (270) — Materiales Merkmal — Formales Merkmal (271).
4. England als Rechtsstaat (271) — Grundrechte — Vereinigte Staaten — Frankreich (271) — Deutschland (272) — Bedeutung der Grundrechte (272) — Schutz der Individualsphäre durch die Gerichte (273) — Gneist (274) — Verwaltungsgerichte — Entwicklung in Deutschland (275).
5. Andere Bedeutungen des Wortes „Rechtsstaat" (277) — Die formale Rechtsstaatsidee (Stoll) (278).
6. Die Diktatur (281) — Revolution und Kontinuität der Rechtsordnung (283).

3. Abschnitt. Recht und Völkergemeinschaft.

1. Herrschende Auffassung der Völkergemeinschaft (284) — Wesensgleichheit von Staat und Völkergemeinschaft? (285) — Civitas maxima (285) — Kelsen (286) — Verdross (286) — Triepel (288) — Kant (289) — Dem Völkerrecht die Natur eines Rechts bestritten (289) — Souveränität und Völkerrecht (290).
2. Kritik der herrschenden Ansicht (291) — Recht auch hier nicht der Inbegriff der Normen, sondern der Entscheidungen — Praktische Fälle (292) — Bedeutung der Normen für das Völkerrecht (293) — „Allgemeine Rechtsgrundsätze" (294) — Leistungen der Wissenschaft (296) — Zitelmann (296) — Frankenstein (297).
3. Begriff der Völkergemeinschaft (298) — Welche Staaten gehören zu ihr? (299) — Aufnahme in die Völkergemeinschaft? (300) — „Völkerrechtsgemeinschaft"? (302).

4. Herrschende Auffassung: Staatengemeinschaft (304) — Kritik dieser Auffassung (305) — Stellung des Einzelnen im Völkerrecht (305) — Jay-Vertrag (306) — Spätere Verträge (307) — Friedensverträge des Weltkrieges (307) — Optionsrecht (308) — „Subjekte" und „Mitglieder" der Völkerrechtsordnung (309).

5. Völkerrechtliche Gerichte (310) — Cour permanente (311) — Parteifähigkeit der Einzelpersonen (311).

6. Minoritätenfrage (312) — Geschichte des Nationalitätsproblems (313) — des Minderheitenproblems (318) — Minderheitenverträge (320) — Schutz der Minderheitsrechte (321).

7. Völkerrecht und Landesrecht (323) — Das Landesrecht kein Teil des Völkerrechts (324) — Völkerrechtswidriges Landesrecht? (324) — Bindung des Richters durch das Völkerrecht? (325) — Rezipierung des Völkerrechts durch das Landesrecht (325) — Ist ein völkerrechtswidriges Landesgesetz gültig? (329).

5. Kapitel. Die Technik der Entscheidung.

1. Abschnitt. Juristische Technik.

Die Technik der Normengebung (332) — Jhering (332) — Geny (333) — Sonstige Literatur (333).

2. Abschnitt. Die Technik der Rechtsprechung.

1. Technik der Rechtsprechung (334) — Wildhagen (334) — Probleme von der herrschenden Auffassung nicht gesehen (335) — Brütt (336) — Zivilprozeßrecht (337) — Psychologie des Richters (338).

2. Ermittlung der irrationalen Entstehungsgründe der Entscheidung (339) — Schwierigkeit dieser Ermittlung (339) — Die Entscheidungen über die Zubehöreigenschaft von Maschinen (340) — Wimbledon-Fall (342) — Bendix (343).

3. Technik der Begründung der Entscheidung (344).

4. Ausschaltung der vorhandenen Norm durch „Konstruktion" ihres Tatbestandes (346) — Beispiele (348) — Anrufung eines „Rechtes höherer Ordnung" (350).

5. „Konstruktion" des zu entscheidenden Sachverhalts (350) — Abweichung von anderen als gesetzlichen Normen (353).

6. Fiktionen im Recht (354) — Jhering, Geny (355) — Vaihinger (355).
7. Anpassung von Normen (360) — Bildung neuer Normen (360) — Ableitung der Norm aus der Entscheidung (363).
8. Mehrheit von Normen (365).

3. Abschnitt. Die Kunst des Rechtsanwalts.

Stellung der Rechtsanwaltschaft (367) — Kunst des Anwalts (368) — schriftlicher Vortrag (370) — Rede (371) — Rechtsausführungen (373).
Namenverzeichnis (375).

Abkürzungen.

Arch f. ziv. Pr. = Archiv für zivilistische Praxis.
Arch f. R. u. WPh. = Archiv für Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie.
Arch. f. SozW. = Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik.
BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch.
DJZ. = Deutsche Juristen-Zeitung.
GewRsch. = Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht.
GRUR. = Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht.
Jherings Jahrb. = Jahrbücher für Dogmatik.
JurWoch. = Juristische Wochenschrift.
Krit. VJSch. = Kritische Vierteljahrsschrift.
Leipz. Zsch. = Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
RG. = Reichsgericht.
RGSt. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
RGZ. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
StPO. = Strafprozeßordnung.
UWG. = Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.
ZGB. = Zivilgesetzbuch.
ZPO. = Zivilprozeßordnung.
Zsch. f. öff. R. = Zeitschrift für öffentliches Recht.

I. Kapitel.

Rechtsnorm und Entscheidung.

1.

In einer berühmten Anmerkung seiner Kritik der reinen Vernunft[1]) macht Kant die Feststellung: „Noch suchen die Juristen eine Definition zu ihrem Begriffe vom Recht", und sein Ausspruch wird immer wieder von den verschiedensten juristischen Schriftstellern nicht ohne Grund als heute noch zutreffend wiederholt[2]).

Liest man z. B. die Verhandlungen der Münchener Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer vom März 1927 über den Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung[3]), so zeigt sich ein Bild völliger Uneinigkeit über die Begriffe vom Recht und vom Gesetz.

Daraus ergibt sich, daß jede wissenschaftliche Beschäftigung mit Grundfragen des Rechts sich die Begriffe, mit denen sie zu arbeiten hat, erst selber klären und abzugrenzen

---

[1]) Werke, Ausg. Cassirer, **3** 495 Anm. 1.

[2]) Stammler, Wirtsch. u. Recht usw., 1896 S. 492; Radbruch, Grundzüge d. Rechtsphil. 1914 S. 30; Schönfeld, Arch. f. öff. Recht N. F. **12** (1927) 161; K. Wolff, Der Rechtsbegriff, Arch. f. R. u. WPh. **20** (1927) 279; M. Wenzel, Begriff des Gesetzes usw., Veröff. d. Verein. d. dtsch. Staatsrechtslehrer **4** (1928) 139.

Ähnlich übrigens im anglo-amer. Recht: James Coolidge Carter, Law, its origin, growth and function, S. 9 u. das dort mitget. Zit. v. Sir Fred. Pollock.

[3]) Veröff. d. Vereinigung d. deutschen Staatsrechtslehrer, 4. Heft (1928) S. 98 ff.

versuchen muß — eine Lage, in der kaum eine andere Wissenschaft sich befindet.

Am schlimmsten aber ist die Folge für die praktische Jurisprudenz, die dort, wo sie sich auf ihre Grundlagen besinnen muß, keinen festen Boden in der wissenschaftlichen Literatur findet. Jedes wissenschaftliche Werk, das der Praktiker zu Rate zieht, gibt ihm eine andere Auskunft.

Will man den Begriff des Rechts bestimmen, so muß man von einem vorwissenschaftlichen Rechtsbegriff ausgehen, wie er in der Sprache des Lebens verwendet wird — eine Notwendigkeit, die allerdings auch für die übrigen Kulturwissenschaften besteht.

Um ihr zu entgehen, hat die neukantische Rechtsphilosophie den Versuch gemacht, den Begriff des Rechts unter Ausschluß aller Erfahrung rein a priori zu bestimmen. Es soll das erkenntniskritische Verfahren, das Kant auf die Welt der Naturerscheinungen anwendete, auf die ganz anders geartete Welt des Rechtslebens angewendet werden.[4]) Demgemäß werden auch für das Recht synthetische Urteile a priori angenommen, die durch bloße Analyse aufgelöst werden sollen. Allein die Unterscheidung zwischen „reiner", d. h. von aller Erfahrung freier Form und ihrem Inhalt gibt für das Recht keinen Sinn. Hier ist kein Material sinnlicher Empfindungen vorhanden, dem erst durch den Verstand seine Gesetze vorgeschrieben werden müßten[5]).

Als Ausgangspunkt der nachfolgenden Erörterungen soll der — vorwissenschaftliche — Satz gewählt werden, über den allgemeine Übereinstimmung herrscht:

---

[4]) Vgl. z. B. Kelsen, Rechtswissenschaft und Recht, Ztsch. f. öff. R. **3** (1924) S. 179 ff.: Die Rechtswissenschaft erzeuge das Recht, wie die Naturwissenschaft ihren Gegenstand, die Natur; Gesetze, Urteile, Verordnungen usw. seien nur das Material, das die Rechtswissenschaft zu Rechtssätzen verarbeite.

[5]) Vgl. J. Binder, Kantianismus u. Hegelianismus i. d. Rechtsphil., Arch. f. R. u. WPh. **20** (1927) 262 ff.; K. Larenz, Arch. f. ziv. Prax. N. F. **9** (1928) 70; G. A. Walz, Kritik der phänomenologischen reinen Rechtslehre Felix Kaufmanns, 1928 S. 12 ff. Vgl. auch E. Riezler, Apriorisches im Recht, Arch. f. R. u. WPh. **17** (1924) 264 ff.

Aufgabe des Rechts ist die Ordnung (Regelung) des äußeren Verhaltens der Menschen zum Zwecke ihres Zusammenlebens in einer Gemeinschaft.

2.

Grundlegend für die Erkenntnis des Wesens des Rechts ist die Klarheit darüber, wie die rechtliche Ordnung des äußeren Verhaltens innerhalb der Gemeinschaft, also die Ordnung der Beziehungen zwischen der Gemeinschaft und ihren Mitgliedern und derjenigen zwischen den einzelnen Mitgliedern, erfolgt.

Hier zeigt sich zunächst ein formaler Unterschied der Regelung: die Regelung kann im voraus oder sie kann nachträglich für den einzelnen Fall erfolgen.

Die Regelung im voraus vermag nicht den Einzelfall als solchen ins Auge zu fassen; einmal weil sich nicht Einzelfälle mit allen ihren Einzelheiten, sondern nur Gruppen von Fällen voraussehen lassen, die unter bestimmten Gesichtspunkten zusammengefaßt werden; und ferner weil die Regelung im voraus nur mit Begriffen arbeiten kann, die niemals ein Abbild der Wirklichkeit zu geben vermögen. Diese Regelung umfaßt daher eine unbestimmte und unbegrenzte Zahl von zukünftigen Fällen. Aber sie umfaßt alle Fälle, welche die gleichen Merkmale aufweisen, will also allgemeingültig sein.

Der Tatbestand, den die Regel hier ordnen will, wird unter den interessierenden Gesichtspunkten formuliert; es werden nur die durch diese Gesichtspunkte ausgewählten Tatbestandsmerkmale angegeben und von allen übrigen abgesehen. Der Tatbestand ist also abstrakt gefaßt. Er ist daher notwendig und bewußt unvollständig. Der Grad der Abstrahierung kann natürlich sehr verschieden, die Abstraktion mehr oder weniger weit getrieben sein. Man

vergleiche z. B. die Regeln des Preußischen A. L. R. mit denen des BGB. oder die des letzteren mit dem Code civil oder dem Schweizer. ZGB.[6])

Im Gegensatz zu der Regelung im voraus erfaßt die nachträgliche Regelung den bereits historischen konkreten, also individuellen und zufälligen Tatbestand mit sämtlichen Merkmalen. Sie berücksichtigt nicht nur einzelne bestimmte Umstände des Falles, sondern seine sämtlichen Umstände in ihren Zusammenhängen und Beziehungen.

Diese beiden Arten der Regelung sind voneinander aber nicht nur formal, sondern auch wesentlich verschieden. Sie sind zwar beide volitive Denkakte, stellen aber zwei verschiedene Arten dieses Denkens, Wollens dar. Die Regelung eines hypothetischen abstrakten Falles arbeitet mit anderen geistigen Kräften, sowohl qualitativ wie quantitativ, als die Regelung eines historischen konkreten Falles, worauf unten (S. 28) noch zurückzukommen ist.

Um Klarheit über die Kräfte zu gewinnen, die hier wirksam werden, wie über die Art ihres Wirkens, ist es ein unabweisbares wissenschaftliches Erfordernis, die beiden Arten der Regelung nicht mit einem und demselben Namen zu bezeichnen.

Die Regelung „durch das Recht" im voraus, also die Verknüpfung der Forderung eines bestimmten äußeren Verhaltens mit einem hypothetischen abstrakt formulierten Tatbestande, soll als Rechtsnorm, die nachträgliche Regelung des individuellen Falles „durch das Recht", also die Verknüpfung der Forderung eines bestimmten äußeren Verhaltens mit einem konkreten Tatbestande, soll als Entscheidung bezeichnet werden.

Beiden gemeinsam ist in dieser Formulierung, daß es eine Regelung durch das Recht ist. Eine „Regelung" bedeutet, daß an einen bestimmten — sei es abstrakten, sei es konkreten — Tatbestand als Folge die Forderung (Befehl

[6]) Vgl. dazu Max Gmür, Anwendung des Rechts usw. 1908 S. 31 ff.

oder Verbot) eines bestimmten äußeren Verhaltens geknüpft wird.[7])

Aber nicht jede Regelung ist, wie nicht bewiesen zu werden braucht, eine Regelung durch das Recht. Dazu gehört, daß die Verknüpfung zwischen Tatbestand und Folge durch diejenigen Quellen erfolgt, welche allein Recht erzeugen können, nämlich durch das Rechtsgefühl entweder allein oder in Verbindung mit der „praktischen Vernunft", worauf später noch näher einzugehen ist (2. Kap. 2. Abschn.).[8])

Nur wenn die Verknüpfung zwischen Tatbestand und Folge auf dem Rechtsgefühl[9]) beruht, ist die Folge eine Rechtsfolge.

Das gilt in gleicher Weise für die generelle Regelung im

---

[7]) Die Forderung des bestimmten äußeren Verhaltens kann unmittelbar von der Rechtsordnung gestellt werden; die letztere kann aber auch einem Einzelnen die Macht geben, diese Forderung zu stellen, und die Verpflichtung zu jenem Verhalten setzt dann — außer dem Vorliegen des im Text erwähnten Tatbestandes — noch eine auf dies Verhalten gerichtete Willensäußerung des Berechtigten voraus. Auf diese komplexe Regelung wird im nachstehenden nicht eingegangen und die Klarstellung der Rechtslage nur für den einfachen Fall durchgeführt.

[8]) Der Begründung des Rechts auf das Rechtsgefühl pflegt entgegengehalten zu werden, daß sie „naturrechtlich" sei, womit sie als mystisch oder als metaphysisch oder bestenfalls als reines Ideal gekennzeichnet werden soll. Indessen wird der Fortgang der Untersuchung zeigen, daß es sich hier nicht um ein bloßes Postulat der Vernunft, geschweige um Mystik handelt, sondern um die Begründung auf einer so positiven Grundlage, wie sie nicht sicherer gefunden werden kann. Vgl. dazu H. Krabbe, Lehre der Rechtssouveränität, 1906 S. 175: „Die im Rechtsbewußtsein der Volksgenossen tätige geistige Macht kann durch eines Menschen Wort nicht entkräftet werden. Sie untergräbt, wo sie nicht formell durchbrechen kann, und der Wille des Gesetzgebers, auf Pergament gemalt oder in steinerne Tafeln eingegraben, wird, wie die Geschichte aller Zeiten beweist, zum leeren Schall, wenn er nicht widerklingt in der Seele der Menschen." Vgl. auch Krabbe, Die moderne Staatsidee, 1919 S. 9, 39 ff.

[9]) Wenn im folgenden von „Rechtsgefühl" gesprochen wird, so ist also immer hinzuzudenken: „entweder allein oder in Verbindung mit der praktischen Vernunft."

voraus, wie für die nachträgliche individuelle Regelung.

Jede Norm verknüpft einen generellen, also abstrakt gefaßten Tatbestand mit einem Sollen als Folge; aber eine Rechtsnorm ist sie nur, wenn die Verknüpfung auf dem Rechtsgefühl beruht[10]); hierin unterscheiden sich die Normen der Religion, der Moral, der Sitte, aber auch die Normen der bloß tatsächlichen Macht von den Normen des Rechts.

Jeder individuelle Befehl knüpft ein imperatives Sollen an einen konkreten Tatbestand; aber eine Entscheidung ist er nur, wenn er auf dem Rechtsgefühl, nicht etwa auf bloßer Willkür beruht.

Auf beide Begriffe ist nunmehr näher einzugehen.

3.

Um den Begriff der „Norm" klarzustellen, der sich auf den verschiedensten Gebieten der menschlichen Bewußtseinserlebnisse findet, ist es nützlich, sich zunächst über sein Verhältnis zu dem Begriff des Gesetzes klar zu werden — dies um so mehr, als nicht nur in der griechischen Philosophie beide mit demselben Worte (*νόμος*)[11]) bezeichnet worden sind, sondern auch noch z. B. die Kantische Philosophie die Norm als „Gesetz" bezeichnet und daher von einem Sittengesetz spricht, wo die sittliche Norm gemeint ist.

Unter einem „Gesetz" verstehen wir — abgesehen von

---

[10]) Nämlich mittelbar durch ihre Ableitung aus Entscheidungen, die ihrerseits unmittelbar auf dem Rechtsgefühl beruhen; vgl. das 3. Kap. Vorbemerkung. Hier liegt die Abweichung gegenüber Krabbe, der die Normen unmittelbar aus dem Rechtsgefühl ableitet.

[11]) Über die Bedeutung des Nomos in der griechischen Gedankenwelt vgl. H. Cohen, Ethik d. reinen Willens, 3. A. 1921 S. 69 ff.

Rechtsgesetzen — die Verknüpfung eines bestimmten Geschehens mit einem zeitlich späteren unter der Vorstellung ihrer Notwendigkeit und also Allgemeingültigkeit. Diese Notwendigkeit der Verknüpfung erscheint auf dem Gebiet der Naturwissenschaften als Kategorie der Kausalität.[12])

In diesem Sinne sprechen wir von Gesetzen der Mechanik, Akustik, Optik, der Chemie, Elektrizität usf.

Die Notwendigkeit der Verknüpfung zeitlich einander folgender Vorgänge macht auch das Wesen der „Gesetze" auf dem Gebiet der Kulturwissenschaften aus. Wir sprechen so von Gesetzen der Mathematik, der Statistik, des Wirtschaftslebens, der Geschichte. Ob diese Notwendigkeit in irgendeinem Sinne als Kausalität bezeichnet werden darf, muß hier dahingestellt bleiben.

Die „Gesetze" auf dem Gebiet der menschlichen Bewußtseinserlebnisse sind Aussagen über die Notwendigkeit und also Allgemeingültigkeit der Verknüpfung seelischer Vorgänge (und ihrer Äußerungen) mit zeitlich nachfolgenden. Diese Gesetze sind Gegenstand der Psychologie, also einer Natur- und nicht einer Kulturwissenschaft, und die Notwendigkeit der Verknüpfung ist hier, wie in allen Naturwissenschaften, eine solche im Sinne der Kausalität.

Diesen „Gesetzen" des menschlichen Seelenlebens stehen die Normen gegenüber. Auch sie verknüpfen ein bestimmtes Verhalten mit einem vorangehenden — aber nicht unter dem Gesichtspunkt der Kausalität, sondern unter dem Gesichtspunkt des Zweckes, also eines vorgestellten werthaften Zielinhaltes.[13]) Nicht als wertfreie Erklärung für ein Geschehen, sondern als wertfundierte Beurteilung eines Geschehens.

Das Geschehen ist in beiden Fällen das gleiche; das psychologische Gesetz erklärt es, die Norm billigt oder miß-

---

[12]) Vgl. hierzu B. Bauch, Das Naturgesetz, 1924; F. Eulenburg, Naturgesetze u. soziale Gesetze, Arch. f. SozW. 1910; F. Eulenburg, Sind historische Gesetze möglich? Erinnerungsgabe f. Max Weber 1 (1923) 57 ff.

[13]) Vgl. Max Scheler, Formalismus i. d. Ethik usw. (S.A. 3. A. 1927) S. 25 ff.

billigt es. Die Norm wählt unter den nach psychologischen Gesetzen möglichen Verhaltungsweisen eine einzige aus, die sie billigt. Auch diese aber vollzieht sich nach psychologischen Gesetzen. Norm und Gesetz sind hier also nicht in ihrem Gegenstande verschieden, sondern in ihrer Betrachtungsweise.[14])

Der Zweck der Norm ist immer der der Allgemeingültigkeit, nur nach den verschiedenen Gebieten menschlicher Bewußtseinserlebnisse verschieden: die logischen Normen beurteilen die Akte des Verstandes, die ethischen und religiösen Normen die des Willens, die ästhetischen die des Empfindens.

Ganz anders ist das Verhältnis von Gesetz und Norm auf dem Gebiete des Rechts.

Auch hier spricht man von „Gesetzen" und von „Normen". Aber hier bedeutet die Verschiedenheit der Bezeichnung nicht jene Verschiedenheit, die für das Gebiet des Seelenlebens festgestellt worden ist, nicht eine Verschiedenheit in der Art der Verknüpfung von Tatbestand und Folge. Das Rechtsgesetz kennt ebensowenig wie die Rechtsnorm eine Verknüpfung unter dem Gesichtspunkt der Kausalität, der Notwendigkeit, sondern nur eine solche unter dem Gesichtspunkt des Zwecks.

Aber die Verknüpfung ist bei beiden dennoch eine verschiedene. Diese Verschiedenheit hat sich erst im Lauf der Geschichte entwickelt. Ursprünglich sind Rechtsgesetz und Rechtsnorm insofern eins, als das Rechtsgesetz ursprünglich immer eine Rechtsnorm war. Aber die Rechtsnorm erschien nicht immer in der Form des Gesetzes. Es gab auch Rechtsnormen, die nicht vom Gesetzgeber als der höchsten Macht in der Gemeinschaft ausgingen, ungeschriebene Rechtsnormen.

Anderseits hatte der Gesetzgeber die Macht, auch andere Inhalte in die Form des Gesetzes zu kleiden, auch andere Normen als Rechtsnormen, auch individuelle Befehle.

---

[14]) Vgl. hierzu Windelband, Präludien **2** (1924) 59 ff. und seinen Aufsatz über „Norm und Normalität" in Aschaffenburgs Monatsschrift **3** (1907) 1 ff.

Es ist oben (S. 5) schon darauf hingewiesen worden, daß für die Rechtsnormen die Verknüpfung von Tatbestand und Folge auf Grund des Rechtsgefühls wesentlich ist. Für das Rechtsgesetz ist allein wesentlich die Verknüpfung durch den Willen der höchsten Macht in der Gemeinschaft, der gesetzgebenden Macht.

Rechtsnormen können vom Gesetzgeber, aber auch vom Richter und von der Rechtswissenschaft formuliert werden; Rechtsgesetze nur vom Gesetzgeber.

Der Umfang beider Begriffe bildet also zwei sich schneidende Kreise; das Gesetz kann eine Rechtsnorm enthalten, es braucht es aber nicht.

Daraus ergibt sich: das Gesetz ist nur ein formaler Begriff. Über seinen Inhalt ist nichts durch den Begriff ausgesagt.

Die immer noch herrschende Lehre unterscheidet dagegen das Gesetz im formellen Sinne und das Gesetz im materiellen Sinne, und versteht unter dem letzteren ein Gesetz, das eine Rechtsnorm enthält. Auf diese und die damit im Zusammenhang stehenden Fragen muß später (im 1. Abschn. des 3. Kap.) näher eingegangen werden.

Damit ist der Begriff der Rechtsnorm klargestellt:

1. Sie verknüpft, wie andere Normen, einen bestimmten Tatbestand mit einem zeitlich späteren, und zwar äußeren, Verhalten unter dem Gesichtspunkt eines Zwecks, hier des Zweckes der Regelung des Zusammenlebens in der Gemeinschaft; jedoch ist die Art der Verknüpfung eine spezifische: sie beruht auf dem Rechtsgefühl.

2. Sie verknüpft nicht einen individuellen, d. h. konkret bestimmten (historischen) Tatbestand mit einem äußeren Verhalten, also nachträglich, sondern einen generellen, d. h. abstrakt (begrifflich) bestimmten (hypothetischen) Tatbestand, also im voraus.[15])

---

[15]) Allerdings wird, wie später zu erörtern, die Norm für einen Tatbestand tatsächlich oft erst nachträglich formuliert; aber auch hier wird sie in der Idee als schon früher vorhanden betrachtet, als im voraus gesetzt fingiert.

Hier liegt der Unterschied gegenüber der Entscheidung; das Wesen der letzteren wird unten S. 16 näher bestimmt werden.

3. Dagegen gehört nicht zum Begriff der Rechtsnorm, daß sie von der höchsten Macht in der Gemeinschaft gesetzt sei. Diese letztere Forderung entspricht einer weit, beinahe kann man sagen: allgemein, verbreiteten Auffassung, die in den verschiedensten Formulierungen wiederkehrt.

F. Somló[16]) hat das Merkmal genauer dahin gefaßt, eine Norm sei eine Rechtsnorm nur dann, wenn sie „gewöhnlich befolgt" werde, wenn die normsetzende Stelle ihre Norm „gewöhnlich durchsetze", Max Wenzel[17]) noch daneben gefordert, daß die normsetzende Stelle „mit den stärksten äußeren, d. h. physischen, Machtmitteln ausgestattet" sei. In der knappsten Fassung erscheint diese Auffassung als die Lehre, daß das Recht vom Staat erzeugt werde, oder daß Staat und Recht identisch seien. Vgl. den 2. Abschn. des 4. Kap.

Diese Auffassung muß in jeder Formulierung abgelehnt werden. Sie will das Recht aus der Macht ableiten. Aber Macht und Recht sind völlig wesensverschieden, ja, im Grunde wesensfremd. Die Aufgabe des Rechtes ist es gerade, die Macht zu überwinden, der Herrschaft der Macht ein Ende zu bereiten. Die Macht ist nur da erträglich, wo sie nichts sein will als eine Dienerin des Rechts. Aber niemals kann die Macht das Recht erzeugen.

Jene Auffassung beruht auf Gedankengängen, welche die Staatsidee mit der Rechtsidee zusammenwerfen; zum Staat gehört die Macht als wesentliches Merkmal seines Begriffes, zum Begriff des Rechtes nicht. Das gilt ebenso für den Begriff der Souveränität. Auch er spielt für das Staatsleben, nicht für das Rechtsleben eine Rolle.

[16]) Jur. Grundlehre S. 93 ff. Ebenso Hold-Ferneck, Der Staat als Übermensch, 1926 S. 5.

[17]) Begriff d. Gesetzes usw., Veröff. d. Verein. dtscher. Staatsrechtslehrer 1928 S. 145, 150 ff.

Auf diese Fragen wird später (im 2. und 3. Abschn. des 4. Kap.) noch zurückzukommen sein.

4.

Die Forderung eines bestimmten äußeren Verhaltens, die von der einen Seite gesehen als Berechtigung, von der anderen aus als Verpflichtung erscheint, wird als „Rechtsfolge" bezeichnet, ein Ausdruck, der der kausalen Betrachtungsweise entnommen ist. Indessen ist die Auffassung, als sei der Tatbestand die Ursache, die Rechtsfolge die Wirkung, nur vereinzelt vertreten worden.[18])

Die Vorstellung des äußeren Verhaltens ist Inhalt einer Forderung, eine Volitivvorstellung der normsetzenden Stelle[19]); die Rechtsfolge ist also ein Gebot oder Verbot (ein Imperativ) oder eine Ermächtigung[20]), der die bezüglichen Gebote und Verbote entsprechen.

Da sie an einen hypothetischen Tatbestand geknüpft ist, so sind die Rechtsnormen logisch als „hypothetische Volitivdenkakte" zu bezeichnen[21]).

[18]) Z. B. von E. Zitelmann, Irrtum u. Rechtsgeschäft 1879 S. 222 ff. Vgl. gegen ihn L. Brütt, Kunst der Rechtsanwendung, 1907 S. 89.

[19]) Ich sage absichtlich nicht: Macht, weil, wie wir sehen werden, Rechtsnormen nicht nur von der Staatsgewalt, sondern auch von anderen Stellen aufgestellt werden können.

[20]) Vgl. oben S. 5 Anm. 7.

[21]) H. Maier, Psychol. d. emot. Denkens, 1908 S. 684. E. Zitelmann nennt die Rechtsnorm ein „hypothetisches Urteil"; Irrtum u. Rechtsgesch. 1879 S. 222 ff. Zustimmend v. Tuhr, Allg. Teil des BGB. 2 (1914) S. 4 Anm. 4 a. Ebenso R. Stammler, Theorie d. Rechtswiss. (1911) S. 311. Dagegen Bierling, Krit. d. jur. Grundbegr. 2 259 ff. Später hat sich Zitelmann unter dem Einfluß Bierlings der gleich zu erwähnenden Imperativentheorie genähert; Internat. Privatr. 1 (1897) 43 ff. Auch Kelsen betrachtet die Rechtsnorm als ein hypothetisches Urteil, nämlich als ein Urteil des Staates über sein eigenes Verhalten (Hauptprobleme d. Staatsrechtslehre, 1911 S. 189 ff.). Die Norm richte sich

Von Binding[22]) ist auf Grund einer Analyse der Strafgesetze die Lehre aufgestellt worden, die Strafgesetze seien keine Rechtsnormen, da die Rechtsnorm ihrem Wesen nach ein Befehl sei, das Strafgesetz aber, das sich ja nur an den Richter d. h. also den Staat selber wende, kein Befehl sei, sondern eine Ermächtigung für den Staat, zu strafen. Eine Rechtsnorm sei lediglich der Imperativ, der unausgesprochen hinter dem Strafgesetz stehe, der Imperativ, dessen Verletzung den Tatbestand des Strafgesetzes bilde. Nicht der § 242 StGB. sei eine Rechtsnorm, sondern der von ihm vorausgesetzte Imperativ: „Du sollst nicht stehlen!" Das Strafgesetz bezeichnet er zum Unterschied von der Norm als „Rechtssatz"[23]).

Diese Zweiteilung Bindings beruht auf der Auffassung, daß Normen reine Imperative seien, eine Auffassung, die weithin Vertreter gefunden hat.[24])

Auch M. E. Mayer[25]), der die Bindingsche Lehre bekämpft hat, begegnet sich mit ihr in dem Ausgangspunkt, daß die Strafgesetze und die von ihnen vorausgesetzten Imperative wesensverschieden seien: die letzteren

---

also an niemanden, sie habe keinen Adressaten (S. 378 ff.). Diese Auffassung geht auf H. Cohen (Ethik des reinen Willens, 3. A. 1921 S. 273 ff.; Logik der reinen Erkenntnis, 1902 S. 257) zurück. Sie ist natürlich nur möglich, wenn man Staat und Recht identifiziert. Vgl. gegen Kelsen auch G. A. Wielikowski, Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie (1914) S. 162 ff.; sowie F. Somló, Jurist. Grundlehre S. 215 ff.

[22]) Die Rechtsnormen und ihre Übertretung, 1. Bd. 2. A. 1890.

[23]) A. a. O. 1 103.

[24]) Namentlich in Thon, Rechtsnorm u. subj. Recht 1878, S. 8 ff.; Bierling, Kritik d. jurist. Grundbegriffe 2 (1883) 7 ff.; Jur. Prinzipienlehre 1 (1894) 27 ff.; Zitelmann, Int. Privatr. 1 (1897) 43 ff.; H. Maier, Psychol. d. emot. Denkens, 1908 S. 698 ff.; Radbruch, Grundzüge d. Rechtsphil., 1914 S. 72; L. Brütt, Kunst der Rechtsanwendung S. 32. Auch Max Wenzel (Jurist. Grundprobleme, 1920 S. 32 ff.) steht der Imperativentheorie sehr nahe, wenn er auch (S. 85 ff.) Einwendungen gegen sie hat; er erklärt die Worte des Gesetzes nur insoweit für „Gesetzesgedanken", als sie eine positive Beziehung zu einem Imperativ haben (S. 63).

[25]) Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903.

seien Befehle an das Volk, die ersteren Befehle an die Staatsorgane; jene seien zwar Normen, aber keine „Rechtssätze", diese dagegen Rechtssätze. Die Strafgesetze bezeichnet M a y e r als „Rechtsnormen", die von ihnen vorausgesetzten Imperative im Gegensatz zu ihnen als „Kulturnormen".[26])

Der Standpunkt, der in den Rechtsnormen nur Imperative sieht, wird — auch abgesehen davon, daß er einen Zwiespalt in das gesamte Rechtsgebiet hineintrüge, weil er für das bürgerliche Recht überhaupt nicht durchzuführen ist[27]) — dem Wesen der Rechtsnorm nicht gerecht.

Auch die von B i n d i n g als bloße Imperative angesprochenen Rechtsnormen sind ebenso aufgebaut wie die von ihm als strukturverschieden angesehenen Strafgesetze: sie knüpfen eine Rechtsfolge an einen bestimmten Tatbestand; eine Rechtsfolge, d. h. die rechtliche Forderung eines bestimmten Verhaltens.

Das konnte für die von den Strafgesetzen vorausgesetzten Imperative nur deshalb übersehen werden, weil es sich bei ihnen meist um die Forderung eines Unterlassens handelt. Betrachtet man aber die Normen, welche ein Handeln fordern, z. B. die durch § 139 StGB. geschützte Norm, so sieht man sofort, daß hier an einen Tatbestand (Kenntnis eines Mordplans) die Rechtsfolge (Pflicht zur Anzeige) geknüpft ist.

Aber auch für die Normen, die ein Unterlassen fordern, zeigt ein genaues Zusehen die gleiche Struktur; sie ist übrigens auch die gleiche, wie bei den eine Unterlassungspflicht begründenden Normen des bürgerlichen Rechts.

---

[26]) Gegen M. E. M a y e r vgl. T h o n in Jherings Jahrb. **50** (1906) 12 ff.; S t i e r - S o m l o, Das freie Ermessen usw., Staatsrechtl. Abh. (Laband-Festgabe) 1907, S. 491; B i n d i n g, Normen **2** (2. A. 1914) 366 ff.; L. B r ü t t, Kunst der Rechtsanwendung, 1907 S. 26; F. S o m l ó, Jur. Grundlehre S. 135 Anm. 2.

[27]) Der Versuch, auch das bürgerliche Recht auf reinen Imperativen aufzubauen und sogar die subjektiven Rechte mittels ihrer zu konstruieren, ist bekanntlich von T h o n gemacht worden; Rechtsnorm u. subj. Recht, 1878. Der Versuch ist gescheitert. Vgl. B i n d i n g s Wort (Krit. VJSch. **21** [1879] 563) vom „Loch im Zentrum eines Normenkreises".

Der Tatbestand ist bei den letzteren der, daß eine Situation vorliegt, welche die Gefahr der Verletzung eines fremden Rechts oder geschützten Interesses begründet; die Rechtsfolge ist die Forderung der Unterlassung dieser Verletzung. Völlig gleich ist der Aufbau bei den Verboten des Strafrechts; auch hier ist an die Situation der Gefährdung fremder Rechtsgüter der Unterlassungsbefehl geknüpft.[28])

Die Struktur aller Rechtsnormen ist also die gleiche.

Die Sanktionsnormen zum Schutz gegen eine Verletzung von Rechtsnormen sind allerdings insofern verschieden, als die Strafgesetze eine Straffolge an die Verletzung knüpfen, die Sanktionsnormen des bürgerlichen Rechts dagegen als Folge die Pflicht zur Wiederherstellung, zur Beseitigung, zum Geldersatz.

Aber diese Verschiedenheit nimmt den Sanktionsnormen des Strafrechts nicht die Natur echter Rechtsnormen. Sie sind es nicht nur ihrer Struktur, sondern auch ihrem Wesen nach: es ist eine einseitige Betrachtung, in ihnen nur eine Berechtigung für den Staat zu sehen; ebenso bedeutsam ist ihre Funktion als Schutz des Einzelnen gegenüber dem Staat: durch sie wird die Pflicht des Einzelnen, eine Strafe zu dulden, genau begrenzt.

Die Rechtsnormen sind, wie alle Normen, da ihr Inhalt Zweckvorstellungen enthält, Volitivakte, Begehrensakte. Aber man verbaut sich die Einsicht in ihr Wesen, wenn man lediglich auf die Rechtsfolge sieht, die an den Tatbestand geknüpft wird, und damit das Wesen der Rechtsnorm lediglich in dem Umstande erblickt, daß die Setzung der Rechtsfolge die Begehrung eines Verhaltens oder Geschehens ausdrückt, und darum ihr Wesen darin, daß sie ein Gebot oder Verbot, kurz, daß sie ein Imperativ sei[29]).

---

[28]) Vgl. L. Brütt, Kunst d. Rechtsanwendung, 1907 S. 32.

[29]) Vgl. hiergegen auch H. Cohen, Ethik d. reinen Willens, 3. A. 1921 S. 272 ff.), dessen Rechtsnormbegriff (vgl. namentl. S. 285) aber ein anderer ist als der hier vertretene.

Ihr Wesen liegt vielmehr einmal in ihrer Aufgabe: der Ordnung der äußeren Beziehungen zwischen der Gemeinschaft und ihren Mitgliedern einerseits, zwischen ihren Mitgliedern untereinander anderseits — sodann in ihrem spezifischen Mittel: der allgemeingültigen im voraus erfolgenden Regelung generell bestimmter Tatbestände durch Verknüpfung dieser Tatbestände mit einer bestimmten Rechtsfolge auf Grund des Rechtsgefühls.

Daß diese Verknüpfung auf dem Willen der normsetzenden Stelle beruht, also ein Begehren ausdrückt, gilt für alle Normen, ist also ein ganz allgemeines Merkmal jeder Norm und kein Charakteristikum der Rechtsnorm, hat aber in der Welt der Wirklichkeit nicht einmal eine überragende Bedeutung. Denn die übergroße Mehrzahl aller Rechtsnormen wird tatsächlich befolgt, ohne daß die Begehrungsvorstellung des Normgebers für den Befolgenden eine Motivation bildete, ja, ihm überhaupt auch nur zum Bewußtsein käme[30]).

Hierzu kommt noch eine andere Überlegung.

Jene Auffassung ist nur verständlich, wenn man sich vorstellt, daß ohne Rechtsnormen ein rechtloser Zustand herrschen würde, daß dann die natürlichen Kampfmittel, Macht und List, in der Gemeinschaft sich auswirken würden.

Diese Vorstellung ist aber unrichtig. Normenlosigkeit bedeutet nicht Rechtlosigkeit. In den Anfängen einer jeden Rechtsgemeinschaft hat das Recht ohne Normen geherrscht, und erst verhältnismäßig spät sind Normen gesetzt worden. Das Recht lebte in den Entscheidungen des Einzelfalles.

Das gilt im wesentlichen auch heute noch, wie später zu zeigen ist. Die Norm gibt nur in verhältnismäßig seltenen Fällen unmittelbar die Regelung des konkreten Einzelfalles, vielmehr bedarf es in der Regel dazu praktisch noch der Entscheidung.

---

[30]) Vgl. Franz Klein, Die psychischen Quellen des Rechtsgehorsams u. der Rechtsgeltung, 1912 S. 23 ff., 66.

Als „Entscheidung“ ist oben (S. 10) die nachträgliche Regelung des individuellen (historischen) Falles bezeichnet worden.

Der Ausdruck ist insofern nicht eindeutig, als der übliche Sprachgebrauch ihn nur für eine richterliche Entscheidung verwendet.

Hier soll dagegen jede nachträgliche Regelung eines Einzelfalles darunter verstanden werden, ganz gleich, ob sie von einem staatlichen Organ oder einer Partei oder ihrem Berater oder auf Grund Vereinbarung — die meisten Vereinbarungen sind allerdings nicht reine Entscheidungen, sondern zugleich oder sogar allein Normensetzung — oder durch die Rechtswissenschaft gefunden wird.

In der Literatur ist gegen eine solche Gleichstellung Widerspruch erhoben worden. Die richterliche Entscheidung stehe weitab von jeder nichtrichterlichen; private Entscheidungen seien nichts als ohnmächtige Denktätigkeiten, ihnen fehle das, was das Kennzeichen der Entscheidung sei: die „Rechtskraft“.[31])

Diese Auffassung betrachtet die Entscheidung nicht vom Standpunkt der Rechtsfindung, Rechtsschöpfung, sondern vom Standpunkt der Rechtsverwirklichung. Mit ihr haben wir es an dieser Stelle nicht zu tun. Im übrigen ist die Auffassung aber sogar unter dem Gesichtspunkt der Rechtsverwirklichung falsch. Sie denkt nur an die Rechtsverwirklichung durch staatlichen Zwang und übersieht, daß die Rechtsverwirklichung zum größten Teil des staatlichen Zwanges gar nicht bedarf und daher auch dort erfolgt, wo es gar keinen staatlichen Zwang gibt.[32])

Das Oberste Bundesgericht der Vereinigten Staaten hat keinerlei Vollstreckungsgewalt gegenüber den einzelnen Staaten der Union; und trotzdem ist in den 140 Jahren seines Bestehens seiner Entscheidung in Streitigkeiten, die

[31]) Oskar Bülow, Gesetz und Richteramt, 1885 S. 7.

[32]) Vgl. Eugen Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913 S. 15 ff.

sich gegen einen Einzelstaat richteten, noch niemals der Gehorsam verweigert worden.[33])

Noch deutlicher spricht die Tatsache, daß es bisher noch niemals vorgekommen ist, daß eine von einem internationalen Schiedsgericht zwischen streitenden Staaten gefällte Entscheidung nicht freiwillig vollzogen worden wäre. Überall, wo die Feststellung des Rechts in gültiger Weise erfolgt war, ist es auch freiwillig verwirklicht worden.[34])

Auch für die Landesgerichte ist die hier bekämpfte Auffassung geschichtlich falsch.

Im Römischen Formularprozeß war die Entscheidung kein Akt eines staatlichen Organs, sondern Rechtsfindung durch einen Privatmann. Sie erfolgte auf Grund einer Vereinbarung der Parteien. Die litis contestatio war ein privater Schiedsvertrag, auf Grund dessen der private judex die Entscheidung gab.[35]) Erst die Vollstreckung erfolgte durch den Magistrat.

Im älteren deutschen Recht treffen wir eine ähnliche Trennung. Das salische Recht unterscheidet zwischen dem Richter (thuncinus), der die Entscheidung vollstreckt, und den Urteilsfindern, den Rachineburgen, die aus der versammelten Gerichtsgemeinde ausgewählt werden. Ebenso hat die von Karl dem Großen eingeführte Gerichtsverfassung die scharfe Scheidung zwischen den Schöffen, die die Entscheidung finden, und dem Grafen, der sie vollstreckt, beibehalten. Diese alte deutsche Auffassung hat sich in den Schöffengerichten des Mittelalters und im englischen common law bis in die neueste Zeit erhalten.[36])

Die Beschränkung des Begriffs der Entscheidung auf

---

[33]) W. A. Robson, Justice and Administrative Law, 1928 S. 84.

[34]) N. Politis, La Justice Internationale, 1924 S. 91.

[35]) Das ist heute auf Grund der Arbeiten Wlassaks allgemein anerkannt: vgl. namentlich M. Wlassak, Ztsch. d. Savigny-Stiftung (Roman. Abt.) **25** (1904) 81 ff., **28** (1907) 1 ff., **33** (1912) 88 ff.

[36]) Vgl. William Forsyth, History of trial by jury, London 1882.

die richterliche Entscheidung würde also eine sachlich ungerechtfertigte Einschränkung bedeuten.

Es würden dann nicht nur innerhalb der staatlichen Gemeinschaft die unübersehbar große Zahl von Regelungen, die ohne Hilfe der Gerichte erfolgen, ferner alle Entscheidungen der Rechtswissenschaft aus dem Tatsachenmaterial der „Entscheidungen" ausgeschieden werden müssen, sondern namentlich in der wichtigsten nichtstaatlichen Gemeinschaft, der Völkergemeinschaft, alle „Entscheidungen" außer den spärlichen Schiedsgerichtsurteilen, also das ganze große Material der Entscheidungen, welches die Staatenpraxis für das Völkerrecht liefert.

Damit ist natürlich nicht die Frage beantwortet, ob nicht die staatlichen, d. h. durch ein Staatsorgan gefällten Entscheidungen in gewisser Beziehung gegenüber den anderen Entscheidungen eine bevorzugte Stellung haben. Auch wenn die übrigen Entscheidungen, soweit sie auf der Rechtsquelle, dem Rechtsgefühl, beruhen, als Rechtsfindung zu betrachten sind, so haben doch die richterlichen Entscheidungen in der Richtung der Rechtsverwirklichung eine größere Kraft.

6.

Da die Entscheidung durch das Rechtsgefühl erzeugt wird, d. h. da bei ihr die Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge auf dem Rechtsgefühl beruht, so ergibt sich für sie die Eigenschaft der Allgemeingültigkeit.

Nicht nur in dem Sinne, daß sie von allen Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft Anerkennung fordert, sondern in dem Sinne, daß sie für jeden anderen gleichen Tatbestand ebenso gegeben werden würde. Das folgt wesensgesetzlich aus dem Wesen des Rechtsgefühls, und zwar seiner einen Komponente, des Gemeingefühls, das die gleiche Behandlung aller Mitglieder der Gemeinschaft fordert (vgl. den 2. Abschn. des 2. Kap. unter 2, S. 97 ff.).

Eine individuelle Regelung, die nicht in diesem Sinne allgemeingültig wäre, ist — da sie also nicht auf dem Rechtsgefühl beruht — keine „Entscheidung" in dem hier gebrauchten Sinne.

Der Unterschied zeigt sich deutlich, sobald der normale Zustand der Rechtsgemeinschaft aufgehoben und der Ausnahmezustand eingetreten ist.[37])

Hier erfolgt die Regelung nicht mehr durch „Entscheidungen", sondern durch „Maßnahmen"[38]), d. h. reine Befehle. Diese Regelung wird nicht von der Rechtsidee beherrscht, sondern nur von dem Zweck der Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung.

Die diktatorischen Maßnahmen, die den einzelnen Fall regeln, stehen im Gegensatz zu den Entscheidungen.

Die „Maßnahmen" können übrigens auch im voraus allgemeine, d. h. abstrakt formulierte Regeln aufstellen; der Reichspräsident kann im Fall des Art. 48 Abs. 2 der RVerf. auch Verordnungen erlassen. Diese Verordnungen, diese allgemeinen Anordnungen sind zwar Normen. Aber sie sind keine Rechtsnormen — aus demselben Grunde, aus dem die Einzelmaßnahmen keine Entscheidungen sind —, nämlich weil sie nicht vom Rechtsgefühl beherrscht werden, sondern nur von dem Zweck des Ausnahmezustandes, der Wiederherstellung der Sicherheit und der öffentlichen Ordnung.[39])

Die Allgemeingültigkeit der Entscheidung ist aber lediglich eine solche des Verfahrens zu ihrer Gewinnung, nicht eine solche ihres Zieles und also ihres Inhalts. Die Entscheidung ist immer auf den individuellen Fall gerichtet; seine Regelung ist ihr unmittelbares Ziel und bestimmt ihren Inhalt.

---

[37]) Vgl. hierzu das Referat von Carl Schmitt über die Diktatur des Reichspräsidenten auf der 1. Tagung der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer, 1924 (Veröff. d. Verein. d. Staatsrechtsl., Heft 1, 1924 S. 101).

[38]) Art. 48 Abs. 2 RVerf.

[39]) C. Schmitt a. a. O. S. 98; Erwin Jacobi, Die Diktatur des Reichspräs., Veröff. d. Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 1 (1924) S. 124.

Es ist oben (S. 15) gesagt worden, die Rechtsnorm gebe nicht schon als solche unmittelbar die Regelung des Einzelfalles, vielmehr bedürfe es dazu regelmäßig noch der Entscheidung. Über diesen Satz gibt es keine Meinungsverschiedenheit. Nur das Verhältnis, in dem Norm und Entscheidung zueinander stehen, wird fast immer unrichtig gesehen.

Die herrschende Auffassung geht dahin, daß die Regelung des Einzelfalles durch eine Rechtsnorm erfolge, daß die Entscheidung diese Rechtsnorm nur „anzuwenden", die in der Norm enthaltene Regelung nur auszusprechen habe,[40]) daß, wie es Montesquieu ausgedrückt hat, der Richter nur „der Mund des Gesetzes" sei.[41]) Diese Auffassung liegt auch dem § 550 ZPO. wie dem § 376 StPO. zugrunde, wonach die Entscheidung die „Anwendung" des Gesetzes ist.

Indessen zeigt schon die unbefangene Beobachtung die Unrichtigkeit dieser Auffassung. Nur dann, wenn die Regelung des konkreten Einzelfalles aus der Rechtsnorm ohne jede geistige Tätigkeit entnommen werden könnte — wie der Mund einfach das ausspricht, was das Gehirn denkt —, dürfte man sagen, daß die Rechtsnorm bereits die Regelung des Falles darstelle. Das trifft aber fast niemals zu. Immer bedarf es noch einer selbständigen Denktätigkeit desjenigen, der die Entscheidung geben soll, regelmäßig sogar einer erheblichen Denkarbeit.

Diese Erkenntnis liegt auch der Gerichtsverfassung aller Länder zugrunde. Wenn hier für fast alle Fälle, die der Entscheidung bedürfen, eine Mehrheit von Instanzen vor-

[40]) Von den zahllosen Äußerungen setze ich die folgende von H. Reichel als besonders prägnant hierher (Gesetz u. Richterspruch 1915 S. 108): „Immer entscheidet der Richter nach einer Rechtsnorm, die er nicht aufstellt, sondern nur feststellt. Auch wenn er Lücken konstatiert und nach der Natur der Sache urteilt, verfährt er nicht anders. Denn auch in diesem Falle holt er nicht eine Rechtsnorm aus dem Nichts herauf, sondern er wendet sie an, weil er sie als latent schon vorhanden ansieht."

[41]) Esprit des Lois, L. 11 ch. 6.

gesehen ist, so ist damit anerkannt, daß diese Entscheidungen nicht schon ohne weiteres in den Rechtsnormen gegeben sind, sondern erst noch eine geistige Arbeit voraussetzen; daß der individuelle Einzelfall von verschiedenen Richtern abweichend entschieden werden kann, daß also seine Regelung erst durch die Entscheidung gegeben werden muß und durch die Rechtsnorm allein noch nicht gegeben ist.

Das gilt nicht nur für die Fälle, in denen es an einer ausdrücklichen (geschriebenen) Rechtsnorm fehlt, sondern ebenso für die Fälle, in denen eine solche vorhanden ist.

Es gibt aber weite Gebiete des Rechts, in denen keine Norm, wenigstens keine gesetzliche Norm, für die Regelung des konkreten Einzelfalles vorhanden ist.

Hierher gehören die zahlreichen Fälle, in denen es sich um die Auslegung von Verträgen handelt, wie überhaupt alle Fälle, in denen der Richter angewiesen wird, den Fall nach Treu und Glauben zu entscheiden (§§ 157, 242 BGB.), ferner die Fälle, in denen der Richter die Entscheidung auf Grund der „guten Sitten" finden soll (§§ 138, 826 BGB., § 1 UWG.), wie die Fälle, in denen der Richter je nach der „Wichtigkeit" des Grundes zu entscheiden hat (§§ 626, 723 BGB., § 8 KartellVO.).

Praktisch gehört ferner der größte Teil aller Verletzungsprozesse aus dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes hierher, in denen es sich darum handelt, wie weit der Schutzbereich eines bestimmten Patentes, Gebrauchsmusters, Geschmacksmusters, Warenzeichens, einer Firma, einer gewerblichen Bezeichnung usw. reicht; für diese Feststellung gibt es zwar gewisse Richtlinien, aber nicht immer eine Norm, die wirklich den e i n z e l n e n Fall erfaßt.

Es gibt weiter eine große Zahl von Fällen, für die nicht e i n e Norm, sondern zwei oder mehr verschiedene Rechtsnormen in Frage kommen.

Wenn z. B. der Ingenieur A. und der Rentier B. ein Abkommen des Inhalts treffen, daß B. dem A. zur Errichtung einer Fabrik zwecks Ausbeutung seiner Erfindung eine bestimmte Summe Geldes für eine bestimmte Zeit zur Verfügung stellt, wofür er ein Drittel des Reingewinns erhält,

so fragt es sich, wenn A. das Geld erfolglos verbraucht hat, wie das Verhältnis zwischen A. und B. zu beurteilen ist. Als Normen kommen die des Darlehns (§§ 607 ff. BGB.) oder die des Gesellschaftsvertrages (§§ 705 ff.) in Frage.[42])

Daher geben nicht schon diese Normen die Regelung des Verhältnisses, sondern erst die Entscheidung, welche Norm anzuwenden ist.

In allen Fällen, in denen mehrere Normen zur Wahl stehen, folgt aus diesem Umstande bereits, daß keine von ihnen als solche schon die Regelung des Falles geben kann.

Ähnlich liegen zahlreiche Fälle, in denen die Entscheidung zwischen den Normen des Dienstvertrages oder des Werkvertrages, der Pacht oder des Gesellschaftsvertrages, des Kaufes oder des Lizenzvertrages usw., zu wählen hat.[43])

Vielleicht in der Mehrzahl aller streitigen Fälle liegt die Aufgabe der Entscheidung gerade in der Feststellung und Würdigung des Tatbestandes, also in einer Tätigkeit, die erst die Voraussetzung für die Anwendung der Rechtsnorm bildet.

Das gilt für einzelne Normen in ganz besonderem Maße. So z. B. für § 812 Abs. 1 BGB.:

> „Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Die Verpflichtung besteht auch dann, wenn

---

[42]) Vgl. den Fall der Entsch. d. RG. v. 17. 5. 27, Jur. Woch. **27** 2415 Nr. 4 und dazu die Fußnote von Stoll sowie die dort angeführte Literatur über den Unterschied zwischen Gesellschaft und partiarischem Darlehen.

[43]) In dem Streit zwischen dem jetzigen und dem früheren Herausgeber von Schmollers Jahrbuch handelte es sich um die Frage, ob der Tatbestand unter die §§ 421 ff. BGB. (Gesamtschuldverhältnis) oder unter §§ 705 ff. (Gesellschaft) zu bringen sei. Für die erstere Meinung lagen Gutachten von Zitelmann, Ernst Heymann und J. v. Gierke, für die letztere Gutachten von Allfeld, W. Kisch und Dölle vor. Vgl. RG. v. 5. 1. 27, RGZ. **115** 362.

In dem Fall, der der Entsch. des RG. v. 28. 9. 28 (RGZ. **122** 70) zugrunde liegt, handelte es sich um die Wahl zwischen Gesellschafts- und Pachtvertrag.

der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt."

Mit der Norm des zweiten Satzes ist erst dann etwas anzufangen, wenn die Entscheidung sagt, welcher Erfolg nach dem Inhalt des konkreten Rechtsgeschäfts bezweckt und verfehlt wurde, und gerade hier liegt die schwierigste Gedankenarbeit.[44])

Für die Regelung aller dieser Fälle ist die Norm ohne die Entscheidung völlig wertlos.

Im übrigen ist sich der Praktiker klar bewußt, wie ungewiß die Entscheidung selbst in allen denjenigen Fällen erscheint, in denen die Rechtsnorm völlig deutlich ist.

Jeder, der an Beratungen von Kollegialinstanzen teilgenommen hat, weiß, wie stark auch in solchen Fällen die Ansichten innerhalb des Kollegiums auseinandergehen, wie heftig die Diskussion hier ist, und wie oft das Zünglein an der Wage durch ein ganz irrationales Moment zum Ausschlag nach der einen Seite gebracht wird; ein irrationales Moment, d. h. ein solches, das keine verstandesmäßigen und logisch ableitbaren Zusammenhänge mit dem zu entscheidenden Tatbestande aufweist.

Der erfahrene Anwalt weiß genau, daß Umstände auf das Gericht wirken können, die nichts mehr mit dem Tatbestand der Norm zu tun haben. Er weiß genau, weshalb ihm ein bestimmter Richter für den fraglichen Fall lieber ist als ein anderer, und weshalb er versucht, die Sache, wenn es geht, vor diesen Richter zu bringen.

Alles in allem widerspricht der Satz, daß die Entscheidung auf logischem Wege aus derjenigen Norm abgeleitet wäre, die nachher in den Urteilsgründen zur Begründung herangezogen wird, in der großen Mehrzahl der Fälle der praktischen Erfahrung so sehr, daß es schwer begreiflich

---

[44]) Vgl. dazu Eugen Locher, Geschäftsgrundlage u. Geschäftszweck, Arch. f. ziv. Prax. N. F. 1 (1923) 60 ff., ferner die von P. Krückmann im Arch. f. ziv. Prax. N. F. 8 (1928) 161 ff. besprochenen Fälle.

ist, wie jener Satz sich in seiner Allgemeinheit bis heute hat behaupten können.[45])

Um so weniger begreiflich, als von hervorragenden Praktikern jene praktische Erfahrung schon seit langem deutlich genug verkündet worden ist.

So hat Wildhagen, einer der erfahrensten Anwälte am Reichsgericht, schon im Jahre 1908 geschrieben:[46])

> „Es ist eine bei Juristen und Nichtjuristen viel verbreitete Vorstellung, daß das jeweilig geltende Recht für jeden einzelnen Streitfall die Entscheidung — wenn auch hier und da tief verborgen — bereit hält, und daß es die Aufgabe des Richters nur ist, aus diesem unerschöpflichen Vorrate die für den einzelnen Fall gegebene Entscheidung richtig herauszufinden und damit das gegebene Recht lediglich „anzuwenden" . . . Nichts ist verfehlter als solche Vorstellungen. Sie verkennen die wirkliche Lage der Dinge, wie sie sich dem nüchternen und unbefangenen Beobachter darbietet. Der Richter, und nur der Richter bildet schließlich erst für den einzelnen Streitfall das Recht."

Und der damalige Reichsgerichtsrat Adalbert Dürin-

---

[45]) Sogar Oskar Bülow, der als einer der ersten der Überschätzung der Norm gegenüber der Entscheidung entgegengetreten ist, spricht noch von dem für die Gewinnung der Entscheidung „erforderlichen Syllogismus" (Gesetz und Richteramt, 1885 S. 7).

[46]) Leipz. Zsch. 2 (1908) 484 ff. Vgl. auch seine spätere Schrift „Der bürg. Rechtsstreit", 1912 S. 73: „Das Recht findet das Gericht, es schafft es in jedem Streitfalle. Das Gericht allein findet und schafft es. Das „geltende Recht" gibt ihm in gewissem, aber durchaus nicht in vollem Umfang Anhalt, wie es dies Recht finden soll. Soweit dies der Fall ist, kann das „gesprochene Recht" mit dem „geltenden Recht" im Einklang stehen, und insoweit kann man sagen, daß das Gericht das geltende Recht „anwendet". Es kann aber auch davon abweichen. Dann gilt für die Streitenden nicht das sog. „geltende", sondern das gesprochene Recht. Jeder, der einen Prozeß führt, muß erfahren — mag er noch so viele Gesetzesparagraphen . . . für sich haben —: Recht in seinem Streitfalle ist, was der letzte Richter sagt." Ebenso S. 62.

ger, der diese Sätze Wildhagens zustimmend anführt, sagt seinerseits[47]):

> „Erst das rechtskräftige, unanfechtbare Urteil schafft das Recht unter den Parteien; vorher bestand es nicht, oder war in seinem Bestand völlig in Frage gestellt."

Die selbständige Funktion der Entscheidung gegenüber der Rechtsnorm erweist sich auch in umgekehrter Richtung. Wie es möglich ist, daß trotz Gleichheit der Norm für gleichliegende Fälle oder sogar den identischen Fall verschiedene Entscheidungen ergehen, so ist es möglich, daß trotz Verschiedenheit der Normen für gleichliegende Fälle gleichlautende Entscheidungen ergehen. Dies zeigt sich insbesondere im internationalen Rechtsleben. Gleichliegende Fälle werden trotz Verschiedenheit der betreffenden nationalen Rechtsnormen in den verschiedenen Ländern völlig gleich behandelt.[48])

8.

Der Unterschied des Wesens zwischen Rechtsnorm und Entscheidung ist ein grundlegender.

Die Rechtsnorm ist etwas Fertiges, Vergangenes, Unbewegliches, Statisches. Die Entscheidung dagegen ist ein dynamischer, ein Erlebnisvorgang, sie ist also Leben, Werden, Bewegung. Diese ihre Eigenschaft beeinflußt auch ihren Inhalt, wie später bei der genaueren Betrachtung des Wesens der Entscheidung (2. Kap. 1. Abschn. unter 3) noch deutlicher werden wird.

Die Norm ist ihrem Wesen nach rational, die Entscheidung entsteht irrational und enthält jedenfalls irrationale Elemente.

---

[47]) Richter und Rechtsprechung 1909 S. 11.

[48]) Rabel, Rechtsvergleichung u. internat. Rechtsprechung, Zsch. f. ausländ. u. internat. PrivR. 1 (1927) S. 7.

Die Entscheidung entsteht aus der zentralen Tiefe der sittlichen Persönlichkeit, die Norm dagegen ist die Verneinung der Persönlichkeit. Die Norm kann daher niemals das leisten, was allein die Persönlichkeit leisten kann, sie kann die Persönlichkeit nicht ersetzen.[49])

Das Recht dient der Verwirklichung der Gerechtigkeit; die Norm als solche kann überhaupt nicht die Gerechtigkeit verwirklichen. Jeder Norm ist gerade in ihrer Eigenschaft als Norm die Gerechtigkeit wesensfremd, die Norm ist in ihren letzten Konsequenzen ungerecht. Eine alte Erkenntnis: summum jus summa injuria.

Dem Unterschied des Wesens entspricht der logische und formale Unterschied des Verfahrens bei der Gewinnung der Norm einerseits, der Entscheidung anderseits; ein Unterschied der Denkakte, der vom Standpunkt der Methodenerkenntnis geradezu als Gegensatz erscheint. Denn dieser Unterschied mündet letzten Endes in den Urgegensatz aller Logik ein, den Gegensatz zwischen dem Allgemeinen und dem Besonderen.

Die Methode der Gewinnung von Rechtsnormen arbeitet mit allgemeinen Begriffen, ihr formales Prinzip ist die Generalisierung, ihr Ziel die Gewinnung allgemeingültiger Sätze. Das Besondere, das Individuelle des Einzelfalles interessiert sie gar nicht.

Ihre allgemeinen Begriffe gewinnt sie, wie jede generalisierende Wissenschaft, entweder durch Vergleichung der Entscheidungen mehrerer Einzelfälle oder durch Induktion von einem einzelnen Fall aus.

Die Gewinnung des Inhalts der Norm erfolgt in der Hauptsache durch kognitive Denkakte, sie ist regelmäßig nicht wertendes, sondern wertbeziehendes Denken,[50])

---

[49]) Vgl. E. Kaufmann, Die Gleichh. vor d. Gesetz, Veröff. d. Verein. dtscher. Staatsrechtslehrer 3 (1927) 12.

[50]) Diese Unterscheidung ist von Heinrich Rickert für die Geschichtswissenschaft entwickelt worden; vgl. seine Grenzen der naturwissenschaftl. Begriffsbildung, 3. u. 4. A. 1921 S. 245, 322 ff.; Kulturwissenschaft u. Naturwissenschaft, 4. u. 5. A. 1921 S. 97 ff. Für die soziologischen und ökonomischen Wissenschaften hat sie

insofern die Norm aus den Entscheidungen — die, wie gleich zu erörtern, auf einem Wertfühlen fundierte Denkakte sind — durch Vergleichung oder Induktion abgeleitet wird.

Die Entscheidung hat dagegen lediglich die Ordnung des individuellen Falles zum Ziel, genauer gesprochen: zum unmittelbaren Ziel.[51]) Sie arbeitet in hohem Maße mit der bildhaften Anschauung,[52]) um das individuelle Bild des Falles zu gewinnen, und wenn sie bei der Regelung des Falles, also der Formulierung der Rechtsfolge, gezwungen ist, in Begriffen zu denken, so sind es keine allgemeinen Begriffe, wie sie die Norm allein verwendet, sondern individuelle Begriffe.[53]) Daß sie bei der Notwendigkeit, Gedanken durch Worte auszudrücken, in ihrer Ausdrucksweise Worte verwendet und verwenden muß, die eine allgemeine Bedeutung haben, ist kein Widerspruch zu dem eben Gesagten; diese Notwendigkeit besteht auch z. B. für den Geschichtschreiber, der eine individuelle Persönlichkeit schildert und durch die Kombination der Worte doch das individuelle Bild erzeugt.[54])

Der Inhalt der Entscheidung wird im wesentlichen nicht durch einen kognitiven Denkakt gewonnen, sondern durch einen volitiven. Sie entsteht, wie im 2. Kapitel eingehend zu erörtern ist, aus den beiden Quellen: dem Rechtsgefühl und der „praktischen Vernunft". Auch insoweit die „praktische Vernunft" in Frage kommt, handelt es sich

---

Max Weber übernommen: Der Sinn der „Wertfreiheit" der soziologischen u. ökonomischen Wissenschaft, im Logos, 7. Bd. 1917 (jetzt: Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 1922 S. 477 ff.).

[51]) Daß darüber hinaus auch die Entscheidung allgemeingültig sein muß, ist bereits oben S. 18 gesagt und wird gleich (S. 101 ff.) noch zu wiederholen sein. Die Konsequenzen daraus vgl. unten in Abschn. 2 und im 3. Kap. 3. Abschn.

[52]) Vgl. A. N. Zacharias, Über Persönl., Aufgaben u. Ausbildung des Richters, 1911 S. 50.

[53]) Auch hier kann auf die grundlegenden Erörterungen von Rickert Bezug genommen werden; Grenzen d. naturw. Begriffsbildung S. 231 ff.; Kulturwiss. u. Naturwiss. S. 58 ff.

[54]) Vgl. Rickert, Kulturwiss. u. Naturwiss. S. 82.

in der Hauptsache um einen auf einem Wertfühlen gründenden Denkakt: es müssen die in Betracht kommenden Interessen in ihrem Werte gegeneinander abgewogen, und je nachdem die Regelung verschieden getroffen werden. Näher ist hierauf im 2. Abschnitt des 2. Kapitels einzugehen.

Nach den bisherigen Darlegungen erscheint der logische und formale Gegensatz zwischen Rechtsnorm und Entscheidung ganz scharf: die Norm, gekennzeichnet durch das Ziel allgemeiner Sätze, durch das Mittel allgemeiner Begriffe mit ihrer Vernichtung aller bildhaften Anschauung und aller Individualität — die Entscheidung, gekennzeichnet durch das Ziel individueller Gestaltung der Beziehungen, durch das Mittel der Anschauung und individueller Begriffe; der Inhalt der Norm ein Erzeugnis kognitiven, wertbeziehenden Denkens, der Inhalt der Entscheidung das Erzeugnis eines volitiven, wertenden Denkaktes.

In dieser logischen Schärfe tritt der Gegensatz in Wirklichkeit allerdings nicht auf. Der Grund ist der, worauf im 3. Abschnitt des 2. Kapitels näher einzugehen ist, daß auch die Entscheidung die Eigenschaft der Allgemeingültigkeit, der Normativität besitzen, und, um ihre volle Bedeutung zu gewinnen, auch zum Ausdruck bringen muß. Um das zu können, erhält sie eine „Begründung", der Entscheidende muß sie, wie später zu erörtern, als von einer Norm ableitbar[55]) erklären können, und er muß infolgedessen, nachdem er die Entscheidung gefunden hat, noch diejenige Denktätigkeit entwickeln, die für die Erkennung einer vorhandenen oder die Gewinnung einer neuen Norm erforderlich ist.

Infolgedessen schließt sich an das individualisierende Denken sofort das generalisierende Denken an. Oft genug treten beide Denkmethoden in Wirklichkeit nicht unterschieden auf, fließen vielmehr in- und durcheinander. Nicht ohne Schaden für die Entscheidung wie für die aus ihr abzuleitende Norm.

---

[55]) In der Praxis erklärt er sie sogar als von der Norm „abgeleitet"; worauf später noch näher einzugehen ist.

Wenn (oben S. 3) das Recht die Aufgabe hat, die äußeren Beziehungen der Mitglieder der Gemeinschaft im individuellen Einzelfall zu regeln, und wenn diese Regelung noch nicht durch die Rechtsnormen, sondern erst durch die Entscheidungen erfolgt, so ergibt sich unabweisbar die Folgerung: das Recht wird nicht durch die Gesamtheit der Normen, sondern durch die Gesamtheit der Entscheidungen dargestellt. Nur sie löst die Aufgabe, eine Ordnung der äußeren Beziehungen herzustellen, welche infolge der Gemeinschaft für deren Mitglieder entstehen. Unter dem „Recht" hätte man daher die Gesamtheit der — normativen — Entscheidungen zu begreifen, durch welche die äußere Ordnung innerhalb der Gemeinschaft hergestellt wird.

Diese Ausdrucksweise widerspricht allerdings dem Sprachgebrauch.[56]) Der von alters übliche und heute noch fast ausnahmslos herrschende Sprachgebrauch versteht unter dem „Recht" entweder die Gesamtheit der Rechtsnormen und Entscheidungen, ohne zwischen ihnen zu unterscheiden, oder er denkt sogar dabei mindestens vorzugsweise an die Normen und meist sogar nur an die Normen.[57])

Im Corpus juris civilis finden sich vereinzelte Sätze, wie: jus est ars boni et aequi (fr. 1 D. 1, 1) und: non ex regula jus sumatur sed ex jure quod est regula fiat (fr. 1 D. 50, 17) — vgl. auch fr. 11 D. 1, 1 und die Formel der XII Tafeln: . . . ita jus esto —, in denen an die Regelung des Einzelfalles, also die Entscheidung, gedacht ist, während an den meisten

---

[56]) Nur ganz vereinzelt ist die Auffassung ausgesprochen worden, daß das Recht aus den Einzelentscheidungen bestehe; so E. Ehrlich, Freie Rechtsfindung u. freie Rechtswissenschaft, 1903 Vorrede S. IV; zweifelhaft ist es bei E. Jung, Problem des natürl. Rechts, 1912 S. 17, der hier Interessenausübung und Entscheidung zu Unrecht identifiziert.

[57]) In knapper Form drückt die herrschende Ansicht Hans Reichel aus (Einleitungsart. d. Schw. ZGB., Festgabe für Stammler, 1926 S. 332): „Es gibt, genau genommen, weder ein ‚Richterrecht' noch ein ‚Fallrecht'."

Stellen jus die Gesamtheit der Rechtsnormen bedeutet; vgl. z. B. § 1 J. 1, 2: nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque jus civile . . . Die von Sextus Papirius gesammelten Königsgesetze wurden ebenso wie die XII Tafeln als jus bezeichnet; fr. 2, 4 D. 2, 2.[58])

Auch die deutschen Rechtsquellen verstehen unter „Recht" die Gesamtheit der Rechtsnormen („Landrecht", „Lehnrecht", „Stadtrecht").

Eben die gleiche Bedeutung hat droit in der französischen, diritto in der italienischen Rechtssprache. Anders dagegen die englische: law bedeutet die Rechtsnorm, right — allerdings meist[59]) in adjektivischer Form — die Ordnung des Einzelfalles.

Die deutsche Rechtssprache macht also keinen Unterschied. Für die wissenschaftliche Untersuchung ergibt sich daraus eine gewisse Schwierigkeit in der Benennung. Mehr aber auch nicht. Denn daß, wenn die Untersuchung eine Unterscheidung des Wesens und der Funktionen von Rechtsnormen einerseits, Entscheidungen anderseits machen muß, für die sachliche Verschiedenheit auch eine verschiedene Benennung zu wählen ist, um der Gefahr von Unklarheiten und Verwirrungen zu entgehen, erscheint als selbstverständliches methodologisches Erfordernis.

Die nachfolgenden Untersuchungen werden unter „Recht" die Gesamtheit der Entscheidungen bezeichnen und müssen daher für die Gesamtheit der Rechtsnormen eine andere Benennung wählen. Sie sollen als „Rechtsnorm"

---

[58]) Daß in Rom ursprünglich zwischen jus und leges unterschieden wurde, kann man noch aus dem späteren Sprachgebrauch erschließen. Vgl. Horaz, Sermones 1 1, 9: agricolam laudat juris legumque peritus . . .

[59]) Aber auch als Substantiv; vgl. die unten S. 65 angeführte Stelle aus Dillon, The Laws and Jurisprudence of England and America, Boston 1925. Als Substantiv erscheint right gewöhnlich in der Zusammenstellung mit justice: right and justice, right or justice. Vgl. die Satzung des Völkerbundes Art. 15 Abs. 7; ferner z. B. Roscoe Pound, Spirit of the common law, S. 84, 98.

(im Gattungssinn) bezeichnet werden, so daß sich hier „Recht" und „Rechtsnorm" gegenüberstehen.

Die Bezeichnung „Rechtssatz" soll wegen der Vieldeutigkeit seiner Verwendung im bisherigen Schrifttum vermieden werden.[60]) [61])

Mit der Betonung der Notwendigkeit einer Unterscheidung zwischen Rechtsnormen und Entscheidungen ist über die Bedeutung der Rechtsnorm für die Entscheidung noch nichts ausgesagt. Sie muß an späterer Stelle (2. Kap. 3. Abschn.) untersucht werden.

10.

Die Unterscheidung zwischen „Rechtsnormen" und „Entscheidungen" ist als Grundlage der Unter-

---

[60]) Während z. B. Somló, Jur. Grundlehre S. 122 — wie übrigens die meisten Schriftsteller — die Ausdrücke „Rechtsnorm" und „Rechtssatz" als gleichbedeutend behandeln, macht Binding, Die Normen u. ihre Übertretung, 2. A. 1. Bd. (1890) S. 103, zwischen ihnen den oben S. 12 besprochenen Unterschied. Ebenso H. Maier, Psychologie des emot. Denkens S. 716. Ferner z. B. Eugen Ehrlich, Soziologie d. Rechts, 1913 S. 29, der unter „Rechtsnormen" die Vorschriften des ungeschriebenen, unter „Rechtssätzen" die des geschriebenen Rechts versteht. Vgl. auch M. E. Mayer (oben S. 13), der zwischen „Norm" u. „Rechtssatz" unterscheidet. L. Brütt, Kunst der Rechtsanwendung, 1907 S. 32, versteht unter „Rechtsnorm" einen kategorischen Imperativ, unter „Rechtssatz" ein hypothetisches Urteil. Wieder anders F. Kaufmann, für den die „Norm" der Oberbegriff und der „einfache Rechtssatz" eine „Doppelnorm" ist (Logik u. Rechtswissenschaft, 1922 S. 68, 91; Kriterien des Rechts, 1924 S. 70). L. Waldecker, Allg. Staatslehre, 1926 S. 194 ff. erklärt den „Rechtssatz" für eine „ausgesprochen technische Hilfskonstruktion", während die Norm eine „Rechtsaussage" sei.

[61]) Damit soll beileibe nicht gesagt werden, daß der Ausdruck „Rechtsnorm" bisher nur eindeutig verwendet worden sei. Die Zitate in Anm. 60 zeigen das Gegenteil. Aber für einen Ausdruck muß man sich entscheiden.

suchung bisher dem Schrifttum der Rechtswissenschaft wie dem der Rechtsphilosophie fremd.

Natürlich haben die Entscheidungen sich nicht etwa der Beobachtung entzogen. Aber man hat entweder nicht ihre Wesensverschiedenheit gegenüber den Rechtsnormen erkannt oder nicht die Bedeutung dieser Verschiedenheit.

Schon früher ist die Auffassung vertreten worden, hat aber in neuerer Zeit an Verbreitung gewonnen, daß auch die Entscheidungen Rechtsnormen seien.[62]) Von Radbruch[63]) und Somló[64]), von G. Husserl[65]), namentlich aber von Kelsen[66]) und seiner Schule wird die völlige Wesensgleichheit von beiden vertreten. Auf dieser Auffassung beruht die von Merkl[67]) begründete und von Kelsen[68]) als wesentlicher Bestandteil seines Systems aufgenommene Stufentheorie, wonach Verfassung, Gesetze, Verordnungen, Richtersprüche und Verwaltungsakte nur Rechtsnormen verschiedener Stufen darstellen.

Auch ein so entschiedener Gegner Kelsens wie Hermann Heller[69]) hält daran fest, daß die Entscheidungen Rechts-

[62]) Schon Unger (Grünhuts Zeitsch. **31** 110) hat die Entscheidung als „individuelle" Rechtsnorm dem Gesetz als der „allgemeinen" Rechtsnorm gegenübergestellt; ein Satz, den Géza Kiss (Jherings Jahrb. **58** 467) wiederholt.

[63]) Grundzüge d. Rechtsphilosophie, 1914 S. 174.

[64]) Jur. Grundlehre S. 65.

[65]) Rechtskraft u. Rechtsgeltung, 1925 S. 5, 17 ff.

[66]) Allgem. Staatslehre (1925) S. 233; Idee des Naturrechtes, Zsch. f. öff. R. **7** (1928) 238.

[67]) Das Recht im Spiegel seiner Auslegung, Deutsche Richter-Zeitung, 1917 S. 162 ff., 394 ff. (auch als S.A. unter dem Titel: Das Recht i. Lichte seiner Anwendung, 1917). Der Gedanke ist übrigens schon älter; vgl. die Bezeichnung der richterlichen Entscheidungen als „Rechtssätze minderen Grades" bei Regelsberger, Pandekten S. 88; ferner Gmür, Die Anwendung des Rechts (1908) S. 71 ff.; Géza Kiss, Gesetzesauslegung in Jherings Jahrb. **58** (1911) 458 ff.

[68]) Rechtswissenschaft u. Recht (1922) S. 116 ff.; Vorrede z. 2. A. der Hauptprobleme (1923) S. XV; Idee des Naturrechtes, Zsch. f. öff. R. **7** (1928) 233.

[69]) Begriff des Gesetzes usw., Veröff. d. Vereinigung d. deutsch. Staatsrechtslehrer **4** (1928) 116 ff.

normen seien, von denen eben die einen aus den anderen durch Ableitung, nämlich durch „Individualisierung", gewonnen würden.

Die ältere Auffassung, die von der Verschiedenheit zwischen Rechtsnorm und Entscheidung ausging, hat dagegen die wahre Bedeutung der Entscheidung nicht gesehen; die letztere wurde ganz allgemein lediglich als „Anwendung" der Norm, als aus ihr logisch abgeleitet betrachtet. Das gilt sogar für Oskar Bülow[70]), der zuerst auf die Bedeutung der Entscheidung hingewiesen hat, und nicht minder für die Schriften der Freirechtsbewegung, die grundsätzlich an der Lehre von der Entstehung der Entscheidung aus einer Norm festhalten und daher den § 1 des Schweiz. ZGB. als Ideal betrachten; nur für Lücken des Gesetzes fordern sie Freiheit des Richters.[71])

In ganz anderem Sinne, als sie hier vertreten wird, erscheint die Unterscheidung zwischen „Norm" und „Entscheidung" bei Carl Schmitt: er nennt den Willensakt der Normsetzung „Entscheidung" und redet daher von abstrakten Entscheidungen, wie davon, daß jede Ordnung, auch die Rechtsordnung auf einer Entscheidung beruhe.[72])

---

[70]) Gesetz und Richteramt, 1885; auch hier wird grundsätzlich an der Abhängigkeit der Entscheidung von der Norm festgehalten. So auch in seinen späteren gegen die sog. Freirechtsschule gerichteten Ausführungen.

[71]) Vgl. z. B. Ehrlich, Freie Rechtsfindung u. freie Rechtswissenschaft, 1903 S. 1 ff.

[72]) Vgl. Politische Theologie, 1922 S. 11: „Jede Ordnung beruht auf einer Entscheidung.... Auch die Rechtsordnung, wie jede Ordnung, beruht auf einer Entscheidung und nicht auf einer Norm." S. 13: „Im Ausnahmefall suspendiert der Staat das Recht . . . Die zwei Elemente des Begriffes „Rechts-Ordnung" treten hier einander gegenüber und beweisen ihre begriffliche Selbständigkeit. So wie im Normalfall das selbständige Moment der Entscheidung auf ein Minimum zurückgedrängt werden kann, wird im Ausnahmefall die Norm vernichtet." Ebenso später S. 30: „Eine solche Entscheidung im weitesten Sinne gehört zu jeder rechtlichen Perzeption. Denn jeder Rechtsgedanke überführt die niemals in ihrer Reinheit Wirklichkeit werdende Rechtsidee in einen anderen Aggregatzustand und fügt ein Moment hinzu, das sich weder aus dem Inhalt der Rechts-

Daher spricht er von der Konstituierung der Staatsverfassung als einer Entscheidung.[73])

Der Grund, weshalb die Wesensgleichheit von genereller Regelung im voraus und individueller nachträglicher Regelung, trotz aller Verschiedenheiten, behauptet wird, und weshalb die Entscheidung, entgegen aller Erfahrung, als aus der Norm durch logische Ableitung erzeugbar angesehen wird, ist die Vorherrschaft des rein rationalen Denkens.[74])

Unter rationalem Denken wird hier dasjenige verstanden, das mit Begriffen und logischen Ableitungen arbeitet. Es umfaßt also die Kantischen drei „Fähigkeiten des Gemüts": Verstand, Vernunft und Urteilskraft. Es wird vielfach auch unter dem Namen des „Intellekts" zusammengefaßt.

Den Gegensatz bildet das irrationale (alogische, emotionale) Denken, das also auf Gefühl und Willen (Strebungen, Wollungen) beruht.

Im folgenden soll der Begriff „Verstand", der von den verschiedenen Philosophen in verschiedener Bedeutung benutzt wird, als gleichbedeutend mit „rationalem Denken" verwendet werden, also in einem weiteren als dem Kantischen Sinne, um einen handlichen deutschen Ausdruck neben dem Fremdwort „Intellekt" zur Verfügung zu haben.[75])

In der Rechtswissenschaft führt, wie in jeder Wissen-

---

idee noch, bei der Anwendung irgendeiner generellen, positiven Rechtsnorm, aus deren Inhalt entnehmen läßt. Jede konkrete juristische Entscheidung enthält ein Moment inhaltlicher Indifferenz, weil der juristische Schluß nicht bis zum letzten Rest aus seinen Prämissen ableitbar ist, und der Umstand, daß eine Entscheidung notwendig ist, ein selbständiges determinierendes Moment bleibt. Dabei handelt es sich nicht um die kausale und psychologische Entstehung einer solchen Entscheidung, obwohl auch hierfür die abstrakte Entscheidung als solche von Bedeutung ist, sondern um die Bestimmung des rechtlichen Wertes." Ebenso Verfassungslehre 1928 S. 22.

[73]) Verfassungslehre 1928, S. 23 ff. (u. passim).

[74]) Vgl. Müller-Freienfels, Irrationalismus, 1922 S. 5 ff.

[75]) Was hier „Verstand" genannt wird, deckt sich im wesentlichen mit dem, was Schopenhauer (Vierf. Wurzel des Satzes v. zureich. Grunde, Ausg. Deussen, 3 160, 179, 211) „Vernunft" nennt.

schaft, das rationale Denken die Herrschaft. Das ist selbstverständlich kein Vorwurf, sondern nur eine Feststellung.

Jede Wissenschaft erfordert als solche systematisches Denken, und systematisches Denken ist nur als rationales Denken möglich. Da diesem rationalen Denken nur die Rechtsnormen, nicht aber die Entscheidungen vollkommen zugänglich sind, wie später noch eingehender zu zeigen sein wird, so erklärt sich schon hieraus die fast ausschließliche Einstellung der Rechtswissenschaft und der Rechtsphilosophie[76]) auf die Rechtsnormen[77]) ebenso, wie das neuere Bestreben, auch die Entscheidungen als Rechtsnormen auffassen zu können.[78])

11.

Die Folge des Mangels einer scharfen Unterscheidung zwischen „Rechtsnormen" und „Entscheidungen" ist eine völlige Unsicherheit, Zwiespältigkeit und daher — man kann beinahe sagen — Wertlosigkeit des Rechtsbegriffs.

Stammler ist auf diese Weise zu der Scheidung von richtigem und unrichtigem Recht gelangt, und damit zu dem Begriff des unrichtigen Rechts. Unrichtiges Recht bedeutet,

---

[76]) Vgl. die Äußerung von H. Maier, Psychol. d. emot. Denkens, 1908 S. 22: Die Untersuchung der logischen Natur der Rechtssätze eröffne auch einen Einblick in alle Erscheinungen, die man als Äußerungen des Rechtsgefühls und Rechtsbewußtseins bezeichne.

[77]) Es ist charakteristisch, daß z. B. Max Rümelin die Besprechung von Entscheidungen, wie sie namentlich von Ernst Fuchs in seinen verschiedenen Schriften vorgenommen worden ist, als für die Erkenntnis der Grundlagen des Rechts wertlos mit einer kurzen abfälligen Bemerkung beiseiteschiebt („Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein", 1925 S. 37 Anm. 2).

[78]) Das schließt nicht aus, daß nicht auch andere Gründe mitspielen; z. B. ist für die Stellungnahme von Heller (in seinem oben S. 32 Anm. 69 angeführten Bericht) sicher das Bestreben mitbestimmend gewesen, einen einheitlichen Begriff des Gesetzes aufstellen und verteidigen zu können.

daß im gegebenen Falle die „Anwendung" der Norm auf den Einzelfall nicht die für den Einzelfall richtige Regelung, d. h. daß für diesen Einzelfall die Norm kein Recht ergebe.

Aus dieser Erkenntnis zieht Stammler aber nicht die Folgerung, daß die Norm dann eben noch nicht das Recht sei, sondern die, daß positives Recht und richtiges Recht verschiedene Sachverhalte seien.[79])

Damit deckt der Rechtsbegriff bei Stammler zwei verschiedene Begriffe: richtiges Recht und positives Recht, von denen nur das letztere Geltung beanspruchen könne.[80])

Diese Zwiespältigkeit des Wortes „Recht" ist auch außerhalb des Stammlerschen Gedankenkreises zu finden. So unterscheidet der Relativismus Radbruchs zwischen dem richtigen Recht, das den Willen des einzelnen durch Normen, und dem positiven Recht, das ihn durch Imperative bestimme. Das richtige Recht gehöre, wie die Sittlichkeit, dem Reich der Werte an, das positive Recht dem Reich der Kultur.[81]) Um die Verwirrung zu vergrößern, erklärt er, daß die Positivität zum Begriff des richtigen Rechts gehöre.[82])

Anders wirkt sich der Mangel der Unterscheidung zwischen Norm und Entscheidung bei einer Reihe von Schriftstellern aus, die zwischen „Recht" und „wirklichem" Recht („Rechtswirklichkeit") unterscheiden. Recht ist ihnen die geschriebene, Rechtswirklichkeit die angewandte Rechtsnorm.[83])

---

[79]) Die Lehre vom richtigen Recht, 1902 S. 69.

[80]) A. a. O. S. 104, 313.

[81]) Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914 S. 61, 62.

[82]) A. a. O. S. 172.

[83]) Hierher gehören Karl Geiler, „Die wirtschaftsrechtliche Methode im Gesellschaftsrecht", Gruchot **68** (1927) 593 ff.; „Grundsätzliches zur Aktienrechtsreform", Jur. Woch. 1927 S. 1069 (Einl. aus seinem Bericht f. d. Enquête-Ausschuß: „Wirtsch. Strukturwandlungen u. die Reform des Aktienrechts"), Berichte 1. Teil 1928 S. 52, auch als selbständige Schrift, Berlin 1927, erschienen. Ferner Felix Holldack, Recht und Rechtswirklichkeit, Logos **16** (1927) S. 1 ff.; Wilhelm Sauer, Die Wirklichkeit des Rechts, im Arch. f. Rechts- u. WirtschPhil. **22** (1928) S. 1 ff., 36 ff.; Hans Fehr, Recht u. Wirklichkeit, 1928 S. 50.

Den Unterschied zwischen beiden drückt Geiler dahin aus: die geschriebene Rechtsnorm sei die Form, die auf den soziologisch vorgeformten Rechtsstoff angewendet werde; aus dieser Synthese zwischen Form und Stoff entstehe die Rechtswirklichkeit. Insoweit sie sich nicht mit der Form decke, entstehe eine „Spannung" zwischen dem geschriebenen Recht und dem wirklichen Recht.

Auch wenn diese Formulierung des Unterschiedes als eines solchen zwischen reiner Form und stofferfüllter Form zutreffend wäre, so ergäbe sich schon die Wesensverschiedenheit der beiden mit dem einheitlichen Namen „Recht" belegten Begriffe. Aber das Verhältnis zwischen Norm und Entscheidung ist ein anderes, das nichts mit dem Verhältnis von reiner Form und gestaltetem Stoff zu tun hat. Norm wie Entscheidung wollen gleichermaßen einen Rechtsstoff gestalten (wenn man einmal dieses Bild beibehalten will, obwohl es eine falsche Vorstellung erweckt), die Norm aber, da sie es im voraus tun muß, in unvollkommener Weise — nämlich an einem bewußt unvollkommenen Tatbestand — und mittels anderer Denktätigkeit.

Auch die rechtsphilosophischen Gedankengänge, die sich in den Entscheidungsgründen einzelner neuerer Urteile des Reichsgerichts finden, zeigen eine Zwiespältigkeit des Rechtsbegriffs, die letzten Endes auf den Mangel einer klaren Unterscheidung zwischen Rechtsnorm und Entscheidung zurückzuführen ist.

In mehreren Urteilen[84]) werden Normen des Wettbewerbsgesetzes als „Recht höherer Ordnung" gegenüber den Normen des Warenzeichengesetzes bezeichnet, durch welches die letzteren außer Kraft gesetzt würden. Daß das Warenzeichenrecht nur einen Teil des Wettbewerbsrechts bildet, ist heute die allgemeine Auffassung. Wenn aber das letztere gegenüber dem ersteren ein „Recht höherer Ordnung" genannt wird, so ist das etwas anderes. Daß eine

---

[84]) Vgl. z. B. die Urt. v. 19. 6. 25, RGZ. **111** 197 und v. 14. 12. 26, GRUR. **32** 124.

Gattung von Normen gegenüber einer anderen verschiedenen Rang haben kann, ist bekannt.

Die Normen der Verfassung sind nach der herrschenden Auffassung mit höherer Geltung ausgestattet als die der anderen Reichsgesetze, die Reichsgesetze gehen (gemäß Art. 13 der RVerfassung) den Landesgesetzen vor — aber daß innerhalb der Normen der Reichsgesetze ein Recht höherer und ein Recht niederer Ordnung angenommen wird, bringt in den Begriff des Rechts eine Doppeldeutigkeit hinein, die ihm seine Klarheit nimmt.

Auf diese Urteile des Reichsgerichts wird übrigens später in anderem Zusammenhang (5. Kap. 2. Abschn.) noch zurückzukommen sein.

2. Kapitel.

Die Entstehung der Entscheidung.

1. Abschnitt.

Grundlegende Erörterungen.

1. Die rein rationale Betrachtung.

Die Entscheidung ist, wie bereits oben (S. 32) ausgeführt worden ist, auch schon bisher sowohl von der Rechtsphilosophie wie von der Rechtswissenschaft zum Gegenstand der Betrachtung gemacht worden. Aber man ist nicht zur Erfassung ihrer wahren Bedeutung und ihres Wesens gelangt. Meist wurde sie gegenüber der Rechtsnorm in den Hintergrund geschoben, indem sie als von ihr abgeleitet betrachtet wurde, oder sie wurde selbst als Norm aufgefaßt und dadurch ihre wesentliche Verschiedenheit und ihre Eigenart gegenüber der Norm übersehen.

Der Grund für diese Verkennung des Wesens der Entscheidung und ihrer Bedeutung ist die rein rationale (intellektuale) Betrachtungsweise des Rechtslebens. Auch in der Rechtsphilosophie hat, wie in der Philosophie überhaupt[1]), bis heute die Vorherrschaft, und zeitweise sogar die Alleinherrschaft, des Verstandes gedauert.

Diese Vorherrschaft des Intellekts, die noch aus der Zeit

[1]) Vgl. Rich. Müller-Freienfels, Irrationalismus, 1922 S. 1 ff.

des rationalen Naturrechts stammt, hat ihre bisher noch kaum erschütterte philosophische Grundlage in der kritischen Philosophie. Wie Kant den Verstand auf dem Gebiet der theoretischen Philosophie als den Schöpfer der „Natur" betrachtet, der in das „Chaos" der sinnlichen Empfindungen erst eine gesetzmäßige Ordnung bringt und so „der Natur ihre Gesetze vorschreibt", so betrachtet er entsprechend auf dem Gebiet der praktischen Philosophie die „praktische Vernunft" als die geistige Macht, die in das „Chaos" der Neigungen und Triebe eine gesetzmäßige Ordnung bringt[2]).

Die rein intellektuale Einstellung findet sich übrigens ebenso in dem absoluten Idealismus Hegels mit seiner Betonung der objektiven Vernunft.[3])

Die Rechtsphilosophie steht heute vorwiegend unter dem Einfluß der verschiedenen Richtungen der neukantischen Philosophie wie des Neu-Hegelianismus, die alle in der rationalen Grundhaltung übereinstimmen. So beherrscht denn heute die rein intellektuale Einstellung die Betrachtung des Rechts und damit die Betrachtung der Entscheidung.

Das Wesen der Entscheidung läßt sich aber nicht rational erfassen; sie entsteht nicht auf dem Wege rein logischen Denkens und enthält wesentlich irrationale (alogische) Elemente.

Die Entscheidung ist ein Erlebnis des menschlichen Bewußtseins. Erst die phänomenologische Philosophie hat sich darauf besonnen, daß eine philosophische Betrachtung der Bewußtseinserlebnisse mit ihrer unbefangenen „Anschauung" beginnen müsse — wobei „Anschauung" nicht mit bildhafter Anschauung zu identifizieren ist, sondern die Unmittelbarkeit im Gegebensein ihres Gegenstandes be-

---

[2]) Vgl. Max Scheler, Formalismus i. d. Ethik, 3. A. 1927 S. 37 ff., 62, 69; Nikolai Hartmann, Ethik (1926) S. 100 ff.

[3]) Hegel, Philos. d. Rechts, Ausg. Lasson, 2. A. S. 14: „Was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, ist vernünftig." Vgl. Aug. Faust, Heinrich Rickert u. seine Stellung innerh. d. deutschen Philosophie 1927, S. 14 ff.

deutet.[4]) Daß also ihre Grundlage nicht eine kritische Einstellung, sondern eine deskriptive Tatsachenwahrnehmung — „Tatsachen" im weitesten Sinne genommen — sein müsse.

Für die Naturwissenschaften ist dieser Satz schon lange selbstverständlich. Für die Wissenschaften der menschlichen Bewußtseinserlebnisse und insbesondere für die Wissenschaft vom Recht ist er es noch nicht.

Zwar hat man für die äußeren Vorgänge des Rechtslebens schon lange als Grundlage die Beobachtung der einfachen Tatsachen gefordert[5]). Aber nicht einmal hier, wo die Gegebenheiten verhältnismäßig leicht erfaßbar sind, ist diese Methode allgemein durchgedrungen.

Für die inneren Vorgänge des Rechtslebens, die Sphäre der Bewußtseinserlebnisse, sind dagegen kaum Anfänge gemacht.

Neben der inneren „Anschauung" kommt als Mittel der Erkenntnis auch das „Verstehen" in Betracht[6]), das „verstehende" Beschreiben. Der Anspruch der rationalen Philosophie, daß alle Erkenntnis lediglich durch den Verstand vermittelt werden könne, kann nicht entschieden genug zurückgewiesen werden.

Die Aufgabe, die hier vorliegt, darf nicht mit psychologischen Problemen verwechselt und damit der Psychologie zugewiesen werden, die es mit empirischen, der Beobachtung und dem Experiment zugänglichen Erlebnissen und Erlebniszuständlichkeiten des Bewußtseins zu tun hat, aber nicht ermitteln kann, was im Fühlen, im Wollen sich an Ideengehalten, an Wertgehalten usw. uns erschließt; der Bereich der Psychologie wird durch die

---

[4]) Vgl. E. Husserl, Ideen zu einer reinen Phänomenologie u. phänomenologischen Philosophie, 3. A. 1928 S. 36.

[5]) In Deutschland A. Nussbaum, Rechtstatsachenforschung, 1914; in Frankreich Fr. Geny, Science et technique en droit privé positif, 2. Teil: Élaboration scientifique du droit positif, 1915.

[6]) Vgl. Max Scheler, Wesen und Formen der Sympathie, 1923 S. 258; Th. Litt, Individuum u. Gemeinschaft, 3. A. 1926 S. 184 ff. Vgl. dazu auch H. Rickert, Grenzen d. naturwiss. Begriffsbildung, 3. A. (1921) S. 424 ff.

Grenzen des vital gebundenen Seelenlebens bestimmt, außerhalb deren das Reich des geistig-noetischen Seins liegt[7]).

Neben dem Reich des Physischen, sinnlich Wahrnehmbaren, und dem Reich des Psychischen gibt es noch ein drittes Reich, das Reich der Bedeutungen, der Werte[8]).

Für die Erschließung dieses Reiches ist die Methode der Erkenntnis des Psychischen, der psychischen Vorgänge nicht ausreichend und nicht adäquat. Hier kann nur die Forschungsmethode der Phänomenologie[9]) wirklich fruchtbare Ergebnisse liefern.

---

[7]) Vgl. E. Husserl, Ideen usw. S. 3, 104, 116, 267; M. Scheler, Formalismus usw. S. 59, 61, 64, 164, 204, 260, 267, 402 ff., 450; M. Scheler, Wesen u. Formen der Sympathie, 1923 S. 253 ff.; Th. Litt, Individuum u. Gem. S. 3. Daß die Psychologie dies nicht zugeben will, ist leicht begreiflich; vgl. Th. Elsenhans, Psychologie, 1920 S. 52 ff.

[8]) Vgl. H. Rickert, Allg. Grundlegung der Philosophie, 1921 S. 101 ff., 200 ff., Grenzen der naturwiss. Begriffsbildung, 3. u. 4. A. 1921 S. 95 ff., 404 ff.; Gegenst. d. Erkenntn. 6. A. 1928 S. 202 ff.; E. Lask, Rechtsphilosophie, Ges. Schr. 1. Bd. 1923 S. 318 ff.; A. Reinach, Die aprior. Grundlagen des bürg. Rechts, Jahrb. f. Phil. u. phänom. Forschung, Bd. 1 (1913) S. 691 (auch als S.A. erschienen, 2. A. 1922).

[9]) Der Ausdruck „Phänomenologie" ist von E. Husserl in neuer Bedeutung geprägt worden. Er hat weder etwas mit der hergebrachten Bedeutung einer Lehre von den Erscheinungen noch auch etwas mit dem Begriff der deutschen idealistischen Philosophie zu tun, wie er von Kant („Phänomenon" im Gegensatz zu „Noumenon") und Hegel („Ph. des Geistes") verwendet worden ist.

Die Phänomenologie im Sinne von E. Husserl ist von ihm eingehend in seinen „Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie" entwickelt worden, die zuerst im 1. Bande des von Husserl begründeten „Jahrbuchs f. Philosophie und phänomenologische Forschung" 1913 erschienen sind (Sonderabdr. 3. A. 1928). Ihr Ziel geht auf eine Erkenntnis des „Wesens" der Bewußtseinserlebnisse, sie ist keine Weltanschauung, sondern eine Methode, und diese Methode beruht auf unmittelbarer innerer „Anschauung" aller Bewußtseinsinhalte, sie geht also nicht kritisch, sondern rein deskriptiv vor.

Die phänomenologische Methode ist von Max Scheler und Nikolai Hartmann für die Gewinnung einer materialen Wertethik (Scheler, Der Formalismus in der Ethik und die materiale

In einzelnen Arbeiten ist bereits der verdienstliche Versuch gemacht worden, die Methode der phänomenologischen Forschung auch für das Recht fruchtbar zu machen.

Als erster hat dies Adolf Reinach getan, indem er[9a]) den Versuch gemacht hat, mit den Mitteln dieser Methode eine „apriorische Rechtslehre" aufzubauen. Er versucht den Nachweis, daß alle spezifisch rechtlichen Gebilde, insbesondere Rechtsinstitutionen und rechtliche Begriffe, „ein Sein besitzen, so gut wie Zahlen, Bäume oder Häuser; daß dieses Sein unabhängig davon ist, ob es Menschen erfassen oder nicht, daß es insbesondere unabhängig ist von allem positiven Rechte".[10]) — Nach seiner Lehre findet das positive Recht alle rechtlichen Begriffe bereits vor, es erzeugt sie nicht, sie sind apriorisch, also zeitlos, wie die Zahlen; das positive Recht kann sie übernehmen, es kann von ihnen abweichen; ihr „Sein" wird dadurch nicht berührt[11]).

Für diese zeitlosen Institutionen und Rechtsbegriffe „gelten ewige Gesetze, welche unabhängig sind von unserem Erfassen, genau so wie die Gesetze der Mathematik"[12]).

Diese Gesetze kann nach seiner Lehre das positive Recht übernehmen oder von ihnen abweichen; ihre Geltung wird dadurch nicht beeinflußt.

Diese Gesetze kann man nach der Lehre von Reinach „erschauen", sie sind unmittelbar „einsichtig", sobald man sich das „Wesen" der rechtlichen Gebilde zur Anschauung gebracht und damit auch ihre Wesenszusammenhänge evident einsichtig gemacht hat[13]).

Der Unterschied der reinen Rechtslehre gegenüber dem Naturrecht soll darin liegen, daß es sich bei ihren Sätzen um

---

Wertethik", zuerst erschienen im Jahrb. f. Philos. Bd. **1** (1913) 405 ff., Bd. **2** (1916) 21 ff., Sonder-Abdr. 3. A. 1927; Hartmann, Ethik, 1926) und von Theodor Litt für die Erschließung soziologischer Erkenntnisse (Individuum u. Gemeinschaft, 3. A. 1926) angewandt worden. Ihre große Bedeutung für die Behandlung von Fragen des Rechtslebens wird sich aus den Ausführungen des Textes ergeben.

[9a]) In der in Anm. 8 genannten Schrift.

[10]) A. a. O. S. 688.

[11]) S. 689.

[12]) A. a. O. S. 690.

[13]) A. a. O. S. 694, 802, 839.

Urteile über Seinstatsachen, Gegebenheiten handelt, die also das Prädikat „wahr" oder „falsch" verdienen[14]), während es sich bei den Sätzen des Naturrechts um „Bestimmungen", also um Sollenssätze handelt, welche ein zu verwirklichendes oder schon als wirklich vorgestelltes ideales Recht darstellen.

Beispiele für solche apriorischen „Gesetze" gibt Reinach für verschiedene Rechtsbegriffe und Institutionen, den Befehl, das Versprechen, das Eigentum, die Stellvertretung. Der Befehl „bringt sofort eine Verbindlichkeit hervor"[15]), ebenso „gründet" es im Wesen des Versprechens, Ansprüche und Verbindlichkeiten zu erzeugen, ohne daß es einer Annahme bedarf[16]): das Versprechen als solches erzeugt sie, gleichgültig von wem es ausgeht, „ob es Engel, Teufel oder Götter sind, welche einander versprechen"[17]). Im Wesen des Anspruchs „gründet" das „Gesetz", daß er nicht übertragen werden kann[18]), im Wesen des Eigentums gründet „wesensgesetzlich" das Recht, in jeder Weise mit der Sache zu verfahren[19]). Alle diese „Gesetze" kann man nur „einsichtig machen", nicht „erklären", so wenig man erklären kann, weshalb $1 \times 1 = 1$ ist[20]).

Es ist begreiflich, daß Binder[21]) von diesen Ausführungen gesagt hat, jeder Jurist, der sie zum erstenmal lese, fasse sich unwillkürlich an den Kopf.

Sie haben bisher überall, auch bei Phänomenologen selber, nur Ablehnung gefunden[22]).

Mit Recht. Die Ergebnisse von Reinach sind völlig

---

[14]) S. 803.
[15]) S. 712.
[16]) S. 715 ff., 719 ff.
[17]) S. 741.
[18]) S. 772.
[19]) S. 766.
[20]) S. 741.
[21]) Philosophie des Rechts, 1925 S. 152.
[22]) Binder a. a. O. S. 149 ff.; Jul. Kraft, Die wiss. Bedeutung der phänom. Rechtsphil., Kant-Studien **31** (1926) 286 ff.; Dobretsberger, Die Begriffsbest. d. Rechts i. d. phänom. Rechtsphil., Zsch. f. öff. R. **6** (1927) 246 ff.; Ph. Heck, Arch. f. ziv. Prax. N. F. **2** (1924) 193; F. Kaufmann, Kriterien des Rechts (1924) S. 68, 103, 125; G. Husserl, Rechtskraft u. Rechtsgeltung (1925), Vorwort S. VII.

unannehmbar. Es kann keine Rede davon sein, daß man „Gesetze" für rechtliche Gebilde, d. h. also Rechtsnormen, „erschauen" könne. Reinach selbst macht auch gar keinen Versuch, darzulegen, weshalb die von ihm „erschauten" Sätze Rechtsnormen sein sollen. Dazu gehörte der Nachweis, daß sie an der Rechtsidee orientiert sind, anders ausgedrückt, daß sie auf dem Rechtsgefühl beruhen. Das „Rechtsgefühl" wird erst ganz zum Schluß der Reinachschen Arbeit (S. 837) einmal erwähnt, und zwar ablehnend; er meint, Menschen mit feinem Rechtsgefühl seien der Erfahrung nach nicht besonders gute Juristen, und: viel wichtiger als das Gefühl für das Gerechte sei das Gefühl für das rechtlich Relevante, nämlich die Einsicht in die „wesensgesetzlichen Zusammenhänge".

Trotzdem ist der Grundgedanke von Reinach richtig; der Gedanke, daß die phänomenologische Methode für die Bewußtseinserlebnisse, aus denen die rechtliche Ordnung des Gemeinschaftslebens hervorgeht, fruchtbar gemacht werden müsse.

Aber sein Irrtum war, daß Rechtsbegriffe apriorische Gegebenheiten seien, deren „Wesen" und wesensgesetzliche Zusammenhänge „erschaut" werden könnten. Geht er doch so weit, zu sagen, der Unterschied zwischen „Befehl" und „Versprechen" lasse sich nur „erschauen", nicht „definieren"[23]).

Rechtsbegriffe sind nicht ein Apriori, sondern von Entscheidungen abgeleitet, ebenso wie mittels ihrer wieder die Normen von den Entscheidungen abgeleitet sind. Aus Rechtsbegriffen lassen sich keine Normen ableiten.

Bei den Institutionen, wie z. B. dem Eigentum, liegt die Sache zwar etwas anders. Sie sind Gegebenheiten, aber empirische, keine apriorischen.[24]) Auch aus ihnen aber lassen

[23]) A. a. O. S. 760.

[24]) Mit Recht hat G. Husserl (a. a. O. S. VII) darauf hingewiesen, daß Reinach ein viel zu geringes Material verarbeitet habe, nämlich nur deutsches Recht; hätte er auch andere, namentlich exotische und primitive Rechte herangezogen, so würde er gesehen haben, daß hier von einem übereinstimmenden „Wesen" nicht viel zu finden gewesen wäre.

sich regelmäßig — wenigstens für das Verkehrsrecht — keine Rechtsnormen unmittelbar ableiten, worauf später (Vorbem. z. 3. Abschn. des 2. Kap.) noch einzugehen ist.

Kurz zusammengefaßt: die Wesenslehre der Phänomenologie hat für das Recht und seine Erkenntnis keine Bedeutung[25]).

Um so größer ist aber die Bedeutung der phänomenologischen Methode der unmittelbaren „Anschauung" und des „Verstehens" für die Erkenntnis der Bewußtseinserlebnisse, aus denen und auf denen das Recht sich aufbaut, wie aus den späteren Ausführungen deutlich werden wird.

Nach Reinach haben zwei Schüler Kelsens, Felix Kaufmann[26]) und Fritz Schreier[27]), es unternommen, die Behandlung rechtlicher Probleme auf der Grundlage der phänomenologischen Philosophie durchzuführen. Bei beiden ist die Grundauffassung die der formalen (normlogischen) Rechtslehre von Kelsen, mit der sie die Wesenslehre von Husserl zu verbinden suchen. Indessen zeigen diese Arbeiten, daß sich die auf materiale Einsichten gerichteten phänomenologischen Analysen nicht mit der rein formalen Rechtslehre Kelsens vereinigen lassen[28]). Dazu kommt, daß auch bei ihnen die Normen und nicht die

---

[25]) Darauf hat E. Husserl selbst im Grunde schon hingewiesen; vgl. Ideen usw. § 56 S. 108. Durch die „phänomenologische Reduktion" wird u. a. auch das Recht ausgeschaltet.

[26]) Logik u. Rechtswissenschaft (1922) und: Die Kriterien des Rechts (1924).

[27]) Grundbegriffe u. Grundformen des Rechts. Entwurf einer phänomenologisch begründeten formalen Rechts- und Staatslehre (Wiener Staatswiss. Studien, N. F. 4. Bd.), 1924.

[28]) Vgl. J. Binder, Philos. des Rechts, 1925 S. 164; Ph. Heck, Arch. f. ziv. Prax. N. F. 2 (1924) 191; G. A. Walz, Kritik der phänom. reinen Rechtslehre Felix Kaufmanns, 1928; Radbruch, Jur. Woch. 1924 S. 1339. Sehr zutreffend hat ein anderer Schüler Kelsens, Josef L. Kunz, die erstgenannte Schrift von F. Kaufmann als „einen Überguß Kelsenscher Forschungen mit Gedanken und der Terminologie Husserl's" bezeichnet (Völkerrechtswissenschaft u. reine Rechtslehre, Wiener Staatswiss. Studien, N. F. 3. Bd., 1923 S. 67).

Entscheidungen im Vordergrund des Interesses stehen. So haben diese Arbeiten die große Bedeutung der Phänomenologie für die Rechtserkenntnis nicht erweisen können.

Hier ist ferner noch die Schrift von Gerhart Husserl über „Rechtskraft und Rechtsgeltung" (1925) zu nennen, welche neben rein dogmatischen Ausführungen auch phänomenologische Analysen der der Rechtsgeltung zugrunde liegenden Akte enthält; sie treten jedoch im Rahmen des Ganzen zurück.

Dagegen haben die letzten Arbeiten von H. Heller und Rudolf Smend[29]) die Bedeutung der phänomenologischen Methode für die Behandlung rechtlicher Probleme in ein helles Licht gestellt.

2. Das „Sein" des Rechts.

Die Vorherrschaft des Intellekts („Verstandes") zeigt sich schon in der obersten Grundfrage, welche für die Erscheinungsformen des Rechtslebens — Entscheidungen, Normen, Institutionen — gestellt werden muß, nämlich der Frage nach der Art ihres „Seins".

Kant hat die Scheidung zwischen den Kategorien des „Seins" und des „Sollens" vorgenommen, um mittels ihrer die Naturbegriffe von den Freiheitsbegriffen, die theoretische Gesetzgebung durch den Verstand von der praktischen Gesetzgebung durch die Vernunft zu unterscheiden[30]).

Diese Unterscheidung ist sodann von Hermann Cohen zur Grundlage genommen worden, um mit ihr die Selbständig-

---

[29]) Hermann Heller, Souveränität, 1927; Rud. Smend, Verfassung u. Verfassungsrecht, 1928. Beide beruhen wesentlich auf den phänomenologischen Untersuchungen von Th. Litt über „Individuum und Gemeinschaft" (3. A. 1926).

[30]) Kritik der Urteilskraft, Ausg. Cassirer, 5 (1914) 239 ff.

keit der Ethik gegenüber der Naturwissenschaft zum Ausdruck zu bringen[31]). Bei dem engen Zusammenhang, in dem für ihn das Recht mit der Ethik steht[32]) — die Rechtswissenschaft bezeichnet er als die „Mathematik der Ethik"[33]) —, gilt diese Charakterisierung auch für das Recht. Aber die Unterscheidung ist für Cohen keine so absolute, daß er nicht auch dem „Sollen" ein „Sein" zuspräche[34]). Das Recht ist für ihn zwar kein System von Realitäten des Lebens, aber von Wertbedeutungen, die nicht bloße Begriffe, Abstraktionen sind.[35])

Seitdem ist das Gegensatzpaar von „Sein" und „Sollen" nicht mehr aus der Rechtsphilosophie verschwunden[36]).

Mit ganz besonderer Energie ist dieser Gegensatz von Hans Kelsen zum Fundament seiner „reinen Rechtslehre" gemacht worden.

Das „Sollen" ist hier nicht ein imperatives, sondern ein ideales Sollen, eine selbständige Weise der Gegebenheit von Inhalten, die sich von der Gegebenheitsweise des „Seins" unterscheidet.

Nach der Auffassung von Kelsen[37]), wie er sie ursprünglich vertreten hat, teilt sich die Welt als Gegenstand unserer Erkenntnis in zwei Reiche, „die kein Weg miteinander verbindet", das Reich des Seins und das Reich des Sollens, die Rechtsordnung komme als reale Tatsache des sozialen Lebens lediglich für eine soziologische, nicht aber für eine normative Betrachtung in Frage. Dagegen stehe das Recht als Normenkomplex im Reich des Sollens und nicht des Seins.

---

[31]) Ethik des reinen Willens, 3. A. (1921) S. 12, 22, 72.
[32]) A. a. O. S. 72 ff. [33]) A. a. O. S. 67.
[34]) A. a. O. S. 179.
[35]) Vgl. G. A. Wielikowski, Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie, 1914 S. 126.
[36]) Vgl. E. Mezger, Sein und Sollen im Recht, 1920.
[37]) Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (1911) S. 7 ff., 63 ff.; ferner: Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft in Schmollers Jahrbuch **40** (1916) 1181 ff.

Da dieser Standpunkt sich in seiner Schärfe[38]) gegenüber der Macht der realen Tatsachen auf die Dauer nicht aufrechterhalten ließ, so hat Kelsen nach einer Kompromißlösung gesucht. Auf der Münchener Tagung (1927) der deutschen Staatsrechtslehrer erklärte er[39]), daß das Wesen des Rechts allerdings ein Sollen bedeute, daß ihm aber bis zu einem gewissen Grade ein Seinszustand „entspreche", ohne daß man dies Verhältnis formulieren könne, da hier die logische Ausschließlichkeit der Begriffe des Sollens und des Seins im Wege stehe.

In seinen neuesten Veröffentlichungen über „die Idee des Naturrechts"[40]) erklärt er den Gegensatz von Sein und Sollen nur mehr für „relativ": das positive Recht erscheine, da es durch einen im Reich des Seins verlaufenden Akt (seitens des Gesetzgebers) gesetzt sei, zugleich als ein Sein, dem das Naturrecht als reines Sollen gegenüberstehe. Das Problem der Positivität bestehe gerade darin: daß das Recht zugleich als Sein und Sollen erscheine, obgleich sich beide Kategorien logisch ausschließen.

Diese Lösung erklärt — ganz abgesehen von ihrer psychologistischen Konstruktion — in keiner Weise, weshalb der durch den psychischen Akt des Gesetzgebers erzeugte Inhalt des positiven Rechts als ein Sein erscheint; der Erzeugungsakt wird mit dem erzeugten Inhalt ohne jede Begründung identifiziert.[41])

Diese ganze Auffassung, auch noch in ihrer abgeschwäch-

---

[38]) Wie er z. B. noch von dem Schüler Kelsens, Felix Kaufmann, in seiner Schrift „Die Kriterien des Rechts", 1921 S. 63, 73 vertreten wird.

[39]) Veröff. d. Vereinigung dtscher Staatsrechtslehrer, Heft 4 (1928) 172.

[40]) Zsch. f. öff. Recht 7 (1928) 229. Die gleichen Ausführungen finden sich in Kelsens gleichzeitig veröffentlichtem Vortrag „Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus" (Heft 31 der Philos. Vorträge der Kant-Gesellsch.) 1928.

[41]) Vgl. Kelsen, Phil. Grundlagen usw. S. 28 ff.

ten Formulierung, beruht auf einer Gleichsetzung von Sein und Realität.[42])

Demgegenüber muß mit aller Entschiedenheit betont werden, daß es außer dem realen Sein noch andere Arten des Seins gibt.

In dieser Beziehung ist folgendes zu sagen.

Zunächst ist das materielle Sein vom immateriellen zu unterscheiden. Ein materielles Sein ist ein sinnlich wahrnehmbares Sein, also das Sein sinnlich wahrnehmbarer Vorgänge und Gegenstände; ein immaterielles Sein ist ein sinnlich nicht wahrnehmbares Sein. So sind z. B. die Vorgänge der menschlichen Bewußtseinserlebnisse zwar wirklich (real), aber nicht materiell.

Die Kategorie des immateriellen Seins umfaßt wieder zwei verschiedene Gegebenheitsweisen des Seins: das reale und das irreale (ideale)[43]) Sein.

Alle Bewußtseinserlebnisse, welche Bewußtsein „von etwas", also auf einen „Gegenstand" gerichtet sind — der Sprachgebrauch der Phänomenologie[44]) nennt sie „intentional" — zerfallen in zwei korrelate Elemente: den Vorgang (Akt) des Erlebnisses und seinen „Sinn"[45]).

Der Erlebnisvorgang besitzt ein reales, sein „Sinn" ein ideales (irreales) Sein.[46])

---

[42]) Nikolai Hartmann, Ethik (1926) S. 137. Vgl. dazu auch H. Heller, Souveränität, 1927 S. 70 ff.; Hold-Ferneck, Der Staat als Übermensch (1926) S. 19.

[43]) Es wäre sprachlich eindeutiger, von „ideell" statt von „ideal" zu sprechen, weil der letztere Ausdruck noch auf ein Seinsollen hinweist. Indessen als Gegensatz zu „real" gebraucht, erscheint die Gefahr einer Unklarheit nicht sehr groß.

[44]) Husserl, Ideen S. 64, 167.

[45]) Husserl a. a. O. S. 174, 179 ff. nennt den ersteren „Noesis", „noetisch", den letzteren „Noema", „noematisch".

[46]) Husserl a. a. O. S. 76, 92, 201, 265.

Die südwestdeutsche Schule bezeichnet im Anschluß an Hermann Lotze das Sein von Sinngehalten und Werten als „Gelten". W. Windelband geht in seinem letzten Werke (Einl. i. die Philosophie, 1920) bei der Erörterung des Verhältnisses von „Sein" und „Geltung" sogar so weit, die „Geltung" als Realität zu bezeichnen (S. 213): „Je mehr man das Sein als empirische oder sinn-

Aber auch das ideale Sein ist ein wahrhaftes Sein. Es ist nicht etwa ein unselbständiger Teil des Erlebnisvorgangs, der mit dessen Ablauf wieder verschwinden müßte.

Das gilt für alle Arten idealer Gegenstände, z. B. die Zahlen. Die Zahl „drei" hat ein Sein, unabhängig davon, ob jemand sie denkt oder nicht[47]).

Für das Gebiet der „Rechtsgüter" hat der unbeirrbare

liche Wirklichkeit denkt, um so stärker tritt der Gegensatz zwischen Sein und Gelten heraus: auch ein psychisches Wirklichsein genügt für den Anspruch des logischen Geltungsbegriffs nicht. Anderseits aber bedeutet doch gerade die Unabhängigkeit des Geltens von allen psychischen Vorgängen, in denen es anerkannt wird, ein Maß von eigenem Bestande, für das wir kein besseres Wort haben als höchste Wirklichkeit oder Realität." Mit Recht hat Rickert, der ebenfalls neben den körperlichen und psychischen Realitäten ein „drittes Reich" von „irrealen Gebilden" annimmt, zu denen der „Sinn" von psychischen Vorgängen, sowie die „Werte" gehören, gegen diese Verwendung des Begriffes „Realität" Widerspruch erhoben (Allg. Grundlegung der Philosophie, 1921 S. 137). Er selbst vermeidet es, von einem irrealen (idealen) Sein dieser Sinngehalte oder Werte zu sprechen, sondern spricht von einem irrealen „Gelten" (Allgem. Grundlegung der Philos. S. 129, 132). Aber der Sache nach nimmt auch er da, wo er von „objektiver" Geltung spricht, ein irreales Sein an. Vgl. seine „Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung, 3. u. 4. A. 1921 S. 424 Anm. 1, 434, 442 ff. In seinem „Gegenstand der Erkenntnis", 6. A. 1928 S. 260 spricht er von einem „Gelten" der „Gebilde, die nicht existieren und trotzdem »Etwas« sind". Vgl. auch S. 349, 404, 434. Ein sachlicher Gegensatz gegenüber Husserl besteht jedoch gerade in diesem Punkte nicht; vgl. Rickerts Bemerkung „Gegenstand d. Erkenntnis" S. 270 Anm. 1.

Schärfer erscheint der Gegensatz von „Sein" und „Gelten" bei Lask, Rechtsphilosophie in Ges. Schriften 1 (1923) 312 ff., 318. Er unterscheidet das Recht im sozialen Sinne als „realen" Kulturfaktor, als „Kulturrealität", vom Recht im juristischen Sinne als Inbegriff von nur gedachten Bedeutungen, von Normen, die bloß „gelten", aber nicht „sind", als „Reich reiner Bedeutungen", die von ihren realen Trägern abzulösen sind. Vgl. zu diesem Gegensatz A. Liebert, Das Problem der Geltung, 1914 S. 6 ff.

Vgl. ferner Eduard Spranger, Lebensformen, 5. A. 1925 S. 80 ff.

[47]) Husserl, a. a. O. S. 42; Scheler, Formalismus S. 164.

Tatsachensinn von Kohler das schon vor langer Zeit gesehen.

Ein Kunstwerk (z. B. die Sixtinische Madonna) hat nicht nur ein materielles Sein. Ein solches hat nur seine Verkörperung. Aber in ihr erschöpft es sich nicht. Vielmehr ist diese nur eine — für sein „Wesen" zufällige — Materialisierung. Gegenstand der Schöpfung durch den Künstler ist nicht oder jedenfalls nicht allein sie, sondern das — wie Kohler[48]) es genannt hat — „imaginäre Bild", die imago des Kunstwerks; wie die Phänomenologie sagt: sein „Wesen"[49]).

Das „Wesen" des Kunstwerks kann in tausend Verkörperungen erscheinen, aber es ist nicht an deren Sein — das „materielle" Sein — geknüpft. Es hat als solches ein eigenes — „ideales" — Sein[50]) und lebt fort, auch wenn es zurzeit in keiner einzigen Verkörperung vorhanden wäre und zurzeit niemand es neu verkörpert und niemand an es denkt, es „erschaut".

Allerdings ist Voraussetzung dafür, daß der Inhalt, der „Sinn" des Bewußtseinserlebnisses „Ausdruck" erhalten hat.

Zunächst ist dieser Sinn dem Bewußtseinsvorgang immanent, Bestandteil des Vorganges. Damit, daß er Ausdruck erhält, wird er von dem intentionalen Erlebnis losgelöst und Gegenstand der intersubjektiven Mitteilung durch das Auge oder das Ohr. Aber er bleibt damit ein „idealer" Gegenstand, der nicht mit den Ausdrucksmitteln identifiziert werden darf.

Für fremde Bewußtseinserlebnisse ist er nicht immanent, sondern transzendent; er wird ihnen durch die Mitteilung „gegeben".

Das Gesagte gilt z. B. auch von Erfindungen. Auch die

---

[48]) Kohler, Das literarische u. artistische Kunstwerk, 1892 S. 33 ff., 36 ff.; vgl. dazu A. Elster, Urheber- u. Erfinder-usw.-Recht, 2. A. 1928 S. 49 ff.

[49]) Husserl a. a. O. S. 6 ff. Statt dessen gebraucht er auch: Eidos.

[50]) Ebenso Kohler a. a. O. S. 34.

Erfindung hat ihr „Wesen",[51]) das sich nicht in ihren Verkörperungen erschöpft, das ein „ideales" Sein hat, welches von dem materiellen Sein ihrer Verkörperung unabhängig ist und besteht, auch wenn niemand an die Erfindung denkt.

Das gleiche gilt für literarische, kurz, für alle geistigen Schöpfungen.

K o h l e r hat für dieses Gebiet den Namen des „Immaterialguts" geprägt. Der Name trifft die Sache nicht ganz. Es handelt sich nicht um alle immateriellen, sondern nur um „ideale" Güter. Aber der Name „Idealgut" würde heute, wo jener Name zum Terminus technicus geworden ist, nicht mehr an seine Stelle zu setzen sein.

Die Kategorie des idealen Seins geht in ihrer Bedeutung für das Recht noch sehr viel weiter. Auch alle anderen intentionalen Bewußtseinserlebnisse auf dem Gebiet des Rechtslebens gehören hierher.

Vor allem, was an dieser Stelle interessiert, der I n h a l t („Sinn") d e r E n t s c h e i d u n g.

Die Entscheidung ist ein intentionaler Vorgang, dessen Gegenstand die Regelung eines konkreten Einzelfalles, dessen Inhalt die Ordnung menschlichen Verhaltens, die Realisierung eines Tunsollens, eines „Planes" für das Verhalten der Beteiligten bildet. Diese Ordnung ist der „Sinn" der Entscheidung.

Auch dieser Plan, diese Ordnung haben — unabhängig von ihrer realen Verwirklichung — als „Sinn" der Entscheidung ein ideales Sein, wie die Entscheidung als Erlebnisvorgang ein reales Sein hat.

Der Inhalt der Entscheidung lebt weiter mit eigenen Wirkungen, losgelöst von der Entscheidung als Vorgang, als Akt.

Das gleiche gilt für die anderen „Integrationen"[52]) der Rechtsgemeinschaft: die Rechtsnormen und die Institu-

---

[51]) K o h l e r, Aristonpatentsache, Jherings Jahrb. **26** (1888) 424, spricht hier von der „Idee" der Erfindung.

[52]) Über diesen Begriff vgl. unten den 1. Abschn. des 4. Kap. Z. 1.

tionen des Rechtslebens wie z. B. Ehe und Eigentum. Auch sie haben ein ideales Sein.[53])

Endlich gehören in die Sphäre des idealen Seins auch die Werte[54]), die durch das intentionale Erlebnis des Fühlens unmittelbar gegeben werden, also Gegenstand der „Anschauung" sind. Dagegen können die Träger der Werte ein materielles wie ein immaterielles, ein reales wie ein ideales

[53]) Das ist aber nicht dahin zu verstehen, daß die Rechtsnormen ein „Sein", unabhängig von aller menschlichen Denktätigkeit, hätten, daß sie existierten, unabhängig davon, ob sie jemals irgendwo formuliert worden wären, daß sie „außerzeitlich", d. h. ohne Anfang und ohne Ende, also ewig wären, wie die Zahlen ein Sein unabhängig von der mathematischen Wissenschaft besitzen, eine Lehre, die mit besonderer Schärfe von A. Reinach entwickelt worden ist (oben S. 43).

Auf der anderen Seite muß aber die grobe Existenzialvorstellung abgelehnt werden, die z. B. Jhering von den juristischen Begriffen als „Rechtskörpern" entwickelt (unten 2. Abschn. unter 5) und die ihn dahin geführt hat, ihnen sogar „Zeugungskraft" für neue Begriffe und Normen zuzusprechen (Geist des Röm. Rechts, **1** [5. A. 1891] 25 ff., **2** [4. A. 1883] 357 ff., **3** [4. A. 1888] 314). Gegen einen derartigen Begriffsrealismus hat schon L. Brütt, Kunst der Rechtsanwendung, 1907 S. 37, 89 ff. mit Recht Widerspruch erhoben.

Weiter ist auch gegen die Identifizierung Widerspruch zu erheben, die G. Husserl, Rechtskraft und Rechtsgeltung, 1925, zwischen dem „Sein" der Rechtsnormen und ihrer „Geltung" vornimmt. Er geht davon aus, daß Recht nur das positive Recht ist, und daß dieses erst dann ein „Sein" habe, wenn ihm durch den Sanktionsakt „Geltung" verliehen sei. Die Rechtsnorm behalte dann aber ihr „Sein", d. h. ihre „Geltung", auch wenn sie nicht mehr von den Rechtsgenossen angewendet werde, solange nicht ein „Aufhebungsakt" vorgenommen sei (S. 7). Faßt man, wie es G. Husserl sonst tut (S. 20 ff.), auch das „ideale" Sein als „Sein" auf, so ist nicht recht ersichtlich, wie man einer Rechtsnorm das „Sein" absprechen kann, weil sie noch nicht oder nicht mehr „gilt". Das „Gelten" hat einen anderen Bedeutungsgehalt als das „Sein"; vgl. den 1. Abschn. des 3. Kap. unter Z. 9. G. Husserl selbst gibt zu (S. 9), daß z. B. die noch nicht „geltende" Rechtsnorm sogar soziale Wirkungen auslösen könne und einen „sozialen Wert" habe. Einen stärkeren Beweis für ihr „Sein" dürfte es nicht geben.

Daß das ideale „Sein" des Rechts nichts mit der Frage seiner „Verwirklichung" zu tun hat (oben S. 50), braucht nicht besonders hervorgehoben zu werden.

[54]) Vgl. M. Scheler, Formalismus, S. 8, 189.

Sein haben. Die Werte sind also in diesem Sinne „Wesen" ebenso wie Farben und Zahlen, wie Kunstwerke und Erfindungen.

Während die Werte das „Wesen" einer Allgemeinheit darstellen,[55]) kann der Wertträger sowohl ein Allgemeines wie ein Individuelles sein.

„Ideales" Sein und „reales" Sein sind also nur verschiedene Gegebenheitsweisen des „Sein überhaupt".

Das ideale „Sollen" ist wiederum eine von der des „Seins" verschiedene Weise der Gegebenheit von Inhalten. Aber das „Sollen" setzt das „Sein" voraus, und das Sein ist das Ziel des Sollens.[56]) Die Brücke dazu bildet das imperative Sollen.

Wenn Kelsen betont, daß sich ein Sollen nicht aus dem Sein ableiten lasse, daß kein Weg von dem einen zum anderen führe, so ist das richtig, soweit man dabei logische Denk-Kategorien im Auge hat. Kelsen meint es aber auch darüber hinaus als Widerspruch gegen den Satz G. Jellineks[57]) von der „normativen Kraft des Faktischen". Sein Widerspruch[58]) ist als Widerspruch gegen die Vermengung materialer (historisch-psychologischer) Sinngehalte mit der rein normativen (formal-logischen) Betrachtung beabsichtigt. Als solcher ist er unberechtigt; die Betrachtung des Rechts kann nicht von seinem materialen Sinngehalt abstrahieren. Aber in einem anderen Sinne ist der Widerspruch von dem hier vertretenen Standpunkt aus begründet. Die bloße Seins-Tatsache, der bloße Besitz, die bloße Macht kann nie ein rechtliches Sollen, nie eine Rechtsnorm erzeugen.

Erst das Rechtsgefühl kann den tatsächlichen Besitz in Recht umwandeln, wenn seine Komponente, das Gemeingefühl, dies für die Stabilisierung der Sicherheit und Ordnung der Gemeinschaft verlangt.

---

[55]) Vgl. dazu Scheler a. a. O. S. 43; F. Somló, Jurist. Grundlehre S. 62 ff.; N. Hartmann, Ethik S. 107 ff.

[56]) N. Hartmann, Ethik (1926) S. 154 ff.

[57]) Allg. Staatslehre, 3. A. 1919 S. 338.

[58]) Hauptprobleme S. 9.

1.

Der vorwissenschaftliche Begriff der Entscheidung ist bereits oben (S. 16 ff.) entwickelt worden. Danach ist unter „Entscheidung" die Ordnung des individuellen Falles auf Grund des Rechtsgefühls zu verstehen; die Ordnung, d. h. die Vorschrift, wie sich die in Betracht kommenden Glieder der Gemeinschaft gegeneinander verhalten sollen.

Inhalt der Entscheidung ist also die Vorstellung eines Sollens, eines imperativen Sollens[59]), das als zu realisieren gesetzt d. h. gewollt wird.

Die Entscheidung ist demnach ein Wollen, das als Streben auf ein Wertfühlen gegründet (fundiert) ist.[60]). Sie ist das Wollen der Realisierung der durch ein Fühlen gegebenen Werte, nämlich der Realisierung der vorgestellten Ordnung, die der Träger dieser Werte ist.

Als Werte, welche die Entscheidung realisieren will, kommen folgende beiden in Betracht: die Gerechtigkeit und die Nützlichkeit. Die Ordnung, welche die Entscheidung als vorgestelltes Ziel erstrebt, soll gerecht und nützlich sein.[60a])

Ein Wert kann nicht unmittelbar durch den Intellekt (Verstand) wahrgenommen werden. Das gilt um so sicherer,

---

[59]) M. Scheler, Formalismus S. 214 ff. spricht von einem „normativen" Sollen, wenn der Inhalt eines idealen Sollens als zu realisieren gefordert wird. Da in dem Begriff des Normativen die Vorstellung der Allgemeingültigkeit enthalten ist, so erscheint es an dieser Stelle — an der von der Allgemeingültigkeit der Entscheidung noch nicht geredet werden kann — richtiger, den Ausdruck „normativ" durch „imperativ" zu ersetzen.

[60]) Vgl. Scheler a. a. O. S. 30 ff., 120 ff., 206 ff.

[60a]) Bentham hat, vermöge seiner Grundeinstellung (Introduction to the principles of morals and legislation, Works, 1843, Bd. 1 S. 1 ff.) die utility allein als maßgebenden Wert für die Normen bezeichnet (Principles of the civil code, Works, Bd. 1 S. 324).

je höher in der Rangordnung der Werte[61]) der betreffende Wert steht. Der Wert des „Schönen", erst recht der Wert des „Heiligen" ist für den Verstand nicht erfaßbar. Der Verstand ist wertblind. Nur auf Umwegen kann er einen Wert erschließen.[62])

Der Erlebnisvorgang, der einen Wert unmittelbar wahrnimmt (zur Gegebenheit bringt), ihn „erschaut", ist ein Fühlen[63]).

Die den genannten beiden Werten entsprechenden Gefühle, auf denen die Entscheidung als Wollenserlebnis beruht, sind: das Rechtsgefühl und das Nützlichkeitsgefühl. Das Rechtsgefühl ist nicht ein Akt des „Vorstellens", kein intellektualer, auf gegenständlicher Erfahrung beruhender Bewußtseinsakt, sondern ein reines Apriori, während das Nützlichkeitsgefühl sehr stark durch die Erfahrung beeinflußt und entwickelt wird.

Die beiden Gefühle sind einander auch qualitativ nicht gleichartig. Das Rechtsgefühl ist ein geistiges Gefühl, gerichtet auf geistige Werte[64]), die Würde und die Freiheit der individuellen Person wie die Würde und die Freiheit der Gemeinschaft, deren Glied sie ist; das Nützlichkeitsgefühl ist ein vitales Gefühl, gerichtet auf vitale Werte[65]), auf die Förderung des Lebens sowohl des Individuums wie der Gemeinschaft.

Beide haben auch eine verschiedene Tiefenlage.[66]) Das Rechtsgefühl entstammt einer tieferen Schicht der Per-

---

[61]) Zu der Frage der Rangordnung muß auf die Ausführungen bei Scheler a. a. O. S. 84 ff. und bei Hartmann S. 245 ff. verwiesen werden.

[62]) Vgl. Scheler a. a. O. S. 262.

[63]) Vgl. hierzu Scheler a. a. O. S. 163 ff.

[64]) Scheler a. a. O. S. 106; vgl. N. Hartmann, Ethik S. 381 ff.

[65]) Abw. Scheler a. a. O. S. 285, 317. Indessen handelt es sich bei dem Nützlichkeitsgefühl zweifellos weder um ein sinnliches noch um ein seelisches noch um ein rein geistiges Gefühl (vgl. Scheler S. 344). Wie hier anscheinend Scheler S. 381, und deutlich S. 569.

[66]) Vgl. dazu Scheler S. 344; N. Hartmann S. 541.

sönlichkeit als das Nützlichkeitsgefühl, da es sich bei jenem um Werte handelt, die das Zentrum der sittlichen Persönlichkeit berühren.

Infolge dieser qualitativen Verschiedenheit der beiden Gefühle, namentlich aber infolge ihrer verschiedenen Tiefenschichtung ist es ausgeschlossen, daß die beiden Gefühle, wenn sie in einer Entscheidung zusammen wirksam werden, dabei zu einem einheitlichen Gefühl verschmelzen[67]). Sie bleiben getrennt, auch wo sie zusammentreffen.

Daher ist auch ein Widerspruch zwischen ihnen möglich, wobei regelmäßig das tiefere Gefühl das stärkere ist; diese Frage ist später noch besonders zu behandeln.

Beide Gefühle sind übrigens in sich keine einheitlichen (homogenen) Gefühle.

Die Entscheidungen, auf deren Inhalt sie gerichtet sind, beziehen sich auf das Leben in einer Gemeinschaft, auf das Verhalten von Menschen innerhalb einer Gemeinschaft. Eine Gemeinschaft ist ihrem Wesen nach die „Integration"[67a]) der in ihr lebenden Individuen; jedes Glied der Gemeinschaft ist gleichzeitig Individualperson und integrierender Teil der Gemeinschaft. Er hat daher gleichzeitig die Möglichkeit von Individualgefühlen und Gemeingefühlen.

Das Rechtsgefühl, das auf die Werte der Würde und Freiheit des Einzelnen wie der Gemeinschaft gerichtet ist, setzt sich daher aus diesen beiden Gefühlen zusammen. Das gleiche gilt für das Nützlichkeitsgefühl, das auf das für den Einzelnen wie auf das für die Gemeinschaft Nützliche gerichtet ist.

Auch diese beiden Gefühle, das Individualgefühl und das Gemeingefühl sind zwar miteinander verbunden, aber nicht zu einem einheitlichen Gefühl verschmolzen. Daher ist auch zwischen ihnen ein Widerspruch möglich.

Auf diese Fragen ist im 2. Abschn. dieses Kapitels noch näher einzugehen.

---

[67]) Scheler S. 343.

[67a]) Vgl. oben S. 53 Anm. 52.

Während der Gerechtigkeitswert für den Verstand schlechthin unerfaßlich ist, gilt das für den Nützlichkeitswert nicht in demselben Grade. Die Nützlichkeit läßt sich nicht nur fühlen, sondern bis zu einem gewissen Maße auch durch rationale Überlegung erschließen. Daher wirkt hier neben dem Nützlichkeitsgefühl in nicht unerheblichem Umfang auch der Verstand mit, der sog. „gesunde Menschenverstand". Das Nützlichkeitsgefühl ist ferner in erheblichem Grade von der Erfahrung beeinflußt, was das Rechtsgefühl nicht ist. Im einzelnen wird hierauf im 2. Abschn. dieses Kapitels (unter 3) zurückzukommen sein.

Die Bewußtseinsvorgänge, die für die Entscheidung in der Richtung auf den Nützlichkeitswert zusammenwirken, sollen mit einem einheitlichen Ausdruck als „praktische Vernunft" bezeichnet werden.

Der Name bezeichnet also in den folgenden Erörterungen ein Bewußtseinserlebnis, in dem Gefühl und Verstand verbunden sind, um den Nützlichkeitswert der Entscheidung zu ermitteln.

Daß der Ausdruck nichts mit der „praktischen Vernunft" i. S. von Kant zu tun hat, welche Ordnung in die menschlichen Neigungen und Triebimpulse bringt, bedarf keiner Begründung.

Von dieser Mitwirkung des Verstandes bei der Feststellung der Nützlichkeit ist der Vorgang zu unterscheiden, durch welchen das Bewußtsein den Erlebnisvorgang selbst zum Gegenstand eines Bewußtseinserlebnisses macht: die Reflexion. Dadurch tritt der reflektierte Erlebnisvorgang in die Helle des reflexiven Bewußtseins, er wird vergegenständlicht und kann selbst wieder Gegenstand eines Wertfühlens (Wertens), der Billigung und Mißbilligung, wie logischer Denkakte werden.[68])

Das wird namentlich von Bedeutung in den Fällen, in denen ein Widerspruch zwischen Rechtsgefühl und Nützlich-

[68]) Vgl. dazu Husserl, Ideen S. 67, 83, 144.

keitsgefühl oder zwischen Rechtsgefühl und praktischer Vernunft besteht. Durch die Reflexion kann das stärkere Gefühl zugunsten des schwächeren Gefühls oder des „gesunden Menschenverstandes" zurückgesetzt werden.

4. Die Entstehung der Entscheidung.

1.

Die Entscheidung ist das Wollen der bestimmten Ordnung eines Einzelfalles. Diese Ordnung ist der Träger von Werten, die durch ein Fühlen „erschaut", zur Gegebenheit gebracht werden.

Aber die Ordnung selbst als Träger der Werte ist ihrerseits nicht Gegenstand des Wertfühlens. Der Wertträger selbst wird nicht „erschaut". Die Ordnung als „Sinn" (Inhalt) der Entscheidung wird durch einen geistigen Akt „geschaffen", der nicht oder jedenfalls nicht nur ein Fühlen ist.

Die herkömmliche Auffassung geht dahin, daß die Ordnung des Einzelfalles (der Inhalt der Entscheidung) durch Ableitung von einer Rechtsnorm, also durch einen logischen Denkakt gefunden werde, nämlich durch einen logischen Syllogismus, in welchem die Rechtsnorm den Obersatz und der Tatbestand des Falles den Untersatz bilde.

Man nennt das: die Rechtsnorm auf den konkreten Tatbestand „anwenden" und bezeichnet diesen Vorgang allgemein als „Rechtsanwendung".

Daß dieser Vorgang in vielen Fällen sich so gar nicht abspielen kann, ist bereits früher (oben S. 20 ff.) dargelegt worden.

Aber auch da, wo er an sich möglich wäre, entspricht der wirkliche Hergang jener Vorstellung nicht.

Daß die Entscheidung nicht aus der Norm, sondern aus ganz anderen Quellen hervorgeht, ist mir schon zu Beginn

meiner praktischen Tätigkeit an einem Fall klar geworden, der mir damals einen unauslöschbaren Eindruck gemacht hat. Er beleuchtet die Frage so hell, daß ich ihn wiedergebe.

Als ich als Referendar bei der Zivilkammer des Landgerichts beschäftigt war, kam eine Klage zur Verhandlung, die folgenden Tatbestand hatte. Ein Schüler der Volksschule hatte beim Spielen auf dem Schulhofe während der Schulpause mit einem Stein einen anderen Schüler so unglücklich ins Gesicht geworfen, daß dieser ein Auge verlor. Der Vater des Verletzten klagte auf Grund des Art. 1384 des damals geltenden Code civil gegen den Vater des Täters.

Die Beratung ergab zunächst die übereinstimmende Meinung des Kollegiums, daß in diesem Falle der Vater nicht verantwortlich gemacht werden könne, da der Junge während der Schulpause der Aufsicht des Lehrers unterstehe und den Vater daher für diese Zeit keine Aufsichtspflicht und somit auch keine Verantwortlichkeit treffen könne. Dem entsprechend wurde die Urteilsformel niedergeschrieben, daß die Klage abgewiesen werde.

Bevor das Kollegium das Beratungszimmer verließ, um das Urteil zu verkünden, erkundigte sich der Vorsitzende, Landgerichtspräsident P., der fast alle Eingesessenen seines Gerichtssprengels kannte, und den deshalb der Fall auch menschlich interessierte, nach der Person des Vaters. Als ihm mitgeteilt wurde, der Vater sei schon 65 Jahre alt und habe erst vor 8 Jahren geheiratet, erklärte er entrüstet, wenn ein so alter Mann noch ein Kind in die Welt setze, dann müsse er auch dafür bezahlen, nahm das Blatt mit dem Urteilstenor, zerriß es und eröffnete die Beratung von neuem, mit dem Ergebnis, daß nunmehr der Beklagte verurteilt wurde.

Der Weg, auf dem hier die Entscheidung entstand, ist nicht etwa ein ungewöhnlicher gewesen. Nur die explosive Art, in der sich die Entstehung kundgab, mag ungewöhnlich gewesen sein.

Mich hat der berichtete Vorgang, der am Anfang meiner praktischen juristischen Laufbahn stand, zur Beobachtung veranlaßt, und eine jahrzehntelange Selbstbeobachtung hat

mir ergeben, daß die Entscheidung der mir unterbreiteten Fälle fast regelmäßig entstanden ist, ohne daß die Norm dabei eine Rolle spielte. Sobald der Tatbestand des Falles klarlag, war die Entscheidung regelmäßig für mich gegeben, und die Frage nach der „anzuwendenden" Norm kam erst hinterher.

Was mir die Selbstbeobachtung gezeigt hat, wird durch die Zeugnisse anderer praktischer Juristen bestätigt.

Der Reichsgerichtsrat Otto Bähr, von Vierhaus als der größte praktische deutsche Jurist des 19. Jh. bezeichnet[69]), „pflegte zu erzählen, in jedem schwierigen Falle habe die Entscheidung ihm alsbald klar vor der Seele gestanden. Wenn er dann an die Kontrolle durch eine methodische Prüfung des Falles getreten sei, so sei er immer zu dem gleichen Ergebnisse gelangt".[70])

Vierhaus selbst (zuletzt Oberlandesgerichtspräsident in Breslau) äußert sich ähnlich[71]). Aus seiner eigenen Erfahrung berichtet er ferner[72]): „Ich habe unter einem Senatspräsidenten Recht gesprochen, einem ganz vortrefflichen gemeinrechtlichen Praktiker, dessen Lieblingswendung — in seinem heimatlichen Dialekte von unvergleichlicher Wirkung — es war: „Verlassen Sie sich darauf, so muß entschieden werden; die Gründe können mir die Herren nachher dazu machen!" Diese Gründe fanden sich denn auch nachher stets ohne Mühe ein . . ."

Der frühere Präsident des Österreichischen Reichsgerichts, Josef Unger, hat von sich bezeugt[73]): „Wird mir ein Rechtsfall zur Entscheidung vorgelegt, so bilde ich mir alsbald instinktiv ein Vorurteil im eigentlichen Wortsinn und suche erst hinterher nach der juristischen Rechtfertigung

[69]) F. Vierhaus, Über die Methode der Rechtsprechung, Hannover 1911 S. 41; Deutsche Jur. Z. 1909 S. 1174.

[70]) Vierhaus a. a. O. S. 72.

[71]) A. a. O. S. 74: „Bei einem Richter mit normalem Rechtsgefühl ist die hergebrachte Methode der Rechtsprechung der Regulator für das subjektive Empfinden. Der logische Aufbau ist die Probe auf das Exempel des instinktiven Rechtsfindens."

[72]) A. a. O. S. 72.

[73]) Jos. Unger, Mosaik, 3. A. Leipzig 1911 S. 161 ff.

und nach der logischen Begründung. Diese Vorausahnung des zu fällenden Urteils täuscht selten."

Auf dem Berliner Kongreß 1910 der Internat. Verein. f. Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie wiederholte Reichsgerichtsrat Düringer[74]) die schon früher[75]) von ihm gegebene Erklärung: „er habe jederzeit nach dem Grundsatz gehandelt, zuerst sich sein Urteil auf Grund seines Rechtsgefühls zu bilden, und dann nach den Entscheidungsgründen zu suchen".

Der Hamburger Oberlandesgerichtsrat A. N. Zacharias[76]) hat die Auffassung Düringers über die Urteilsfindung als mit der seinen übereinstimmend bezeichnet.

Auf dem gleichen Standpunkt steht der Stuttgarter Oberlandesgerichtsrat J. G. Gmelin[77]).

Ebenso der Stettiner Oberlandesgerichtsrat K. Schneider[78]). Der letztere berichtet ferner aus seiner Ausbildungszeit von einem älteren Richter[79]): „Er pflegte seine Erwägungen mit der Erklärung einzuleiten: »daß der Kläger (oder der Beklagte) faule Fische hat, ist klar; es fragt sich also nur, wie wir ihm juristisch beikommen.« Auf den jungen Juristen, der eben erst den „Gehorsam gegen das Gesetz" zu lernen gehabt, mußte das einen unauslöschlichen Eindruck machen."

Ähnliche Äußerungen werden von dem Dresdener Senatspräsidenten Hallbauer berichtet[80]), die Senatspräsident Degen zustimmend wiederholt[81]). Im gleichen Sinne

---

[74]) Arch. f. Rechts- u. Wirtsch. Phil. 3 (1910) S. 583.

[75]) Düringer, Richter u. Rechtsprechung, Leipzig 1909 S. 7.

[76]) Persönlichkeit, Aufgaben u. Ausbildung des Richters, 1911 S. 35 Anm. Vgl. auch S. 33.

[77]) Quousque? Beiträge zur soziol. Rechtsfindung, 1910 S. 9 ff,

[78]) Schneider, Die ursprünglichste Grundlage des richterlichen Urteils, das Rechtsgefühl, in Zsch. f. deutschen Zivilprozeß 41 (1911) 297 ff., insbes. S. 327.

[79]) A. a. O. S. 300.

[80]) „Goldene Worte eines Richters", Sächs. Arch. f. Rechtspflege 1921 S. 1.

[81]) Festgabe f. d. Reichspatentamt 1927 S. 2.

sprechen sich Müg e l[82]) und Reichsgerichtsrat Czolbe[83]) aus.

Ernst Fuchs erklärt[84]): „Bei allen guten Juristen ist es — bewußt, halbbewußt oder unbewußt — stets ihr eigenes Rechtsgefühl, ihr Daimonion, das sie auf die eine oder die andere Seite treibt." Und er berichtet aus eigener Erfahrung[85]): „Der Vorsitzende der Kammer, bei der ich vor mehr als einem Menschenalter als Rechtspraktikant beschäftigt war, war ein alter Staatsanwalt mit einer ungewöhnlichen Dosis gesunden Menschenverstands. Er fällte alle Zivilurteile aus dem Handgelenk, und seine gelehrten Räte brachten nachher die verborgensten Stellen aus Demolombe, Marcadé und Laurent dafür in die Gründe hinein, Bücher, die der Präsident nie gesehen hatte."

Unger hat sich in Vergleich zu Bartolus gestellt[86]), von dem berichtet wird, daß er erst die Entscheidung gemacht und sich von seinem Freunde Tigrinus die Corpus juris-Stellen dazu haben aufweisen lassen[87]).

Wildhagen[88]) erklärt es für hinlänglich bekannt, daß gerade von den anerkannt bedeutendsten Praktikern erzählt wird, wie sie zunächst selbständig aus sich die Entscheidung — auch in schwierigen Fällen — zu finden und erst hinterner die Gründe dafür zu ermitteln pflegen. Er berichtet, daß der Präsident des Oberlandesgerichts, unter dem er im Vorbereitungsdienst arbeitete, zu sagen pflegte: „Wenn Sie die Entscheidung nur erst haben, Gründe sind nachher wohlfeil wie Brombeeren", und fügt hinzu: „Er hatte recht." Wildhagen hat es also auch an sich selbst erfahren.

---

[82]) Deutsche Richter-Zeitung 1924 S. 216.

[83]) Rechtsschöpf. Aufgaben des Richters, in Deutsche Richter-Zeitung 1924 S. 18.

[84]) Deutsche Juristenzeitung **10** (1905) 284.

[85]) Jurist. Kulturkampf, 1912 S. 43.

[86]) Deutsche Jur.-Ztg. 1906 S. 786 Anm. 1.

[87]) H. Kantorowicz, (Gnaeus Flavius), Der Kampf um die Rechtswissenschaft, 1906 S. 20.

[88]) Der bürgerliche Rechtsstreit, 1912 S. 65 ff.

Im gleichen Sinne hat sich J. Kohler[89]) geäußert, der seine Laufbahn als Amtsrichter begonnen hat: der Richter finde durch seinen Instinkt die richtige Entscheidung, „wenn auch nachtwandlerisch und wenn auch mit schlechten Gründen".

Ebenso stellt H. Reichel[90]) fest, daß der Richter zunächst sein Rechtsgefühl befragt und damit die Entscheidung findet, und erst dann die gesetzgemäße Begründung sucht.

Dasselbe bestätigt Max Gmür[91]) von den besten Schweizer Richtern.

Zum Schluß noch zwei Äußerungen amerikanischer Richter.

John F. Dillon, Chief-Justice des Supreme Court von Jowa, ehe er Professor an der Yale-Universität wurde, sagt von sich:[92]) „If unblamed I may advert to my own experience, I always felt in the exercise of the judicial office irresistibly drawn to the intrinsic justice of the case, with the inclination, and if possible the determination, to rest the judgement upon the very right of the matter. In the practice of the profession I always feel an abiding confidence that if my case is morally right and just it will succeed whatever technical difficulties may appear to stand in the way; and the result usually justifies the confidence."

Im selben Sinne hat sich ein anderer hoher amerikanischer Richter, Benjamin N. Cardozo, Richter am Appellhof von New York, in seinen Vorlesungen an der Law School der Yale-Universität, geäußert.[93])

---

[89]) Die schöpferische Kraft der Jurisprudenz, Jherings Jahrb. 25 (1887) 264 ff.

[90]) Gesetz und Richterspruch, 1915 S. 18.

[91]) Max Gmür, Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 Schw. ZGB., 1908 S. 17.

[92]) The Laws and Jurisprudence of England and America, Boston 1925 S. 17.

[93]) The Nature of the Judicial Process, New Haven 1925, S. 44, 117. Vgl. auch Roscoe Pound, The theory of judicial decision, Harvard Law Review 1923 S. 951: „The trained intuition of the

Nun ist aber anderseits nicht zu bestreiten, daß es Fälle gibt, in denen die Entscheidung wirklich der Norm entnommen wird. Das gilt namentlich für diejenigen Fälle, in denen es sich um die praktisch zweckmäßige Regelung handelt, und in denen die zweckmäßige Regelung eine so genaue Kenntnis des betreffenden Wirtschaftsgebiets in allen Einzelheiten voraussetzt, wie sie der Richter normalerweise nicht haben kann. In diesen Fällen ist es natürlich nicht anders möglich, als die Entscheidung der Norm zu entnehmen, die für sie gegeben ist.

Aber auch in anders gelagerten Fällen ist es sicher, daß nicht alle Juristen, Richter wie Rechtsanwälte, so verfahren, wie es oben geschildert ist, sondern daß manche von ihnen nicht wagen, ihr Rechtsgefühl und ihre praktische Vernunft reden zu lassen, vielmehr alle denkbar in Betracht kommenden Normen durchgehen, um zu sehen, ob der zu entscheidende Fall darunter paßt.[94])

Diese Art der Findung der Entscheidung ist da, wo sie vorkommt, entschieden zu mißbilligen. Sie stellt sich gegenüber der anderen, schöpferischen Art als eine handwerksmäßige dar, die zu einer geistlosen, rein mechanischen Vergleichung führt und die auch nicht, wie vielleicht mancher glaubt, den Vorzug der Sicherheit, d. h. der Voraussehbarkeit des Ergebnisses hat. In dieser Hinsicht kann vorläufig auf das oben (S. 23 ff.) Gesagte verwiesen werden. Die verderblichste Seite dieses Verfahrens ist aber der Umstand, daß hier der Suchende verleitet wird, um den zu entscheidenden Fall unter eine Norm unterbringen zu können, den Tatbestand des Falles dem der Norm anzupassen, d. h. so

---

judge continually leads him to right results for which he is puzzled to give unimpeachable legal reasons."

[94]) Wildhagen, Der bürgerliche Rechtsstreit, 1912 S. 35 stellt dies als überaus häufig hin; zur Ehre der deutschen Juristen ist zu hoffen, daß diese Annahme übertrieben ist. Auch der damalige Reichsgerichtsrat Hagens hat (D. J. Z. 1908 S. 1233) die Frage gestellt, ob der deutsche Richter „sich nicht zu sehr gewöhnt habe, den lebenden Tatbestand in das Prokrustesbett des juristischen Schemas hineinzuzwängen".

umzubiegen, daß er darunter paßt, also ihm Gewalt anzutun.[95])

2.

In den angeführten Zeugnissen wird als die Quelle, aus der die Entscheidung erflossen sei, „das Rechtsgefühl" bezeichnet.

Diese Ausdrucksweise ist irreführend. Wie früher (oben S. 57) bereits betont worden ist, kann das Gefühl zwar die Wertkomponente der Entscheidung zur Gegebenheit bringen, nicht aber den Wertträger, die Bildkomponente[95a]), also die Ordnung des Einzelfalles, den Inhalt der Entscheidung.

Zu seiner Schaffung bedarf es eines geistigen Aktes anderer Art.

Hier gibt es zwei Wege.

Der eine ist der, daß zunächst durch die konstruktive Phantasie die Ordnung des Falles gefunden und diese alsdann von dem Wertfühlen auf die Werte der Gerechtigkeit und Nützlichkeit hin geprüft wird.

Es ist auch möglich, daß die Phantasie zunächst mehrere Ordnungen erschaut und dann das Wertfühlen unter ihnen die „richtige" auswählt. Hier findet also mit Hilfe des Rechtsgefühls und des Nützlichkeitsgefühls ein Wählen zwischen verschiedenen möglichen Inhalten statt.

Bei dieser Wahl spricht übrigens nicht nur das Wertgefühl mit, sondern in erheblichem Maße der Verstand, ein Vorgang, der im 2. Abschn. dieses Kapitels (unter 3: Die praktische Vernunft) näher zu betrachten sein wird.

Dieser erste Weg vollzieht sich also in zwei getrennten Akten: in dem ersten ist die Phantasie noch nicht von einem Wertfühlen geleitet, noch nicht wert-

[95]) Wildhagen, a. a. O. S. 36; H. Reichel, Gesetz u. Richterspruch, 1915 S. 18; A. Hagens, D. J. Z. 1908 S. 1233.

[95a]) Vgl. unten S. 82.

fundiert. Diese ungeleitete Phantasie ist als „konstruktive" bezeichnet worden.

Der zweite Weg ist der, welcher in den oben (S. 62 ff.) angeführten Zeugnissen der genannten hervorragenden Juristen gemeint ist, und welchen sie kurz als Findung der Entscheidung „durch das Rechtsgefühl" bezeichnet haben.

Indessen ist der Vorgang hier nicht einfach ein Fühlen, vielmehr ist es ein eigenartiger komplexer Vorgang.

Hier wird uno actu die „richtige" Entscheidung gefunden, d. h. die Ordnung, welche vom Rechtsgefühl und Nützlichkeitsgefühl als Trägerin beider Werte gefühlt wird, wird sofort — ohne Wählen und Schwanken — „erschaut".

Die „Erschauung" der richtigen Ordnung zerfällt hier nicht, wie bei dem ersten Weg, in zwei Bewußtseinsakte, von denen der erste die Ordnung „erschaut" und der zweite sie gefühlsmäßig bewertet, sondern es ist ein einheitlicher Akt der „Erschauung" der evident richtigen Ordnung.

Die „Erschauung" ist hier nicht bloß ein Erkenntnisvorgang wie jede „Anschauung", sondern zugleich ein schöpferischer Vorgang. Es ist ein von einem Wertfühlen unmittelbar geleiteter Akt der Phantasie. Während das Fühlen aus verschiedenen Tiefenlagen entspringt (oben S. 57), entspringt dies „schöpferische Erschauen", wie jede wahre geistige Schöpfung aus der zentralen Seinsschicht der sittlichen Persönlichkeit[96]).

Das „schöpferische Erschauen" soll hier und im folgenden als „Intuition" bezeichnet werden[97]), abweichend von dem üblichen Sprachgebrauch der Philosophie[98]), namentlich auch der phänomenologischen Philosophie[99]), die jede originär gebende „Anschauung" als „Intuition" bezeichnet.

---

[96]) Vgl. Scheler, Formalismus S. 361, 365.

[97]) Ähnlich R. Müller-Freienfels, Irrationalismus S. 149 ff., 216 ff., der zwischen instinktivem und schöpferischem Erkennen unterscheidet und das letztere „Intuition" nennt.

[98]) Vgl. z. B. Spinoza, Ethik (übers. v. v. Kirchmann, 4. A. 1886) 2. Teil Lehrs. 40 Erl. 2.

[99]) Husserl, Ideen S. 157 ff.; Scheler, Formalismus S. 43.

Die „Intuition" in dem hier gemeinten Sinne ist nicht nur die erzeugende Kraft der Entscheidungen gewesen, von denen die mitgeteilten Zeugnisse berichtet haben, sondern sie findet sich ebenso auf allen anderen Gebieten geistigen Schaffens neben der konstruktiven Phantasie. Auf ästhetischem Gebiet: der Künstler, der Schriftsteller kann eine Reihe von Entwürfen machen, zwischen denen er dann wählt; er kann aber auch sofort mit einem Wurf das fertige Kunstwerk schaffen.[100]) Auf technischem Gebiet: der Chemiker kann planmäßig verschiedene Wege versuchen, den gesuchten Stoff zu finden, er kann aber auch sofort „intuitiv" den richtigen Weg gehen. Auf militärischem Gebiet: der Feldherr kann verschiedene Schlachtpläne erwägen, er kann aber auch unmittelbar den siegreichen Schlachtplan „erschauen".

Es ist bereits, namentlich von Bergson[101]), der Versuch gemacht worden, das Wesen der „Intuition" in dem hier gemeinten Sinne zu bestimmen, und Geny[102]) hat sich, in Anlehnung an ihn, bemüht, ihr Wesen klarzustellen, um es so für die Arbeit der Rechtsphilosophie fruchtbar zu machen. Indessen kann man nicht sagen, daß diese Bemühungen von Erfolg gewesen sind.

Weder ihre Kennzeichnung als ein instinct devenu désintéressé, conscient de lui-même, capable de réfléchir sur son

---

[100]) Vgl. einerseits das Bekenntnis Lessings (Hamburg. Dramat. 101.—104. Stück): „Ich fühle die lebendige Quelle nicht in mir, die durch eigene Kraft sich emporarbeitet . . . ich muß alles durch Druckwerk und Röhren aus mir heraufpressen . . .", anderseits die Schilderung Goethes über die Entstehung des Götz v. Berlichingen, Dichtung u. Wahrheit, 13. Buch, Ausg. Bong, Bd. 24 S. 110. Ferner seine Bemerkungen zu Eckermann v. 11. 3. 1828 und 14. 3. 1830.

[101]) Essai sur les données immédiates de la conscience, 1889; Matière et mémoire 1896; Introduction à la métaphysique, in Revue de métaph. et de morale, 1903 S. 1 ff.; L'évolution créatrice, 26. A. 1923, S. 147 ff., 192. Vgl. auch den 1911 gehaltenen Vortrag L'intuition philosophique, Paris 1927.

[102]) Science et technique en droit privé positif, 1. Teil: Position actuelle du problème du droit positif et éléments de la solution, 2. A. 1922 S. 80 ff., 143 ff., 183 ff.

objet et de l'élargir indéfiniment[103]), noch ihre Umschreibung[104]) als

> „un mode de connaissance plus subtile que l'intellect pur, qui, s'installant au cœur même de la réalité, la pénétrérait pour ainsi dire du dedans, et, se laissant emporter avec elle, la suivrait dans son incessant mouvement"

geben mehr als unzulängliche Vergleiche oder undeutliche Bilder.[104a])

Dasselbe gilt von ihrer Charakterisierung[105]) als

> une sorte de retour de l'intellect à l'instinct, et comme une lutte de notre moi vivant pour échapper aux résultats dissolvants de l'analyse par concepts au moyen d'une appréhension naturelle des réalités.

Wenn von deutschen wie französischen Kritikern[106]) betont worden ist, daß der Begriff von Bergson nicht klargestellt worden sei, so beweist das nur, daß nicht-intellektuelle Akte nicht begrifflich, weil überhaupt nicht vom Intellekt zu erfassen sind, was wir schon ohnehin gewußt haben, und was übrigens Bergson selbst ausdrücklich hervorgehoben hat[107]). Es beweist aber nicht, daß es die eigenartige geistige Kraft, die wir „Intuition" nennen, überhaupt nicht gibt.

Man wird sich damit begnügen müssen, durch Vergleiche ihr Wesen deutlich zu machen. Vgl. unten S. 87 ff.

---

[103]) Bergson, Évolution créatrice S. 192. Hiervon ist namentlich das Merkmal der Bewußtheit abzulehnen.

[104]) Geny, Science et technique 1. Bd. S. 80.

[104a]) Der Ton liegt hier auf „unzulänglich" und „undeutlich". Denn daß ein nicht rein intellektueller Denkakt, der nicht durch Begriffe zu erfassen ist, nur durch Vergleiche und Bilder dem Verständnis näher gebracht werden kann, ist auch der Standpunkt dieser Arbeit (unten S. 87 ff.).

[105]) Science et technique 1. Bd. S. 145.

[106]) Max Rümelin, Rechtsgefühl u. Rechtsbewußtsein, 1925 S. 39; La Fontaine, La philosophie de Bergson, 2. A. 1923 S. 39, 51.

[107]) Évol. créatrice, 26. A. S. 182. Vgl. dazu Max Scheler, Die Wissensformen u. die Gesellschaft, 1926 S. 306 ff.

Dabei darf man aber nicht die ebenfalls „Intuition" genannte rein erkennende „Anschauung" (vgl. oben S. 68) zur Verdeutlichung heranziehen. Wer das tut, verbaut sich die Einsicht in ihr Wesen.[108]) Vielmehr ist diese Einsicht leichter zu gewinnen, wenn man — wie es Bergson selber getan hat — den Instinkt zum Vergleich heranzieht, dessen tatsächliche Grundlage durch die naturwissenschaftliche Forschung völlig gesichert ist.

Eine große Zahl von Beispielen hat E. v. Hartmann[109]) gesammelt. Es genügt, von ihnen einzelne anzuführen.

Gewisse Bremsen legen ihre Eier an solche Stellen des Pferdeleibes, an denen die Pferde sich zu lecken pflegen, damit die Eier so an den Ort ihrer Entwicklung, den Darmkanal, gelangen.

Die Mauerwespe macht ein Loch in den Sand, legt ein Ei hinein und dazu fußlose grüne Maden, die der Verpuppung nahe, also so wohlgenährt sind, daß sie längere Zeit ohne Nahrung leben können; und sie legt sie so eng, daß sie sich nicht verpuppen können, und zwar gerade so viel Maden, als die Larve bis zu ihrer Verpuppung an Nahrung braucht.

Vielleicht noch bemerkenswerter sind die von Berg-

---

[108]) Hieran ist z. B. das Buch von Jos. König, Der Begriff der Intuition, 1926 gescheitert, der (S. 213 ff.) den Begriff der Intuition bei Bergson in ein Verhältnis zur „intellektuellen Anschauung" der deutschen spekulativen Philosophie zu bringen versucht. Übrigens hat auch die verdienstvolle Arbeit von Roman Ingarden, Intuition und Intellekt bei Henri Bergson, Jahrb. f. Philosophie u. phänom. Forschung, 5. Bd. (1922) 285—461, den Begriff der Intuition bei Bergson ausschließlich unter dem Gesichtspunkt seiner Bedeutung für die Erkenntnistheorie untersucht und ist so zu der Formulierung gelangt, daß die Intuition bei Bergson „eine im spezifischen Sinne unmittelbare und uninteressierte Erkenntnis" sei, während die intellektuelle Erkenntnis auf ein Handeln ziele (S. 300 ff., 376 ff.). Die Intuition im Sinne der Ausführungen des Textes zielt aber ebenfalls auf ein Handeln.

[109]) Philosophie des Unbewußten, 12. A. 1923, 1. Teil S. 68 ff.

son aus den Werken von Jules Fabre[110]) entnommenen Beispiele.

Gewisse Raubwespen legen ihre Eier in den Leib von Spinnen, Käfern oder Schnecken, damit diese ihnen als Nahrung dienen. Zu diesem Zweck müssen sie bewegungslos gemacht, dürfen aber nicht getötet werden. Die Wespe sticht daher das Opfer in die Knoten bestimmter motorischer Nervenstränge; würde sie andere Nerven treffen, so würde das Opfer sterben und also verwesen, und damit auch die Larve zugrunde gehen.

Jede Raubwespenart hat ein bestimmtes Insekt als Beute und behandelt es entsprechend; die gelbflügelige Sphex legt ihr Ei in den Körper der Heuschrecke (Orthoptera) und sticht sie in die drei Nervenknoten, von denen jeder ein Beinpaar regiert: unter dem Hals, hinter dem Prothorax und am Ausgang des Abdomen.[111])

Der südeuropäische Bienenkäfer (Sitaris muralis) legt sein Ei in den unterirdischen Gang der Schnauzenbiene (Antophora pilipes). Dort lauert die Larve der männlichen Biene auf, klammert sich an sie und wartet in dieser Stellung, bis die Biene die Begattung vollzieht; in diesem Augenblick geht die Larve auf das Bienenweibchen über. Hier wartet sie, bis das Weibchen seine Eier legt, begibt sich dann auf das Ei, das ihr als Träger auf dem Honig dient, verzehrt das Ei während mehrerer Tage und erlebt dann auf den Eierschalen ihre erste Metamorphose. Danach vermag sie auf dem Honig zu schwimmen, von dem sie sich bis zur Verpuppung nährt.[112])

Woher kennt die Sphex die Anatomie der Orthoptera, daß sie so sicher die Stelle trifft, die allein ihr das Ziel erreichen hilft? Woher weiß die Larve des Sitaris, daß sie auf das Bienenmännchen warten und später auf das Weibchen übergehen muß? Woher weiß die Bremse, daß sie ihr

---

[110]) Souvenirs entomologiques 1. Serie, 3. A. 1894, 3. Serie 1890; Nouveaux souvenirs entomologiques, 1898.

[111]) L'Évolution créatrice S. 187.

[112]) A. a. O. S. 158.

Ei auf die Schulter des Pferdes legen kann, wo es ja keine Nahrung finden würde?[113])

Wie viele Überlegungen logischer Art müßten diese Tiere vornehmen und wieviel anatomische, physiologische und sonstige Kenntnisse haben, um zweckmäßig so zu handeln, wie der Instinkt es ihnen mit Sicherheit sagt! Mit Recht stellt E. v. Hartmann als Unterschied zwischen Instinkt und Überlegung fest, daß die Überlegung sich oft genug irrt, der Instinkt niemals.[114])

Der Instinkt ist also, wie aus den angeführten Beispielen klar geworden ist, eine besondere geistige Kraft, welche die richtigen Handlungen zur Erreichung eines bestimmten Zieles auswählt und vorschreibt, und zwar unbewußt, d. h. ohne daß die Vorstellung des Zieles, und die Vorstellung der Beziehung zwischen Mittel und Ziel, also der Kausalbeziehung, in die Helle des Bewußtseins treten, d. h. also ohne einen „Zweck",[115]) der die Vorstellung des Zieles voraussetzt.

Der Instinkt ist ein Wollen, dessen Gegenstand das eigene Handeln ist. Bei der Intuition handelt es sich um die Erzeugung von Vorstellungen und Synthesen von Vorstellungen.

Um Vorstellungen aller Art, um bildhafte und bedeutungsmäßige Vorstellungen, um künstlerische Gebilde, um gelehrte Gedankengebäude, um Vorstellungen praktischen

---

113) Max Scheler hat die Handlungen der Sphex als auf einer Steigerung dessen beruhend erklärt, was er in der menschlichen Sphäre „Einsfühlung" nennt (Wesen u. Formen der Sympathie, 1923 S. 29 ff.). Das ist im Grunde nur ein anderer Ausdruck; schon für die anderen Fälle der Instinkthandlungen paßt er übrigens nicht. Er knüpft dabei an Bergson selbst an, der hier von einer Sympathie zwischen der Sphex und ihrem Opfer spricht (a. a. O. S. 188). Aber Bergson gebraucht diesen Ausdruck als gleichbedeutend mit Instinkt (S. 191), und er erklärt nicht mehr als dieser.

114) A. a. O. S. 84.

115) Wenn E. v. Hartmann a. a. O. (1 36) den Instinkt auf den Zweckbegriff zurückführt, so ist hier „Zweck" in einem objektiven Sinne gebraucht.

Handelns, und zwar um Vorstellungen eigenen und fremden Handelns.

Wesentlich dabei ist, daß diese Vorstellungen und Vorstellungskomplexe nicht durch bewußte Überlegung, sondern völlig unbewußt entstehen, und erst danach in die Helle des Bewußtseins gerückt werden,[116]) daß, wie E. v. Hartmann[117]) rhetorisch sagt, „die diskursive oder deduktive Methode nur der lahme Stelzengang des bewußt Logischen ist, während die Intuition der Pegasusflug des Unbewußten ist, der in einem Moment von der Erde zum Himmel trägt".

Für das Schaffen des Künstlers ist die Auffassung ganz geläufig, daß hier die Intuition, d. h. das unbewußte Schaffen der Phantasie, das Regelmäßige sei.

Aber die Intuition spielt, wie bereits früher betont, auch auf allen anderen Gebieten geistigen Schaffens eine große Rolle. Es sei hier an das Urteil Schillers über Goethe erinnert[118]). Diese Rolle spielt die Intuition auch z. B. auf dem Gebiet der Mathematik, die als Prototyp des rein Logischen gelten könnte[119]). Wir wissen von Descartes, Laplace, Henri Poincaré, daß sie ihre Entdeckungen unbewußt, blitzartig machten,[120]) wir wissen dasselbe von Gauss, Helmholtz, Kekulé v. Stradonitz[121]). Ähnliches hat Max Weber über sich mitgeteilt.[122])

Genau das gleiche gilt auf dem Gebiet der rechtlichen

---

[116]) Danach ist die Charakterisierung durch Bergson (oben S. 69 ff. Anm. 103) zu berichtigen.

[117]) A. a. O. 1 274.

[118]) Brief Schillers an Goethe v. 23. 8. 1794: „In Ihrer richtigen Intuition liegt alles und weit vollständiger, was die Analysis mühsam sucht."

[119]) Vgl. die Rektoratsrede v. G. Hamel, Über die philosophische Stellung der Mathematik, 1928.

[120]) Georges Dwelshauvers, L'Inconscient, 5. A. 1925 S. 158 ff.

[121]) Richard Müller-Freienfels, Irrationalismus, 1922 S. 245 ff. Vgl. auch Th. Litt, Individuum u. Gemeinschaft, 3. A. 1926, S. 345 ff.

[122]) Marianne Weber, Max Weber, ein Lebensbild, 1926 S. 199. Vgl. Max Weber, Wissenschaft als Beruf, Ges. Aufs. z. Wissenschaftslehre, 1922 S. 531 ff.

Entscheidungen.[123]) Der große österreichische Jurist Josef Unger berichtet von sich[124]): „Nicht selten habe ich beim Erwachen aus einem tiefen, gesunden Schlaf zu meiner freudigen Überraschung ein Problem gelöst gefunden, mit dem ich mich tags vorher vergebens abgemüht hatte."

Die Intuition bildet also eine vollkommene Parallele zum Instinkt, wenn man sie nicht als eine Unterart des Instinkts auffassen will.

Die Intuition arbeitet ebenso wie der Instinkt im Unbewußten, sie findet ebenso wie der Instinkt treffsicher und ohne zu suchen das richtige Mittel zur Lösung einer bestimmten Aufgabe.

Wir nennen es Instinkt, wenn das Mittel ein unmittelbares Handeln des eigenen Körpers ist, Intuition, wenn es sich um die Bildung von Vorstellungen und Vorstellungskomplexen handelt.

Ein Unterschied des Wesens ist das nicht, wie sich auch schwerlich eine scharfe Grenze zwischen Instinkt und Intuition ziehen läßt.

Bei beiden handelt es sich um eine im Unbewußten arbeitende Geisteskraft, die unmittelbar, d. h. ohne Suchen oder Tasten, das rechte Mittel zum aufgegebenen Zweck findet; um eine Konzentration der ganzen Person zu einem einzigen Akte, in dem sie mit dem eigenen tiefsten Ich zusammenfällt. Man kann den Unterschied der Intuition gegenüber dem Verstand (Intellekt) in Anlehnung an Worte Bergsons[125]) so ausdrücken: die Intuition findet, ohne jemals zu suchen; der Verstand sucht, ohne immer zu finden.

Es ist nicht zu verwundern, daß die rational eingestellte Rechtsphilosophie von der Intuition als einer unmittelbar, d. h. ohne Hilfe des Verstandes, wirksamen geistigen Fähigkeit nichts wissen will.

Die rationale Wissenschaft kann zwar die Tatsache einer

[123]) Vgl. oben S. 60 ff.

[124]) Mosaik, 3. A. Leipzig 1911 S. 21. Die gleiche Beobachtung haben auch andere an sich gemacht.

[125]) Bergson, Essai sur les données immédiates de la conscience S. 128 ff.; Évolution créatrice S. 164.

unbewußtenFindung der Entscheidung nicht bestreiten. Aber sie lehnt die Annahme einer — irrationalen — geistigen Fähigkeit als ihrer Schöpferin ab und versucht, den Vorgang durch die Annahme eines „abgekürzten Denkens" zu erklären. Diese „abgekürzten Denkvorgänge" sollen darin bestehen[126]), daß „die einzelnen Elemente, auf denen das Urteil beruht, nicht alle in die Helle des Bewußtseins gerückt werden, die Vorstellungsassoziationen sich (so namentlich im Fall der Gewöhnung an die Verbindung) vielfach unbemerkt vollziehen."

Diese Annahme kann aber die Tatsachen nicht erklären. Wäre wirklich die Intuition nichts anderes als ein logisches Schließen, nur ohne Bewußtsein der Elemente des Urteils — wie käme es dann, daß die Intuition etwas findet, was der Verstand vergebens gesucht hat? (Vgl. die oben [S. 75] angeführte Äußerung Ungers.)

Bei dem Sitaris, bei der Sphex kann die Wissenschaft schlechterdings keine logischen Überlegungen annehmen, auch nicht im Unbewußten. Woher nimmt die rationalistische Rechtsphilosophie die Berechtigung, gerade dem Menschen eine geistige Kraft abzusprechen, die allen Tieren eignet? Mit der bloßen Bezeichnung als eines „mystischen Vorgangs"[127]) ist es nicht getan. Der Vorwurf des Mystischen ist zwar in den Augen der rein rationalistischen Denkweise

---

[126]) Max Rümelin, Rechtsgefühl u. Rechtsbewußtsein, 1925 S. 41, 42. Auf dem gleichen Standpunkt stehen: F. Klein, Die psych. Quellen des Rechtsgehorsams usw. 1912 S. 38; Ph. Heck, Gesetzesauslegung u. Interessenjurisprudenz, Arch. f. ziv. Prax. **112** (1914) 102, 243; er faßt die Intuition als „Mechanisierung früherer Überlegungen" auf, die deshalb „der Aufhellung durch das Licht der Überlegung sowohl fähig wie bedürftig" sei; ferner Hans Reichel, Einleitungsart. des Schweiz. ZGB., Festg. f. Stammler, 1926 S. 335 (S.A. S. 55).

[127]) M. Rümelin a. a. O. S. 39. Rümelin, der die Auffassung der Intuition als eigentümlicher Geisteskraft ablehnt, hat sich dafür einen eigenen Begriff der Intuition gebildet, nämlich i. S. des gefühlsmäßigen Erkennens von Interessen, die für Wertungen unentbehrlich sei (a. a. O. S. 74). In dieser engen Bedeutung entspricht der Begriff nicht einmal dem üblichen philosophischen Sprachgebrauch.

ein vernichtendes Urteil, der Wirklichkeit gegenüber aber nur das Geständnis, sie nicht erklären zu können.[128]) Auch der Instinkt, mit dem die Zugvögel ihren Weg finden, und der ihnen sagt, ob der Winter früh oder spät kommen wird, ist in diesem Sinne ein „mystischer Vorgang".

Die Intuition ist also eine geistige Kraft, die selbständig neben der des Verstandes steht. Sie wählt, wie dieser, das geeignete Mittel zu einem bestimmten Ziele aus, die Intuition unbewußt, der Verstand bewußt, die Intuition unmittelbar, der Verstand mit Hilfe oft zahlreicher logischer Überlegungen, die Intuition blitzartig, der Verstand prüfend und wägend, die Intuition treffsicher, der Verstand zweifelnd und unsicher.

Die Intuition ist eine besondere geistige Fähigkeit, ein Akt der von einem bestimmten Wertfühlen geleiteten Phantasie. Sie unterscheidet sich also einerseits von der ohne ein Wertfühlen arbeitenden Phantasie, der „konstruktiven Phantasie", anderseits von der Tätigkeit des Verstandes. Das Fehlen der letzteren ist sogar wesentliche Bedingung. Die Arbeit des Verstandes hindert die Intuition, wie es denn auch kein Zufall ist, daß der Instinkt, der das Tier noch überall sicher leitet, bei dem Menschen mit zunehmender Zivilisation, d. h. mit der wachsenden Herrschaft des Verstandes, immer seltener arbeitet.

Die Herrschaft des Verstandes tötet die Intuition, wie die zunehmende Rationalisierung die Persönlichkeit ertötet.

Intuition entspringt aber nur einem Kraftüberschuß der Persönlichkeit.

3.

Das Verfahren, die Entscheidung durch die konstruktive Phantasie und nachfolgendes Wertfühlen oder durch In-

[128]) Diese Einstellung des Rationalismus ist schon alt. Leibniz hat das intentionale Fühlen als ein „verworrenes, dunkles Denken" bezeichnet; vgl. Scheler, Formalismus S. 269.

tuition zu finden, entspricht für sich allein noch nicht den Anforderungen, die das Wirtschaftssystem der modernen Welt, das kapitalistische Wirtschaftssystem, stellt und stellen muß.

In diesem System ist alles auf Berechenbarkeit, auf Rationalisierung aufgebaut. Wie der Kapitalismus ein rationales Geldsystem, eine rationale Buchführung und — aus rationalen Gründen — einen erhöhten Schutz der Verträge geschaffen hat, so fordert er auch eine rationale Verwaltung und eine rationale Rechtsprechung.

Die beiden geschilderten Verfahren der Findung der Entscheidung sind nicht rational. Es gilt also, um den Bedürfnissen des geltenden Wirtschaftssystems zu entsprechen, die Entscheidung zu rationalisieren.

Diese Aufgabe wird dadurch gelöst, daß die Entscheidung an einer Rechtsnorm kontrolliert, nachgeprüft wird, die rational ist; vgl. oben S. 25.

Hierüber wird in Abschn. 3 dieses Kapitels eingehender zu sprechen sein.

4.

Es bleibt noch eine Erkenntnisquelle zu erörtern, die vielfach als Quelle von Normen und Entscheidungen angesprochen wird: die sog. Natur der Sache.

Die „Natur der Sache" ist in einem berühmten Satze von Montesquieu[129]) als Rechtsquelle hingestellt worden: „Les lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses..."

In Deutschland ist eine ähnliche Lehre von der „Natur der Sache" durch das rationalistische Naturrecht entwickelt worden.[130])

---

[129]) Esprit des lois, l. 1 ch. 1. Ähnlich auch Rousseau, Contrat social l. 2 ch. 6.

[130]) Justus Friedrich Runde, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, 8. A. (1829) § 80 S. 72.

In Frankreich hat Geny den Gedanken Montesquieu's wieder aufgenommen. In seinem Hauptwerk[131]) stellt er die nature des choses primitives neben das Rechtsgefühl; die Analyse der Beziehungen zwischen den Dingen ergebe ihr Gesetz. Er hat diesen Gedanken später[132]) weiter ausgeführt: durch die wissenschaftliche Verarbeitung der Gegebenheiten (données) des Rechtslebens ließen sich die Regeln für das vorzuschreibende Verhalten finden.

Welcher Art diese „wissenschaftliche Verarbeitung" (élaboration scientifique) sein soll, ist nicht recht zu ersehen, und also auch nicht recht ersichtlich, wie die wissenschaftliche Behandlung die Regelung des Einzelfalles finden kann.

Von Jhering[133]) ist der Ausdruck „Natur der Sache" verwendet worden, um damit dasjenige zu bezeichnen, was er sonst als „höhere Jurisprudenz" oder als „naturhistorische Methode" entwickelt hat: die Gewinnung von Rechtssätzen aus den „allgemeinen Begriffen" der Rechtsinstitute, der „juristischen Körper".

Von den Späteren wird der Ausdruck dagegen wieder anders, mehr im Sinne des Naturrechts, gebraucht.

So stellt Franz Adickes[134]) die „Natur der Sache" als subsidiäre Rechtsquelle neben die drei: Gesetz, Gewohnheit und Rechtsüberzeugung der Beteiligten. Wieder etwas anders hat Otto Bähr[135]) gesagt, die „Natur der Dinge" sei zwar nicht „Rechtsquelle", aber „Quelle unserer Rechtsquellen".

Hier ist also im Gegensatz zu Jhering, der die „Natur der Sache" für einen rein logischen Vorgang, die „juristische Spekulation", gebraucht, damit etwas Apriorisches bezeichnet. Es ist kein Wunder, daß die rein positivistisch ein-

---

131) Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 1899 S. 468, 491 ff.; 2. A. (1919) 2 88 ff.

132) Science et Technique en droit privé positif, 2. Teil: Élaboration scientifique du droit S. 351 ff.

133) Geist des Röm. Rechts II 2 (4. A. 1883) S. 358 ff., 370, 388.

134) Zur Lehre v. d. Rechtsquellen, 1872 S. 67.

135) Urteile des Reichsgerichts usw., 1883, S. 11, 14.

gestellte gemeinrechtliche Wissenschaft am Ende des 19. Jh. die „Natur der Sache" überwiegend abgelehnt hat.[136])

Es muß daher auffallen, daß die Motive zum 1. Entw. des BGB. (**1** 17) sie noch, neben der Analogie, als Rechtsquelle erwähnen.

Die neuere deutsche Rechtswissenschaft gebraucht, mit dem Wiedererwachen naturrechtlicher Tendenzen, den Ausdruck wieder häufiger.

So nennt E. Zitelmann[137]) die „Natur der Sache" als Rechtsquelle sowohl zur Findung von Entscheidungen wie von Rechtsnormen, und nicht nur zur Ausfüllung von Lücken, sondern sogar zur Abänderung von Rechtsnormen. So hat er das allgemeine Prinzip, von dem er die Sätze des internationalen Privatrechts ableitet, aus der „Natur der Sache" gewonnen.[138])

L. Brütt[139]) rechnet die Natur der Sache „zu den klarsten und unzweideutigsten Begriffen der modernen Jurisprudenz".[140])

Auch z. B. H. Reichel[141]) tritt für die „Natur der Sache" als Rechtsquelle ein, und zwar bewußt im Sinne des rationalistischen Naturrechts[142]). Ebenso K. Cosack[143]).

Endlich sei noch erwähnt, daß A. Reinach[144]) die

---

136) Vgl. Windscheid, Pandekten 7. A. (1891) S. 56 Anm. 8, S. 58 Anm. 1a, der sie als „einen mit Recht verschrieenen Ausdruck" bezeichnet hat; O. Gierke, Deutsches Privatrecht, **1** (1895) 182; Bierling, Kritik der jur. Grundbegriffe, **1** (1877) 100 ff.; Bergbohm, Jurisprud. u. Rechtsphil. (1892) S. 353. Eine Ausnahme machten Dernburg, Pand. 3. A. **1** (1892) S. 87; Regelsberger, Pand. (1893) S. 68.

137) Intern. Privatrecht **1** (1897) 4 ff.

138) A. a. O. S. 76.

139) Kunst der Rechtsanw. S. 159.

140) M. Rümelin, A. f. ziv. Pr. N. F. **2** (1924) 171 erklärt sie dagegen für einen „unklaren Begriff".

141) Gesetz u. Richterspruch, 1915 S. 105 ff.

142) A. a. O. S. 98.

143) Bürg. Recht, 8. A. (1927) S. 7.

144) Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts, Jahrb. f. Philos. u. phänomen. Forschung, **1** (1913) 685 ff. (auch als S.A. erschienen).

„Natur der Sache" als Ausdruck des Gedankens auffaßt, daß von allen rechtlichen Gebilden (Rechtssätzen wie ihren Elementen, den Rechtsbegriffen) apriorische Gesetze gälten, die man durch Vertiefung in das „Wesen" der rechtlichen Gebilde „erschauen" könne, eine Lehre, über die an anderer Stelle gehandelt worden ist (S. 43 ff.).

Zu der „Natur der Sache" ist folgendes zu sagen:

Wie schon die kurze Übersicht zeigt, bezeichnet der Ausdruck „Natur der Sache" keinen festen Begriff, nicht einmal eine bestimmte Vorstellung.

Der Grund, weshalb das nicht möglich ist, liegt auch hier in dem Mangel der Unterscheidung zwischen Rechtsnorm und Entscheidung.

Wie schon jetzt deutlich sein dürfte, jedenfalls später ganz klar werden wird, lassen sich Rechtsnormen nicht a priori gewinnen. Wo dies den Anschein haben sollte, liegt ein Mangel der Beobachtung vor. Rechtsnormen lassen sich nicht „erschauen", auch nicht ihre „Gesetzmäßigkeiten" — „Gesetze" über Rechtsnormen könnten selbst wieder nur Rechtsnormen sein —, sondern nur aus Entscheidungen ableiten.

Es gibt also keine „Natur der Sache", aus der sich Rechtsnormen gewinnen ließen.

Anders liegt es für die Entscheidungen. Hier ist allerdings ein Apriori ihre Quelle — aber dieses Apriori sind das Rechtsgefühl und das Nützlichkeitsgefühl, und es ist nicht einzusehen, was neben ihnen noch die „Natur der Sache" bedeuten sollte.

Im Grunde gibt Adickes das auch selbst zu, wenn er sagt[145]), daß die „Natur der Sache" nur die Gesamtheit der äußeren Verhältnisse und Umstände bezeichne, aus denen heraus die „subjektive Vernunft" die Rechtssätze — richtig müßte es heißen: die Entscheidung des Falles — zu finden habe. Was hier als „subjektive Vernunft" bezeichnet wird, ist nichts anderes als Rechtsgefühl und praktische Vernunft.

Auch Reichel erklärt zum Schluß[146]), die „Natur der

[145]) A. a. O. S. 22.

[146]) A. a. O. S. 110.

Sache" sei „nichts anderes, als das . . . derzeit Richtige, Gerechte, Kulturgemäße, Heilsame".

2. Abschnitt.

Die Quellen der Entscheidung.

1. Vorbemerkung.

Wie im 1. Abschnitt unter 2 dargelegt worden ist, ist die Entscheidung ein Akt des Wollens auf der Grundlage eines Wertfühlens. Die Entscheidung hat als Vorstellung der Ordnung des Einzelfalles zwei Komponenten: eine Bildkomponente, die Vorstellung eines bestimmten Verhaltens der Beteiligten, und eine Wertkomponente.[1])

Die Bildkomponente ist bei den Entscheidungen fast ausnahmslos auf ein sehr einfaches Schema zurückzuführen. Es handelt sich um Typen einfacher Leistungen, die von der Entscheidung dem einen oder anderen Teile vorgeschrieben werden: ein Unterlassen, ein Dulden, ein bestimmtes Tun. Dagegen kommen verwickelte Komplexe ineinander verwobener Leistungen als Inhalte richterlicher Entscheidungen so gut wie niemals, und als Inhalte anderer Entscheidungen nur sehr ausnahmsweise vor.

Keine eigentliche Ausnahme bilden die vertragsmäßigen Regelungen; denn wenn sich hier auch oft sehr komplexe Regelungen finden, so sind es doch fast nie Entscheidungen, sondern fast immer Normsetzungen. Wie denn überhaupt die Verträge regelmäßig nur Normen und nicht Entscheidungen zum Inhalt haben[2]).

[1]) Oben S. 56 ff., 67 ff. Vgl. hierzu M. Scheler, Formalismus S. 29 ff.

[2]) Das wird häufig übersehen, so z. B. von G. Husserl in

Wie groß die Scheu richterlicher Entscheidungen ist, in ihrem Inhalt über das einfache Schema hinauszugehen, zeigt sich in den Fällen, in denen das einfache Schema nicht recht der Sachlage angemessen ist, weil hier zugleich die Setzung von Normen in Frage kommt, z. B. in den richterlichen Entscheidungen betreffend die Erteilung einer Zwangslizenz auf Grund § 11 PatGes.

Hier könnte der Richter — und es wäre vielfach angebracht — einen etwas eingehenderen Lizenzvertrag zum Inhalt der Entscheidung machen. Obwohl reichlich Vorbilder für einen solchen in den privaten Lizenzverträgen vorhanden sind, vermeidet das Urteil dies und begnügt sich in der Praxis meist mit der bloßen Festsetzung der Lizenzgebühr.

Die gleiche Scheu zeigt sich z. B. in den Fällen, in denen für den Reichswirtschaftsminister Anlaß zur Bildung eines Zwangssyndikats, also eines Normenkomplexes, vorliegt. Auch hierfür liegen Muster in den Syndikatsverträgen der freiwilligen Verbände vor. In der Praxis ist aber — wesentlich aus dieser Scheu heraus — bisher noch niemals von der Befugnis zur Errichtung eines Zwangssyndikats Gebrauch gemacht, sondern das Ziel stets durch mittelbaren Druck zur Gründung eines „freiwilligen" Syndikats erreicht worden.

Es erscheint daher berechtigt, wenn im nachfolgenden von der Bildkomponente der Entscheidung abgesehen, und als Quellen der Entscheidung nur die Quellen ihrer Wertkomponente behandelt werden, also, nach den Ausführungen des 1. Abschnitts, nur das Rechtsgefühl und die „praktische Vernunft".

Da ziemlich allgemein auch die Logik als Quelle der

---

seinen Ausführungen über die „Zeugung konkreten Rechtes durch vertraglich sich vergemeinschaftende Individuen" (Rechtskraft u. Rechtsgeltung, 1925 S. 58 ff.). Bei den Normsetzungen liegt die Schwierigkeit übrigens regelmäßig nicht in der Bestimmung der Rechtsfolge, sondern in der Formulierung des Tatbestandes und der Verknüpfung von Tatbestand und Folge.

Entscheidung betrachtet wird, so soll diese Frage am Schluß ebenfalls erörtert werden.

Nach dem hier geübten Sprachgebrauch (oben S. 83) sind also das Rechtsgefühl und die praktische Vernunft als „Rechtsquellen" zu bezeichnen.

Für die herrschende Auffassung des Rechts ist die Frage nach seinen Quellen so gut wie unlösbar. Solange unter „Recht" Rechtsnormen und Entscheidungen ununterschieden zusammengefaßt oder sogar die Rechtsnormen allein darunter verstanden werden, ist der Weg zur richtigen Beantwortung der Frage verbaut.

Das zeigt schon ein Blick auf die Literatur.

Die herkömmliche Auffassung bezeichnet als „Quellen des Rechts" die Rechtsnormen, worunter übereinstimmend Gesetz und Gewohnheitsrecht verstanden werden, während über die Frage, ob auch Gerichtsgebrauch und freie Forschung eigentliche Rechtsquellen sind, die Ansichten geteilt sind.

Diese Ausdrucksweise widerspricht der sonst herrschenden Terminologie, wonach „Recht" der Inbegriff der Rechtsnormen sei; denn dann wären die Rechtsnormen Quellen ihrer selbst. Sie zeigt nur die Unklarheit der Terminologie.

Im übrigen erhöbe sich nunmehr wieder die Frage nach der Quelle der Rechtsnormen.

Auch über diese Frage hat man sich nicht einigen können.

Das ältere Naturrecht nannte als Quelle der Rechtsnormen „Gott", das rationale Naturrecht der Aufklärung die „Vernunft", die historische Rechtsschule den „Volksgeist"; die heute vorwiegende Auffassung sieht als Quelle der Rechtsnormen den Staat an.

Es ist klar, daß bei dieser Fragestellung mit dem R e c h t s g e f ü h l nicht recht etwas anzufangen ist. Man kann das Rechtsgefühl nicht als unmittelbare Quelle der Rechtsnormen ausgeben, und so wird — sofern nicht, wie häufig, das Rechtsgefühl lediglich als E r z e u g n i s d e r

Rechtsnormen hingestellt wird[3]) — ihm nur die Aufgabe zugestanden, die Lücken der Rechtsnormen auszufüllen[4]).

Die nachfolgenden Untersuchungen stellen die Frage je für Entscheidungen und Rechtsnormen getrennt; der gegenwärtige (2.) Abschnitt dieses Kapitels behandelt die Quellen der Entscheidungen, das folgende (3.) Kapitel die Quellen der Rechtsnormen.

2. Das Rechtsgefühl.

„Daran erkenn' ich den gelehrten Herrn,
Was ihr nicht tastet, steht euch meilenfern,
Was ihr nicht faßt, das fehlt euch ganz und gar,
Was ihr nicht rechnet, glaubt ihr, sei nicht wahr,
Was ihr nicht wägt, hat für euch kein Gewicht,
Was ihr nicht münzt, das, meint ihr, gelte nicht."
(Faust II 1)

1.

Zunächst sei damit begonnen, die Terminologie klarzustellen. In der Literatur finden sich die Ausdrücke: Rechtstrieb, Rechtsinstinkt, Rechtsüberzeugung, Rechtsbewußtsein, Rechtsgefühl, Rechtsempfinden mehr oder weniger im gleichen Sinne.

Eine begriffliche Abgrenzung zwischen ihnen ist aus bekannten Gründen (oben S. 56) unmöglich, um so mehr ist es erforderlich, sich über den Sprachgebrauch zu verständigen.

Der Ausdruck „Rechtstrieb"[5]) erscheint selten, er ist

[3]) Jhering, Zweck i. Recht, Vorr. z. 1. Aufl. (1877) Bd. 1 S. XIII; H. Maier, Psychol. d. emot. Denk. S. 728, 731; E. Fuchs, Jur. Kulturkampf S. 46; Ph. Heck, Problem d. Rechtsgewinnung S. 9.

[4]) Vgl. Riezler, Rechtsgefühl S. 123; Jung, Problem des natürl. Rechts, 1912, S. 31 ff.

[5]) K. Gareis, Vom Begriff Gerechtigkeit, 1907 S. 7; A. Sturm, Die psychol. Grundlage des Rechts, 1910 S. 133. Sturm setzt den Rechtstrieb nur in Beziehung zu den Normen, nicht den Entscheidungen, und versteht unter ihm den Trieb zum Gehorsam gegen die Gesetze.

auch zu unbestimmt, um sich einer allgemeinen Verwendung zu empfehlen.

Der Ausdruck „Rechtsinstinkt" begegnet dem Bedenken, daß wir von „Instinkt" nur als von einem Handeln des eigenen Körpers, nicht bei der Bildung von Vorstellungen sprechen.

Die historische Schule sprach von der „Rechtsüberzeugung" i. S. einer allgemeinen Rechtsüberzeugung. Der Ausdruck bedeutete hier nicht nur die Quelle des Rechts, also für die historische Schule den „Volksgeist", sondern auch das Erzeugnis, die vom Volksgeist gebildete Rechtsüberzeugung i. S. von Rechtsnormen.

In einem anderen Sinne hat Fr. Adickes[6]) das Wort verwendet, nämlich als subjektive Vernunft des einzelnen, also als individuelle Rechtsüberzeugung, die er als Rechtsquelle betrachtet; in diesem Sinne bezeichnet das Wort nichts anderes als das Rechtsgefühl, welch letzterer Ausdruck denn auch gelegentlich von ihm verwendet wird[7]).

Der Ausdruck „Rechtsempfinden" wird regelmäßig als völlig synonym mit „Rechtsgefühl" gebraucht.

Zwischen „Rechtsbewußtsein" und „Rechtsgefühl" wird der Unterschied angenommen, daß das „Rechtsbewußtsein" eine klare Vorstellung der Rechtsordnung als solcher enthalte, während das „Rechtsgefühl" nur ein unklares Gefühl sei.[8])

Es ist begreiflich, daß die herrschende Auffassung, der das Recht nur der Inbegriff der Normen ist, ein so ver-

[6]) Franz Adickes, Zur Lehre v. d. Rechtsquellen, 1872 S. 6 ff.

[7]) A. a. O. z. B. S. 48. Richard Loening, Über Wurzel u. Wesen des Rechts (1907) S. 26 nennt das Rechtsgefühl dann „Rechtsüberzeugung", wenn es die unmittelbare Gewißheit seiner Wahrheit gibt. F. Klein, Die psych. Quellen d. Rechtsgehorsams, 1912 S. 38, ist der Ansicht, daß Rechtsbewußtsein und Rechtsüberzeugung die subjektive Wahrheit einer Rechtsbehauptung bejahen und „ohne alles Rechtsgefühl auftreten könne".

[8]) E. Huber, Recht u. Rechtsverwirklichung S. 378; an anderer Stelle (S. 253) wird in dem Rechtsbewußtsein „nur die Fähigkeit, sich der rechtlichen Ordnung zu unterstellen" gesehen. Ferner: R. Loening a. a. O. S. 26; M. Rümelin, Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein S. 23. Abw. F. Klein (Anm. 2).

standenes „Rechtsbewußtsein" vor dem Rechtsgefühl bevorzugt; dem ersteren können rationale Elemente wenigstens beigemengt gedacht werden, dem Rechtsgefühl nicht.

Für die Untersuchung, die lediglich die Frage nach den Quellen der Entscheidungen stellt, ist umgekehrt aus demselben Grunde das „Rechtsbewußtsein" im obigen Sinne nicht verwendbar, wie sich aus den Ausführungen des 1. Abschnittes ohne weiteres ergibt.

2.

Alle Untersuchungen des Rechtsgefühls haben mit der Schwierigkeit zu kämpfen — wie sich schon aus den Erörterungen über die Terminologie (S. 85) ergab —, welche die Sprache ihnen entgegensetzt.

Die Sprache, mag sie ursprünglich auch mit Begehrungssätzen begonnen haben, ist später von dem rationalen Denken ausgebildet worden.[9]) Das trifft natürlich in erhöhtem Maße für die wissenschaftliche Sprache zu. Das Gefühl hat keine entwickelte Sprache, d. h. Wortsprache.[10]) Diese Alleinherrschaft des logischen und begrifflichen Denkens in der Sprache ist daher für die Untersuchung des Emotionalen, wenn auch sicherlich kein absolutes Hindernis, so doch ein schwerwiegendes Hemmnis. Nur für rationalisierte Empfindungen hat die Sprache ein Wort.

Das gilt nicht allein für emotionale Bewußtseinsvorgänge und -zuständlichkeiten, sondern auch für nicht-intellektuelle Erkenntnisakte. Denn die vom Intellekt ausgebildete Sprache hat nur Ausdrücke für seine Kategorien. Für die

---

[9]) H. Cohen, Ethik d. reinen Willens S. 193 ff.

[10]) Vgl. H. Maier, Psychol. d. emotion. Denkens S. 23, 356; R. Müller-Freienfels, Irrationalismus, 1922 S. 127; Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914 S. 70; Bergson, Évolution créatrice, 26. A. S. 182.

zweite Erkenntnisart, die intuitive, hat die Sprache keine adäquaten Bezeichnungen[11]).

Sie muß sich daher der Bilder und Vergleiche bedienen. Jeder „Ausdruck" macht aus dem „Sinn" einen „Begriff".[12])

Dazu kommt noch die auch schon für die Inhalte des rationalen Denkens zu beobachtende Unzuverlässigkeit der Sprache. Die Worte sind elastisch, sie passen sich verschiedenen Vorstellungen an und lassen so unter derselben Hülle verschiedene Gedanken zu.[13])

Es ist daher ein unmögliches, und somit unberechtigtes Verlangen, daß, wer sich für das Rechtsgefühl einsetze, zunächst eine „klare Grundlegung dieses Begriffes" geben müsse.[14]) Auf ein solches Verlangen geben die Zeilen Antwort, die diesem Abschnitt als Motto vorangesetzt wurden.

Die bisherigen Untersuchungen, die dem Rechtsgefühl gewidmet sind, haben aber noch einer zweiten Schwierigkeit gegenübergestanden und sind an dieser Schwierigkeit gescheitert, nämlich an der Auffassung des Rechts als eines Normenkomplexes.

Stellt man von dieser Auffassung aus die Frage nach dem Verhältnis des Rechtsgefühls zum „Recht", so kann man keine zutreffende Antwort finden.

Die Rechtsnormen sind aus den Entscheidungen abstrahiert, d. h. durch eine rein rationale Denktätigkeit gewonnen. Das Rechtsgefühl ist also nicht die unmittelbare Quelle der Rechtsnormen. Nur mittelbar könnte es als Quelle be-

---

[11]) Vgl. Roman Ingarden, Intuition u. Intellekt bei Henri Bergson, Jahrb. f. Philosophie u. phänom. Forschung, 5. Bd. (1922) S. 297 ff., 383 Anm. 2, 395.

[12]) Vgl. E. Husserl, Ideen usw. S. 256 ff.

[13]) Geny, Science et Technique en droit privé positif, 1 (2. A.) 151. Vgl. hierzu auch Karl Vossler, Grenzen der Sprachsoziologie, in der Erinnerungsgabe f. Max Weber, 1923, 1 367 ff.

[14]) So Landgerichtsrat Bode, Gesetz oder Rechtsgefühl als Grundlage eines Richterspruchs? Deutsche Richter-Zeitung 17 (1925) 150. Ähnlich die Forderung von Wielikowski, daß man, wenn man mit dem Rechtsgefühl operieren wolle, zunächst seinen „Begriff" analysiert haben müsse; unten S. 92 Anm. 18.

zeichnet werden, insofern es bei den Entscheidungen mitgewirkt hat, entweder allein oder zusammen mit der „praktischen Vernunft". Indessen dieser entfernte Zusammenhang berechtigt nicht dazu, das Rechtsgefühl als „Quelle" der Rechtsnormen zu betrachten. Übrigens wird nicht einmal dies Verhältnis von Norm und Entscheidung von der herrschenden Auffassung anerkannt. Sie faßt es vielmehr gerade umgekehrt auf, indem sie die Entscheidungen als aus den Normen abgeleitet ansieht.

Eine Betrachtung der beiden jüngsten Monographien über das Rechtsgefühl wird das Gesagte bestätigen.[14a])

In der Schrift von Riezler[15]) wird der Kampf gegen die zuletzt erwähnte Schwierigkeit besonders deutlich. Er hat zwar gesehen, daß das Rechtsgefühl sich nur am einzelnen Falle orientieren kann.[16]) Aber diese Einsicht hilft ihm nicht, da seine Grundanschauung ihn lediglich die Frage nach dem Verhältnis des Rechtsgefühls zu den Normen stellen läßt. So unterscheidet er denn drei Arten des Rechtsgefühls (S. 6 ff.):

1. das Gefühl für das, was geltendes Recht (= Rechtsnorm) ist, für seine „richtige" Anwendung (juristischer Takt), wobei das Hauptgewicht auf dem intellektuellen Moment liege;
2. das Gefühl für das, was geltendes Recht (= Rechtsnorm) sein sollte; aus ihm entspringe die Kritik des geltenden Rechts;

[14a]) Aus der älteren Literatur werden vielfach noch die Ausführungen Franz Kleins über das Rechtsgefühl (S. 37 ff.) seiner Schrift „Die psychischen Quellen des Rechtsgehorsams u. der Rechtsgeltung", 1912) angezogen. Indessen tragen sie zur Einsicht in sein Wesen nichts bei. Das Rechtsgefühl ist für ihn nicht ein intentionales Fühlen, ein Wertfühlen, sondern ein Affekt, ähnlich Zorn, Entrüstung, Ärger, also ein Gefühl „über etwas". Da er das Recht nur als Inbegriff der positiven Normen betrachtete, so erscheint ihm selbstverständlich das Rechtsgefühl nicht als Rechtsquelle (S. 44).

[15]) Das Rechtsgefühl, 1921.

[16]) A. a. O. S. 87: „Das Rechtsideal strebt nach Typisierung und Generalisierung, das Rechtsgefühl nach Individualisierung."

3. das Gefühl der abstrakten Achtung vor dem geltenden Recht, der Befriedigung über seine Durchsetzung, auch ohne Kenntnis seines Inhalts (Gerechtigkeitsliebe).

Daß die erste Art des Rechtsgefühls nicht mit dem Gefühl identisch ist, das hier als Rechtsgefühl bezeichnet wird und das ein reines Gefühl ist, ergibt sich daraus, daß Riezler dem verstandesmäßigen Denken den Hauptanteil an dieser Art Rechtsgefühl zuweist. Es ergibt sich auch aus seinen späteren Ausführungen (S. 77), wonach dies Rechtsgefühl Beachtung der positiven Rechtsnormen fordere.

Die dritte Art Rechtsgefühl, die ein Abstraktum zum Gegenstand hat, scheidet selbstverständlich aus.

Es bliebe nur die zweite; aber auch diese Art Rechtsgefühl ist am positiven Recht (= Rechtsnorm) orientiert und will es nur verbessern.

Daß Riezler dasjenige, was hier als Rechtsgefühl erscheint, unter keiner seiner drei Arten mitbegreifen will, ergibt sich ganz klar aus seiner Stellung zu der Frage, ob das Rechtsgefühl angeboren sei.

Er verneint diese Frage (S. 38 ff.). Das Rechtsgefühl entstehe allmählich aus Vorstellungen, die erst durch die Lebenserfahrung erworben würden.

Demgegenüber kann nur auf das bestimmteste betont werden, daß das Rechtsgefühl in dem hier gemeinten Sinne genau ebenso angeboren ist, wie das sittliche Gefühl, von dem noch niemand gewagt hat, dies zu bestreiten; beide stammen aus der gleichen Wurzel, dem Zentrum der sittlichen Persönlichkeit; im Grunde sind sie wesenseins, und die Unterscheidung, die zwischen beiden gemacht wird, ist keine Unterscheidung ihres Wesens, sondern nur eine solche ihres Wirkens: sittliches Gefühl nennen wir das Gefühl, insofern es sich auf das innere Leben der Menschen richtet, und auf die Gesinnung, aus der ihre äußeren Handlungen entspringen; Rechtsgefühl, insofern es auf die äußeren Handlungen des Menschen gerichtet ist (vgl. oben S. 15).

Die zuletzt erschienene Arbeit ist eine Kanzlerrede von Max Rümelin[17]). Während bei Riezler noch die Erkenntnis der wahren Bedeutung des Rechtsgefühls durchschimmert, ist bei Rümelin hiervon wenig zu bemerken; daher lehnt er auch (S. 55 Anm. 3) den Satz Riezler's ab, das Rechtsgefühl dränge nach Individualisierung.

Darüber, was Rümelin unter Rechtsgefühl eigentlich versteht und welche Bedeutung er ihm zumißt, ist aus seinen Darlegungen keine Klarheit zu gewinnen.

Er geht von einem „Ordnungstrieb" aus, den er als eine Willensrichtung definiert, die zwischen den verschiedenen anderen Trieben, den egoistischen und den altruistischen, einen Ausgleich herstellen wolle. Dieser „Ordnungstrieb" wirke innerlich als Gewissen, auf das äußere Handeln bezogen als Rechtsgefühl, das die Rechtsidee hervorbringe und den Menschen veranlasse, Zwangsorganisationen zu schaffen und sich solchen zu unterwerfen (S. 30).

Hier betrachtet also Rümelin das Rechtsgefühl als „eines Stammes mit dem Gewissen" und als Quelle der Rechtsidee und der Rechtsorganisationen (d. h. also auch der Rechtsnormen).

Wird hier das Rechtsgefühl als „Zweig" des Ordnungstriebes (neben dem anderen „Zweige", dem Gewissen) aufgefaßt, so wird etwas später (S. 35) davon gesprochen, daß der Ordnungstrieb „das im Rechtsgefühl enthaltene, ihm charakteristische Willensmoment" sei.

Die Unklarheit dieser Vorstellungen, wonach das Rechtsgefühl bald ein „Zweig" des Ordnungstriebes, bald der Ordnungstrieb in ihm als „Willensmoment" enthalten sein soll, ist aber nicht die einzige.

Im Widerspruch mit der Auffassung, wonach Rechtsgefühl und Gewissen „eines Stammes" sein sollen, wird kurz vorher (S. 25 ff.) entschieden bestritten, daß es ein angeborenes Rechtsgefühl gebe. Die Annahme eines

[17]) Rechtsgefühl u. Rechtsbewußtsein, 1925. Vgl. auch den vorhergehenden Aufsatz Rümelins, Gesetz, Rechtsprechung u. Volksbetätigung auf d. Gebiet des Privatrechts, A. f. ziv. Pr. N. F. 2 (1924) 294 ff.

solchen seelischen Vermögens enthalte „nichts weiter als eine völlig willkürliche und unfruchtbare Konstruktion".

Während auf S. 30 dem Rechtsgefühl noch die Funktion zugeschrieben wurde, Zwangsorganisationen im Dienste der Rechtsidee zu schaffen, endet die Untersuchung Rümelins (S. 76 ff.) damit, dem Rechtsgefühl nur mehr die Funktion zuzuschreiben, den Richter zu veranlassen, sich in die Leiden und Freuden aller Beteiligten, ihre Interessen und Motive einzufühlen, bevor er das Urteil auf Grund seiner Rechtskenntnis spreche.

Als Quelle des Rechts (i. S. v. Rechtsnorm) lehnt Rümelin das Rechtsgefühl ab, erkennt er dagegen das Rechtsbewußtsein an, das sich vom Rechtsgefühl durch die Betonung des rationalen, logischen Elements unterscheide (S. 22, 24).

Wenn auch keine Klarheit darüber zu gewinnen ist, was Rümelin positiv unter dem Rechtsgefühl versteht, so ist negativ jedenfalls klar, daß auch bei ihm der durch die Rechtsnormen gefesselte Blick die Bedeutung des Rechtsgefühls (als reinen Gefühls) für die Entscheidungen nicht zu sehen vermag.

Bezeichnend dafür, wie schwer es für den im rationalen Denken erzogenen Juristen wird, den emotionalen Denkakten gerecht zu werden,[18]) sind ferner die Ausführungen

[18]) Als weiteres Beispiel seien die Ausführungen von Wielikowski, Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie (1914) S. 106 ff. herangezogen. Er wirft Berolzheimer vor, er habe (System der Rechts- u. Wirtschaftsphilos., 1906, 3. Bd. S. 55 ff., 85 ff.) mit dem Begriff des Rechtsgefühls operiert, „ohne ihn analytisch aufgelöst zu haben". Der Verstand ist für die Werte blind, sie werden nur vom Gefühl erfaßt, und auch die Gefühle sind für den Verstand nicht erfaßbar. Wie kann man da fordern, daß das Gefühl — auf seinem eigensten Gebiet — nur berücksichtigt werde, nachdem es zuvor vom Verstand „analysiert" worden sei. Das Rechtsgefühl, als unmittelbar auf Werte und auf Handlungen und Zuständlichkeiten als Träger von Werten gerichtet, läßt sich in seiner Wesenheit nur erschaubar machen, nicht definierbar, so wenig wie z. B. Haß und Liebe. Vgl. dazu auch H. Bergson, Évolution créatrice S. 182; Max Scheler, Formalismus in der Ethik S. 59,

über das Rechtsgefühl, die ein so freier Geist wie Hans Reichel in seiner Studie über die Einleitungsartikel des Schweizerischen ZGB. gemacht hat.[19])

Er bestreitet, daß das Rechtsgefühl die Entscheidung finden könne[20]). Vielmehr müsse der Richter, sofern eine Norm des Gesetzes oder Gewohnheitsrechts vorliege, diese „anwenden", d. h. als Obersatz des Syllogismus, der die Entscheidung als Schluß ergebe, zugrunde legen; sei eine solche Norm nicht vorhanden, so müsse der Richter „der Entscheidung diejenige allgemeine Norm zugrunde legen, die für den als typisch gedachten Fall als die typisch gerechte Regelung erkannt wird. Diese Norm bildet den Obersatz, unter den der Einzelfall subsumiert wird". Die Feststellung der gerechten Norm trete vielfach als Schlußfolgerung aus Prämissen auf, die nicht ins klare Bewußtsein getreten sind. „Dies unterbewußte Moment bezeichnet man dann als Gefühl."

Für Reichel ist also das Rechtsgefühl nichts anderes als die im Unterbewußtsein vorhandene Rechtsnorm, die für „den als typisch gedachten Fall als typisch gerechte Regelung erkannt" ist.

Das ist nun zunächst eine ganz zweifellose Fiktion. Es sei an die früher (S. 62 ff.) mitgeteilten Zeugnisse vieler Juristen erinnert, denen ich die eigene Selbstbeobachtung hinzufügen kann. In allen Fällen, in denen die Entscheidung zu finden ist, tritt niemals etwas anderes als die konkrete Regelung des konkreten Falles in das Bewußtsein, und wenn aus dieser Regelung eine Norm abzuleiten ist, so erfordert dies erst einen weiteren und — was wichtiger ist — einen späteren Denkakt, der ganz anders-

64 ff., 260 ff.; ferner Scheler, Wesen u. Formen der Sympathie (2. A. der Phänomenologie der Sympathiegefühle) 1923 S. 171 ff., 176.

[19]) Festgabe f. Stammler, 1926 S. 334 ff. (S. 54 des Sonder-Abdrucks).

[20]) Um Mißverständnisse zu vermeiden: auch hier wird nicht behauptet, daß das Rechtsgefühl immer die Entscheidung finde; vielmehr tut es häufig die „praktische Vernunft", meist eine Verbindung von ihr und dem Rechtsgefühl. Vgl. oben S. 5. Das meint aber Reichel nicht.

artige geistige Kräfte beansprucht, als das Finden der Entscheidung.

Betrachtet man sodann die „allgemeine" Norm Reichels näher, so erhebt sich die Frage: woher entnimmt denn der Entscheidende diese allgemeine Norm? Ihr Inhalt soll der sein, daß der „als typisch gedachte Fall die typisch gerechte Regelung" erhält.

Woher ergibt sich diese Regelung? Welche geistigen Kräfte lassen sie den Richter finden?

Reichel gibt hierauf keine Antwort.

Den Inhalt dieser Regelung kann nur das Rechtsgefühl geben. Aber auch das wäre noch falsch und unklar gedacht: nicht erst für den „als typisch gedachten" Fall, sondern, gerade umgekehrt, für den konkreten Einzelfall, auf den das Rechtsgefühl allein anspricht, wird die Regelung gefunden, während erst aus einer Reihe von Einzelfällen der „Typus" durch die Arbeit des Verstandes abstrahiert wird.

Übrigens lassen die Ausführungen von Reichel erkennen, daß er Rechtsgefühl und Intuition als eines und dasselbe betrachtet, wie sich aus seinem Vergleich mit der Diagnose des Arztes ergibt, die nicht „erfühlt", sondern nur „erfolgert" werden könne.

Die Ablehnung des Rechtsgefühls als bloßen Gefühls durch Reichel erklärt sich daraus, daß er an eine Entscheidung denkt, die ausschließlich auf dem Gefühl beruht. Eine solche Rechtsprechung wäre natürlich unerträglich.[21])

Vielmehr muß die durch das Rechtsgefühl gefundene Entscheidung noch der Kontrolle durch die Normen unter-

---

[21]) Vgl. dazu auch R. Stammler, Richt. Recht S. 162; L. Brütt, Kunst der Rechtsanwendung, 1907 S. 101 ff. („Die Gefühlsjurisprudenz usw."); Berolzheimer, Die Gefahren einer Gefühlsjurisprudenz (1911) S. 19. Vgl. auch H. Reichel in Gruchots Beiträgen N. F. 7 (1928) S. 58.

Der Richter Magnaud ist, glücklicherweise für Frankreich, ein völlig vereinzeltes Phänomen geblieben; vgl. Geny, Une passade de jurisprudence; le „phénomène Magnaud" in der 2. Aufl. der Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 1919, Bd. 2 S. 287 ff.; kürzer in Science et technique, 1914 1. Bd. S. 33.

zogen und an der Hand der Normen gegebenenfalls berichtigt werden. Im einzelnen muß hier auf den 3. Abschn. dieses Kapitels Bezug genommen werden.

Die Ablehnung Reichels ist also nur für die unkontrollierte Gefühlsjustiz begründet. Dagegen wird die an der Hand der Normen kontrollierte, auf dem Rechtsgefühl und der praktischen Vernunft gründende Rechtsfindung von seinem Vorwurf nicht getroffen.

3.

Daß dem Rechtsgefühl die Funktion als Rechts- d. h. Entscheidungsquelle auf dem Gebiet der nationalen Rechtsordnungen bestritten worden ist, läßt sich aus der überragenden Bedeutung verstehen, welche die Rechtsnormen auf diesem Gebiet besitzen; für die Entstehung der Normen ist das Rechtsgefühl keine unmittelbare, sondern nur mittelbare Quelle.

Viel weniger ist es zu begreifen, daß auf dem Gebiet des internationalen Rechts, d. h. des Völkerrechts, die Funktion des Rechtsgefühls als Rechtsquelle ernstlich in Abrede gestellt worden ist.[22]) Der Grund ist auch hier der gleiche gewesen wie für die nationalen Rechte: die ausschließliche Einstellung des Blicks auf die Rechtsnormen.[23]) Aber auf dem Gebiet des Völkerrechts spielen die Rechtsnormen nicht die gleiche Rolle wie für die nationalen Rechte. Es fehlt hier bisher der Normgeber. An seiner Stelle kommen nur internationale Vereinbarungen in Betracht. Aber sie sind

[22]) Vgl. z. B. Triepel, Völkerrecht und Landesrecht, 1899 S. 30; A. Verdross, Grundlagen u. Grundlegungen des Völkerrechts, Zsch. f. int. Recht, **29** (1921) 77 ff.; J. L. Kunz, Art. Landesrecht u. Völkerrecht im Wörterbuch des Völkerrechts, 1. Bd. (1924) S. 794.

[23]) Triepel a. a. O. S. 28; bei Verdross und Kunz ergibt sich das aus der Kelsenschen Grundanschauung, von der beide ausgehen.

im Verhältnis zu selten, als daß die durch sie festgestellten Normen an Zahl und Bedeutung mit den Normen der nationalen Rechte verglichen werden könnten.

Hier fehlen daher dem Dogma von der Ableitung der Entscheidungen aus den Rechtsnormen vielfach die tatsächlichen Voraussetzungen.

Das moderne Völkerrecht kennt eine nicht ganz geringe Anzahl von Entscheidungen, aus denen erst hinterher Rechtsnormen abgeleitet worden sind. So hat jede der bekannten völkerrechtlichen Entscheidungen des 19. Jh. — z. B. im Alabama-Fall, im Behringsmeer-Streit, im Fall des „General Armstrong" usw. — eine Norm in das Völkerrecht eingeführt.

Die Quellen dieser Entscheidungen sind keine anderen gewesen als die der Entscheidungen auf dem Gebiet der nationalen Rechte: das Rechtsgefühl und die praktische Vernunft. Auch hier zeigt sich also, daß diese beiden ganz allgemein die Quellen j e d e r Entscheidung sind.

Damit ergibt sich e i n e w i c h t i g e E r k e n n t n i s zunächst für das Völkerrecht, sodann für das Recht überhaupt. Das Völkerrecht entspringt aus den gleichen Quellen wie die nationalen Rechte, es ist des gleichen Ursprungs und also des gleichen Wesens wie sie. Damit ergibt sich die „Einheit des rechtlichen Weltbildes", die bisher vergeblich aufzubauen versucht worden ist, weil und solange man sie auf den Normen aufzubauen versuchte.[24])

4.

Bevor in die Untersuchung des Wesens des Rechtsgefühls eingetreten wird, sei noch eine Bemerkung vorausgeschickt.

Von einem R e c h t s gefühl kann nur gesprochen wer-

[24]) Vgl. dazu die Ausführungen im 3. Abschn. des 4. Kap. unter 1.

den, insofern sich die Menschen in einer irgendwie organisierten Gemeinschaft fühlen; daher sind von dem Rechtsgefühl die Urinstinkte streng zu scheiden, die dem Menschen nicht anders als jedem Tier eigen sind. Insbesondere der Racheinstinkt (Rachetrieb).

Der Rachetrieb ist auch heute noch im Menschen, wenn auch durch die Kultur abgeschwächt, wirksam. Aber er hat mit dem Rechtsgefühl, jedenfalls im heutigen Sinne, nichts zu tun, mag er sich auch gelegentlich oder sogar häufig mit diesem Namen schmücken. Im Gegenteil, das Rechtsgefühl stellt sich dem Racheinstinkt bewußt entgegen.[25]) Die Vermischung beider ist daraus zu erklären, daß eine Vergewaltigung des Rechtsgefühls den Racheinstinkt auslösen kann. In dem Hohen Liede des Rechtsgefühls, Kleist's „Michael Kohlhaas", tritt der Unterschied zwischen dem Rechtsgefühl, das den Schutz der Persönlichkeit wie der Gemeinschaftsgrundlagen und des Verkehrs fordert, und dem Racheinstinkt, der nur die Reaktion auf die einem selbst zugefügte Unbill oder Mitfühlen fremden Rachetriebes ist und Zufügung gleichen Leides fordert, deutlich hervor.

Damit, daß als Voraussetzung der Entstehung des Rechtsgefühls das Leben in einer Gemeinschaft erkannt ist, wird bereits die Richtung seiner Untersuchung gegeben: es handelt sich nicht um ein Gefühl des isolierten Individuums, sondern des Einzelnen als Gliedes einer Gemeinschaft.

---

[25]) Es ist auch nicht zuzugeben, daß sich das Rechtsgefühl aus dem Rachetrieb entwickelt habe, wie E. v. Hartmann, Philos. d. Unbewußten, 1 (12. A. 1925) S. 183 meint. Es hat sich im Gegenteil nur im Kampf gegen ihn durchsetzen können; so finden sich z. B. im Alten Testament neben Aussprüchen, die auf dem Racheinstinkt beruhen (3. Mose 24, 19: „Wer seinen Nächsten verletzt, dem soll man tun, wie er getan hat, Schade um Schade, Auge um Auge, Zahn um Zahn usw."), auch schon Aussprüche seiner Bekämpfung (3. Mose 19, 18: „Du sollst nicht rachgierig sein, noch Zorn halten gegen die Kinder deines Volkes usw."; 5. Mose 32, 35: „Die Rache ist mein, ich will vergelten"; ein Wort, das später oft wiederholt wird; Römer 12, 19; Ebräer 10, 30).

Das ist nun wiederum nicht in dem Sinne zu verstehen, daß der Einzelne nur als Glied der Gemeinschaft — nicht als Individuum — in Betracht käme, daß er, wie es die Auffassung der Hegelschen Philosophie war, nur von der Gemeinschaft Wert und Würde empfinge.

Vielmehr handelt es sich einmal um Bewußtseinserlebnisse des Einzelnen, in denen er sich selbst, sein Ich, erlebt, sowohl seinen Leib wie seine eigene geistige Bewegung,[26]) auf der anderen Seite aber um das Erlebnis der Gemeinschaft, um ein Erlebnisgefüge, dem der Einzelne mit den Genossen zusammen kraft ihrer reziproken Verbundenheit angehört[27]), um eine „Einsfühlung" des eigenen Ichs mit dem Ich der anderen Glieder des geschlossenen Lebenskreises[28]). Auch im letzteren Falle sind zwar dem Einzelnen seine Erlebnisse als solche gegeben, aber erst auf Grund eines besonderen singularisierenden Aktes, „der ihn aus dem Gemeinschaftsganzen gleichsam herausschneidet"[29]).

Aus diesen beiden Wurzeln entsteht das Rechtsgefühl: einmal aus dem Gefühl, welches das individuelle Ich in seiner Besonderung als Träger von Werten erfaßt, dem Individualgefühl, und ferner aus dem Gefühl, das die Gemeinschaft und ihre Beziehungen als Träger von Werten erfühlt, und das als Gemeingefühl bezeichnet werden soll.

Die Frage, ob auch die Gemeinschaft als solche als Sitz eines Rechtsgefühls betrachtet werden kann, wird später (unter Z. 5, S. 112) behandelt werden.

Geschichtlich ist das Gemeingefühl das ältere. Der Mensch, der, soweit die Überlieferung reicht, in einer Gemeinschaft gelebt hat, ist zunächst völlig in ihr aufgegangen und hat also kein individuelles geistiges Leben geführt. Auf dieser ersten Stufe der Entwicklung kann man daher noch

---

[26]) Vgl. Max Scheler, Formalismus in der Ethik S. 431 ff.; Th. Litt, Individuum u. Gemeinschaft 3. A. S. 51 ff.

[27]) Th. Litt a. a. O. S. 234 ff., 379 ff.

[28]) M. Scheler, Wesen u. Formen der Sympathie, 1923 S. 16 ff.

[29]) Scheler, Formalismus S. 549.

nicht von einem Rechtsgefühl im heutigen Sinne sprechen, sondern höchstens von einem Gemeingefühl,[30]) wenn nicht das Gefühl überhaupt nur als „Einsfühlung" mit der Gemeinschaft (unten S. 114) vorhanden war.

Für die Entwicklung des Individualgefühls kommen verschiedene Lebensgebiete in Betracht.

Einmal das Gebiet des religiösen Lebens. Hier hat mit der Begründung des persischen Weltreiches[31]) und der für die unterworfenen Völkerschaften dadurch bedingten Trennung des nationalen Lebens von staatlicher Herrschaft eine innere Umwandlung der orientalischen Religionen begonnen, deren Wesen in der Entwicklung des Individualgefühls und seiner bewußten Gegenüberstellung zum Gemeingefühl, zur Tradition liegt. Für die jüdische Religion beginnt damals die Individualisierung der Ethik; das Gesamtvolk tritt in den Hintergrund; das Verhalten des Einzelnen wird das maßgebende. So entsteht um 170 v. Ch. die „Gemeinde des neuen Bundes"[32]). Die Vollendung dieser Entwicklung, der volle Sieg des Individualgefühls gegenüber dem Gesetz, d. h. der Tradition, verkörpert sich dann in der Lehre Jesu[33]).

Das zweite Gebiet ist das wirtschaftliche. Hier ist es die Entstehung des Individualeigentums aus dem Gemeineigentum, eine Entwicklung, die sich bei den meisten Völkern noch erkennen läßt, mit welcher zugleich die Durch-

---

[30]) Vgl. hierzu die Ausführungen bei M. Scheler, Formalismus S. 540 ff.

[31]) Vgl. Ed. Meyer, Ursprung u. Anfänge des Christentums, 2 (1921) 17 ff.

[32]) Ed. Meyer a. a. O. S. 43 ff. Vgl. auch Ed. Meyer, Geschichte des Altertums, I 1 (4. A. 1921) S. 158.

[33]) Ed. Meyer a. a. O. S. 430 ff. Auf den Zusammenhang dieses Grundgedankens der Lehre Jesu mit der damals herrschenden und gleich zu erwähnenden Lehre der Stoa ist schon hingewiesen worden; vgl. H. Cohen, Ethik des reinen Willens, 3. A. 1921 S. 31 ff.

setzung des Individualgefühls verbunden ist[34]). Im griechischen wie im germanischen Recht zeigt sich die Entwicklung in der Ausbildung des Totenteils, der Mitgabe persönlichen Eigentums ins Grab, der die Anerkennung des Individualeigentums des Verstorbenen über den Tod hinaus bedeutet, und in der mit dem Totenteil zusammenhängenden Entstehung des „Seelgeräts", Stiftungen zum Heil der Seele, die bereits auf individualistischen Anschauungen beruhen.[35])

Der Widerstreit zwischen dem erwachten Individualgefühl und dem alten Gemeingefühl läßt sich schon verhältnismäßig früh nachweisen. In Athen wird das erstere von der Lehre der Sophisten vertreten.[36]) Den Kampf der beiden Gefühlsrichtungen schildert Platon anschaulich im Kriton, wo in Sokrates sein Daimonion das Gemeingefühl siegen läßt.[37]) Noch entschiedener findet das Gemeingefühl seinen Ausdruck in Platons „Republik"[38]). Dagegen hat die spätere stoische Philosophie wieder den Wert der Individualpersönlichkeit in den Vordergrund gestellt[39]); und es ist

---

[34]) Ed. Meyer, Gesch. d. Altertums I 1 (4. A.) S. 48; Max Weber, Agrarverhältnisse im Altertum, Hdwörtb. d. Staatswiss. 3. A. (1909), abgedruckt in Ges. Aufs. z. Sozial- u. Wirtschaftsgesch. 1924 S. 52, 62, 97, 196.

[35]) Für das germanische Recht vgl. H. Brunner, Der Totenteil in german. Rechten, Zsch. d. Savigny-Stiftung, Germ. Abt. 19, 1898 S. 107 ff.; Rietschel, Der Totenteil in germ. Rechten, Zsch. d. Sav.-Stift. Germ. Abt. 32, 1911 S. 297 ff.; Brunner, Das rechtl. Fortleben des Toten bei den Germanen, 1907. Für das griech. Recht vgl. E. F. Bruck, Totenteil und Seelgerät i. griech. Recht, 1926 S. 39, 77, 110, 206.

[36]) Ed. Meyer, Gesch. d. Alt. 1. Bd. 1. Hälfte, 1921 S. 40.

[37]) Vgl. Hegel, Rechtsphilosophie (Ausg. Lasson, 2. A.) S. 231; Windelband, Platon S. 7.

[38]) Windelband, Platon S. 168.

[39]) Windelband, Gesch. d. Philosophie, 12. A. 1928 S. 147; H. Cohen, Ethik d. reinen Willens, 3. A. 1921 S. 31. Für den griechischen Geist ist — namentlich in späterer Zeit — das Fehlen des nationalen Gemeingefühls die auffallendste Erscheinung. Das ist nicht nur daraus zu erklären, daß der griechische Staat sich in der Form der Polis entwickelt hatte. Denn auch Rom ist zunächst ein Stadtstaat gewesen. Vgl. dazu Walter Otto, Kulturgesch. d. Altertums 1925 S. 70 ff.

nicht ohne Bedeutung, daß die Lehre der Stoa die philosophische Grundanschauung der römischen Juristen bildete.

Gemeingefühl und Individualgefühl stellen von da ab in der Geschichte der Kultur des Abendlandes die beiden Pole dar, zwischen denen das Pendel nicht nur der politischen Entwicklung, sondern auch der Rechtsentwicklung ausschlägt.

Beide entsprechen in ihrer Einseitigkeit nicht dem, was wir heute unter dem Rechtsgefühl verstehen. Das letztere ist erst das Ergebnis einer Entwicklung, die zu einer Synthese beider Gefühle geführt hat. Zu einer Synthese — aber nicht in dem Sinne, daß sie zu einer Einheit verschmolzen wären, zu einem einheitlichen Gefühl, als welches das Rechtsgefühl erschiene. Vielmehr bilden die beiden Komponenten dieses Gefühls nach wie vor getrennte Seelen in einer Brust; ihr Einfluß ist zu verschiedenen Zeiten verschieden, so daß in gewissen Perioden das Gemeingefühl, in anderen Perioden das Individualgefühl vorwiegt.

Das Mittelalter hindurch ist im ganzen Abendlande das Gemeingefühl das vorwiegende gewesen. Der Genossenschaftsgedanke beherrscht das gesamte Leben.[40])

Das Gemeingefühl findet seinen Ausdruck in dem Grundsatz der Gleichheit, das Individualgefühl in dem der Freiheit.

Das Gemeingefühl erträgt den Zwang, soweit er sich aus den Notwendigkeiten der Gemeinschaft ergibt. Aber nicht jeden Zwang. Dieser Punkt bedarf noch einer Klarstellung, um die geschichtliche Entwicklung nicht falsch zu sehen.

Wie im 3. Abschnitt dieses Kapitels dargelegt werden soll, hat jede wahre d. h. auf dem Rechtsgefühl beruhende Entscheidung die Eigenschaft der Allgemeingültigkeit, der Normativität, d. h. sie kann als von einer Norm abgeleitet gedacht werden. Diese Eigenschaft ergibt sich aus dem Gemeingefühl als der Komponente des Rechtsgefühls: das Gemeingefühl fordert, daß sie für

[40]) Vgl. O. Gierke, Deutsches Genossenschaftsrecht, 1. Bd. (1868) Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft.

und gegen jedes andere Mitglied der Gemeinschaft ebenso ergangen sein würde.

Aus dem Gemeingefühl ergibt sich daher auch die Einstellung zu der Machtausübung in der Gemeinschaft. Also, da die Machtausübung wesentliches Begriffsmoment des Staates ist: die Einstellung zu der Staatsform.

Das Gemeingefühl erträgt den Zwang, die Machtausübung innerhalb des Staates, sofern sie normativ gebunden ist. Es wehrt sich gegen eine rein persönliche, eine willkürliche, eine nicht normativ gebundene Machtausübung.

Das wird oft genug übersehen. Man ist geneigt, den Widerstand gegen ein persönliches Regiment lediglich auf das Individualgefühl zurückzuführen, auch wo er in Wahrheit auf dem Gemeingefühl beruht.

Man betrachtet herkömmlich das angelsächsische Volk als den Typus eines Volkes, in dem das Individualgefühl besonders stark entwickelt ist.

Als Grundlage dieser Auffassung erscheinen zwei Momente:

Einmal der starke Widerstand, den das englische Volk als erstes der neueren Geschichte dem persönlichen Regiment des Königtums entgegengesetzt hat. Dieser selbe Widerstand ist später auch der rein persönlichen Rechtsprechung der Equity-Gerichte begegnet.

Sodann die strenge Individualisierung der religiösen Grundhaltung, wie sie der Puritanismus entwickelt hat. Die kalvinistische Ethik, die den Einzelnen in absoluter Einsamkeit seinem Gott gegenüberstellte, hat ihm als Einzelnem auch eine persönliche Würde gegeben, indem sie ihn zum Träger eines absoluten Wertes machte.

So erscheint die Auffassung begründet, daß im englischen Puritanismus und damit im englischen Volk schlechthin das Individualgefühl zu einer vorher nie gekannten Stärke entwickelt worden sei.

Diese Auffassung wird allgemein vertreten.[41]) Indessen

[41]) Besonders eingehend auf Grund der kalvinistischen Ethik von Max Weber, Ges. Aufs. z. Religionssoziologie, I (1920) 93 ff.;

erscheint doch der Zweifel nicht unberechtigt, ob sie wirklich begründet ist. Der starke Widerstand des englischen, des amerikanischen Volkes gegen jede persönliche d. h. nicht normativ gebundene Machtausübung, gehe sie von der Krone oder vom Richter aus, läßt sich auch aus einem starken Gemeingefühl erklären. Dieses starke Gemeingefühl fand seinen Ausdruck in dem das englische Rechtsleben beherrschenden Grundsatz der supremacy of the law, d. h. der Herrschaft der Norm.[42])

Gegen die Annahme eines besonders starken Individualgefühls spricht, daß jeder Beobachter des englischen wie des anglo-amerikanischen Volkslebens gerade das Gegenteil eines starken Individualgefühls, nämlich ein starkes Gemeingefühl und ein sehr schwaches Individualgefühl, feststellen kann; eine Herrschaft der Norm, der Normativität, des Traditionalismus, wie sie in keinem anderen Volke in dieser Stärke zu beobachten ist. Wenn der Gedanke der Staatsallmacht hier schwächer als auf dem Kontinent erscheint, so beruht das einerseits gerade auf dem starken Gemeingefühl, das jeder nicht normativ gebundenen Machtausübung widerstrebt, während anderseits der Staat, zu dessen Wesen die Machtausübung gehört, die eigengesetzliche Tendenz jedes Machtträgers hat, seine Macht möglichst auszudehnen.

Unter den Völkern des Altertums sind es das jüdische und das römische, bei denen das Gemeingefühl stärker erscheint als das Individualgefühl, bei denen also die Herrschaft der Norm gegenüber dem Freiheitsdrang des Indi-

---

zustimmend Ernst Tröltsch, Soziallehren der christl. Kirchen u. Gruppen, 3. A. (1923) 623; Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928 S. 158 ff. Ebenso Roscoe Pound, The spirit of the common law, Boston 1921 S. 32 ff., 37 ff.

[42]) Vgl. A. V. Dicey, Law of the Constitution, 8. A. 1926 S. 179 ff. Wenn Pound a. a. O. diesen Grundsatz als Ausfluß ultra-individuellen Rechtsdenkens auffaßt, so kann dem sicherlich nicht zugestimmt werden. — Völlig mißverstanden ist der Grundsatz von H. Heller, Veröff. d. Verein. d. dtsch. Staatsrechtslehrer **4** (1928) 102, der in ihm die Herrschaft der Legislative ausgedrückt findet.

viduums — Freiheit i. S. einer Freiheit von der Norm — eine ungewöhnlich starke gewesen ist.[43])

Die Herrschaft des persönlichen Souveräns, die das Gesetzbuch Justinians überliefert hat, ist nicht römischen, sondern byzantinischen, d. h. orientalischen (persischen) Ursprungs.

So paradox es zunächst klingen mag, so ist doch gerade eine starke Entwicklung des Gemeingefühls nötig, um im Staate, nämlich der Staatsgewalt gegenüber, eine fruchtbare Entwicklung der Individualität zu ermöglichen. Das bloße Individualgefühl kann nur zur Anarchie, zur Verneinung des Staates und damit zur Vernichtung der staatlichen Gemeinschaft führen.

Daher ist es nicht zufällig, sondern ganz folgerichtig gewesen, daß gerade in England[43a]) die Synthese zwischen Gemeingefühl und Individualgefühl entstanden ist, welche als die Entstehung des Rechtsgefühls im heutigen Sinne angesprochen werden muß. So ist England auch der erste Rechtsstaat geworden, d. h. der erste Staat, in welchem unbeschadet der vollen Autorität des Staatsgedankens die Individualität des Einzelnen, seine Freiheit und seine Würde auch gegenüber dem Staat voll geschützt werden[44]). Vgl. unten den 2. Abschn. des 4. Kap. (unter 4).

---

[43]) Die Parallele zwischen Rom und England ist schon früher gezogen worden; vgl. Walter Otto, Kulturgesch. d. Altert. 1925 S. 138 Anm. 291; L. Wenger, Der heut. Stand der röm. Rechtswiss., 1927 S. 80 Anm. 129. Es ist kein Zufall, daß gerade diese Völker, das jüdische, das römische wie das englische, stark rational veranlagt sind. Die rationale Veranlagung führt zu der Ausbildung eines starken Gemeingefühls, wie die irrationale zu der besonders starken Betonung der Individualität. Diesem Gedankengang kann hier nicht weiter nachgegangen werden.

[43a]) Die gleiche Beobachtung trifft auch für Rom zu. Mit dem überragenden Gemeingefühl des römischen Volkes ist jene Entwicklung eines stark ausgeprägten Individualgefühls Hand in Hand gegangen, die sich nicht nur politisch (vgl. Walter Otto, Kulturgesch. des Altertums, 1925 S. 137), sondern auch im römischen Recht, z. B. in der Ausbildung des römischen Eigentumsbegriffes, ausgewirkt hat.

[44]) A. V. Dicey, Law of the Constitution, 8. A. S. 382 ff.;

Es ist bezeichnend, und für die Erkenntnis der Funktion des Naturrechts von Bedeutung, daß nach der Begründung des Rechtsstaats durch die bill of rights (1628) aus der englischen Rechtslehre das Naturrecht verschwunden ist[45]) — also zu einer Zeit, in der es in der Rechtswissenschaft des Kontinents noch die volle Herrschaft führte.

In Frankreich ist es Rousseau, der, ähnlich Hobbes, mittels der Fiktion des contrat social den Versuch gemacht hat, aus den Individuen den Staat aufzubauen und so die Synthese aus Individualgefühl und Gemeingefühl zu vollziehen. Die Gesamtheit empfängt danach alles Recht vom Einzelnen, um es ihm wiederzugeben. Die verbundenen Willen der Einzelnen bilden die volonté générale, die die verkörperte Vernunft darstellt, die immer recht hat und der Gemeinschaft das Gesetz vorschreibt, wie das Naturgesetz der Natur.[46])

Die Aufklärung sah in der Lehre Rousseaus lediglich die individualistische Grundlage, und ebenso die Revolution, die diese Lehre zunächst auf ihre Fahne schrieb, und sie zu verwirklichen glaubte, als sie die Erklärung der Menschenrechte erließ. Das Jakobinertum sah hier richtiger, als es, zur Macht gelangt, ebenfalls unter Berufung auf Rousseau aus der revolutionären Bewegung alle individualistischen Tendenzen ausmerzte.[47])

Nach dem Sturz des Jakobinertums hat in Frankreich der Individualismus wieder seinen Einfluß zurückgewonnen. Der code civil beruht auf der philosophischen Anschauung des Rechtes der Individualität.[48])

Auch in Deutschland war Rousseau als Verfechter des Individualismus aufgefaßt worden. Kant, der

A. Lawrence Lowell, Governments and Parties in Continental Europe **1** (1896) 68.

[45]) Vgl. A. Lawrence Lowell, The Government of England, 1908 (deutsche Ausg. 1913) **2** 444 ff.

[46]) Rousseau, Contrat social l. 2. ch. 3, 6, 10.

[47]) H. Taine, Origine de la France contemporaine, 5. Bd. (26. A. 1911) S. 24 ff.

[48]) Vgl. Gaëtan Aubéry, France et Allemagne, le droit civil et la prééminence juridique, Paris 1919 S. 21.

in dieser Beziehung unter seinem Einfluß stand, betrachtete das Recht der Individualität als das Prius gegenüber dem Staat, dessen Recht er ebenso wie Rousseau von den Einzelnen ableitete. Damit soll nicht gesagt sein, daß seiner Philosophie ein Gemeinschaftsgefühl völlig fehlte. Aber diese Gemeinschaft ist nicht der Staat als Träger der Macht.

Der Staatsgedanke als solcher ist Kant ebenso fremd wie seinem Schüler Fries und zunächst auch noch Fichte. Als Gegenpol gegenüber dem Individuum erscheint nicht der Staat, sondern die Menschheit, ein unklares Weltbürgertum.[49])

„Den Deutschen fehlte eben mit einem nationalen Staate auch das Gefühl für den selbständigen sittlichen Wert des staatlichen Zusammenhanges, und wenn sie im Staate nur eine Maschinerie für die Sicherung von Leben und Eigentum und für die Befriedigung der individuellen Bedürfnisse sahen, so war das in einem Lande entschuldbar, dessen Bewohner die staatliche Macht nur als Polizei kannten[50])."

Daher ist denn nicht nur die Rechtsphilosophie, sondern auch die ganze Rechtswissenschaft der Aufklärungszeit von dem entsprechenden d. h. rationalen Naturrecht beherrscht worden. Das Naturrecht als ein vor und über dem Staate geltendes Recht war die einzige Waffe, mit der die Rechtswissenschaft der übermächtigen Staatsgewalt in ihrer Ausübung durch den absoluten Herrscher entgegentreten konnte. Und es ist kein Zufall, daß mit der Geburt des Gedankens des Nationalstaats auch die Reaktion gegen das Naturrecht durch die historische Schule einsetzte.

Es ist sehr leicht, das Naturrecht mit logischer Überlegung zu bekämpfen, und sehr billig, es als Mystik zu verspotten, wie es seitens der rationalen Rechtsphilosophie geschieht. Seinen Grundgedanken, die Unabhängigkeit der Existenz des Rechts vom Staate, teilt es übrigens mit der

---

[49]) Meinecke, Weltbürgertum und Nationalstaat, 6. A. (1922) S. 31 ff.; Windelband, Die Philosophie im deutschen Geistesleben des 19. Jh., 3. A. (1927) S. 19 ff.

[50]) Windelband, Gesch. d. neueren Philosophie **1** (2. A. 1899) 517.

Lehre der historischen Schule. Die Vertretung dieses Grundgedankens bedeutet sein unsterbliches Verdienst und seine geschichtliche Rechtfertigung. Und dieser Grundgedanke hat auch heute seine Berechtigung behalten, worauf noch später zurückzukommen sein wird.

Erst Fichte hat für den Deutschen den Begriff der Nation und des Nationalstaats entdeckt[51].) Es ist bemerkenswert, daß er trotzdem die Grundeinstellung seiner Rechtsphilosophie nicht geändert hat. Noch in seiner späteren Rechtslehre[52]) baut er den Begriff des Rechts auf dem der individuellen Freiheit des Einzelnen auf, während er dem Staat nur die Funktion zuweist, die Freiheit und die Rechte des Einzelnen zu schützen.

Auch in der Philosophie Schellings spielt das Individualgefühl die vorherrschende Rolle.[53])

Die entscheidende Wendung setzt erst mit und durch Hegel ein. Seine Rechtsphilosophie[54]) geht von dem platonischen Staatsideal aus, und erkennt dem Einzelnen nur als Mitglied des Staates Wert und Würde zu.

Das Recht der Individualität tritt völlig hinter dem Staatsgefühl zurück. Der Staat ist hier nicht als der Ausdruck einer Gemeinschaft, sondern als eigenes Wesen, als selbständiges Individuum der Träger einer eigenen Würde. Man wird daher in der Rechtsphilosophie Hegels das Rechtsgefühl im heutigen Sinne vergeblich suchen. Wie auch das Staatsideal bei Hegel nicht der Rechtsstaat ist.

So ist die Hegelsche Philosophie nicht nur von seinen Zeitgenossen aufgefaßt worden, sondern auch später haben sich alle diejenigen auf ihn berufen, die die Allmacht des Staates verteidigen wollten.

---

[51]) Reden an die deutsche Nation, 1807, Achte Rede (Ausg. d. Insel-Verlags, 1909 S. 130 ff.).

[52]) Rechtslehre v. 1812 (Ausg. v. Hans Schulz, Leipzig 1920) S. 33, 45 ff., 49.

[53]) Neue Deduktion des Naturrechts, 1795 (Werke, herausg. v. M. Schröter, München 1927, Bd. 1, S. 171); Stuttgarter Privatvorlesungen, 1810 (Werke usw. Bd. 4, S. 353 ff.).

[54]) Grundlinien der Philosophie des Rechts (herausg. v. G. Lasson, 1921) §§ 257 ff. S. 195 ff. u. 349 ff.

Neuerdings hat Binder[55]) den Nachweis versucht, daß es auf Irrtum beruhe, wenn man Hegel vorwerfe, er lasse die Einzelperson im Staat aufgehen. Es sei dies ein „uraltes liberales Mißverständnis". Die Persönlichkeit werde bei Hegel nicht vernichtet, sondern nur in der Staatspersönlichkeit „aufgehoben". Der Gegensatz von Individuum und Gemeinschaft sei „nur ein dialektischer". Das Individuum sei nicht mehr, wie nach der Auffassung der Aufklärung, das Atom, aus dem sich soziale Aggregate zusammensetzten, sondern habe seinen Daseinsgrund in der Weltvernunft, die in ihm erscheine, die ihm Würde und Wert gebe, im Gegensatz zu Gegenständen, die nur einen Preis, aber keinen Wert haben.

Indessen erscheint die Art, wie der Gegensatz von Individuum und Staat, den Binder als „nur dialektisch" betrachtet, aus der Welt geschafft werden soll, selbst als rein dialektisch. Die Tatsache, daß Individualgefühl und Gemeingefühl gegensätzliche Strebungen begründen, läßt sich nicht durch eine bloße Denkoperation beseitigen. Zu der Versöhnung der Gegensätze ist eine Änderung der Gesinnung nötig.

Auch das Bedürfnis des Individuums nach Glück[56]) ist eine Tatsache[57]); dies Bedürfnis kann nicht, wie Hegel und mit ihm Binder versuchen, durch dialektische Überlegungen befriedigt werden. Auch hier ist die Gesinnung zu ändern. Auf diese Frage wird noch später einzugehen sein.

In der Folgezeit ist die Hegelsche Auffassung des Verhältnisses von Staat und Individuum herrschend geblieben. Das war erklärlich, nachdem die Kriege von 1866 und 1871 dem Deutschen die Erfüllung seiner alten Sehn-

[55]) Binder, Philosophie des Rechts (1925) S. 282 ff., 432 ff. und: Kantianismus und Hegelianismus in der Rechtsphilosophie, Arch. f. Rechts- u. Wirtsch. Phil. **20** (1927) 251 ff.

[56]) Das ist nicht nur im eudämonistischen Sinne gemeint.

[57]) Eine Tatsache, die bekanntlich von Bentham zur Grundlage seiner ganzen Philosophie gemacht worden ist; J. Bentham, Introduction to the principles of morals and legislation, Works (1843) 1. Bd. S. 1 ff.

sucht nach dem Nationalstaat gebracht hatten. Innerhalb des Rechtsgefühls erscheint neben dem Individualgefühl nicht ein wahres Gemeingefühl, sondern das letztere abgewandelt in der Form des Staatsgefühls: der Verehrung und der Furcht vor der Macht des neugegründeten Reiches, das — eine Erfüllung alter Sehnsucht — sich wieder in neuem Glanze erhob.

Diese Wirkung auf das Rechtsgefühl, die als Denaturierung des Rechtsgefühls bezeichnet werden muß, zeigt sich auch in der Entwicklung der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jh.

Für die historische Schule war der Gedanke des Volkstums als eines organisch gewachsenen und lebenden Körpers in seiner Reinheit bestimmend gewesen, und so ergibt sich ihr auch das Rechtsgefühl als reine Synthese aus Gemeinschaftsgefühl und Individualgefühl, wobei als die Gemeinschaft die Volksgemeinschaft erscheint.

Mit der Vorherrschaft des Staates, und also der Vorstellung des Staates als des Trägers aller Macht in der Gemeinschaft, gelangt das Gemeingefühl nur mehr als Staatsgedanke zum Ausdruck. An Stelle des Rechtsgefühls (die historische Schule sagte: Rechtsüberzeugung) wird der Staat als Schöpfer des Rechts betrachtet. Unter dem Einfluß dieser Betrachtung tritt an Stelle der historischen Schule der Positivismus die Herrschaft in der Rechtswissenschaft an.

Wenn neuerdings Rudolf Smend[58]) die Faktoren des Rechtslebens als Fremdkörper im Gewaltensystem des Staatslebens bezeichnet hat, so erscheint — von der Seite des Rechtes aus gesehen — das Staatsgefühl als Fremdkörper innerhalb des Rechtsgefühls.

Während die beiden Komponenten des Rechtsgefühls, Gemeingefühl und Individualgefühl, einen Gleichgewichtszustand erstreben und, wie England beweist, erreichen können, besteht zwischen dem Individualgefühl und dem Staatsgedanken ein Spannungszustand, der nicht aufzuheben ist.

[58]) R. Smend, Verfassung u. Verfassungsrecht, 1928 S. 97.

Es ist daher erklärlich — aber nicht gerechtfertigt —, wenn einzelnen Beobachtern das Individualgefühl, dem der Ausgleich des Gemeingefühls fehlte, in Deutschland als für das Ende des 19. Jh. charakteristisch erschienen ist.[59])

Diese Vorherrschaft des Staatsgedankens, die man heute rückblickend als Überspannung des Staatsgedankens bezeichnen muß, hat in den Anfängen des 20. Jh. und besonders nach dem für Deutschland unglücklichen Ausgang des Weltkrieges Wirkungen gezeitigt, die eine schwere Erschütterung des Rechtsgefühls bedeuteten. Die Überspannung der Steueranforderungen führten zu einer bedenklichen Schädigung der Steuermoral[60]), die Überspannung der Zwangswirtschaft zu entsprechenden Erscheinungen auf den betroffenen Gebieten des Wirtschaftslebens, die bedenkenlose Geldwirtschaft des Staates mit der von ihm krampfhaft verteidigten These „Mark gleich Mark" zu einer Zerrüttung des Gefühls für Treu und Glauben im Verkehr.

Der Deutsche Anwaltsverein sah sich veranlaßt, im Mai 1925 das Thema der „Rechtsnot" als einziges auf die Tagesordnung seiner außerordentlichen Hauptversammlung zu setzen.[61])

Aus dieser Erfahrung ergibt sich die eindringliche Lehre, daß dem Individualgefühl nur das Gemeingefühl, nicht aber der Staatsgedanke ein Gegengewicht bieten kann, daß daher das Rechtsgefühl nur dann unberührt bestehen und wirken kann, wenn dem Individualgefühl als Komponente das Gemeingefühl entspricht und sich beide das Gleichgewicht halten. Diese Lehre der Geschichte bestätigt ferner, daß das Individualgefühl gegenüber dem Staatsgedanken viel zu stark ist, als daß ihr Gegensatz als ein „nur dialektischer" bezeichnet und auf rein dialektischem Wege ausgeglichen

---

[59]) So z. B. O. Spann, Art. Universalismus i. Hdw. d. Staatswiss. 4. A. 1926, der „gegenüber dem Individualismus aus dem Ende des 19. Jh." erst jetzt wieder eine Wendung zum Universalismus sieht.

[60]) Vgl. Strutz, Deutsche Steuer-Zeitung 1921 S. 334.

[61]) Vgl. den Verhandlungsbericht Jur. Woch. 1925.

werden könnte. Die Individualpersönlichkeit läßt sich nicht einfach in der des Staats „aufheben".[62])

5.

Die geschichtliche Entwicklung hat gezeigt, daß das Rechtsgefühl nicht unveränderlich ist, daß es von den großen geistigen Mächten des Volkslebens beeinflußt und bestimmt wird, daß es daher zu verschiedenen Zeiten eine andere Färbung und eine andere Richtung haben kann.[63]) Diese Verschiedenheiten des Rechtsgefühls beruhen in erster Linie auf dem Kräfteverhältnis seiner beiden Komponenten, des Individualgefühls und des Gemeingefühls. Und deren dynamische Abstufung ist das Ergebnis der politischen Geschichte des Volkes, wie seiner wirtschaftlichen und seiner geistigen, insbesondere auch seiner religiösen Entwicklung.[64])

Aber die Verschiedenheiten des Rechtsgefühls beruhen nicht hierauf allein. Schon das Blut, die Rasse geben dem Rechtsgefühl eine eigene Färbung. Wenigstens ursprünglich. Das Rechtsgefühl des Negers ist ein anderes als das des Chinesen und dieses anders als das des Abendlandes. Auch innerhalb desselben Kulturkreises zeigen sich noch Unterschiede nach Nationalitäten.

Indessen muß festgestellt werden, daß die Gemeinsamkeit der Kultur stärker ist als das Blut oder die Nationalität.

Innerhalb des abendländischen Kulturkreises, der praktisch die ganze Welt umspannt, zeigt sich eine so weitgehende Übereinstimmung des Rechtsgefühls auf den wichtigsten Lebensgebieten, daß es die Grundlage eines gemeinsamen Rechtes, des Völkerrechtes, bilden kann.

---

[62]) Vgl. oben S. 108.

[63]) Vgl. zu der Frage der Relativität des Wertbewußtseins auch M. Scheler, Formalismus S. 272 ff.

[64]) Eine gute und gedrängte Übersicht über diese Zusammenhänge gibt Windelband in seinen 1908 gehaltenen Vorträgen: Die Philosophie im Geistesleben des 19. Jahrhunderts, 3. A. 1927.

Verschiedenheiten des Rechtsgefühls gibt es im übrigen auch noch innerhalb der gleichen Blutsgemeinschaft wie innerhalb der Nation. Beruf und Landschaft wirken hier vielfach stärker als das Blut. Die Unterschiede des Rechtsgefühls zwischen Großstädtern und Landbevölkerung sind sicherlich vielfach größer als die zwischen deutschen und französischen Kaufleuten oder Industriellen.

Es fragt sich, ob man demgegenüber noch von einem „angeborenen" Rechtsgefühl sprechen kann. Die Frage ist unbedenklich zu bejahen. Auch das sittliche Gefühl ist bei Negern ein anderes als das des Abendlandes, das sittliche Gefühl des griechischen Altertums ist ein anderes gewesen als das der modernen Welt[65]). Trotzdem ist nicht zu bezweifeln, daß das sittliche Gefühl angeboren ist.

Beide Gefühle sind, wie nochmals betont sei, in ihrer Wurzel wesenseins.

Auf die physiologische Seite der Frage soll hier nicht eingegangen werden.[66])

Eine ernstere Frage ist es, ob man, wenn innerhalb einer Gemeinschaft Verschiedenheiten des Rechtsgefühls bestehen, noch von der Wirksamkeit e i n e s Rechtsgefühls für diese Gemeinschaft sprechen kann, und wen man als Träger dieses als einheitlich gedachten Rechtsgefühls in Anspruch nehmen darf.

Die Reaktion gegen die rein individualistische Einstellung der Aufklärungszeit hatte die historische Schule dazu geführt, dem Einzelnen die Gesamtheit als eine überpersonale Einheit gegenüberzustellen, der man auch einen einheitlichen „Geist", einen „Volksgeist", und damit auch eine wirklich einheitliche „Rechtsüberzeugung" zuschrieb.[67])

[65]) Man braucht nur an die offizielle Institution der Knabenliebe, z. B. bei den Doriern, zu denken; vgl. v. W i l a m o w i t z - M o e l l e n d o r f f, Staat u. Gesellschaft der Griechen, 1910 S. 91 ff.

[66]) Vgl. dazu Dr. med. S. K o r n f e l d, Das Rechtsgefühl, in Zsch. f. Rechtsphilosophie **1** (1914) 135 ff., **2** (1919) 28 ff.

[67]) Vgl. Ernst T r ö l t s c h, Der Historismus u. seine Probleme, 1922 S. 280 ff. Dieser Gedanke ist übrigens schon in der R o u s s e a u schen Idee der volonté générale (Contrat social, l. 2 ch. 3) zu finden.

Diese Auffassung der historischen Schule („Organologie") hat lange fortgewirkt; sie liegt noch den Arbeiten Otto Gierkes[68]) zugrunde.

Gegenüber der rein individualistischen Auffassung der rationalistischen Philosophie war sie zweifellos ein Fortschritt, und nicht nur das, sondern sie kam auch der Wahrheit erheblich näher.

Aber sie hält einer eindringenden Nachprüfung nicht stand.

Die Gemeinschaft als solche, die Masse, hat keine Seele, kein Bewußtsein, um wirklich als solche ein Bewußtseinserlebnis, ein Gefühl haben zu können.

Die Psychologie hilft uns hier, wie auch sonst auf dem Gebiet der Bewußtseinsinhalte[69]), nicht weiter. Was man als „Psychologie der Menge"[70]) nachweisen kann, sind Phänomene des Mitgefühls, vor allem der geistigen Ansteckung[71]) — aber auf die hier gestellte Frage kann die Psychologie die Antwort nicht geben.

Erst die phänomenologischen Untersuchungen von Max Scheler[72]) und Th. Litt[73]) haben hier sichere Ergebnisse zutage gefördert.

Der Einzelne, der einer Lebensgemeinschaft, einem „geschlossenen Kreise" angehört, „erlebt" nicht nur diejenigen Gemütsbewegungen, Gefühle, die seinen eigenen Anteil an der Reaktion auf die in Frage stehenden Vorgänge oder Zustände ausmachen, sondern er „versteht" auch die Gemüts-

[68]) Gierke, Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs (1873) S. 476 ff.; Die Genossenschaftstheorie u. die dtsche. Rechtspr. (1887) S. 603 ff.; Deutsches Privatrecht (1895) S. 472; Grundbegriffe des Staatsrechts (1915) S. 93 ff.

[69]) Oben S. 41.

[70]) Vgl. F. Tönnies, Die große Menge u. das Volk, Schmollers Jahrb. **44** (1920) 317 ff. und die dort angeführte Literatur; Edith Stein, Individuum u. Gemeinschaft, Jahrb. f. Phil. u. phänom. Forschung **5** (1922) 220 ff. (Massenansteckung); G. Dwelshauvers, L'Inconscient, 1925 S. 325 ff. (La psychologie des foules).

[71]) Scheler, Wesen u. Formen d. Sympathie S. 12 ff.

[72]) Formalismus S. 540 ff.; Wesen u. Formen der Sympathie S. 16 ff.

[73]) Individuum u. Gemeinschaft S. 234 ff.

bewegungen der anderen, und so entsteht ein wechselseitiger, ununterbrochen herüber und hinüber flutender Strom von Bewußtseinserlebnissen, in welchem eine Scheidung zwischen Eigenem und Fremdem nicht mehr möglich ist, in welchem eigenes und fremdes Erleben, eigenes und fremdes Fühlen, eigene und fremde Impulse in eine Gesamtbewegung hineingerissen und zu einem Gesamterlebnis verschmolzen werden[74]). Es entsteht das, was Scheler[75]) als „Einsfühlung" bezeichnet und eingehend entwickelt hat.

Das Gefühl, das in dieser Weise als Gesamterlebnis der Gemeinschaft entsteht, wird häufig, wenn es sich auf die Regelung äußeren Verhaltens richtet, als „Rechtsgefühl" bezeichnet. Indessen ist diese Bezeichnung geeignet, die Vorstellung zu erwecken, als handle es sich hier um das gleiche oder verwandte Gefühl, wie es oben als Einzelerlebnis des Individuums dargestellt worden ist.

Davon kann nun gar keine Rede sein.

Das Rechtsgefühl des Einzelnen ist kein einheitliches Gefühl, sondern besteht aus einer Synthese getrennter Gefühle.

Das „Rechtsgefühl" der Masse ist ein einheitlicher Erlebnisstrom.[76])

Dazu kommt vor allem, daß dieses Gesamtgefühl aus ganz anderen Schichten des Bewußtseins der Einzelnen stammt.

Der Mensch als Massenglied ist ein anderer denn als Einzelner. Es werden eine Reihe von Gefühlen und ebenso eine Reihe von Hemmungen bei ihm ausgeschaltet. Der Mensch in Masse verliert sein Individualgefühl, er schaltet die Tiefe seiner sittlichen Persönlichkeit aus, er verliert das Gefühl für seinen Leibzustand, er wird zugleich verdummt und ein Held, er bewegt sich in der Richtung auf

---

[74]) Litt a. a. O. S. 241 ff.

[75]) Wesen u. Formen der Sympathie S. 16 ff.

[76]) Eine ähnliche Unterscheidung macht Rousseau (Contr. soc. l. 2 ch. 3) zwischen der volonté générale und der volonté de tous — nur daß bei ihm die volonté générale eine reine Fiktion ist.

das „Herdentier" zurück, es werden Urinstinkte in ihm wach, die der Einzelne als solcher nicht mehr kannte.[77])

So ist das „Rechtsgefühl" der Masse ein anderes als das des Individuums, es ist auch nicht etwa mit dem „Gemeingefühl" des Einzelnen identisch.

Die Masse ist ebenso leicht zum „Hosiannah" wie zum „Kreuzige" bereit.

Als Quelle des Rechts ist daher das „Rechtsgefühl" der Masse als solches nicht zu betrachten.

Aber es ist dennoch nicht etwa außer acht zu lassen. Es spielt eine Rolle durch seine Sublimierung in der Person des Führers.

Die Einsfühlung der Gemeinschaft tritt nach außen in der Person des Führers in die Erscheinung.[78]) Der Führer wird ursprünglich gerade um deswillen zum Führer, weil er das Gesamterlebnis der Gemeinschaft besonders intensiv erlebt oder jedenfalls zum Ausdruck bringt, und vor allem, weil er es beherrscht und an seinem besonderen Rechtsgefühl kontrolliert. Es ist dies die Eigenschaft, die den „Führer" als mit besonderen Kräften begabte Persönlichkeit aus der Masse heraushebt, und die Max Weber[79]) als sein „Charisma" bezeichnet hat.

In der Person des Führers geht das „Rechtsgefühl" der Gemeinschaft eine Verbindung mit dem individuellen „Rechtsgefühl" des Führers ein.

Geschichtlich ist vom Beginn der Überlieferung an das Rechtsgefühl in der Person der Führer[80]) das für die Gemeinschaft maßgebende Gefühl gewesen. Das gilt nicht nur für die ältesten Zeiten, in denen die charismatische

[77]) Vgl. Max Scheler, Wesen u. Formen der Sympathie S. 38, 39.

[78]) R. Smend spricht hier von ihm als einer „persönlichen Integration" der Gemeinschaft (Verfassung u. Verfassungsrecht, 1928 S. 25).

[79]) Wirtschaft u. Gesellschaft, 1922 S. 140.

[80]) Vgl. dazu Max Weber a. a. O. S. 122 ff., 603 ff.

Die „Führer" sind nicht einfach mit den „herrschenden Klassen" gleichzusetzen, wie es z. B. Laun, Eine Theorie v. natürl. Recht, Arch. f. öff. R. **30** (1913) 693 tut.

Führung in der Hand von Zauberern und Priestern liegt, es gilt ebenso für die antiken Stadtstaaten, in denen die Leiter des Staates Recht sprachen, es gilt in kaum abgeschwächtem Maße noch für den modernen Rechtsstaat, in dem die Führung auf dem Gebiet des Rechtslebens einem unabhängigen ausgewählten Berufsstande anvertraut ist.

Im modernen Staate kommt es also entscheidend auf das Rechtsgefühl der Richter an. Aber auf ihr Rechtsgefühl als der Führer des Volkes auf diesem Gebiete. Das bedeutet, daß sie die Fühlung, die „Einsfühlung" mit dem Volke und seinem Empfinden behalten müssen. Sonst sind sie nicht mehr seine Führer, sondern ein ihm fremder Stand.

Nur dann kann das Rechtsleben eines Volkes gesund bleiben, wenn das Rechtsgefühl seiner Richter sich mit dem Rechtsgefühl der Mehrheit des Volkes deckt.[81]) Und wehe dem Volke, dessen Richterstand in seinem Rechtsgefühl sich von demjenigen der großen Mehrheit des Volkes entfernen würde.

6.

Die herrschende Neigung der Philosophie, rational zu denken, hat dazu geführt, auch die Empfindungen zu rationalisieren, sie also aus dem menschlichen Gefühlsleben loszulösen und zu abstrakten Begriffen umzuformen, denen dann wieder eine geistige Macht als zugrunde liegend gedacht wird. So erscheint das Rechtsgefühl rationalisiert als Begriff der „Gerechtigkeit". Da alle Begriffe eine Definition verlangen, so hat man sich auch bemüht, den Begriff „Gerechtigkeit" zu definieren.[82]) Nach dem Gesagten ist klar, daß eine solche Definition nicht möglich ist, daß man

[81]) Vgl. den Aufsatz von Amtsgerichtsrat Münch, Die Abhängigkeit des Richters vom Recht, Deutsche Richter-Zeitung 1924 S. 340.

[82]) Gareis, Vom Begriff Gerechtigkeit, in der Festschrift f. Gießen, 1907.

die Gerechtigkeit nur mittels des Rechtsgefühls definieren könnte, womit natürlich nichts gewonnen wäre, da man das Rechtsgefühl selbst nicht definieren kann.

Neben dem Begriff der Gerechtigkeit erscheint in der Rechtsprechung wie in der Philosophie der Begriff der „Billigkeit". Man hat geglaubt, für diesen Begriff, da er eine eigene Bezeichnung trägt, gegenüber dem Begriff der Gerechtigkeit auch einen eigenen Inhalt suchen zu müssen. Indessen diese Versuche haben zu keinem brauchbaren Ergebnis geführt, und es wird auch sogleich klar werden, weshalb sie nicht zu einem solchen führen konnten.

Die letzte monographische Behandlung der Frage stammt von Max Rümelin[83]).

Er kommt zu dem Ergebnis:

> „Billigkeit ist, . . . auf dem Gebiete des Rechts die Norm, die dem Urteiler sein im Einklang mit der Volksüberzeugung gedachtes Rechtsbewußtsein an die Hand gibt."

Dieser Satz sagt nichts anderes, als daß die Billigkeit das Erzeugnis des Rechtsbewußtseins, und zwar eine von ihm erzeugte Norm sei. Das ist zutreffend, bis auf einen Punkt: es handelt sich als Erzeugnis des Rechtsgefühls gerade nicht um eine Norm, sondern um eine Entscheidung, d. h. um die Regelung eines Einzelfalles. Nur die allgemeine Einstellung, der auch Rümelin erlegen ist, hat ihn dazu geführt, auf jeden Fall hier von einer Norm sprechen zu wollen — aber einer völlig inhaltsleeren Norm.

Dabei hat Rümelin ganz richtig gesehen[84]), daß es zum Wesen der Billigkeit gehört, sich gerade auf den einzelnen Fall einzustellen.

Die billige Entscheidung ist also ebenso wie die gerechte Entscheidung das Erzeugnis des Rechtsgefühls.

Es fragt sich, gibt es zwischen beiden einen Unterschied? Rümelin setzt ihn darein, daß die billige Entscheidung

---

[83]) M. Rümelin, Die Billigkeit im Recht, 1921. Hier auch eine vollständige Übersicht der früheren Literatur.

[84]) A. a. O. S. 43, 48.

mehr auf die Verhältnisse des Einzelfalles, die gerechte mehr auf die obersten Ziele des Gemeinschaftslebens sehe.[85])

In dieser Formulierung steckt, wenn sie als solche auch nicht bedenkenfrei ist, der richtige Gedanke.

Wie früher (S. 57, 98) dargelegt, ist das Rechtsgefühl die Synthese von Gemeingefühl und Individualgefühl. Die Billigkeit einer Entscheidung wird dann hervorgehoben, wenn das Individualgefühl bei ihr stärker mitgesprochen hat als das Gemeingefühl.

Eugen Huber[86]) hat gerade die entgegengesetzte Auffassung vertreten: die Billigkeit betrachte zum Unterschied gegenüber dem Recht die Stellung des Individuums in der Gemeinschaft nach kollektivistischem Bewußtseinsinhalt gegenüber dem individualistischen.

Rümelin hat (S. 62 ff.) gegen diese Auffassung mit Recht Widerspruch erhoben und darauf hingewiesen, daß gegen die Billigkeit gerade die Rücksicht auf das Gemeinwohl ausgespielt werde.

Die herkömmliche Unterscheidung der „Billigkeit" von der „Gerechtigkeit" beruft sich auf Aristoteles. Im 14. Kapitel des 5. Buches der Nikomachischen Ethik behandelt er das Verhältnis der *ἐπιεικεία* zur *δικαιοσύνη* und erklärt, *ὅτι το ἐπιεικές δίκαιον μεν ἐστιν, οὐ τὸ κατὰ νόμον δὲ, ἀλλ' ἐπανόρθωμα νομίμου δικαίου.*[87]) Jede Norm sei allgemein gefaßt, in manchen Dingen lasse sich aber eine richtige Regelung nicht allgemein geben. Trete nun ein einzelner Fall ein, in dem die allgemein gefaßte Norm nicht richtig ist, so müsse die Entscheidung dieses Falles die Norm verbessern. Das sei dann das Recht für diesen Fall. *Και ἔστιν αὕτη ἡ φύσις ἡ τοῦ ἐπιεικοῦς, ἐπανόρθωμα νόμου, ᾗ ἐλλείπει διὰ τὸ καθόλου.*[88]) Hieraus sei klar, daß auch das „Billige" Recht sei.

Im vorstehenden ist der Begriff *ἐπιεικεία* mit Billigkeit,

[85]) S. 61 ff.

[86]) Recht u. Rechtsverwirklichung S. 59 ff.

[87]) „Daß das ‚Billige' zwar Recht ist, aber nicht eine Norm, sondern die Verbesserung einer Rechtsnorm."

[88]) „Das ist das Wesen des ‚Billigen': eine Verbesserung der Norm, wo sie durch ihre allgemeine Fassung fehlerhaft ist."

τὸ ἐπιεικές mit „das Billige" übersetzt, wie es herkömmlich geschieht. Aber es ist ganz klar, daß die „Billigkeit", die Aristoteles meint, nichts mit der Billigkeit im Sinne der herrschenden Auffassung zu tun hat, daß sie nämlich keine Norm im Auge hat, sondern gerade im Gegenteil die Regelung eines Einzelfalles ohne Verallgemeinerung. Aristoteles unterscheidet nicht etwa zwei Arten von Normen, von denen er die einen als „gerecht", die anderen als „billig" bezeichnete — sondern das Wesen der ἐπιείκεια ist die gerechte und vernünftige Regelung des Einzelfalles im Gegensatz zur Norm.[89])

Damit ergibt sich, daß Aristoteles schon genau die gleiche Unterscheidung macht, die hier zum Ausgangspunkt und zur Grundlage der Erörterungen gemacht ist. Das ἐπιεικές ist die richtige Entscheidung des Einzelfalles, das δίκαιον die Rechtsnorm.

Ob es bei dieser Sachlage richtig ist, ἐπιείκεια schlechtweg mit „Billigkeit" zu übersetzen, darf bezweifelt werden.

7.

Die fast allgemeine Ablehnung des Rechtsgefühls als Rechtsquelle wird u. a. auch damit begründet, daß das Rechtsgefühl gar nicht überall anspreche, wo eine rechtliche Regelung (d. h. im Sinne der allgemeinen Auffassung eine Regelung durch Rechtsnormen) nötig sei. Das ist nicht nur für die Normen, sondern auch für die Entscheidungen völlig zutreffend. Das Rechtsgefühl spricht nicht überall an; dar-

[89]) Géza Kiss, Gesetzesauslegung u. „ungeschriebenes" Recht, Jherings Jahrb. 58 (1911) 424 ff. vertritt die Auffassung, das ἐπιεικές sei lediglich das Prinzip der Gesetzesauslegung; nach den Darlegungen des Textes zu Unrecht. — Wie hier: J. Binder, Philosophie des Rechts (1925) S. 400. Über die entsprechende Entwicklung der römischen Aequitas-Lehre vgl. Johannes Stroux, Summum ius summa iniuria (S.A. aus der Festschr. f. Paul Speiser-Sarasin) 1926 S. 12.

aus folgt aber nur, daß es nicht überall allein als Rechtsquelle wirken kann.

Das Rechtsgefühl vermag nur da wirksam zu werden, wo es sich um die Werte handelt, auf die das Rechtsgefühl überhaupt anspricht. Das sind einerseits die Werte, welche das Individualgefühl erfaßt, also die Würde der Persönlichkeit, der Schutz der Individualsphäre (Freiheit, Familie, Sprache, Religionsübung, Eigentum, Urheberrechte usw.), anderseits die Werte, die das Gemeingefühl erfaßt, also Gleichheit, Rechtssicherheit, Staatsbestand, nationale Würde, Verkehrssicherheit usw. Bei den meisten Werten sprechen beide Gefühle mit.

Dagegen spricht das Rechtsgefühl da nicht an, wo nur die Werte der praktischen Nützlichkeit in Betracht kommen — oder genauer ausgedrückt: es fordert hier nur, daß überhaupt eine Regelung stattfinde, dagegen nicht, wie die Regelung stattfinden soll.[90]) Hier beginnt das Reich der „praktischen Vernunft".

Das Rechtsgefühl kümmert sich daher regelmäßig nicht um die Einzelheiten der Regelung, sondern nur um ihre Grundlagen und die großen Grundlinien, und überläßt die nähere Ausgestaltung, die Einzelheiten, die Träger von Nützlichkeitswerten sind[91]), der „praktischen Vernunft".

Der Nützlichkeitswert ist dem Rechtsgefühl wesensfremd, wie er umgekehrt die praktische Vernunft, ihr Ziel wie ihren Weg, beherrscht.

Das Rechtsgefühl fragt nicht, ob das, was es erstrebt, nützlich ist, sondern nur, ob es gerecht ist. Das auf ihm

[90]) Auf diesen Unterschied baut Marschall v. Bieberstein, Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze, 1927, die Unterscheidung zwischen Rechtsnormen u. Richtungsnormen auf. Ähnlich L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, 1 (4. A. 1927) 105 ff.: règles de droit normatives im Gegensatz zu règles de droit constructives ou techniques. Ebenso spricht H. Fehr, Recht u. Wirklichkeit, 1928 S. 29 ff. von dem Unterschied der Rechtsnormen und der technischen Normen.

[91]) So schon Fr. Adickes, Z. Lehre v. d. Rechtsquellen, 1872 S. 48.

fundierte Streben zielt daher auch mitunter auf etwas, was dem Subjekt des Strebens vom reinen Nützlichkeitsstandpunkt aus schaden kann.[92])

Das berühmte Motto, das Jhering seinem Buche über den Zweck im Recht vorangesetzt hat: „Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts"[93]) ist also in dieser Allgemeinheit schlechthin falsch, wenn unter dem Zweck auch Nützlichkeitszwecke mitverstanden werden.

3. Die „praktische Vernunft".

1.

Als „praktische Vernunft" ist (oben S. 59) das auf den Nützlichkeitswert des Inhaltes der Entscheidung gerichtete Bewußtseinserlebnis bezeichnet worden, in welchem nicht nur ein Wertfühlen, eben das auf den Nützlichkeitswert intentional gerichtete Fühlen, tätig ist, sondern in gewissem Umfang auch der Verstand.

Das letztere hat seinen Grund nicht etwa darin, daß für das Erfassen des Sachverhalts des konkreten Falles, insbesondere auf den Gebieten des Wirtschaftslebens, ein großes Maß nur empirisch zu erwerbender Sachkenntnis und Menschenkenntnis erforderlich ist. Denn das Erfassen des gegebenen Sachverhalts muß selbstverständlich der Findung der Entscheidung, und also auch dem Wertfühlen vorhergehen.

Aber die Beurteilung der vorgestellten Regelung des Falles auf ihren Nützlichkeitswert erfordert auch die Beurteilung ihrer Wirkung auf die benachbarten Interessen-

---

[92]) Vgl. den 2. Abschn. dieses Kapitels unter Z. 4. (Widerspruch zwischen Rechtsgefühl u. prakt. Vern.)

[93]) Jhering, Der Zweck im Recht, 1. Bd. 1877.

sphären, und bei dieser Beurteilung läßt sich der Verstand seine Mitwirkung nicht nehmen, da sie der verstandesmäßigen Überlegung zugängig ist.

Das gilt natürlich nur für den ersten der beiden (oben S. 67 ff.) gekennzeichneten Wege, der in zwei Phasen verläuft: zunächst in der Findung des Inhalts der Entscheidung durch die konstruktive Phantasie und sodann der Erfühlung seines Nützlichkeitswertes. Für den zweiten Weg: die Findung der Entscheidung durch die Intuition, gilt das nicht, da hier der Verstand nicht mitspricht.

Jedoch sei die Bemerkung wiederholt (vgl. oben S. 77), daß, je mehr es sich um Gebiete handelt, auf denen der Verstand mitzusprechen pflegt, um so seltener die Intuition wird; je komplizierter also der Fall gelagert ist, je mehr zur Erfassung seines Sachverhalts — also für den der Findung der Entscheidung vorangehenden Denkakt — der analysierende Verstand gebraucht wird und tätig wird, um so mehr wird er auch bei der Findung der Entscheidung tätig zu bleiben suchen, und um so seltener wird hier die Intuition sein.

Das bestätigt denn auch die Erfahrung: bei den ganz komplizierten Fällen des modernen Wirtschaftslebens, bei denen es sich um tausendfältig ineinander verwobene Beziehungen und Zusammenhänge handelt, wird eine intuitive Findung der Entscheidung seltener und die in zwei Phasen verlaufende Entscheidung häufiger sein.

In den Wirtschaftsepochen, in denen die Erfassung des Sachverhalts keine Schwierigkeiten macht, in denen bei dem Entscheidenden die genaue Kenntnis der wirtschaftlichen Verhältnisse und Beziehungen vorhanden ist, innerhalb deren das durch die Entscheidung vorzuschreibende Verhalten sich zu vollziehen hat, in denen er also auch ohne Schwierigkeit voraussieht, wie dies Verhalten auf jene Beziehungen einwirken wird, und umgekehrt, wie diese Beziehungen den Ablauf des durch das vorzuschreibende Verhalten eingeleiteten Geschehens beeinflussen werden — in diesen Epochen ist die intuitive Entscheidung die Regel.

Das gleiche gilt auch heute noch für alle so einfach ge-

lagerten Fälle, daß die Erfassung ihres Sachverhalts ohne Schwierigkeiten möglich ist.

Je komplizierter das Wirtschaftsleben wird, je differenzierter seine Tätigkeiten, je feiner seine Verästelungen und je kunstvoller seine Verflechtungen — um so schwieriger wird es, deren Kenntnis zu erwerben, um schwieriger, die Auswirkungen einer Regelung auf die benachbarten oder durch irgendeine Verflechtung verbundenen Wirtschaftsgebiete zu übersehen, um so unsicherer erscheint das Werturteil über die in Betracht kommenden Interessen und ihre Abwägung gegeneinander — um so schwieriger also, die Regelung zu finden, deren Nützlichkeitswert evident einsichtig ist.

Zur Verdeutlichung mögen einige Beispiele dienen, die dem für das moderne Wirtschaftsleben besonders wichtigen und auch besonders charakteristischen Rechtsgebiet, dem Gesellschaftsrecht, entnommen werden sollen.

Die wirtschaftliche Macht liegt heute in der Hand der Gesellschaften, und in immer steigendem Maße der komplexen Gesellschaften, der Konzerne.

Bei den Streitfragen, die hier auftauchen, handelt es sich um Kollisionen gegensätzlicher Interessen innerhalb der Gesellschaft, deren Entscheidung im wesentlichen durch die praktische Vernunft erfolgen muß, da das Rechtsgefühl hier nicht oder jedenfalls nicht allein leiten kann.

Hier sind namentlich die Fragen von Bedeutung, welche die Herrschaft in der Gesellschaft betreffen. Darf derjenige, der über die Mehrheit in einer GmbH. verfügt, mitstimmen, wenn es sich um die Frage seiner eigenen Bestellung zum Geschäftsführer handelt, um den Abschluß seines eigenen Anstellungsvertrages, ebenso später um seine Abberufung? Wenn ja, so gibt ja seine eigene Stimme den Ausschlag, d. h. er bestellt sich selbst zum Geschäftsführer.

Das Rechtsgefühl schweigt hier entweder ganz oder ist ungewiß, und ebenso ist auch das Nützlichkeitsgefühl unsicher.

Hier kann nur die praktische Überlegung weiter bringen, daß man demjenigen, der mit dem größeren Teil des Kapitals

beteiligt ist, nicht die Möglichkeit verschränken darf, selbst die Leitung der Gesellschaft zu übernehmen[94]).

Gibt eine Aktiengesellschaft junge Aktien aus, und zwar unter Ausschluß des Bezugsrechts der Aktionäre (HGB. § 282) an ein Konsortium mit der Bestimmung, daß ein Teil des Erlöses an die Gesellschaft abzuführen ist — gehört dieser Überpreis in den gesetzlichen Reservefonds? Oder gehört er zu dem verteilbaren Gewinn? Das Rechtsgefühl schweigt völlig. Auch das Nützlichkeitsgefühl versagt. Die Antwort ist nur aus praktischen Erwägungen zu entnehmen.[95])

Bei einer Gesellschafter-Versammlung des Rheinisch-Westfälischen Zementsyndikates GmbH. hatten Syndikatswerke mitgestimmt, deren Anteile sämtlich im Besitz des Syndikates selber waren. War diese Abstimmung gültig, obwohl sachlich das Syndikat selbst mitgestimmt hatte? Das Rechtsgefühl wird keine sichere Antwort geben und ebensowenig das Nützlichkeitsgefühl.

Die verstandesmäßige Überlegung wird die Frage stellen müssen, wie weit eine GmbH., deren Anteile sämtlich im Besitz einer anderen GmbH. sind, mit der letzteren als identisch anzusehen ist. (Die gleiche Frage erhebt sich bei Aktiengesellschaften.) Diese Frage ist nur mit praktischen Erwägungen, nicht mit dem Gefühl zu beantworten[96]).

Dasselbe Problem liegt auch der Streitfrage zugrunde, ob eine Tochtergesellschaft Aktien oder Geschäftsanteile der Muttergesellschaft erwerben kann?[97])

---

[94]) So Hachenburg § 47 GmbH.-Ges. Anm. 22; abw. Brodmann, GmbH.-Ges. S. 146 ff. Der Wortlaut des § 47 Abs. 4 ist nicht eindeutig.

[95]) Vgl. einerseits Flechtheim, Bankarchiv 1922 S. 225, anderseits Staub-Pinner, § 262 Anm. 17. Der § 262 Z. 2 selbst gibt keine eindeutige Antwort.

[96]) Vgl. einerseits Flechtheim, Recht u. Wirtschaft, 1922 S. 381 und Bericht an den Enquête-Ausschuß, 1927 S. 21, anderseits RG. v. 21. 10. 21, RGZ. **103** 64 und Rudolf Jsay, Kartell-Rundschau 1922 S. 202.

[97]) Vgl. einerseits RG. v. 18. 1. 24, RGZ. **108** 41, anderseits RG. v. 19. 11. 26, Jur. Woch. 1927 S. 672; Flechtheim, Jur. Woch.

Die Abstimmung in Gesellschafter-Versammlungen ist auch sonst Gegenstand zahlreicher Streitfragen, die zum erheblichen Teil nur durch verstandesmäßige Überlegungen zu entscheiden sind[98]). Hierher gehört z. B. die Frage, ob Abstimmungs-Vereinbarungen bindend sind, und ob ihre Erfüllung verlangt werden kann.

Das Reichsgericht nimmt ihre Gültigkeit an, so daß ihre Verletzung zum Schadenersatz verpflichte, verneint aber, daß ihre Erfüllung verlangt werden könne[99]). Hachenburg[100]) hält sie dagegen für erzwingbar (gemäß § 894 ZPO.). Die verstandesmäßige Überlegung spricht für die letztere Ansicht. Mit einem Schadenersatzanspruch ist dem Verletzten nicht geholfen.[101])

Ein Fall aus dem Kartellrecht: Wenn ein Außenseiter sich mit einer zum Kartell gehörenden Gesellschaft durch Fusion vereinigt, unterliegt er dann der Kartellbindung? Das Reichsgericht hat in mehreren Fällen die Frage dahin beantwortet, daß die Bindung ihn nur für die Produktion des übernommenen Werkes treffe[102]). Dabei ist aber die Lage des Verbandes nicht berücksichtigt, in die er kommt, wenn ein Außenseiter in alle seine Geschäftsgeheimnisse Einblick erhält; die vernünftige Überlegung verlangt daher die völlige Bindung des Außenseiters[103]).

1924 S. 679 und Bericht S. 19; Geiler, Wirtsch. Strukturwandlungen (Bericht an den Enquête-Ausschuß, 1927) S. 36.

98) Vgl. Franz Herzfelder, Stimmrecht u. Interessenkollision, 1927.

99) RG. v. 25. 11. 25, RGZ. **112** 273; RG. v. 23. 9. 27, Jur. Woch. 1927 S. 2992; RG. v. 10. 1. 28, RGZ. **119** 386.

100) GmbH.-Ges. § 45 Anm. 44.

101) Vgl. H. Jsay, Zur Frage der Erfüllung v. Abstimmungsverträgen, Leipzig. Zsch. **22** (1928) 1295.

102) RG. v. 30. 1. 17, RGZ. **89** 354; RG. v. 30. 10. 23, RGZ. **108** 25.

103) So Flechtheim, Jur. Woch. 1917 S. 469 Fußnote; H. u. R. Jsay, Allg. Bergges. **2** (1920) 416; Staub-Pinner, § 306 Anm. 14. Abw. H. Friedländer, Konzernrecht, 1927 S. 100.

Beispiele aus den übrigen Rechtsgebieten lassen sich ebenfalls in beliebiger Zahl beibringen[104]).

In allen diesen Fällen schweigt das Wertgefühl entweder völlig, oder es fühlt sich selbst ganz unsicher, wie die Probe ohne weiteres ergibt. Es kann also keine Rede davon sein, daß das spezifisch Rechtliche einer Regelung in ihrem Bejaht-werden-müssen läge, in ihrer Begründung in der sittlichen Idee.[105])

Ebensowenig kann aber davon gesprochen werden, daß hier die tatsächlichen Gegebenheiten des Rechtslebens selbst die Regeln des Verhaltens hervorbrächten, die durch die Tätigkeit der Wissenschaft lediglich erkannt zu werden brauchten.[106])

Indessen sind diese Fälle die Ausnahme, und nicht die Regel. In der weit überwiegenden Mehrzahl aller Fälle spricht nicht nur das Rechtsgefühl, sondern auch das Nützlichkeitsgefühl ohne weiteres an.

2.

Auch das Nützlichkeitsgefühl ist, ebenso wie das Rechtsgefühl, kein einheitliches Gefühl, sondern — und zwar aus dem gleichen Grunde — aus einer Synthese von

[104]) Vgl. die Fälle bei Max Rumpf, Gesetz u. Richter, 1906 S. 71 ff.; ferner H. Isele, Geldschuld und bargeldloser Zahlungsverkehr, Arch. f. ziv. Prax. N. F. **9** (1928) 170 ff.; G. W. Heinemann II, Jur. Woch. 1928 S. 2003.

[105]) So Binder, Arch. f. Rechts- u. WirtschaftsPhil. **20** (1927) 263.

[106]) Das ist die Lehre von Geny, die er im 2. Bd. seines Werkes Science et Technique en droit privé positif, Élaboration scientifique du droit positif (1915) entwickelt. Vgl. unten S. 247.

Aber keine rein rational begründete Wissenschaft, und ebensowenig — wie er zum Schluß meint — irgendeine Philosophie kann aus den gegebenen Tatsachen die Regelung ableiten, die für das Leben in der Gemeinschaft nötig ist. Die Wissenschaft kann nur die Tatsachen und ihre Zusammenhänge erkennen. Die Regelung geben andere geistige Mächte.

Individualgefühl und Gemeingefühl entstanden. Die Entwicklung ist daher hier auch die gleiche gewesen, und es kann daher auf die früheren Ausführungen (oben S. 98 ff.) verwiesen werden.

Infolgedessen ist auch hier ein Konflikt zwischen Individualgefühl und Gemeingefühl möglich, je nachdem die Entscheidung einen Nützlichkeitswert für das Individuum oder für die Gemeinschaft realisieren kann.

Für die Stellungnahme zu diesem Konflikt ist eine Stellungnahme zu der Frage nach dem Endzweck der Gemeinschaft nicht zu umgehen.

Es sind hier von alters her zwei verschiedene Gesichtspunkte vertreten worden, die sich als Pole der Weltanschauungen gegenüberstehen, und von denen bald der eine, bald der andere die stärkere Anziehungskraft besessen und demgemäß die politische und die Rechtsentwicklung beeinflußt hat.

Nach dem einen Gesichtspunkt[108]) ist Endzweck der Gemeinschaft die Glückseligkeit ihrer einzelnen Mitglieder, der Individuen, die Entfaltung ihrer körperlichen, geistigen und seelischen Kräfte, die Ermöglichung ihrer freien Betätigung; die Beschränkung dieser Freiheit ist hiernach nur insoweit gerechtfertigt, als sie durch die Rücksicht auf die anderen Mitglieder geboten ist, die den gleichen Anspruch auf Glückseligkeit haben.

Diese Glückseligkeit ist nicht eine rein materielle; eine solche würde Seele und Geist nicht entwickeln können. Sie ist vor allem Befriedigung der sittlichen Bedürfnisse, der Bedürfnisse der Seele, des Geistes, die „Entfaltung der autonomen Persönlichkeit".

Dieser Standpunkt ist der des Individualismus, wie er das Naturrecht und die Aufklärung beherrscht hat und der deutschen idealistischen Philosophie, namentlich derjenigen Kants, zugrunde liegt; also nicht ein hedonisti-

[108]) Wie er namentlich von J. Bentham entwickelt worden ist: Introduction to the principles of morals and legislative, Works, 1. Bd. 1848 S. 1 ff., 148 ff. Ebenso z. B. Jellinek, Allg. Staatslehre S. 256.

scher oder eudämonistischer, sondern ein ethischer Individualismus.

Nach dem entgegengesetzten Standpunkt hat die Gemeinschaft ihre eigenen überindividuellen Zwecke, ihre eigenen materiellen wie sittlichen Aufgaben: das Wohl der Gemeinschaft ohne Rücksicht auf das Wohl der Mitglieder, das öffentliche Wohl, das gemeine Wohl (publica utilitas, salut public).

Dieser Standpunkt ist der des Universalismus[109]). In seiner Reinheit läßt er die Glückseligkeit des Individuums völlig außer acht.

Man kann sich sehr wohl eine straff organisierte Gemeinschaft vorstellen, in der die einzelnen in strammer Zucht gehalten, in Bedürfnislosigkeit leben — wobei die Gemeinschaft, der Staat, reich und mächtig ist.

In dieser Reinheit ist der Gedanke noch niemals Wirklichkeit geworden.

Aber es gibt Ansätze, für die auf den Stadtstaat von Sparta, den Jesuitenstaat in Paraguay[110]), vielleicht auch auf die Russischen Sowjet-Republiken verwiesen sei.

Ihm entspricht auch in seinem Aufbau das Staatsideal, das Platon in seiner Politeia zeichnet.[111])

Von dem platonischen Staatsideal ist auch Hegel ausgegangen. Nur hat er versucht, den Gegensatz zwischen Gemeinschaftsinteresse und Individualinteresse als „nur dialektisch" auch auf dialektischem Wege aufzuheben[112]). Das Subjekt sei die Allgemeinheit des für sich freien Willens. Aber der Wille werde erst frei, indem er sich preisgebe. Der freie Wille setze die Einheit zweier Momente voraus, der Besonderheit und der Allgemeinheit, indem sich das Selbstbewußtsein zugleich als Besonderes und Allgemeines wisse.

[109]) Vgl. O. Spann, Gesellschaftslehre, 2. A. 1923 S. 85 ff. und Art. „Universalismus" i. Hdwb. d. Staatswiss. 4. A. 1926. Binder, Arch. f. R. u. WPh. **20** (1927) 273 nennt ihn „Transpersonalismus".

[110]) J. Pfotenhauer, Die Missionen der Jesuiten in Paraguay, 2. Bd. 1891 S. 191 ff., 3. Bd. 1893 S. 220 ff., 247 ff.

[111]) Windelband, Platon S. 155 ff.

[112]) Binder a. a. O. S. 274 ff.

Das Besondere werde „durch seine Reflexion in sich mit der Allgemeinheit ausgeglichen".

Allein auf diese dialektische Weise läßt sich das Bedürfnis des Individuums nach Glückseligkeit, d. h. nach Entfaltung und Betätigung seiner Individualität nicht beseitigen, erst recht nicht befriedigen. So wenig man der Gefahr, von einem entsprungenen Löwen zerrissen zu werden, dadurch entgehen kann, daß man sich klarmacht, der Löwe sei nur ein Produkt des eigenen Verstandes.

Das Bedürfnis nach individueller Glückseligkeit ist genau ebenso eine Tatsache wie der Löwe, und es reagiert nur auf Tatsachen.

Daher wäre der Versuch Platons, sein Staatsideal in Syrakus in die Wirklichkeit umzusetzen, an dieser Tatsache sicherlich ebenso gescheitert, wie der Jesuitenstaat in Paraguay zugrunde gegangen ist.

In der modernen deutschen Rechtsphilosophie gewinnt, im Gegensatz zu der anglo-amerikanischen, der Universalismus immer mehr an Boden.

Er wird u. a. nicht nur von dem Neu-Hegelianer Binder, sondern auch von der neukantischen Rechtsphilosophie vertreten[113]), während von Max Scheler auf Grund phänomenologischer Einsichten der individualistische Standpunkt begründet worden ist[114]).

Binders Argumente gegenüber dem individualistischen Standpunkt sind, wie bereits erwähnt, rein dialektisch. Von seiner Begründung, daß die individuelle Persönlichkeit durch den Universalismus nicht vernichtet, sondern nur in der des Staates „aufgehoben" werde, war schon die Rede.

Zur Bekämpfung des individualistischen Gesichtspunktes wird darauf hingewiesen, daß der Einzelne nichts ohne die

[113]) Vgl. z. B. Stammler, Richt. Recht S. 191.

[114]) Max Scheler, Der Formalismus in der Ethik usw. Der Untertitel lautet: Neuer Versuch der Grundlegung eines ethischen Personalismus. Vgl. namentlich die Vorrede z. 2. Aufl. (S. XI ff.) und S. 514 ff.

Gemeinschaft, daß sie seine Lebensform, seine eigene geistige, innerlichste Wirklichkeit sei.[115])

Nun ist es zwar richtig, daß Kant, ebenso wie schon früher, das Naturrecht, die Gemeinschaft als aus einem Vertrage der Einzelnen hervorgegangen gedacht hat, aber nur als gedankliche Konstruktion, nicht als Hypothese geschichtlicher Entwicklung, wie Kant selbst ausdrücklich betont[116]). Es ist also unberechtigt, dem Individualismus eine solche geschichtlich falsche Hypothese zu unterstellen.

Auch der individualistische Standpunkt kann (und muß) anerkennen, daß eine Entwicklung des Einzelnen nach vorwärts, nach aufwärts, eine Entfaltung seiner geistigen und seelischen Fähigkeiten nur in der Gemeinschaft und durch die Gemeinschaft möglich ist. Damit ist aber nicht widerlegt, daß diese Entwicklung der Zweck der Gemeinschaft sein könne.

In Wahrheit wenden sich alle Argumente, welche gegen den Individualismus vorgebracht werden, nur gegen den „übertriebenen" Individualismus[117]). Der Einzelne, der in der Gemeinschaft das Mittel zu seiner Förderung und Entwicklung sieht, muß selbstverständlich auch die Aufrechterhaltung dieser Gemeinschaft wollen. Er muß also zunächst seine eigene Freiheit insoweit beschränkt wollen, als es für die Entwicklung der anderen Gemeinschaftsglieder nötig ist[118]). Ebenso ist es vom Standpunkt des Individualismus klar, daß, wenn er die Aufrechterhaltung und also den Schutz der Gemeinschaft will, er dafür auch weitere Opfer als nur die Beschränkung der Freiheit der Einzelnen

[115]) O. Spann, Gesellschaftslehre, 2. A. 1923 S. 85 ff. und Art. Universalismus, S. 456.

[116]) Kant, Rechtslehre, Anm. zu § 49, Ausg. Cassirer Bd. 7 S. 125.

[117]) Diesen Ausdruck gebraucht denn auch z. B. Binder gelegentlich (Arch. f. R. u. WPh. **20** 276).

[118]) Vgl. die berühmte Definition Kants: „Das Recht ist der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt gedacht werden kann" (Einl. i. die Rechtslehre § C).

wollen muß, also z. B. auch zur Verteidigung der Gemeinschaft das Opfer der Gesundheit und des Lebens ihrer Mitglieder. Gerade die entschiedensten Vertreter des Individualismus haben nie anders gesprochen und gehandelt.

Sieht man einmal von allen rein gedanklichen Konstruktionen ab, so läßt sich schwerlich bestreiten, daß jede körperliche und jede geistige und seelische Entwicklung sich in der individuellen Persönlichkeit vollzieht, daß aber, auch wenn man die Gemeinschaft als solche, also als überindividuelle Gesamtheit ins Auge faßt, ihre Entwicklung im wesentlichen bei ihren Führern liegt. Von ihnen hängt es ab, ob die Gemeinschaft sich zu einem blühenden, lebensstarken und mächtigen Gemeinwesen aufwärts entfaltet, oder ob sie nach kürzerem oder längerem unfruchtbaren Dahinleben verfällt. Die Entwicklung von Führerpersönlichkeiten bedeutet aber wiederum nichts anderes als die Entwicklung von Individualitäten, d. h. Einzelpersönlichkeiten.

Diese Sätze bilden den Gegenstand der Erfahrung in allen Gemeinschaften, über welche die Geschichte berichtet, seien es Stadtstaaten, Städte, Länder, Religionsgemeinschaften, Hansen gewesen, oder was immer.

Im Grunde muß denn auch der Universalismus die Entwicklung der Einzelnen als Ziel der Gemeinschaft anerkennen, wenn er dies Anerkenntnis auch in Wendungen kleidet, die eine wenigstens dialektische Übereinstimmung mit dem universalistischen Grundgedanken ermöglichen, wie z. B.: das Individuum habe seinen Daseinsgrund in der Weltvernunft, die ihm Würde und Wert verleihe.

Für die größte Gemeinschaft, die wir kennen, die Völkergemeinschaft, ist eine andere als die individualistische Auffassung schon deshalb schwer möglich, weil hier eine organisierte Gemeinschaft überhaupt nicht vorhanden ist. Es wäre schwer zu sagen, was für überindividuelle Zwecke hier zu verfolgen wären, die sich nicht in dem Wohl der einzelnen Mitglieder der Völkergemeinschaft erschöpften.

Mit der Formel des Universalismus, d. h. unter Berufung

auf das „öffentliche Wohl", sind von jeher alle möglichen Unbarmherzigkeiten und Grausamkeiten, alle denkbaren Feigheiten und Niederträchtigkeiten gerechtfertigt worden[119]). Für die Bekämpfung und Vernichtung des politischen oder auch nur des persönlichen Gegners, wie für die Befriedigung der Habgier und anderer Gelüste der Machthaber bot diese Formel das jederzeit bereite Mittel und die willige Deckung.

Es gibt dagegen nicht ein einziges ernsthaftes Bedürfnis der Gemeinschaft, das nicht auch vom Standpunkte des Individualismus aus und mit seiner Formel zu befriedigen wäre.

Im übrigen sind Formeln bloß Worte, Begriffe; und wenn es eine Lehre gibt, die der Geschichte der Rechtsphilosophie entnommen werden kann, so ist es die, daß Worte und Begriffe gegenüber der Gesinnung neutral sind, d. h. daß eine Gesinnung sich hinter den verschiedensten Worten und Begriffen verbergen, und umgekehrt eine Formel, ein Schlagwort die verschiedenartigsten Gesinnungen decken kann.

Die Gesinnung, auf die es ankommt, ist das Gefühl für die Würde der Persönlichkeit, die Achtung ihres Rechts auf Entfaltung und Entwicklung ihrer geistigen und sittlichen Anlagen, der Respekt vor ihrer Arbeit und deren Ergebnissen. Diese Gesinnung ist es, die die Grundlage und das Wesen des Individualismus bildet. Aus ihr ergeben sich auch die Richtlinien für die praktische Vernunft, welche sie bei ihrer Regelung der aus der Gemeinschaft sich ergebenden Beziehungen — übrigens unter der Kontrolle des Rechtsgefühls — leiten; die Einzelheiten der Regelung findet dann die der praktischen Vernunft eigentümliche Fähigkeit an der Hand dieser Richtlinien.

Daß bei dieser Gesinnung die überindividuellen Bedürfnisse der Gemeinschaft nicht zu kurz kommen, ist sicher; auch sie reflektieren alle auf die einzelnen Mitglieder. Im

---

[119]) Vgl. Reichel, Einleitungsart. d. Schweiz. ZGB., Festg. f. Stammler 1926 S. 333 ff. (S.A. S. 53 ff.): „Es gibt kein Verbrechen des Strafgesetzbuches, das nicht im Namen der Staatsraison schon verübt worden wäre; denn ihrem Zweck ist jedes Mittel heilig."

übrigen sei darauf verwiesen, daß das im Rechtsgefühl enthaltene Gemeingefühl in dieser Richtung eingreift, wenn das Gemeingefühl der praktischen Vernunft hier versagen sollte.[120]) Zu diesen Bedürfnissen der Gemeinschaft gehört insbesondere auch das nach Wahrung der Kontinuität, der Tradition, das ein sittliches und ein eminent praktisches Bedürfnis der Einzelnen ist.

Dagegen wird durch diese Gesinnung des Individualismus eine Überspannung des Staatsgedankens, ein Mißbrauch der Staatsgewalt verhindert, wie er auf der geistigen Grundlage des Universalismus zu allen Zeiten möglich und wirklich war.

Bei der Regelung durch die praktische Vernunft spielt die Abwägung widersprechender Interessen eine große Rolle. Und zwar nicht nur der kollidierenden Interessen der Einzelnen, sondern auch vornehmlich der Interessen der Allgemeinheit. Zu diesen Interessen gehört namentlich das Interesse der Berechenbarkeit des fremden Verhaltens, der Berechenbarkeit der Anforderungen der öffentlichen Hand.

Diese Abwägung findet ihren Niederschlag in Rechtsnormen, die sich als Ableitung aus einer Reihe von geschichtlichen oder vorgestellten Entscheidungen darstellen.

Diese Normen, die Interessenkollisionen regeln, sind aber zeitlich bedingt. Sie stellen das Ergebnis eines in einem bestimmten Zeitpunkt gefällten Werturteils dar.

Dieses Werturteil kann infolge des Fortschreitens der Wirtschaftsentwicklung, der Änderung der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse, infolge der Veränderung geistiger, religiöser Anschauungen — kurz, aus zahlreichen Gründen seine Geltung verlieren. Hier tritt die Frage auf: wie weit ist dann noch die Norm maßgebend?

Ist die Norm elastisch gefaßt, so erhält die Frage die andere Fassung: ist die Interessenwertung maßgebend, welche der Normgeber zur Zeit der Normgebung vorgenommen hat, oder die Interessenwertung, welche zur Zeit der Entscheidung allgemein vorzunehmen wäre?

---

[120]) Vgl. hierzu E. Huber, Recht u. Rechtsverwirkl. S. 128.

Das Schrifttum ist in dieser Frage in zwei entgegengerichtete Lager gespalten: die Lehre der „geschichtlichen Interessenjurisprudenz" hält die Interessenwertung des Gesetzgebers für unverändert maßgebend, die Lehre der objektiven Interessenwertung vertritt die Auffassung, daß die zur Zeit der Entscheidung gegebene Interessenlage maßgebend sei.[121])

Von dem in dieser Arbeit vertretenen Standpunkt aus und ihrer Auffassung des Verhältnisses zwischen Norm und Entscheidung in der Region des Verkehrsrechts kann die Antwort nicht zweifelhaft sein; da die Norm hier nur die Kontrollfunktion hat — wie im 3. Abschn. dieses Kapitels zu zeigen sein wird —, so kann sie diese nicht mehr ausüben, wenn sie nicht mehr der Niederschlag der zur Zeit herrschenden praktischen Vernunft ist. Die Norm ist eine Integration der Rechtsgemeinschaft und muß daher an deren Leben teilnehmen können (vgl. 3. Kap. 1. Abschn. unter Z. 6). Da, wo die Norm wegen ihrer elastischen Fassung eine andere Interessenwägung ermöglicht, ist diese dem Entscheidenden auch gestattet.

Nicht so einfach liegt die Frage bei starren Normen, wie sie z. B. im Bergrecht die Interessen zwischen Bergbau und Grundbesitz einerseits, Bergbau und öffentlichen Verkehrsmitteln andererseits abgrenzen. Oder z. B. bei Normen, die gegenüber den Interessen der Leichtigkeit des Verkehrs die Interessen der Sicherheit des Verkehrs abwägen.

---

[121]) Die erstere Auffassung wird eingehend von Ph. Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, A. f. ziv. Pr. **112** (1914) 1 ff. vertreten; hier auch eine vollständige Literaturangabe unter Würdigung der entgegengesetzten Auffassung. Zustimmend zu Heck Max Rümelin, A. f. ziv. Pr. N. F. **2** (1924) 272. Vgl. dagegen namentlich J. Kohler, Bürg. Recht **1** (1904) 122 ff.; Danz, Jherings Jahrb. **54** (1909) 48 ff.; Max Gmür, Anwendung des Rechts usw. 1908 S. 43; F. Regelsberger, Gesetz u. Rechtsanwendung, Jherings Jahrb. **58** (1911) 151 ff.; R. Müller-Erzbach, Relativität der Begriffe usw., Jherings Jahrb. **61** (1912) 362 Anm. 1; H. Wüstendörfer, A. f. ziv. Prax. **110** (1913) 314 ff.; H. Reichel, Gesetz u. Richterspruch, 1915 S. 67; R. Laun, Veröff. dtscher Staatsrechtslehrer **3** (1927) 45; H. Fehr, Recht u. Wirklichkeit, 1928 S. 168.

Hier bildet die Frage eine Parallele zu der Frage: wie ist ein Widerspruch zwischen der Norm und dem Rechtsgefühl des Entscheidenden zu lösen? Es handelt sich hier um Unterfälle der allgemeineren Frage, wie weit die Norm des Gesetzgebers den Richter bindet. Auf diese Frage wird unten (3. Kap. 1. Abschn. Z. 3) eingegangen werden.

4. Widerspruch zwischen Rechtsgefühl und praktischer Vernunft.

1.

Oben (S. 58) ist bereits darauf hingewiesen worden, daß sich Rechtsgefühl und Nützlichkeitsgefühl, Rechtsgefühl und praktische Vernunft widersprechen können.

Dieser Widerspruch kann sich in verschiedenen Bewußtseinslagen äußern. Es ist möglich, daß der Inhalt der Entscheidung schlechthin nicht gleichzeitig Träger des Gerechtigkeits- und des Nützlichkeitswertes sein kann, daß also das Rechtsgefühl die gefundene Ordnung billigt, während das Nützlichkeitsgefühl sie mißbilligt — oder umgekehrt.

Da, wo das Nützlichkeitsgefühl zwischen zwei kollidierenden Interessen abzuwägen hat, kann es vorkommen, daß das Rechtsgefühl gerade auf seiten desjenigen Interesses steht, welches die praktische Vernunft niedriger bewertet hat.

So betrachtet z. B. das Preußische Allgemeine Berggesetz grundsätzlich das Interesse des Grundbesitzers gegenüber dem Bergbau als das geringere, das ihm weichen muß[122]); das Rechtsgefühl kann hier auf seiten des Grundbesitzers stehen.

Ähnlich ist es im Verhältnis zwischen Sacheigentum und

[122]) H. u. R. Isay, A. B. G. 2 (1920) 2.

dem Recht aus dem Patent; hier wird das Interesse des Eigentümers als das geringere betrachtet[123]); das Rechtsgefühl kann für den Eigentümer eintreten.

In der Frage des Nachbaus schutzfreier Maschinen kann das Rechtsgefühl den Nachbau als unrecht empfinden[124]), während die praktische Vernunft zu einem anderen Ergebnis kommt[125]). Dasselbe gilt für die Nachahmung ungeschützter kunstgewerblicher Erzeugnisse[126]).

Die Einrede der Verjährung wird von der praktischen Vernunft aus verschiedenen Gründen gefordert, das Rechtsgefühl empfindet es dagegen meist als unrecht, daß jemand, der eine Schuld nicht bezahlt hat, durch bloßen Zeitablauf von ihr freiwerden soll.

Besonders scharf wirkt sich der Gegensatz von Rechtsgefühl und praktischer Vernunft in den Fragen der Aufwertung aus.

Nachdem jahrelang das Rechtsgefühl hier durch den — nicht einmal von der praktischen Vernunft, sondern nur einem starren Dogmatismus geforderten — Satz „Mark gleich Mark" vergewaltigt worden, und z. B. eine große Zahl von Kaufleuten noch Ende 1923 bestraft worden war, weil sie für ihre Ware den „Wiederbeschaffungspreis" gefordert hatten[127]), brach sich plötzlich das unterdrückte Rechtsgefühl in der Entscheidung des RG. v. 28. Nov. 1923[128]) Bahn und machte mit jenem Satze ein für allemal, wenigstens in der Rechtsprechung der Zivilsenate, ein Ende; es forderte nun eine volle Aufwertung der Papiermarkforderungen.

---

123) H. Isay, Patentges. 4. A. (1926) 225, 231.

124) KG. v. 3. 12. 24, Gew. Rsch. **30** 40.

125) Benjamin, Gew. Rsch. **30** 36, 111; Osterrieth, Gew. Rsch. **30** 131; Jul. L. Seligsohn, Gew. Rsch. **31** 240.

126) Einerseits RG. v. 11. 7. 25, Gew. Rsch. **30** 280 u. v. 30. 10. 26, Jur. Woch. **27** 110; anderseits Allfeld, Jur. Woch. 1926 S. 564 Fußnote, u. 1927 S. 110 Fußnote; H. Isay, Gew. Rsch. **33** 71, 421.

127) RG. v. 19. 12. 22, RGSt. **57** 35; RG. v. 27. 4. 23, RGSt. **57** 228; RG. v. 18. 12. 23, RGSt. **57** 424.

128) RGZ. **107** 78; vgl. dazu Heck, Arch. f. ziv. Prax. 1924 N. F. **2** 203 ff.

Dieser Forderung stellte sich die praktische Überlegung entgegen, daß sich ein kompliziertes Wirtschaftsleben schlechterdings nicht auf Jahre zurück revidieren lasse, und daß man nicht alles, was in diesen fünf Jahren geschehen war, als ungeschehen behandeln könne, daß man vielmehr hier zwischen den Interessen der alten Gläubiger und den Interessen der jetzigen Wirtschaft einen Ausgleich schaffen müsse. Auf diesem Gedanken beruht das Aufwertungsgesetz vom 6. Juli 1925, das für bestimmte Fälle eine bestimmte prozentuale Aufwertung vorsah.

Das Rechtsgefühl des Reichsgerichts hat diese von der praktischen Vernunft geforderte Lösung nicht anerkennen wollen. Wenn auch das Reichsgericht zwar dem Gesetz — trotz der anfänglichen Kampfansage in dem Beschlusse des Richtervereins am RG. v. 8. Januar 1924 (Jur Woch. 1924 S. 90) — die Folge nicht verweigerte, so hat es aber auf dem Gebiet der „freien", d. h. vom Gesetz nicht ausdrücklich geregelten Aufwertung den Gedanken des Gesetzes und also der praktischen Vernunft entschiedenen Widerstand geleistet, so daß das Gesamtgebiet des Aufwertungsrechts einen klaffenden Riß zwischen diesen beiden Sondergebieten aufweist, der innerlich nicht begründet ist.[129])

Verhältnismäßig oft zeigt sich der Widerspruch zwischen Rechtsgefühl und praktischer Vernunft in der Beurteilung von Verträgen.

Die Forderung, daß Verträge gehalten werden müssen, beruht in ihrer Allgemeinheit sowohl auf dem Rechtsgefühl wie auf der praktischen Vernunft. Während das erstere zweifellos die ursprüngliche Quelle des Satzes „pacta servanda sunt" darstellt, ist die Beteiligung der praktischen Vernunft an ihm im Lauf der Entwicklung immer stärker geworden. Es wird später (S. 169) noch näher darauf einzugehen sein, daß das kapitalistische Wirtschaftssystem mit seiner

[129]) Vgl. hierzu Hans Fritz Abraham, DJZ. 1928 S. 84; dagegen J. Goldschmidt, DJZ. 1928 S. 134; hierzu wieder Abraham, DJZ. 1928 S. 291. Vgl. ferner dazu Stoll, Jur. Woch. 1928 S. 488, Fußnote zu RG. v. 9. 12. 27.

Rationalisierung aller Betriebsmittel ganz besonders die strenge Innehaltung aller Verträge gefordert hat.

Trotzdem also diese Forderung grundsätzlich auf beiden Quellen, Rechtsgefühl und praktischer Vernunft, beruht, kann sich auch hier im Einzelfall ein Widerspruch zwischen beiden zeigen, und zwar so, daß bald das Rechtsgefühl, bald die praktische Vernunft sich gegen die Einhaltung eines Vertrages wendet.

So bei formlos geschlossenen Verträgen, für die das Gesetz eine bestimmte Form vorschreibt, beispielsweise bloß schriftlich geschlossenen Grundstückskäufen, also entgegen der Formvorschrift des § 313 BGB.

Hier spricht sich das Rechtsgefühl für, die praktische Vernunft gegen den Zwang zur Einhaltung aus, das erstere besonders stark dann, wenn der Vertragsteil, der die Nichtigkeit wegen Formmangels geltend macht, vorher besonders feierlich (auf Ehrenwort, auf Edelmannswort) erklärt hat, er halte den Vertrag auch ohne die vorgeschriebene Form.[130])

Umgekehrt war es bei Kaufverträgen in der ersten Zeit der Inflation, als die Leistung des Käufers seit dem Kaufabschluß an Wert verloren hatte; hier sprach die praktische Vernunft für, das Rechtsgefühl gegen die Einhaltung der Verträge[131]).

Wieder anders steht es bei Verträgen, durch welche sich ein Gesellschafter einer GmbH. zur Abstimmung in einem bestimmten Sinne verpflichtet. Hier hat sich das Rechts-

---

[130]) Die Rechtsprechung weist hier in dem Schwanken zwischen beiden Gefühlen keine einheitliche Linie auf; vgl. RG. v. 10. 10. 19, RGZ. **96** 313; RG. v. 28. 11. 23, RGZ. **107** 357; RG. v. 21. 5. 27, GruchotsBeitr. **69** (1928) 591.

[131]) Ein ähnlicher Konflikt besteht auch bei letztwilligen Verfügungen, bei denen die erforderliche Form nicht beobachtet worden ist. Hier spricht das Rechtsgefühl für, die praktische Vernunft gegen die Gültigkeit. Vgl. z. B. RG. v. 27. 5. 08, RGZ. **69** 79 und dazu Gmelin, Deutsche Richterzeitung 1909 S. 101 (Quousque? S. 17); Danz, DJZ. 1909 S. 281; Düringer, Richter u. Rechtsprechung, 1909 S. 51; E. Fuchs, Holdheims Monatsschrift 1909 S. 52.

gefühl für, die praktische Vernunft gegen den Zwang zur Erfüllung des Vertrages entschieden[132]).

2.

Die Frage, wie in den Fällen eines Widerspruchs zwischen Rechtsgefühl und praktischer Vernunft zu entscheiden sei, ist bisher überhaupt nicht gestellt, und daher auch nicht beantwortet worden.

Ja, man muß darüber hinaus feststellen, daß das Vorliegen eines solchen Widerspruchs in diesen Fällen überhaupt nicht erkannt worden ist. Vielleicht kann man sogar sagen, daß hier nicht einmal das Gegebensein zweier verschiedenartiger Wertfühlungen und zweier verschiedenartiger Werte erkannt worden ist. Die Entscheidungen des RG. arbeiten überall nur mit dem Begriff des Verstoßes gegen die guten Sitten, auch da, wo es sich in Wahrheit nicht um den Wert des Rechten, der Gerechtigkeit, sondern um den Nützlichkeitswert, im Fall der Kollision zweier Interessen also um die Höherbewertung des einen Interesses gegenüber dem anderen aus Nützlichkeitsgründen, und nicht aus Gerechtigkeitsgründen, handelt.

In allen Fällen eines Widerspruchs zwischen Rechtsgefühl und praktischer Vernunft ist es zunächst erforderlich, eine möglichst klare Einsicht in die widerstreitenden Wertfühlungen und eine klare Anschauung der von ihnen erfaßten Werte zu gewinnen. Es bedarf also zunächst der Reflexion auf diese Fühlungen, um sie in die Helle der Aufmerksamkeit zu bringen und sie analysieren zu können.

Hierbei kann sich schon herausstellen, daß das eine oder

[132]) Daß hier die Entscheidung der praktischen Vernunft, wie sie in den verschiedenen Urteilen des RG. begründet worden ist, einer Nachprüfung nicht standhält (vgl. oben S. 125 Anm. 101), ändert an dem Wesen des Vorgangs, der an diesem Beispiel beleuchtet werden soll, nichts.

das andere Gefühl mißleitet ist, daß z. B. das Gefühl, das man zunächst als Rechtsgefühl empfunden hat, in Wahrheit eine bloße Sentimentalität war, oder daß umgekehrt das Nützlichkeitsgefühl eine falsche Wertung vorgenommen hat, womit dann der Widerspruch sich ohne weiteres aufhebt.

Diese Nachprüfung ist für das Nützlichkeitsgefühl und erst recht für die rationale Komponente der praktischen Vernunft leichter als für das Rechtsgefühl, weil, wie früher schon gesagt, der Nützlichkeitswert der verstandesmäßigen Erschließung zugänglich ist, was für den Gerechtigkeitswert nicht zutrifft.

Bleibt bei der genauen Analyse der Bewußtseinsvorgänge der Widerspruch bestehen, so bleibt nichts anderes übrig, als die beiden Werte, den Gerechtigkeits- und den Nützlichkeitswert des Entscheidungsinhalts gegeneinander abzuwägen.

In fast allen Fällen handelt es sich bei dem Widerspruch der beiden Gefühle um Interessenkollisionen, und es wird sich hier bei einer genauen Analyse der Interessen und ihrer Werte meist klar herausstellen, ob dem Gerechtigkeitswert — dem Wert der Würde und Freiheit der Einzelpersönlichkeit wie der Gemeinschaft — oder den Nützlichkeitswerten für den streitigen Fall die größere Bedeutung zukommt.

Dabei ist gerade auf dem Gebiet des Wirtschaftslebens der Fall nicht isoliert für sich zu betrachten, sondern die ganze Struktur des Wirtschaftslebens, das Wirtschaftsethos und selbstverständlich die Strukturwandlungen der Wirtschaft in Betracht zu ziehen, um die Werte unmittelbar zu erfassen, deren Abwägung in Frage steht.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts (2. Zivilsenat) kennt bisher eine Interessen- und Wertabwägung in dem hier gemeinten Sinne nicht, was, wie schon gesagt, seinen Grund darin hat, daß sie mit der Formel des „Verstoßes gegen die guten Sitten" arbeiten zu können glaubt, und also mit ihr auch da arbeitet, wo von einer Verletzung der „guten Sitten" keine Rede ist, sondern es sich um die Frage handelt, wie weit im Kampf der Interessen die einen gegen die anderen zu schützen sind.

Das gilt z. B. für die Machtkämpfe zwischen der die Verwaltung beherrschenden Aktionärgruppe und der Minderheit, bei denen die Verwaltung durch die Schaffung von Stimmrechtsaktien oder — noch wirksamer — von Schutz-Stammaktien ihre Herrschaft stabilisieren will.

Der 2. Zivilsenat operiert hier regelmäßig mit § 826 oder § 138 BGB., d. h. er läßt eine Anfechtung der Generalversammlungs-Beschlüsse nur dann zu, wenn der Verwaltung eine Sittenwidrigkeit nachzuweisen ist[133]). In Wahrheit handelt es sich um die Frage, wie weit die herrschende Gruppe das an sich erlaubte Mittel der Schaffung von Stimmrechtsaktien oder Schutz-Stammaktien benutzen darf, um ihre Herrschaft zu sichern, entgegen einmal dem etwaigen Bestreben einer Minderheit, durch Aufkauf von Aktien ihrerseits die Mehrheit und damit die Herrschaft zu erlangen, anderseits dem Recht aller Aktionäre auf gleichmäßige Behandlung.

Mit dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit wird man der Frage nicht Herr.[134]) Die Verwendung gesetzlich zulässiger Mittel zu einem erlaubten Zweck ist nicht unsittlich. Will man die Interessen von Aktionären erst dann schützen, wenn eine Unsittlichkeit vorliegt, so muß der Schutz praktisch versagen, wo bereits an sich schutzwürdige Interessen verletzt werden.[135])

Eine brauchbare Regelung dieser Machtkämpfe läßt sich nur finden, wenn die Werte, um die es sich hier handelt, gegeneinander abgewogen und die schutzwürdigen Werte geschützt werden.

---

[133]) RG. v. 17. 11. 22, RGZ. **105** 373; RG. v. 19. 6. 23, RGZ. **107** 67; RG. v. 22. 6. 23, RGZ. **107** 72; RG. v. 18. 1. 24, RGZ. **108** 41; RG. v. 24. 6. 24, RGZ. **108** 322; RG. v. 23. 10. 25, RGZ. **112** 14; RG. v. 30. 3. 26, RGZ. **113** 188; RG. v. 13. 12. 27, JW. **28** 625 Nr. 5.

[134]) Das verkennt auch der Vorschlag der Aktienrechts-Kommission des Deutschen Juristentages; Kommissionsbericht, S. 32.

[135]) Vgl. Walther Nord, Das Recht der Aktionäre auf Mitverwaltung, 1927 S. 27 ff.; A. Nußbaum, Jur. Woch. 1928 S. 625 Fußnote; A. Liefschütz, Jur. Woch. 1928 S. 628 Fußnote und Leipz. Zsch. 1928 S. 1649 ff.

Ein anderes Beispiel bietet der Kampf zwischen eingetragenen, aber unbenutzten, und nichteingetragenen, aber benutzten Warenzeichen. Auch hier arbeitet der 2. Zivilsenat nur mit § 826 BGB. und § 1 UWG., also dem Stigma der Sittenwidrigkeit, obwohl es sich hier um reine Interessenkollisionen handelt, bei denen jeder Streitteil seine Interessen mit erlaubten Mitteln wahrt. Das gilt namentlich für die sog. Vorratszeichen. An sich ist es ein legitimes Bedürfnis der Industrie und des Handels, für erst künftig aufzunehmende Waren bereits Zeichen in Vorrat zu haben, um nicht erst nach dem Beginn der Fabrikation oder des Vertriebs ein Warenzeichen neu anmelden und warten zu müssen, ob die Eintragung erfolgt.[136])

Auf der anderen Seite kann ein solches nicht benutztes Zeichen von einer anderen Firma ohne Kenntnis der Eintragung in Benutzung genommen werden. Die Kollision wird in diesem Falle nach einiger Zeit offenbar oder schon früher, falls die zweite Firma das Zeichen auch ihrerseits zur Eintragung anmeldet.

Das Reichsgericht versucht hier wiederum, die Kollision der Interessen lediglich mit dem Begriff der „Sittenwidrigkeit" (§ 1 UWG. oder § 826 BGB.), also allein auf Grund eines unklaren und unkontrollierten Rechtsgefühls zu entscheiden, ohne den Versuch zu machen, die hier in Betracht kommenden Werte gegeneinander abzuwägen.

Dadurch ist das Reichsgericht z. B. im Fall des Streites der Mergenthaler Setzmaschinen-Fabrik mit der Polygraphischen Gesellschaft in Bern dazu gekommen, ein angeblich nicht benutztes Zeichen der ersteren (Typobar) zu löschen, weil die erstere zwar sofort gegen dessen Benutzung durch die letztere vorgegangen war, aber das Zeichen vorher angeblich jahrelang nicht benutzt hatte, was das Reichsgericht als „eine unangemessene und übermäßige Beeinträchtigung des freien Wettbewerbs" und in Konsequenz dessen als „Verstoß gegen die guten Sitten im Wettbewerb (§ 1 UWG.)"

[136]) RG. v. 12. 6. 28, Jur. Woch. 1928 S. 2084 Nr. 10 („Kavasan").

bezeichnet hat[137]). Die praktische Konsequenz, wenn keine Firma auf Grund ihrer Vorratszeichen gegen eine andere vorgehen und also jeder Dritte sie frei in Benutzung nehmen dürfte, wäre die, daß Vorratszeichen vogelfrei wären. Diese Folge war vom Reichsgericht gar nicht in den Kreis seiner Erwägungen gezogen worden.[138])

Ein drittes Beispiel, wiederum aus der Rechtsprechung des 2. Zivilsenats, bietet die Kollision der Interessen einer alteingeführten Firma mit einem Träger gleichen Namens, der sich auf demselben Fachgebiet gewerblich betätigen will. Auch hier wird von dem 2. Zivilsenat nur mit dem Begriff der „guten Sitten" (§ 1 UWG., § 826 BGB.), also lediglich mit dem Rechtsgefühl gearbeitet.[139]) Im Falle Wagner hat es sogar ausdrücklich ausgesprochen[140]), daß die Frage, ob der Inhaber einer Einzelfirma die Firma weiterführen dürfe, wenn er sein Unternehmen in eine Gesellschaft umwandelt, nicht nach den praktischen Bedürfnissen des Geschäftslebens, sondern allein nach „rechtlichen" Gesichtspunkten, d. h. also, in dieser Antithese, rein nach dem Rechtsgefühl entschieden werden müsse.

Dabei hat es aber nicht einmal die Werte, die vom Rechtsgefühl erfaßbar sind, klar erschaut, geschweige die Werte des Nützlichkeitsfühlens, der praktischen Vernunft.

Wie bereits oben (S. 140) betont worden ist, darf bei der Regelung von Fällen des Wirtschaftslebens der Fall nicht isoliert betrachtet werden, sondern es muß sich die An-

[137]) RG. v. 25. 2. 27, Gew. Rsch. 1927 S. 304. Vgl. gegen dieses Urteil: Julius L. Seligsohn, Unbenutzte Zeichen, Festgabe f. d. RPA. 1927 S. 216, 221 Anm. 30; H. Isay, Gew. Rsch. **33** (1928) 78.

[138]) Das RG. scheint jetzt von den im Typobar-Fall maßgebenden Erwägungen abzugehen; vgl. das in Anm. 136 genannte Urteil im Fall Kavasan.

[139]) Über die bekannten Fälle Malzmann, Arnheim, Wagner, Stollwerck usw. ist eine sehr umfangreiche, in zwei scharf entgegengesetzte Lager getrennte Literatur entstanden, aus der die nachfolgenden Aufsätze erwähnt seien: Kirchberger, Die Enteignung des Familiennamens, Jur. Woch. 1925 S. 2106 und MuW. 27/28. Jg. S. 118; Breit, Jur. Woch. 1926 S. 1422 und 1928 S. 321, 783; Hagens, MuW. 27/28. Jg. S. 289.

[140]) RG. v. 10. 7. 26, MuW. **26** 45.

schauung auch auf die Werte richten, die sich aus der Struktur der Wirtschaft und deren Wirtschaftsethos als schutzwürdig ergeben.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts ist hier in Formeln erstarrt[141]), und versucht gar nicht, sich über die Strukturwandlungen der deutschen Wirtschaft und deren Konsequenzen für die Behandlung der Wettbewerbsfälle klar zu werden.

Unser Wirtschaftssystem ist das eines hochentwickelten Kapitalismus, also ein grundsätzlich auf der freien wirtschaftlichen Betätigung der individuellen Persönlichkeit aufgebautes Wirtschaftssystem. Durch die Strukturwandlungen seit dem Kriegsende wird die Individualität immer mehr zugunsten bürokratisch geleiteter Unternehmens-Zusammenfassungen zurückgedrängt. Demgegenüber verlangt gerade das Rechtsgefühl den Schutz des Wertes der Einzelpersönlichkeit.[142]) „Personwert ist höher als aller Sach-, Organisations-, Gemeinschaftswert."[143])

Es ist also nicht nur der Nützlichkeitswert der Erhaltung wirtschaftlicher Werte, der dafür spricht, daß bei der Aufnahme eines Gesellschafters in eine Einzelfirma die Firma bestehen bleibt, sondern auch der reine Rechtswert der Persönlichkeit und ihrer wirtschaftlichen Entfaltung, deren Schutz eine Entscheidung, wie sie z. B. in den Fällen Malzmann und Wagner ergangen ist, hätte verhindern müssen. Von einem wirklichen Gegensatz „rechtlicher" Gesichtspunkte gegenüber wirtschaftlichen, auf den sich die Entscheidung im Fall Wagner beruft (oben S. 143 Anm. 140), kann nicht gesprochen werden.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts leidet hier nicht nur an dem Mangel klarer Anschauung der zu schützenden

---

141) Vgl. W. Goldbaum, Gew. Rsch. **32** (1927) 781.

142) Ich darf hier auf die Ausführungen in meinem Vortrage „Die Funktion der Patente im Wirtschaftskampf", Berlin 1927 S. 20 ff. verweisen.

143) Max Scheler, Formalismus in d. Ethik usw. 3. A. 1927, Vorrede z. 2. Aufl. S. XII.

Werte, sondern schon grundsätzlich daran, daß sie zwischen „Gütern" und „Werten" nicht genügend unterscheidet.

5. Die Logik.

1.

Die Logik wird herkömmlich ebenfalls als „Rechtsquelle" betrachtet, und zwar sowohl als Quelle von Normen, also des „Rechts" im üblichen Sinne, wie als Quelle der Entscheidungen, also des „Rechts" in dem hier gebrauchten Sinne.

Huber[144]) nennt die Logik mit der Ethik zusammen als die wesentlichsten Elemente des Rechts: die Ethik gebe den Inhalt, und die Logik stelle daraus das Recht her, aber nicht als bloße Form, sondern mit dem Inhalt zur Einheit verbunden.

Daß die Logik als eine Quelle der Entscheidungen betrachtet wird, ergibt sich aus der herrschenden Auffassung, wonach die Entscheidungen durch einen logischen Syllogismus aus den Rechtsnormen abgeleitet werden[145]).

Dieser fast allgemeinen Auffassung gegenüber muß nochmals auf das bestimmteste betont werden, daß die Logik für die Entscheidungen nicht entfernt die Bedeutung hat, die es rechtfertigte, sie als „Quelle" des Rechts anzusehen.

Bereits früher (S. 60 ff.) ist dargelegt worden, daß die Entscheidungen nicht auf logischem Wege, d. h. durch Ableitung von den Rechtsnormen entstehen,[146]) sondern schöp-

[144]) Recht u. Rechtsverwirklichung S. 29, 49 ff.

[145]) Vgl. z. B. Huber a. a. O. S. 356; Stammler, Theorie d. Rechtswiss. S. 664; Oberlandesgerichtsrat Otto, Die Gewißheit des Richterspruchs, 1915 S. 17.

[146]) Aus der deutschen Rechtsprechung sind von Ernst Fuchs in seinen verschiedenen Schriften (unten S. 162 Anm. 17) zahlreiche

ferisch mit Hilfe des Rechtsgefühls und der praktischen Vernunft gefunden werden.

Soweit das Rechtsgefühl beteiligt ist, bleibt für die Logik überhaupt kein Raum. Dagegen können, soweit die praktische Vernunft tätig wird, auch logische Überlegungen mitwirken.

Das gilt aber nur für die Fälle, in denen die Entscheidung zunächst durch die konstruktive Phantasie geschaffen und dann erst einer Wertung unterzogen wird. Dagegen spielt da, wo die Entscheidung durch die Intuition gefunden wird, die Logik überhaupt keine Rolle — auch nicht, soweit das Nützlichkeitsgefühl mitgesprochen hat.

Aber auch dort, wo die praktische Vernunft — neben den Phantasievorstellungen und dem Wertfühlen — mit logischen Erwägungen arbeitet, haben diese keine Bedeutung, die irgendwie über die der anderen Denkakte hervorragte. Es ist nicht berechtigt, sie besonders hervorzuheben, wie denn auch der Art nach das logische Denken hier kein spezifisches ist, d. h. kein anderes, als bei allen sonstigen kognitiven Denkakten.[147])

Es ist also nicht gerechtfertigt, der Logik für die Entstehung der Entscheidung durch die Bezeichnung als „Rechtsquelle" den Anschein einer besonderen Bedeutung zu geben.

Beispiele dafür beigebracht worden, daß eine bloß logisch gefundene Entscheidung das Rechtsgefühl nur allzu häufig verletzt. Aus jüngster Zeit vgl. das Urteil des RG. v. 22. 2. 28, JW. **28** 1454 Nr. 14, das die früheren Elsaß-Lothringer auf Grund logischer Interpretation des StaatsangehGes. für staatenlos erklärt; vgl. dagegen Weck in der Fußnote. Daß auch in der englischen Rechtsprechung derartiges vorkommt, beweist der Fall Ogden v. Ogden, den J. D. I. Hughes in der Law Quarterly Review **44** (1928) 217 ff. näher beleuchtet hat; Judicial Method and the Problem in Ogden v. Ogden.

[147]) Wenn in der rechtswissenschaftlichen Literatur von „juristischer Logik" die Rede ist, wie z. B. in der unter diesem Titel (1918) erschienenen Schrift von Eugen Ehrlich, so ist hier die juristische Technik, insbes. die Technik der Entscheidung gemeint, über die im 5. Kap. gehandelt wird.

Wenn die Logik als „Rechtsquelle" bezeichnet wird, so wird sie dabei hauptsächlich, wenn nicht ausschließlich — entsprechend der herkömmlichen Auffassung des Rechts — als Quelle von Rechtsnormen gedacht. Die gemeinrechtliche Wissenschaft hat zwei verschiedene Wege gekannt, auf denen rein durch logische Überlegung Rechtsnormen gewonnen werden könnten; sie sind am klarsten von Jhering entwickelt und von ihm als „höhere" und als „niedere" Jurisprudenz unterschieden worden.[148])

Die Aufgabe der „niederen Jurisprudenz" besteht nach Jhering darin, den Inhalt des gesetzgeberischen Willens zutage zu fördern, aus einzelnen Bestimmungen das ihnen zugrunde liegende Prinzip, und umgekehrt aus dem Prinzip die Konsequenzen abzuleiten.

Während die „niedere" Jurisprudenz es mit „Rechtssätzen" und „Rechtsprinzipien" zu tun hat, bilden den Gegenstand der „höheren" Jurisprudenz die „Rechtsinstitute" und „Rechtsbegriffe".

Durch Verselbständigung der Rechtsbegriffe, Rechtsinstitute werden sie zu „juristischen Wesen", zu „logischen Individualitäten", die entstehen, selbständig wirken und untergehen.[149]) Jhering nennt sie deshalb, im Gegensatz zu dem bloßen Rechtsstoff, „Rechts-Körper", „juristische Körper".

Durch die Gestaltung des „Rechtsstoffs" zu einem juristischen Körper, die er als „naturhistorische Methode" bezeichnet, werden „die verborgenen Kräfte in ihm geweckt und zur Aktion genötigt", sie bedeutet „die Erhebung des Rechtsstoffes in einen höheren Aggregatzustand".[150]) „Die Begriffe sind produktiv, sie paaren sich und zeugen neue."[151])

Die Gestaltung des Rechtsstoffs zu einem juristischen

---

[148]) Geist des Röm. Rechts II 2 (4. A. 1883) 357 ff.

[149]) Vgl. dazu oben S. 54 (Anm. 53) und 79.

[150]) Jhering a. a. O. II 2 S. 361.

[151]) Jhering a. a. O. I 40.

Körper bezeichnet Jhering als „Konstruktion“[152]), und das so erhaltene System bildet nach ihm eine Quelle neuen Rechtsstoffs, d. h. neuer Rechtssätze, „gewonnen rein auf dem Wege der juristischen Spekulation“.[153])

So werden also nach dieser Auffassung auf rein logischem Wege aus den Rechtssätzen Rechtskörper, d. h. Rechtsinstitute, und aus ihnen wieder ebenso neue Rechtsnormen gebildet.

Diese Methode der Normengewinnung, die danach als „Inversionsmethode“ bezeichnet wurde, hat das ganze 19. Jh. hindurch die deutsche Rechtswissenschaft beherrscht, während heute die „höhere Jurisprudenz“ Jherings so gut wie vollständig verschwunden ist.[154])

Dagegen ist die logische Operation der Normengewinnung durch Analogie, sei es der Gesetzes-, sei es der Rechtsanalogie — also die „niedere“ Jurisprudenz Jherings — noch heute allgemein anerkannt, sowohl von der Wissenschaft, wie von der Rechtsprechung. Der zweite Deutsche Richtertag (1911) hat sich in seinen Beschlüssen ausdrücklich zu ihr bekannt[155]). In allen Lehrbüchern des bürgerlichen Rechts wird sie vorgetragen[156]).

In den früheren partikulären Gesetzbüchern war die Analogie ausdrücklich als Rechtsquelle genannt[157]), auch der 1. Entw. des BGB. hatte sie in § 1 aufgenommen, und der 2. Entw. den Paragraphen nur deswegen gestrichen, weil er ihn als selbstverständlich ansah[158]).

---

[152]) A. a. O. S. 370.

[153]) A. a. O. S. 386, 387.

[154]) Vgl. dazu namentlich M. Rümelin, B. Windscheid u. sein Einfluß auf Privatrecht u. Privatrechtswiss. 1907 S. 40 ff.; L. Brütt, Kunst d. Rechtsanwendung, 1907 S. 84, 87 ff.; Ph. Heck, Problem der Rechtsgewinnung, 1912 S. 14 ff.

[155]) Deutsche Richterzeitung 1911 S. 790.

[156]) Vgl. z. B. Enneccerus-Kipp-Wolff, 1. Bd. (Allg. Teil) v. Enneccerus, 25.—29. A. 1926 S. 116 ff.; Zitelmann, Recht des BGB. Allg. Teil S. 17; Cosack-Mitteis, Lehrb. d. bürg. Rechts, 1. Bd. 1927 S. 18. Für die Schweiz vgl. Max Gmür, Anwendung des Rechts, 1908 S. 68.

[157]) ALR. Einl. § 49, Österr. ABG. § 7, Sächs. BGB. §§ 22 ff.

[158]) Protok. 1 2.

Die Gesetzesanalogie geht von einer einzelnen Norm, die Rechtsanalogie von einer Mehrzahl von Normen aus. Die erstere knüpft die an den Tatbestand der Norm geknüpfte Rechtsfolge an einen analogen („rechtsähnlichen") Tatbestand, die letztere entwickelt aus den mehreren Normen durch Induktion eine allgemeinere Norm, von welcher dann die gesuchte spezielle Norm abgeleitet wird.

Indessen, trotz der allgemeinen Annahme, ist es eine Selbsttäuschung, wenn man glaubt, allein durch den logischen Prozeß des Analogieschlusses eine brauchbare Norm gewinnen zu können. Denn es besteht a priori keine Sicherheit dafür, daß im konkreten Falle nicht gerade statt des Analogieschlusses z. B. der Umkehrschluß (argumentum a contrario) berechtigt ist. Nur die Entscheidung des einzelnen Falles kann darüber Gewißheit geben, welche Norm zu ihrer Begründung herangezogen werden muß; nur die Entscheidung, d. h. Rechtsgefühl und praktische Vernunft, mittels derer sie gewonnen wurde. Erst wenn die Entscheidung gegeben ist, läßt sich ermessen, ob die zu ihrer Begründung erforderliche Norm im Wege des Analogieschlusses oder des Umkehrschlusses zu bilden ist.[159])

Daraus ergibt sich: die Norm ist grundsätzlich aus der Entscheidung durch Induktion abzuleiten, d. h. mit Hilfe eines logischen Aktes.

Hierin also, und nur hierin liegt die Bedeutung der Logik für die Entstehung der Normen, wenn diese Bedeutung auch nicht die Größenordnung hat, wie sie z. B. in der oben (S. 145) angeführten Formulierung Hubers zum Ausdruck kommt.

Die Normen entstehen somit nicht durch das Zusammenwirken des „aprioristischen Moments" der formalen Logik mit der Ethik, wie Huber[160]) gemeint hat, erst recht nicht durch logische Ableitung (Deduktion) von einem Rechts-

[159]) Ebenso im Grunde H. Reichel, Gesetz u. Richterspruch, 1915 S. 103.

[160]) A. a. O. S. 53.

prinzip[161]) — wenigstens nicht die lebenskräftigen Normen —, sondern grundsätzlich induktiv durch Ableitung aus einer oder mehreren Entscheidungen[162]). Für diese induktive Methode ist das logische Denken selbstverständlich unentbehrlich. Ist die Norm so gefunden, so wird sie noch einer Kontrolle unterzogen, indem nunmehr deduktiv aus ihr für weitere Fälle die Entscheidung abgeleitet wird, um zu prüfen, ob sie sich auch hier bewährt. Auch für dieses deduktive Verfahren bedarf es des logischen Denkens.

Aber auch für die Normen kann nur das wiederholt werden, was oben (S. 146) für die Entscheidungen gesagt wurde: das logische Denken ist hier kein spezifisches, sondern es ist das für alle kognitiven Denkakte auch auf allen anderen Gebieten notwendige logische Denken.

Es ist also eine Überbewertung, die Logik als Quelle der Normen zu bezeichnen. Sie ist ein unentbehrliches Handwerkszeug; nichts weiter. Daß Rechtsnormen[163]) lediglich durch logische Ableitung gefunden werden könnten, muß — um es noch einmal zu betonen — für das

---

[161]) E. Zitelmann hat versucht, ein internationales Privatrecht, das nicht mehr Landesrecht, sondern Völkerrecht sein sollte (vgl. 4. Kap. 3. Abschn. unter 2), durch deduktive Ableitung der Normen von einem obersten Prinzip zu begründen. Der Versuch ist, bei aller Größe, gescheitert.

[162]) Über die „Analogie" als „Rechtsquelle" vgl. oben S. 148.

[163]) Der Ton liegt auf Rechtsnormen. Natürlich kann man Normen rein logisch ableiten, auch staatlich gesetzte Normen, also Gesetze. Aber deshalb sind sie noch keine Rechtsnormen. Ein berühmtes Beispiel ist der Satz: nulli res sua servit. Der Logik entspricht es, daß niemand eine Servitut an seinem eigenen Grundstück haben, also auch nicht eine Grunddienstbarkeit an einem ihm gehörigen Grundstück zugunsten eines anderen ihm gehörigen Grundstücks bestellen kann. Aber eine Rechtsnorm ist das nicht. Es ist daher nicht berechtigt, z. B. § 873 BGB. mit Rücksicht auf diesen angeblichen Rechtssatz auszulegen und so die Bestellung von Eigentümer-Grunddienstbarkeiten zu versagen, wie es z. B. der Beschluß d. RG. v. 26. 1. 01 RGZ. 47 210 getan hat. Vgl. dagegen F. Regelsberger, Jherings Jahrb. 58 157 ff.; E. Fuchs, Jurist. Kulturkampf (1912) S. 215 ff.; Cosack-Mitteis, Bürg. Recht 2 235.

Verkehrsrecht (unten S. 154 ff.) bestritten werden. Weder durch den Analogieschluß allein noch durch den Schluß vom Gegenteil allein lassen sich mit Sicherheit brauchbare Normen gewinnen.

3.

Dagegen ist die Bedeutung des logischen Denkens für die Rechtswissenschaft hervorzuheben. Sie ist sehr groß, so groß wie für jede andere Wissenschaft. Sowohl die Begriffsbildung, wie die Systematik sind κατ' ἐξοχήν Herrschaftsgebiete des logischen Denkens.[164])

Indessen, wenn auch diese Bedeutung gar nicht hoch genug angeschlagen werden kann, muß doch darauf hingewiesen werden, daß das logische Denken nicht alle Aufgaben der Rechtswissenschaft lösen kann. Wenn die Rechtswissenschaft ernstlich die Wissenschaft vom Recht, von allem Recht sein will, so muß sie auch diejenigen Elemente des Rechts zum Gegenstand ihrer Untersuchung machen, die ihrer Natur nach alogisch sind, sich nicht rationalisieren lassen, d. h. deren Natur durch eine logische Behandlung Zwang angetan würde; also die emotionalen (affektiven, volitiven) Elemente des Rechts.

Auf diesem Gebiete hat die Rechtswissenschaft bisher recht eigentlich versagt. Einen Anfang der wissenschaftlichen Untersuchung gibt das auch rechtswissenschaftliche Probleme behandelnde Buch von Heinrich Maier, Psychologie des emotionalen Denkens (1908), das aber gerade in der Behandlung der rechtswissenschaftlichen Fragen erkennen läßt, daß es nicht von einem Juristen herrührt; der verarbeitete Rechtsstoff ist zu gering. Im übrigen, so wertvoll und vielleicht unentbehrlich diese Untersuchungen auch

[164]) „Logik" ist hier als Lehre von den Gesetzen des Denkens gemeint, nicht als Mathesis universalis, wie sie F. Kaufmann, Logik u. Rechtswissenschaft (1922) und Fritz Schreier, Grundbegriffe und Grundformen des Rechts (1924) verstehen.

sind: das letzte Wort in der Behandlung dieser Fragen hat nicht die Psychologie, sondern die Methode der phänomenologischen Forschung.[165])

Aber auch für die wissenschaftliche Behandlung der nicht mit emotionalen Elementen durchsetzten Vorgänge des Rechtslebens darf die an sich berechtigte Vorherrschaft des logischen Denkens nicht zu einer Alleinherrschaft werden. In dieser Beziehung hat gerade die deutsche Rechtswissenschaft eine unheilvolle Neigung zum rein begrifflichen Denken gezeigt, die weder bei der französischen[166]) noch bei der anglo-amerikanischen[167]) Rechtswissenschaft jemals Boden gefunden hat.[168]) [169])

Daß neuerdings gelegentlich in einzelnen Arbeiten der deutschen Rechtswissenschaft[170]) das rationale Denken zugunsten unklarer Begriffsbildungen zu kurz gekommen ist, bestätigt nur die alte Erfahrung, daß die Gegensätze sich berühren.

Die hier vertretene Auffassung, daß es ein spezifisches logisches Denken weder für die Findung der Entscheidungen noch für die der Rechtsnormen gebe, steht im Widerspruch mit der allgemein herrschenden und völlig berechtigten Annahme eines besonderen „juristischen Denkens".[171])

---

165) Vgl. oben S. 42.

166) Geny, Méthode d'interprét. et sources en droit privé posit., 1899 S. 9.

167) Vgl. John Chipman Gray, The nature and sources of the law, 1920, S. 7.

168) Vgl. zu dieser Frage, auf die hier nicht näher eingegangen werden soll, L. Brütt, Die Kunst der Rechtsanwendung, 1907 S. 73 ff. Hier auch Literatur.

169) Es ist also ganz unhaltbar, wenn H. Reichel für die „logizistische Deduktionsjurisprudenz" nicht den Romanismus, sondern „das Allgesetzlichkeitsdogma des konstitutionellen Staatsrechts" verantwortlich machen will (Gesetz u. Richterspruch, 1915 S. 75).

170) Z. B. Eugen Rosenstock, Vom Industrierecht. Rechtssystematische Fragen, 1926 und dazu H. Jsay, Arch. f. R. u. WPh. 20 (1927) 627.

171) Vgl. hierzu Karl Georg Wurzel, Das juristische Denken, 1904 S. 5 ff.; E. Huber, Recht u. Rechtsverwirkl. S. 377 ff.

Huber[172]) versteht unter dem juristischen Denken „eine besondere Denkensart, mit der wir das rechtliche Leben in unserem rechtlichen Bewußtsein erfassen", nämlich das Denken in logischen Syllogismen, deren Obersatz ein Rechtssatz ist.

Seine „große Eigentümlichkeit" soll darin liegen, daß es unter der Herrschaft der Rechtsidee stehe. Indessen ist nicht anzuerkennen, daß das Denken in Syllogismen dadurch eine „große Eigentümlichkeit" erlangt, daß der Obersatz eine Rechtsnorm ist. Vielmehr ist dies das gewöhnliche logische Denken, angewendet auf eine bestimmte Disziplin.

Daß für die Entstehung der Entscheidung — anders als für ihre Begründung — kein Denken in Syllogismen, also kein juristisches Denken in dem eben wiedergegebenen Sinne nötig ist,[173]) wurde bereits dargelegt.

Somló[174]) spricht daher mit Recht dem so aufgefaßten juristischen Denken jede Eigentümlichkeit ab.

Es gibt aber ein anderes spezifisches Denken, das man von jeher mit Grund als „juristisches Denken" bezeichnet hat. Das ist das Denken, welches die Vorgänge und Zuständlichkeiten des gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Lebens durch begriffliche Erfassung für die rechtliche Ordnung erst beherrschbar gemacht hat, die Denkarbeit, welche juristische Begriffe und Institutionen geschaffen hat (vgl. unten S. 166). Karl Georg Wurzel[175]) hat gerade diesem

[172]) A. a. O. S. 377, 379, 387.

[173]) Unrichtig also z. B. auch Hans Reichel, Einleitungsart. z. Schweiz. ZGB., Festg. f. Stammler S. 335, der dem juristischen Denken, das er mit juristischer Methodik gleichsetzt und das er in das Gebiet der Rechtsphilosophie verweist, die Aufgabe stellt, dem Richter „die Prämissen seiner Erwägungen bewußt zu machen".

[174]) Jurist. Grundlehre S. 24: „Das sogen. „jurist. Denken" bedeutet weiter nichts, als die Gebundenheit dieses Denkens an Norminhalte" — wobei, entsprechend der herrschenden Auffassung, Recht und Rechtsnormen identifiziert werden. Der Satz Somlós ist in seiner Allgemeinheit aber unrichtig, wofür auf die folgenden Ausführungen des Textes verwiesen sei.

[175]) Wurzel, Das jurist. Denken (1904). Wurzel behandelt hier unter diesem Titel die Technik der Rechtsprechung.

letzteren Denken den Hauptteil seiner das „juristische Denken" behandelnden Schrift gewidmet.

Neben diesem allgemein so bezeichneten kognitiven Denken gibt es aber auch ein emotionales Denken, das als „juristisches" bezeichnet werden muß. Das sind die auf dem Rechtsgefühl und dem Nützlichkeitsgefühl, also auf einem bestimmten Wertfühlen fundierten intentionalen Bewußtseinsakte, als deren Inhalt die rechtliche Entscheidung sich darstellt.[176])

Es erscheint daher nicht berechtigt, wenn H. Maier als Ergebnis seiner Untersuchungen des emotionalen Denkens zwar ein „ästhetisches", ein „religiöses" und ein „ethisches" Denken kennt,[177]) aber nicht ein spezifisches „juristisches" Denken.

3. Abschnitt.

Die Bedeutung der Rechtsnormen für die Entscheidung.

1. Vorbemerkung.

Die Bedeutung der Rechtsnormen für die Entscheidung ist nicht einheitlich für das ganze Gebiet der Rechtsordnung festzustellen.

Vielmehr muß man hier zwei Regionen unterscheiden: 1. die Regelung der Grundlagen der Gemeinschaft und 2. die Regelung der Beziehungen, die durch den Verkehr

---

[176]) In diesem Sinne wird das juristische Denken auch von Dietrich Schindler, Methode des Rechtsunterrichts in den Vereinigten Staaten (1924) S. 18 verstanden.

[177]) Psychologie des emotionalen Denkens S. 450 ff., 499 ff., 740 ff.

der Mitglieder der Gemeinschaft untereinander und mit der Gemeinschaft entstehen[1]).

Für die Regelung der Grundlagen der Rechtsgemeinschaft spielen die Rechtsnormen — übrigens entsprechend auch die Entscheidungen — eine andere Rolle als für die Regelung des Verkehrsrechts: die Rechtsnormen im wesentlichen eine größere, die Entscheidungen eine geringere; auf jenem Gebiete erfolgt nämlich die Ordnung der Einzelfälle in großem Umfange nicht durch Entscheidungen, sondern durch individuelle Befehle, die keine Entscheidungen sind (vgl. unten S. 158).

Bei der Regelung der Gemeinschaftsgrundlagen handelt es sich um den Aufbau der Gemeinschaft, die Abgrenzung der Gemeinschaftssphäre gegenüber den Individualsphären, um die Aufrechterhaltung des Friedens in der Gemeinschaft, die Leistungen an die Gemeinschaft (persönliche, wie Sach- und in der späteren Entwicklung namentlich Geldleistungen) und umgekehrt die Leistungen der Gemeinschaft an die Einzelnen und an Untergemeinschaften, ferner um die Grundlagen der bürgerlichen Gesellschaft (sowohl die sozialen, z. B. die Ehe, das Eltern- und Kindesverhältnis, wie die wirtschaftlichen, z. B. das Eigentum).

Für die Region der Gemeinschaftsgrundlagen kommt hinzu, daß es sich hier nicht nur um die Rechtsgemeinschaft als solche, sondern auch um eine von ihr wesentlich verschiedene geistige Provinz, nämlich den Staat, handelt, also um die Gemeinschaft, deren wesentliche Kennzeichen die Macht und die stabilisierte Machtverteilung innerhalb der Gemeinschaft sind, und bei der die Frage nach einer Abgrenzung der staatlichen Macht gegenüber der Individualsphäre nicht als eine Selbstverständlichkeit, sondern erst als Ergebnis eines jahrhundertelangen Ringens erscheint.

Daher ist für die Region der Gemeinschaftsgrundlagen

[1]) Eine ähnliche Einteilung findet sich schon bei Aristoteles, Eth. Nic. 5. Buch 5. Kap. Er unterscheidet innerhalb der Gerechtigkeit zwei Arten: eine, welche die Verteilung der Güter und der Stellung innerhalb der Gemeinschaft, und eine, welche den Verkehr der Einzelnen untereinander regelt.

der Kampf zwischen Staat und Rechtsgemeinschaft, von dem im 4. Kap. noch eingehender zu handeln ist, noch nicht abgeschlossen, während er für die Region des Verkehrsrechts bereits beendet erscheint. Diese ganz verschiedene Rechtslage trägt ebenfalls dazu bei, daß in jeder der beiden Regionen die Bedeutung der Norm wie die Bedeutung der Entscheidung (und entsprechend die Bedeutung der Normen für die Entscheidung) verschieden sind.

Die Verschiedenheit läßt sich indessen nicht durch eine einheitliche Formel ausdrücken.

Einerseits ist die Bedeutung der Normen für die Entscheidung auf bestimmten Gebieten eine größere als in der Region des Verkehrsrechtes; dafür stehen die Normen aber auf anderen Gebieten nicht einmal im Vordergrund des Interesses, sondern liegt der Schwerpunkt hier bei den Institutionen, welche sich in langer, zum Teil Jahrtausende alter Entwicklung als die Grundlagen des Gemeinschaftslebens herausgebildet haben, und deren Bedeutungsinhalt, insbesondere ihr ethischer Gehalt, für die rechtliche Regelung die obersten und letztlich maßgebenden Richtlinien abgeben muß.

Aus dem Gehalt dieser Institutionen empfangen die Normen ihren Sinn, und an ihm muß ihre Auslegung ständig orientiert werden.[2])

---

[2]) Diese Auffassung hat sich zwar gegenüber der bisher herrschenden — von Laband begründeten — staatsrechtlichen Denkweise, deren Blick völlig von den Normen gefesselt wird, noch nicht durchgesetzt, aber sie ist im Vordringen, und an ihrem endgültigen Siege kann kaum gezweifelt werden. Vgl. namentlich den Bericht von R. Smend über das Recht der freien Meinungsäußerung auf der Münchener Tagung (1927) der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (Veröff. d. Verein. Heft 4, 1928, S. 44 ff.) und die Diskussionsreden von Erich Kaufmann (S. 77 ff.) und H. Triepel (S. 89). Die wissenschaftliche Grundlegung gibt (auf phänomenologischer Grundlage) Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928.

Das formallogische Staatsrecht der Wiener Schule, das bisher innerhalb des reichsdeutschen Schrifttums einhellig abgelehnt worden ist, hat der oben erwähnten Auffassung gegenüber schwerlich Aussicht auf Erfolg.

Diese institutionelle Behandlung der Normen bedeutet für ihre Erläuterung, daß diese nicht rein technisch, nicht rein „juristisch", sondern daß sie geistesgeschichtlich erfolgen muß.

Zugleich ergibt sich aus dieser Grundeinstellung die Möglichkeit, ja, Notwendigkeit, die obersten Normen aus dem ethischen Gehalt jener Rechtsinstitute zu gewinnen[3]), ein Vorgang, der in der Region des Verkehrsrechts keine Parallele hat[4]).

Den Entscheidungen gegenüber haben die Normen, welche die Gemeinschaftsgrundlagen regeln, eine erhöhte Bedeutung. Im Verhältnis zu ihnen liegt — anders als in der Region des Verkehrsrechts — das Hauptinteresse bei der Norm und nicht bei der Entscheidung des Einzelfalles. Die Entscheidung beantwortet hier vor allem die Frage, ob die Norm verletzt ist. Die Regelung des Einzelfalles tritt dieser Frage gegenüber an Bedeutung zurück. In der Region des Verkehrsrechts ist das, wie später gezeigt werden wird, ganz anders.

Auf diese Bedeutung der Normen ist es zurückzuführen, daß in der Region der Gemeinschaftsgrundlagen die Gesamtheit der Normen von Anfang an allein (d. h. abgesehen von den Entscheidungen) als „das Recht" betrachtet worden ist. Da diese Region die ältere ist, so ist diese Betrachtungsweise später auf die jüngere Region des Verkehrsrechts übertragen worden.

Die Region der Gemeinschaftsgrundlagen zeigt, wie bereits erwähnt, gegenüber dem Verkehrsrecht noch eine weitere Besonderheit. Es gibt hier nämlich ein großes Gebiet, auf dem die Rechtsnormen eine geringere Rolle spielen, in-

[3]) Vgl. E. Kaufmann a. a. O. S. 81.

[4]) Eine äußere Ähnlichkeit besteht zwar mit den von Jhering sog. „juristischen Körpern" seiner „höheren Jurisprudenz" (vgl. oben S. 147), aber eine nur äußerliche Ähnlichkeit. Die Rechtsinstitute, mit denen die „höhere" Jurisprudenz in einer — heute überwundenen — Weise arbeitete, waren rein wissenschaftlich konstruiert, aber nicht auf dem Boden des Gemeinschaftslebens gewachsen.

sofern hier eine Regelung des Einzelfalles möglich ist, die sich nicht an einer Rechtsnorm zu orientieren braucht: das Gebiet des freien Ermessens in der Verwaltung[5]).

Die Besonderheit zeigt sich klar bei einer Gegenüberstellung mit den richterlichen Entscheidungen. Auch für diese gibt es ein freies Ermessen. Aber das freie Ermessen des Richters ist grundsätzlich normgebunden[6]) in dem gleich (S. 161 ff.) zu entwickelnden Sinne. Die Entscheidung des Richters muß Allgemeingültigkeit anstreben, der Befehl der Verwaltung, soweit freies Ermessen gilt, nicht. Die Entscheidung des Richters wird auch da, wo sein freies Ermessen waltet, vom Rechtsgefühl beherrscht. Der Befehl der Verwaltung wird da, wo er in ihr freies Ermessen gestellt ist, in erster Reihe von der Rücksicht auf das öffentliche Wohl, auf die Staatszwecke bestimmt.[7]) Die Gerechtigkeit hat hier nicht mitzureden[8]), die Regelung ist daher keine Entscheidung in dem hier (vgl. oben S. 4, 56) festgehaltenen Sinne.

Endlich läßt sich noch eine weitere Verschiedenheit der beiden Regionen feststellen.

---

[5]) Vgl. hierzu Stier-Somlo, Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung, Staatsr. Abh. (Festg. f. Laband) 1907, 2 445 ff.; Rud. Laun, Das freie Ermessen u. seine Grenzen, 1910 und: Zum Problem des freien Ermessens (Festschr. f. Zitelmann) 1913 S. 7 ff.; W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung u. Zweckmäßigkeitserwägung, 1913 S. 157 ff.; Fleiner, Instit. d. dtschen Verwaltungsrechts, 8. A. (1928) S. 141 ff.; Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht **1** (3. A. 1923) 99; F. Tezner, Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden, 1924; W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 1928 S. 29.

[6]) Daher nennt z. B. Laun (Das freie Ermessen S. 47 ff.) das normgebundene Ermessen nicht „freies", sondern „gebundenes" Ermessen. Freies Ermessen gibt es danach in der Rechtsprechung nicht, soweit die Normen reichen.

[7]) Das freie Ermessen der Verwaltung ist also zweckbestimmt — und nicht Willkür; vgl. dazu RG. v. 22. 5. 28, RGZ. **121** 225 ff.

[8]) Nur bezüglich der Grenze des freien Ermessens spricht sie mit; Art. 109 RVerf.

Wir unterscheiden seit Aristoteles[9]) drei verschiedene Gerechtigkeitsprinzipien: die verteilende Gerechtigkeit (justitia distributiva), die ausgleichende Gerechtigkeit (justitia commutativa) und die vergeltende Gerechtigkeit (justitia vindicativa).

In der Region der Gemeinschaftsgrundlagen finden die Prinzipien der verteilenden und der vergeltenden Gerechtigkeit in höherem Maße Anwendung als das der ausgleichenden Gerechtigkeit, während umgekehrt die Region des Verkehrsrechts hauptsächlich von der ausgleichenden Gerechtigkeit beherrscht wird.

Häufig genug kreuzen sich alle drei Prinzipien; wie denn eine wirklich scharfe Scheidung zwar wohl zwischen der vergeltenden Gerechtigkeit und den beiden anderen Prinzipien,[10]) nicht aber zwischen diesen letzteren möglich ist. Das gilt um so mehr, als das Rechtsgefühl ein Gefühl ist, das einer Rationalisierung, wie sie durch jene Einteilung versucht wird, widerstrebt.

Aus dieser Verschiedenheit der Rolle, welche die Rechtsnorm in den beiden Regionen der Gemeinschaftsgrundlagen und des Verkehrsrechts spielt, und aus der Verschiedenheit ihrer Bedeutung für die Entscheidungen in beiden Regionen ergibt sich die Rechtfertigung dafür, daß diese Arbeit die Frage der Funktion der Norm für die Entscheidung nur für diejenige Region untersucht, für die sich ein einheitliches Verhältnis von Norm und Entscheidung fest-

[9]) Nikom. Ethik, 3. Buch, 5., 7. u. 8. Kap. Vgl. dazu J. H. v. Kirchmann, Erläut. z. Nik. Eth. 1876 S. 92 ff. Kirchmann nennt die ausgleichende Gerechtigkeit justitia constitutiva. Indessen ist der Ausdruck: commutativa seit alters der gebräuchliche; vgl. Melanchthon, Ethicae doctrinae elementa et enarratio libri quinti Ethicorum, Wittenberg, 1589, S. 90 ff.

[10]) Vgl. E. Kaufmann, Bericht über die Gleichheit vor d. Gesetz, Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer in Münster (1926), Veröff. d. Verein. d. dtschen Staatsrechtsl. 3. Heft, 1927 S. 14. Zu weit geht Max Scheler, Formalismus in d. Ethik S. 377 ff., wenn er die Idee der Vergeltung überhaupt nicht auf die Gerechtigkeit gründen will und das Vergeltungsstreben nur als vitales Gefühl betrachtet (übrigens im Widerspruch mit S. 107, wo es zu den geistigen Gefühlen gerechnet wird).

stellen läßt, nämlich für die Region des Verkehrsrechts. Dazu kommt, daß gerade in dieser Region das Verhältnis der beiden nicht nur für die wissenschaftliche Betrachtung, sondern namentlich auch für die tägliche praktische Handhabung des Rechts eine besonders große Bedeutung hat.

Wenn im vorstehenden diese beiden Regionen einander gegenübergestellt worden sind, so braucht wohl nicht vor dem Mißverständnis gewarnt zu werden, als ob es sich dabei um den alten — auf dem römischen Recht, und nur auf ihm, beruhenden — Gegensatz zwischen öffentlichem und privatem Recht handle.

Zu den Grundlagen der Gemeinschaft gehören auch Rechtsinstitute, wie die Ehe und das Eigentum, die mit ihrem Schwerpunkt im Privatrecht wurzeln. Und umgekehrt gehören die Normen, welche den Verkehr zwischen der Gemeinschaft und ihren Mitgliedern regeln, zum größten Teil, und die Sanktionsnormen, welche die Normen des Verkehrsrechts durch eine Strafandrohung sichern, ausnahmslos zum öffentlichen Recht.

Endlich darf nicht übersehen werden, daß, wenn auch die beiden Regionen zwar gedanklich isoliert betrachtet werden können, sie sich in Wirklichkeit vielfach berühren, und daher auch gegenseitig beeinflussen müssen.

Wirken doch fast alle Institute der Region der Gemeinschaftsgrundlagen auch in das Verkehrsrecht hinein, zum Teil wie z. B. die Ehe, das Elternverhältnis, das Eigentum, in sehr mannigfacher Art und in erheblichem Umfang.

Daraus folgt, daß die Behandlung der Rechtsnormen und insbesondere auch ihre Gewinnung nicht immer rein nach den für das Verkehrsrecht geltenden, sogleich zu entwickelnden Grundsätzen erfolgen kann, sondern daß sich hier Einflüsse der anderen Region bemerkbar machen müssen, die sich z. B. in einer institutionellen Behandlung der Normen äußern können.

Davon, dies im einzelnen nachzuweisen, hat diese Arbeit abgesehen. Bei der großen Bedeutung der Aufgabe, die Funktion der Normen für die Entscheidungen in der Region

des Verkehrsrechts möglichst klar herauszuarbeiten, erschien es geboten, diese Region für sich allein in strenger gedanklicher Isolierung zu betrachten.

Den Einwirkungen der anderen Region nachzugehen, muß einer besonderen Untersuchung vorbehalten bleiben.

2. Die Bedeutung der Rechtsnormen für die Entscheidung in der Region des Verkehrsrechts.

1.

Nach der lange Zeit unbestritten und im Grunde heute noch herrschenden[11]) Auffassung liegt die Bedeutung der formulierten Norm für die Entscheidung in der Region des Verkehrsrechts darin, daß die Entscheidung aus der Norm entnommen werde, daß der Richter nichts anderes tue, als die formulierte Norm auf den von ihr umfaßten Fall „anzuwenden"[12]) oder, wie das Reichsgericht es auch ausdrückt[13]): „festzustellen, was nach dem Gesetz Recht ist". In anderer Ausdrucksweise: die Entscheidung soll aus der Norm durch

[11]) Unter ihren Vertretern finden sich die besten Namen: Stammler, Lehre v. richt. Recht S. 162; E. Huber, Recht u. Rechtsverwirklichung S. 356; M. Rümelin, Rechtsgefühl S. 41; H. Reichel, Einleitungsart. i. d. Schweiz. ZGB., Festg. f. Stammler 1926 S. 332; Geny, Science et Technique en droit pr. pos. **1** (2. A. 1922) 194 ff.; Pagenstecher, Leipz. Zsch. **21** (1927) 489.

[12]) Entsprechend redet die englische juristische Literatur von einer „application of the law"; vgl. z. B. William A. Robson, Justice and Administrative Law, 1928 S. 186: „The judicial process consists in the application of a body of rules or principles by the technique of a special method of thought, and in the presence of certain psychological elements". Ebenso S. 35, 88.

[13]) RG. v. 10. 1. 19, RGZ. **94** 276.

Individualisierung entstehen, sie soll nichts anderes sein als die Norm auf einer tieferen Stufe der Individualisierung[14]).

Daß diese Auffassung („Werkzeugdogma"[15])), die auf das Rechtsbuch Justinians zurückgeht, trotz ihrer weiten Verbreitung[16]) jedenfalls für die große Mehrzahl der Fälle tatsächlich nicht zutrifft, ist oben (S. 62 ff.) an der Hand zahlreicher Zeugnisse dargelegt worden.

Es ist aber auch garnicht möglich, eine gerechte Entscheidung rein logisch aus der Rechtsnorm zu gewinnen[17]). Die Logik ist für den Gerechtigkeitswert blind. Man kann aus einer Norm die gerechte wie die ungerechte Entscheidung logisch einwandfrei in gleicher Weise ableiten[18]).

Die Entscheidung entsteht vielmehr unmittelbar auf Grund des Rechtsgefühls entweder allein oder in Verbindung mit der praktischen Vernunft (oben S. 56). Aber wenn die

---

[14]) H. Heller, Veröff. d. Verein. d. Staatsrechtslehrer, **4** (1928) 120 ff.

[15]) Vgl. H. Kantorowicz, Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre, 1925 S. 11 ff.

[16]) Die Auffassung, daß der Richter erst die Norm und erst aus ihr die Entscheidung durch ihre Anwendung fände, liegt — wie es die Auffassung von Eugen Huber war (Anm. 11) — auch dem vielzitierten Art. 1 Abs. 2 des Schw. ZGB. zugrunde. Danach soll, wenn keine Norm vorhanden ist, der Richter erst die Norm suchen, die er als Gesetzgeber aufstellen würde, um danach den Fall zu entscheiden. Das Marginale des Art. 1, das mit zum Gesetzestext gehört, lautet: „Anwendung des Rechts".

[17]) Dieser negative Satz ist durch die Analyse zahlreicher Urteile des RG. von Ernst Fuchs in seinen verschiedenen Arbeiten unwiderleglich bewiesen; vgl. Recht u. Wahrheit in uns. heut. Justiz, 1908; Gemeinschädlichk. d. konstr. Jurisprudenz, 1909; Jur. Kulturkampf, 1912. Dazu zahlreiche Aufsätze in jurist. Zeitschriften; zuletzt „Jurisprud. u. Rechtssicherheit" in „Die Justiz" **3** (1927) 7 ff. Auch seine Kritiker haben den Satz selbst nicht bestritten; so Düringer, Richter u. Rechtsprechung 1909 S. 10, 60 ff.; K. Schneider, Zsch. f. Zivilpr. **41** (1911) 297. Vgl. auch Max Weber, Wirtsch. u. Gesellschaft S. 492.

[18]) Drastisch, aber treffend sagt E. Kaufmann (Veröff. d. Verein. dtscher Staatsrechtslehrer, Heft 3, 1927, S. 22): „Die bloß technische Rechtswissenschaft ist eine Hure, die für alle und zu allem zu haben ist."

Quellen der Entscheidung auch irrational sind, so ist ihr doch das Streben nach Allgemeingültigkeit (Normativität) immanent.

Das ist bereits oben (S. 101) aus dem Wesen des Gemeingefühls, der einen Komponente des Rechtsgefühls, entwickelt worden, und die Geschichte des Rechtsgefühls hat es bestätigt. Die puritanische Geisteslage, die in England den ersten Rechtsstaat der Geschichte geschaffen hat, war gegen jede persönliche, d. h. nicht normativ gebundene Gewaltausübung, auch die der richterlichen Gewalt, eingestellt (vgl. auch unten 3. Kap. 1. Abschn. unter Z. 2) und hat sich gerade um deswillen gegen die Equity-Rechtsprechung des Kanzlergerichts (Court of Chancery) gesträubt. Der Kampf, der unter dem Schlagwort der „Oberherrschaft der Norm" (supremacy of the law) geführt wurde, wendete sich vor allem dagegen, daß die Beziehungen der Einzelnen untereinander und zum Staate, anstatt durch vorher bestimmte Regeln, durch Entscheidungen von Fall zu Fall nach dem Billigkeitsgefühl des Richters geregelt wurden[19]). Der Kampf endete damit, daß die den Entscheidungen des Court of Chancery zugrunde liegenden, wenn auch in ihnen nicht formulierten Regeln als law gesammelt wurden[20]) und

[19]) Roscoe Pound, The Spirit of the Common Law, 1921 S. 73: „In other words there was a reaction from justice according to law to justice without law. . . In place of the magistrate limited by law and held to walk strictly in the paths fixed by the custom of the realm, men sought to set up a benevolent guardian of social interests who should have to do freely whatever in his judgement protection of those interests might involve; in place of deliberate judicial tribunals, restrained by formal procedure and deciding according to fixed principles, they turned to offhand administrative tribunals in which the relations of individuals with each other and with the state were adjusted summarily according to the notions for the time being of an administrative officer as to what the general interest or good conscience demanded, unincumbered by many rules."

Später hat sich die Gegnerschaft des puritanischen Geistes gegen das normenlose Equity-Recht in Amerika wiederholt; Pound a. a. O. S. 53.

[20]) Von dem Lordkanzler Nottingham (1673—1682); Snell's Principles of Equity, 19. A. 1925 S. 4. Vgl. dazu noch A. V. Dicey,

so nunmehr die Rechtsprechung des Court of Chancery selbst ebenso rationalisierten, wie das common law die Rechtsprechung der Common Law Courts. Durch die Judicature Act v. 1873 wurden beide Normensysteme verschmolzen und der Court of Chancery zu einer Abteilung (Chancery Division) des einheitlichen High Court gemacht.

Das Streben nach einer Normativität der Entscheidung ergibt sich aber nicht nur aus dem spezifisch rechtlichen Bedürfnis des Rechtsgefühls, sondern darüber hinaus aus dem ganz allgemeinen — sittlichen — Bedürfnis des menschlichen Geistes, allgemeingültig zu denken,[21]) einem Bedürfnis, das auch für die Reflexion auf emotionale Akte besteht[22]). Denn daraus folgt das Bedürfnis, die mit dem Rechtsgefühl gefundene Entscheidung auf ihre Allgemeingültigkeit zu kontrollieren und diese Allgemeingültigkeit zu begründen.[23])

Für beides bietet sich ohne weiteres die Norm als die Rationalisierung von Entscheidungen (oben S. 25) dar. Die Bedeutung der Rechtsnormen liegt also auf dem Gebiete des Verkehrsrechts in ihrer Fähigkeit, als Mittel zum Zweck der Kontrolle der Entscheidungen auf ihre Normativität wie als Mittel der „Begründung" von Entscheidungen, d. h. der Begründung ihrer Normativität zu dienen.[24])

Law of the Constitution, 8. A. S. 376; Robson, Justice and Administrative Law, 1928 S. 189.

[21]) H. Maier, Psychol. d. emotionalen Denkens S. 55 ff.; Simmel, Kant S. 120; H. Vaihinger, Philos. des Als Ob, S. 1 ff.

[22]) Vgl. H. Maier a. a. O. S. 181.

[23]) Es ist unzutreffend, wenn M. Rümelin, Rechtsgefühl S. 14, die (oben S. 62 ff. erwähnten) Mitteilungen von Düringer, Vierhaus und Schneider über die Entstehung ihrer Urteile dahin wiedergibt, sie hätten sich nach der intuitiven Findung ihrer Urteile um die Gründe nicht weiter gekümmert. Übrigens hat gerade Rümelin in seiner früheren Rede über die Billigkeit im Recht, 1921 S. 59 ff., 79 ff. die Entstehung der Entscheidung auf Grund des Rechtsgefühls und ihre nachträgliche Kontrolle an der Hand der Normen ganz richtig gesehen.

[24]) C. Schmitt, Gesetz u. Urteil, 1912 S. 69 ff. sieht die Bedeutung der Entscheidungsgründe im wesentlichen in ihrer Aufgabe, die anderen Richter von der Richtigkeit der Entscheidung zu

Umgekehrt läßt sich die Normativität der Entscheidungen als ihre Fähigkeit betrachten, von einer Norm abgeleitet und als durch Ableitung von einer Norm entstanden gedacht zu werden.

Diese beiden Bedürfnisse — das rechtliche wie das sittliche — haben aber für sich allein nicht die Kraft gehabt, die allgemeine Forderung nach einer Normativität der Entscheidung durchzusetzen; das gelang erst dem wirtschaftlichen Bedürfnis nach möglichst vollkommener Rationalisierung der Wirtschaft, worauf alsbald näher eingegangen werden soll.

2.

Die Auffassung, daß die Entscheidung von einer Norm abgeleitet werden und also auch mit einer Norm begründet werden müsse, ist ebenso wie die ihr zugrunde liegende Auffassung, daß die Entscheidung die Eigenschaft der Normativität besitzen müsse, und die daraus abgeleitete Auffassung, daß das Recht ein Inbegriff von Normen sei, erst späten Datums. Die Differenzierung zwischen Recht und Rechtsanwendung, zwischen Rechtsschöpfung (i. S. v. Normenschöpfung) und Rechtsfindung ist allen älteren Rechten fremd.

Herodot erzählt (**1** 95), daß die Meder den Deïokes zunächst zum Richter, dann wegen seiner gerechten Urteile zum König gewählt hätten. Aber auch als König gab Deïokes keine Gesetze, sondern nur Entscheidungen.

Alle Entscheidungen sind ursprünglich und auf lange Zeit hinaus rein irrational[25]). Das gilt nicht nur für die Entscheidungen, welche von priesterlichen Richtern gegeben

überzeugen; die Nötigung zur Selbstkontrolle sei nur ein erwünschter Nebenerfolg (S. 82). Diese Auffassung wird der Bedeutung der Begründung nicht gerecht.

[25]) Vgl. die Untersuchungen von Max Weber, Wirtschaft u. Gesellschaft (1922), 7. Kap. Rechtssoziologie, S. 386 ff.

werden oder schon äußerlich magischen Charakter tragen, wie die Gottesurteile, nicht nur für die Entscheidungen, welche von ungelehrten Richtern (Schöffen, Geschworenen, jury) gegeben werden, sondern auch für die Responsa der römischen Juristen, wie sie uns im Corpus juris überliefert sind, und z. B. für die Entscheidungen des englischen Lordkanzlergerichts bis zum Ende des 17. Jh. (oben S. 163).

Allerdings kennt auch schon die Frühzeit Normen des Verkehrsrechts. Aber es fehlt völlig die Vorstellung, daß die Entscheidungen aus Normen zu gewinnen oder abzuleiten seien.[26])

Erst auf dem Boden eines völlig geänderten Wirtschaftssystems hat man sich der Mittel, die die Geistesarbeit aller früheren, insbesondere aber der römischen Juristen geschaffen hatte, bedient, um mit ihrer Hilfe diesen ganz neuen Gedanken zu verwirklichen.

Diese Geistesarbeit, die für Entscheidungen wie für Normen gleich erforderlich war, hatte das Ziel, die Wirklichkeit, das gesellschaftliche Leben für das rechtliche Denken zu erfassen und damit ein rechtliches Denken überhaupt erst zu ermöglichen.

Das gesellschaftliche Leben ist, nicht anders als die Naturvorgänge, ein unausgesetzter Strom von immer wechselnden, immer neuen Vorgängen, ein Kontinuum, und zwar ein heterogenes Kontinuum. Eine gedankliche Beherrschung dieses Lebensstromes ist nur auf zwei Wegen möglich: entweder indem das Denken das heterogene in ein homogenes Kontinuum verwandelt, wie es das mathematische Denken tut, oder indem es Teile aus dem Zusammenhang herausschneidet und sie isoliert betrachtet, also das heterogene Kontinuum in ein heterogenes Diskretum verwandelt. Dies letztere ist das Verfahren aller Kulturwissenschaften, und so auch des juristischen Denkens.[27])

[26]) M. Weber a. a. O. S. 389, 394, 400 ff.

[27]) Vgl. H. Rickert, Kulturwissensch. u. Naturwissensch. 4. A. (1921) S. 36; Grenzen der naturwissensch. Begriffsbildung, 3. A. (1921) S. 28 ff.

Zunächst werden die so gewonnenen Ausschnitte von Vorgängen rein bildhaft erfaßt. Erst später treten die Bildelemente des Vorganges hinter seine Sinnbedeutung zurück. Es ist das große Verdienst der römischen Juristen, zuerst den reinen Sinngehalt der Vorgänge zum Gegenstand der rechtlichen Behandlung und sie mittels Begriffen beherrschbar gemacht zu haben.[28])

Eine andere Kategorie von Ausschnitten bilden die sozialen Zuständlichkeiten, die, soweit sie sich auf Dinge beziehen, im römischen Recht nur an materielle Dinge („Sachen") anknüpfen. Auch sie sind begrifflich erfaßt worden.

So haben die römischen Juristen ein durchgearbeitetes System von rechtlichen Begriffen ausgebildet[29]), mit deren Hilfe die volle gedankliche Beherrschung des gesellschaftlichen Lebens sowohl für den Inhalt von Entscheidungen wie für den Inhalt von Rechtsnormen möglich geworden ist.

Aber die Begründung ihrer Entscheidungen beruft sich nicht etwa auf eine Norm.

---

[28]) Wenn Spengler, Untergang des Abendlandes 2 78, 97 den Satz prägt, das antike Recht sei ein Recht von Körpern, wenn er also von der großen Leistung der römischen Juristen, ihrer Scheidung zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten und der Entwicklung des ideellen Begriffes der Obligation nichts weiß, so sollte doch dieser Satz wenigstens nicht von Juristen als Offenbarung wiederholt werden.

[29]) Eine Folge dieser begrifflichen Durchbildung ist die gewesen, daß sich unter den Händen der römischen Juristen das heterogene Diskretum in einen Typus, einen Begriffskomplex, fast wäre man versucht, zu sagen: ein homogenes Diskretum, verwandelt hat, als welcher es nunmehr im Tatbestand der Normen erscheint. So ist ein „Kauf" ein Kauf, ganz gleich, unter welchen Umständen, von wem und was „gekauft" wird, die „Dienstmiete" ist eine „Miete", ganz gleich, wer seine Dienste „vermietet", wem und unter welchen Umständen. Man darf aber nie vergessen, daß diese juristischen Begriffe eben nur Hilfsmittel zur Beherrschung der tatsächlichen Vorgänge sind, daß sie nicht von ihnen „abgelöst" werden dürfen. Die Auffassung, daß man erst durch das Abziehen der Besonderheiten des Falles zur „juristischen Individualität" gelange (so E. Lask, Rechtsphilosophie, Ges. Schriften, Bd. 1 S. 318 ff.), kann nicht entschieden genug abgelehnt werden.

Selbstverständlich werden in den Fällen, welche durch Gesetze (leges) oder kaiserliche Konstitutionen unmittelbar geregelt waren, die letzteren angeführt. Aber diese Fälle spielen in dem durch die Digesten überlieferten Entscheidungsmaterial nur eine verschwindend kleine Rolle. Die große Masse der Entscheidungen wird von den römischen Juristen entweder ohne jede Begründung gegeben[30]), oder die Entscheidung beruft sich auf die ältere Entscheidung eines anderen Juristen[31]) oder auf das Rechtsgefühl[32]), oder die Begründung wird aus Rechtsbegriffen entwickelt[33]). Eine Ableitung aus Normen — abgesehen wieder von leges und constitutiones — gibt es so gut wie gar nicht. Erst die romanistische Wissenschaft hat viele Jahrhunderte später aus den Entscheidungen der römischen Juristen die Normen entwickelt, die das vielbewunderte System des römischen Rechts bilden.[33a])

Das Bedürfnis, die Normativität der Entscheidungen in den Entscheidungen selbst ausgesprochen zu erhalten, anders gefaßt: in den Entscheidungen nicht nur die Eigenschaft

---

30) Vgl. z. B. fr. 27 §§ 5—10 D. de pactis (2. 14); fr. 54 D. de usufructu (7. 1); fr. 60 D. mandati (17. 1); fr. 57, 69 D. de contr. empt. (18. 1); fr. 61 D. locati conducti (19. 2).

31) Vgl. z. B. fr. 30 D. de pact. (2. 14); fr. 57 D. ad leg. Aqu. (9. 2); fr. 11 pr. D. de reb. cred. (12. 1); fr. 3 § 7 D. de cond. causa data c. n. s. (12. 4); fr. 19 § 4 D. de act. empti vend. (19. 1); fr. 4 §§ 7—21 D. de usurp. et usucap. (41. 3); fr. 58 D. de solut. (46. 3).

32) Vgl. z. B. fr. 25 § 1 D. de usufr. (7. 1): sed Juliani sententia humanior est; fr. 27 § 5 cod.; fr. 22 § 4, fr. 45 § 4, fr. 58 § 1 D. mandati (17. 1). Sehr zutreffend hat Kohler, Die schöpferische Kraft der Jurisprudenz, Jherings Jahrb. 25 (1887) 265 Anm. 3, für diese Entscheidungen darauf hingewiesen, es sei Aufgabe der Jurisprudenz, das humanius est, utilius est der römischen Juristen „in reflektierende Rechtssätze aufzulösen".

33) Vgl. fr. 33 D. de cond. ind. (12. 6); fr. 10 § 4 D. mandati (17. 1); fr. 10 D. de act. empti et vend. (19. 1).

33a) Die ersten Anfänge, aus den kasuistischen Entscheidungen der klassischen römischen Juristen ein abstraktes System aufzubauen, gehen, soweit neuere Forschungen vermuten lassen, auf die Rechtsschule von Berytos (Beirut) zurück; doch ist hier noch alles im Dunkeln. Vgl. dazu L. Wenger, Der heut. Stand der röm. Rechtswissenschaft, 1927 S. 26 ff.

ihrer Normativität zu empfinden, sondern sie auch ausgedrückt zu sehen, also das Bedürfnis nach dem Ausdruck der Norm in der Entscheidung ist erst verhältnismäßig spät entstanden. Dieses Bedürfnis, alle Entscheidungen ausdrücklich von einer Norm abzuleiten, bedeutet das Bedürfnis nach einer Rationalisierung der Rechtsprechung. Es ist ein spezifisch bürgerliches Bedürfnis, und es sind daher überall die bürgerlichen Schichten, die auf eine Rationalisierung des Rechtes dringen[34]).

Mit der Entstehung der kapitalistischen Wirtschaftsordnung wird dies Bedürfnis immer stärker. Die kapitalistische Wirtschaftsführung baut sich auf rein rationalen d. h. berechenbaren Faktoren auf. Sie bedarf der berechenbaren Arbeitsmittel ebenso wie berechenbarer Lieferzeiten und Lieferorte. Sie hat daher ein rationales Geldsystem geschaffen und eine rationale Buchführung. Sie hat den Grundsatz der unbedingten Einhaltung aller Verträge in einer gegen frühere Zeiten erheblich stärkeren Betonung zur Grundlage des Verkehrsrechts gemacht, um so das Wirtschaften möglichst berechenbar zu machen. Sie bedarf zum gleichen Zwecke auch einer berechenbaren Rechtsprechung[35]), deren Ergebnisse möglichst ebenso kalkuliert werden können wie die Ergebnisse von Einkäufen und Verkäufen.[36])

---

[34]) M. Weber a. a. O. S. 470, 478.

[35]) Das erscheint besonders klar ausgesprochen bei J. Bentham. In seinen Principles of the civil code (Works, her. v. Bowring, Edinburgh 1843, 1. Bd. S. 301 ff.) spielt der Gesichtspunkt der conformity to the general expectation die entscheidende Rolle. Nicht nur für die Normen des Gesetzgebers (S. 322), sondern auch für die Rechtsprechung (S. 325: But when the judge dares to arrogate to himself the power of interpreting the laws, that is to say, of substituting his will for that of the legislator, every thing is arbitrary — no one can foresee the course which his caprice may take).

[36]) M. Weber, Wirtsch. u. Ges. S. 486; vgl. auch seine Ges. Aufs. z. Religionssoziologie 1 (1920) 11. Aus der englisch-amerikanischen Literatur vgl. B. J. Cardozo, The Growth of the Law S. 43; W. A. Robson, Justice and Administr. Law, 1928 S. 190,

Die Rationalisierung der Entscheidungen erfolgt durch die dem Richter auferlegte Verpflichtung, sie mittels einer Norm zu begründen, d. h. als von einer Norm abgeleitet zu erklären.

Hierfür haben sich zwei Formen herausgebildet.

Die eine ist die des anglo-amerikanischen Rechts: die an Präjudizien gebundene Rechtsprechung, die andere die der kontinentalen Rechte, insbesondere des deutschen Rechtes: die Aufstellung isolierter Normen und die Verpflichtung des Richters, die Entscheidung mit „Gründen" zu versehen (§ 551 Z. 7 ZPO.), aus welchen sich entnehmen läßt, ob eine solche Rechtsnorm „angewendet" und „richtig angewendet" worden ist (§ 550 ZPO.).

Der Unterschied zwischen beiden Formen ist nicht etwa der, daß in den englischen und amerikanischen Präjudizien keine abstrakten Normen formuliert wären. Ohne eine solche Formulierung wären die Präjudizien nicht für ihren Zweck verwendbar, sie wären einfach unübersehbar, eine ungeordnete Masse, und eine Bindung an sie undurchführbar.

Der englische wie der amerikanische Richter ist daher verpflichtet, die Norm — jede Norm ist abstrakt[37]) — zu formulieren,[38]) mit der er seine Entscheidung begründen will (ratio decidendi) und dabei die Normen früherer Präjudizien zu beachten[39]). Das letztere gilt allerdings nur für die

---

201. Nicht behandelt wird die Frage der Berechenbarkeit der Entscheidung in dem Buche v. H. Jahrreiß, Berechenbarkeit u. Recht (1927); es befaßt sich mit der Berechenbarkeit des Verhaltens der Rechtsgenossen auf Grund von Normen, und unterscheidet danach Normen[1] und Normen[2]; mit den letzteren werden die gesetzten Normen, mit den ersteren die befolgten Normen bezeichnet.

[37]) Oben S. 3.

[38]) Roscoe Pound, The theory of judicial decision, Harvard Law Review **36** (1923) 940 ff., 946.

[39]) Ich setze ein paar beliebige Beispiele hierher. In Sachen Fletcher v. Rylands (L. R. 1 Ex. 265) formuliert Richter Blackburn den Satz: We think that the true rule of the law is that the person who, for his own purposes, brings on his land and collects and keeps there anything likely to do mischief if it escapes, must keep

Normen von Entscheidungen höherer oder im Rang gleichstehender Gerichte. Aber auch das House of Lords weicht nicht leicht von der rule ab, die in Entscheidungen niederer Gerichte in ständiger Übung festgelegt ist[40]).

Der Unterschied gegenüber den abstrakten Normen des kontinentalen Rechts liegt vielmehr darin, daß die letzteren völlig von den Entscheidungen losgelöst erscheinen und daher in ihrer Isolierung ein Eigenleben führen. Die Norm bleibt dagegen im englischen Recht ein Teil der Entscheidung, sie lebt in ihr und mit ihr weiter und erhält aus ihr dauernd ihre rechte Beleuchtung. Ja, man kann sogar sagen, daß sie dauernd eine persönliche Färbung behält, da sie immer mit dem Namen ihres Urhebers verbunden bleibt, der auch in der Entscheidung weiterlebt, während die Entscheidungen der kontinentalen Rechte ebenso anonym sind wie ihre Normen. Wir kennen nur Urteile „des Reichsgerichts", günstigstenfalls „des ersten (oder zweiten usw.) Zivilsenats", aber nicht einmal der Name des Vorsitzenden bleibt mit ihnen aufbewahrt, wie man ja auch nicht wissen kann, ob er nicht überstimmt worden ist. Wieviel lebensvoller sind die englischen Entscheidungen, in denen auch

---

it at his peril; and if he does not do so, is prima facie answerable for all the damage which is the natural consequence of its escape.

In Sachen Birmingham Vinegar Brewery Co. Ltd. v. Powell, 1897 A. C. 711, sagt Lord Halsbury: No man can have any right to represent his goods as the goods of another person, but in applications of this kind it must be made out that the defendant is selling his own goods as the goods of another.

[40]) Vgl. W. M. Geldart, Elements of English Law S. 15: „It may happen that a question has never been carried up to the Court of Appeal or to the House of Lords, but that the lower courts have repeatedly decided it in the same way; or it may be that even a single decision of a lower court has remained for a long time unquestioned. In such a case the necessary result will be that lawyers and the public have come to regard such a decision as law, and have acted as if it was law. People will have made contracts, carried on business, disposed of their property, on the faith of such a decision, and the reversal of the rule would involve enormous hardship. It is often more important that the law should be certain, than that it should be perfect.

die überstimmte Minderheit ihre abweichende Auffassung niederlegt!

Aus ihnen spricht die Richterpersönlichkeit zu allen folgenden Juristengeschlechtern[41]), und sie gibt auch noch der die Entscheidung beherrschenden Norm Farbe und Ton und bewahrt sie so vor der Gefahr, in der die isolierten Normen deutscher Gesetze schweben, losgelöst von dem Boden, auf dem sie erwachsen sind, als Obersatz reiner Syllogismen behandelt zu werden, aus denen sich als logischer Schluß die Entscheidung ergeben soll.

Die Form des englischen Rechts ist die ältere und aus den Bedürfnissen des praktischen Rechts heraus entstanden. Die Form des kontinentalen Rechts ist dagegen nicht aus praktischen Bedürfnissen heraus erwachsen, sondern „aus den internen Denkbedürfnissen der Rechtstheoretiker und der von ihnen geschulten Doktoren“[42]) [43]).

3.

Die Auffassung, daß durch den Zwang zur „Begründung“ der Entscheidung mittels einer Rechtsnorm die Entscheidung

[41]) Mit Nachdruck hat Dietrich Schindler, Die Methode des Rechtsunterrichts i. d. Verein. Staaten (case method) 1921, auf den Wert der Präjudizien für die Ausbildung der Juristen hingewiesen. Ebenso E. Kaufmann, Bericht auf der Tagung der Staatsrechtslehrer in Münster, Veröff. Heft **3**, 1927 S. 22.

[42]) Max Weber, Wirtsch. u. Gesellsch. S. 492.

[43]) W. M. Geldart, Elements of English Law, stellt (S. 27 ff.) die Vorteile und Nachteile des Case Law dem kontinentalen System gegenüber. Er nennt drei Vorteile: Sicherheit, Entwicklungsmöglichkeit und Reichtum an Einzelsätzen, denen er drei Nachteile gegenüberstellt: Starrheit, Gefahr unlogischer Unterscheidungen — um der Bindung an ein als ungerecht empfundenes Präjudiz zu entgehen — und Unübersichtlichkeit, da die Entscheidungen in mehr als 1000 Bänden zerstreut sind. Es ist charakteristisch, daß ihm der wesentlichste Vorzug des Case Law, so wie er im Text dargelegt ist, entgangen ist; sehr erklärlicherweise, da ihm eben die praktische Kenntnis des kontinentalen Systems abging.

selbst rational, d. h. berechenbar werde, beruht auf der Meinung, daß die „Anwendung" einer Norm sicherer vorauszusehen sei als eine mittels des Rechtsgefühls und der praktischen Vernunft gefundene Entscheidung.

Die „Anwendung" einer Norm bedeutet die „Subsumtion" des konkreten Tatbestandes des Falles unter den abstrakten Tatbestand der Norm. Das aber bedeutet wiederum folgendes:

Wie bereits (oben S. 166) dargelegt, ist der Sachverhalt des konkreten Falles ein in Zusammenhängen eingebetteter Strom von Vorgängen innerhalb des gesellschaftlichen Lebens. Um aus ihm einen „Tatbestand" zu machen, muß er herausgeschnitten werden, und um ihn unter den homogenen Tatbestand der Norm zu bringen, müssen aus ihm alle nicht mit diesem Tatbestand sich deckenden Vorgänge und Zustände hinweggedacht werden. Das letztere ist natürlich nur dann zulässig, wenn diese Vorgänge und Zustände für den Inhalt der Entscheidung „unwesentlich" sind. Ob sie das aber sind, kann keine andere Instanz entscheiden *als das Rechtsgefühl*. Genau dasselbe gilt, wenn in dem Tatbestand der Norm Elemente vorhanden sind, die sich in dem „Tatbestand" des Falles *nicht* finden. Auch hier entscheidet darüber, ob sie für den Inhalt der Entscheidung „wesentlich" oder „unwesentlich" sind, lediglich *das Rechtsgefühl*.[44])

Die Entscheidung kommt somit ohne das Rechtsgefühl nicht aus, also nicht ohne einen *irrationalen* Faktor.

Hieraus ergibt sich: die Auffassung, daß die Entscheidung durch ihre Begründung mittels einer Norm berechenbar werde, ist in dieser Allgemeinheit falsch. Dazu kommt, daß, wie schon früher betont worden ist, die rein logische Ableitung *an sich* schon nicht berechenbar ist, da man

---

[44]) William A. *Robson*, Justice and Admin. Law, 1928 S. 196, 197 fordert für den Richter einen besonderen „sense of relevance", durch den er das Wesentliche vom Unwesentlichen scheiden kann. Dieser sense of relevance ist aber nichts anderes als das Rechtsgefühl.

logisch die These ebensowohl wie die Antithese ableiten kann[45]).

Dennoch aber hat die Forderung an den Richter, die Entscheidung auf eine Norm zurückzuführen, ihren guten Sinn und ihre nicht leicht zu überschätzende Bedeutung, auch wenn man den Glauben fallen lassen muß, daß sie dadurch schlechthin berechenbar würde — ganz abgesehen von der Frage, ob es überhaupt eine „Berechenbarkeit schlechthin" geben kann.

Denn jene Forderung bedeutet zweierlei:

Einmal die Notwendigkeit für den Richter, seine Entscheidung auf ihre Normativität zu kontrollieren, und zwar auf ihre Normativität schlechthin. Denn wenn die Norm, von der sie dann ja abzuleiten sein muß, auch selbst nicht unbedingt berechenbar ist, so ist es jedenfalls doch eine Norm und also eine Allgemeingültigkeit. Schon die Selbstzucht, die in dem Zwang zum logischen Durchdenken der gefundenen Entscheidung liegt, gewährt dem Richter selbst und damit auch den Parteien eine Sicherheit gegen subjektives Belieben[46]).

Zum anderen aber: wenn die Entscheidung durch ihre Kontrolle an einer Norm auch nicht „schlechthin" berechenbar wird, so wird sie doch durch die Vergleichung mit anderen für ähnliche Fälle gegebenen Normen, infolge der Kontrolle, die jedem vergleichenden Denken eigen ist, in einem für das praktische Bedürfnis ausreichenden Maße berechenbar. Das wird ganz deutlich, wenn man sich als Gegensatz der normativen Entscheidung eine von jeder Normenkontrolle freie und nur auf das Rechtsgefühl gegründete Rechtsprechung vor Augen führt. Was in Zeiten der Hauswirtschaft, auch noch der Stadtwirtschaft üblich

[45]) Vgl. oben S. 162. So auch M. Weber a. a. O. S. 492: „Die Konsequenzen der rein logischen juristischen Konstruktion verhalten sich zu den Erwartungen der Verkehrsinteressenten ungemein häufig gänzlich irrational und geradezu disparat; die vielberedete „Lebensfremdheit" des rein logischen Rechts hat hier ihren Sitz."

[46]) Vgl. K. Schneider, Die urspr. Grundlagen des richt. Urteils usw., Zsch. f. deutschen ZP. **41** (1911) 317.

war, ist in der Zeit der kapitalistischen Wirtschaft unerträglich[47]).

Ein eindringliches Beispiel liefert das Gebiet der freien, d. h. nicht durch das Gesetz geregelten Aufwertung. Hier herrscht in der Rechtsprechung des Reichsgerichts unbeschränkt das Rechtsgefühl, und hier ist von irgendeiner Berechenbarkeit schlechterdings keine Rede mehr. Man vergleiche die Zusammenstellung, die E. Heilfron in der Deutschen Steuer-Zeitung 1927 S. 1119 über die Entscheidungen des Reichsgerichts in den Fragen des Beginns der Verjährung eines Aufwertungsanspruchs, der Verwirkung eines solchen und des Verzichts auf ihn gegeben hat. Hier hört jede Voraussage und jede Voraussicht auf.

Ähnlich liegt es, wenn als Norm eine Blankettnorm[48]) verwendet wird, d. h. eine Norm, welche nur die Rechtsfolge bestimmt, während sie die Ausfüllung des Tatbestandes dem Rechtsgefühl des Richters überläßt, wie z. B. § 826 BGB. und § 1 UWG.

Eine Blankettnorm ist zur Kontrolle einer durch das Rechtsgefühl gefundenen Entscheidung ungeeignet, da sie ja selbst wieder auf das Rechtsgefühl verweist.[49])

Das zeigt sich z. B. an der Rechtsprechung des Reichsgerichts in Sachen des unlauteren Wettbewerbs, in denen das Reichsgericht zur Begründung seiner Entscheidungen lediglich § 1 UWG. oder § 826 BGB. anführt, also eine Blankettnorm.

---

[47]) Das gilt heute sogar für kleinbürgerliche und ländliche Verhältnisse. Daher ist die Rechtsprechung des Richters Magnaud in Frankreich als unerträglich empfunden worden. Vgl. oben S. 94 Anm. 21. Mit Recht hat Max Gmür (Die Anwendung des Rechts usw. 1908 S. 50) auch für die schweizerischen Verhältnisse erklärt, eine Gefühlsjurisprudenz ohne objektive Maßstäbe würde „zur reinsten Willkür und zum Ruin der Rechtspflege führen".

[48]) Oertmann, Gesetzeszwang u. Richterfreiheit, 1908 S. 6 spricht hier von „elastischen Normen".

[49]) Vgl. hierzu die Bemerkung Kohlers zu den Begründungen der römischen Juristen mit: humanius est, utilius est, oben S. 168 Anm. 32. Vgl. ferner Rudolf Joerges, Das Verfahren des RG. zur Begründung des Verstoßes gegen die guten Sitten, Ztsch. f. Rechtsphilosophie **1** (1914) 208 ff., **2** (1919) 261 ff.

Die Folge ist eine völlige Unsicherheit, die sich u. a. darin ausdrückt, daß das Reichsgericht in zahlreichen Fällen anders entschieden hat, als die beiden Vorinstanzen es übereinstimmend getan hatten[50]), ohne ihnen für die Zukunft die festen Richtlinien in Gestalt von Normen geben zu können, die das kapitalistische Wirtschaftssystem von der Rechtsprechung des höchsten Gerichtshofes erwartet, und deren Bildung eine wesentliche Aufgabe dieser Rechtsprechung ist.[51]) Die Verweisung auf § 1 UWG. oder § 826 BGB. ersetzt diese Richtlinien nicht.[52])

Dabei ist diese Verwendung des § 1 UWG. (bezw. des § 826 BGB.) noch im Steigen. Das Reichsgericht verwendet beide Paragraphen statt des Kunstschutzgesetzes[53]), des Geschmacksmustergesetzes[54]) [55]).

Die Verwendung von Blankettnormen zur Begründung der Entscheidung gibt nicht viel mehr, als wenn eine Begründung überhaupt nicht gegeben würde.

Dies letztere ist z. B. der Mangel der Entscheidungen der amerikanischen Federal Trade Commission, deren Bedeutung erheblich gesteigert werden würde, wenn sie nach dem Muster der amerikanischen Gerichtsentscheidungen mit Tatbestand und Gründen versehen würden, worauf in der ihr

---

[50]) Aus der großen Zahl der Entscheidungen seien genannt: RG. v. 24. 2. 25, RGZ. **110** 234 (Fall Malzmann); RG. v. 22. 5. 25, RGZ. **111** 67 (Fall Arnheim); RG. v. 29. 10. 26, RGZ. **114** 360 (Grammofox); RG. v. 3. 11. 25, JW. **26** 566 Nr. 11; RG. v. 8. 3. 27, JW. **27** 1563 Nr. 6 (Asbach Uralt).

[51]) Vgl. Düringer, Richter u. Rechtsprechung S. 19; Lobe, DJZ. 1928 S. 620.

[52]) Max Rümelin, Arch. f. ziv. Prax. N. F. **2** (1924) 162; Wieruszowski, Jur. Woch. 1927 S. 1997; J. Breit, MuW. **26** 316; W. Goldbaum, Gew. Rsch. 1927 S. 784; A. Elster, Komm. z. UWG. S. 65; Hans Fritz Abraham, DJZ. 1928 S. 293; Stoll, Jur. Woch. 1928 S. 489 Fußnote; H. Jsay, Gew. Rsch. 1928 S. 71, 421.

[53]) RG. v. 11. 7. 25, Gew. Rsch. **30** 280; v. 30. 10. 26, Jur. Woch. 1927 S. 110.

[54]) RG. v. 31. 1. 28, Gew. Rsch. **33** 289.

[55]) Vgl. dagegen H. Jsay, Gew. Rsch. 1928 S. 421 ff.

gewidmeten Darstellung bereits mit Recht hingewiesen worden ist[56]).

Auch die 2. Abteilung des deutsch-englischen Gemischten Schiedsgerichts hat leider die Übung, in zahlreichen Fällen ihre Entscheidungen überhaupt nicht zu begründen. Infolgedessen ist ihr gegenüber ein starkes Gefühl der Unsicherheit vorhanden, im Gegensatz z. B. zu der 1. Abteilung desselben Schiedsgerichts.

4.

Die Ableitung der Entscheidung von einer Norm bedeutet ihre nachträgliche Ableitung. Die Entscheidung ist nicht in dieser Weise entstanden, sondern es wird nur kontrolliert, ob sie in dieser Weise hätte entstehen können. Damit ist der Zweck der Kontrolle erreicht.

Dadurch, daß diese (nachträgliche) Ableitung als „Begründung" der Entscheidung gegeben wird, entsteht der Anschein, als ob die Entscheidung auch so gefunden wäre.

Die „Begründung" ist also eine Fiktion. Der Richter offenbart nicht die wirklichen Entstehungsgründe der Entscheidung, sondern schreibt, als ob sie einfach aus der Norm abgeleitet sei.

In Wirklichkeit ist das Verhältnis das umgekehrte: die Norm ist aus der Entscheidung — oder mehreren Entscheidungen — abgeleitet. War sie schon vorhanden: aus früheren Entscheidungen; ist sie zum erstenmal in der Entscheidung formuliert, aus der vorliegenden Entscheidung.

Diese letztere Notwendigkeit ist dann gegeben, wenn sich unter den vorhandenen Normen keine findet, die zur Begründung tauglich ist, d. h. deren Tatbestand diejenigen Merkmale enthält, die auch für den Sachverhalt des zu entscheidenden Falles wesentlich sind.

[56]) Vgl. G. Henderson, The Federal Trade Commission (1924) S. 334 ff.

Man spricht hier von „Lücken im Recht“[57]) (wobei unter „Recht“ im Sinne der herrschenden Auffassung die Gesamtheit der Rechtsnormen verstanden wird).

Wenn in einem solchen Fall der Richter seine Entscheidung auf ihre Normativität kontrollieren, d. h. von einer Norm ableiten will, so muß er die Norm selber bilden. Die in den Entscheidungen des Reichsgerichts häufige bloße Berufung auf „die Billigkeit“, das „Anstandsgefühl“, die Auffassung „aller rechtlich Denkenden“ genügt nicht[58]); damit ist keine Norm gesetzt, sondern lediglich eine Berufung auf das Rechtsgefühl vorgenommen — wenn auch das Wort „Rechtsgefühl“ in den Entscheidungen des Reichsgerichts vermieden wird. Von einer solchen „Begründung“ gilt das, was oben (S. 175) über die Verwendung des § 1 UWG. (§ 826 BGB.) zur Begründung von Entscheidungen gesagt ist: sie vermag keine Kontrolle der Normativität der Entscheidung zu gewähren.

Die neu aufgestellten Normen haben über die Kontrolle der Normativität hinaus noch die Bedeutung, allen zukünftigen Entscheidungen, insbesondere den unteren Instanzen, als Richtlinien zu dienen. Näher wird auf die mit der richterlichen Normsetzung verbundenen Fragen im 3. Abschn. des 3. Kap. einzugehen sein.

Bisher ist nur der Fall erörtert worden, daß sich unter den vorhandenen Normen keine solche findet, deren Tatbestand auf den zu entscheidenden Sachverhalt „paßt“. Wie ist es aber, wenn eine solche Norm existiert, der Richter aber die Rechtsfolge nicht in seine Entscheidung aufnehmen will, weil die Regelung der Norm seinem Rechtsgefühl widerspricht? Die Antwort auf diese Frage kann, da sie Gedankengänge voraussetzt, die erst später entwickelt werden, ebenfalls erst später gegeben werden; vgl. den 1. Abschn. des 3. Kap.

Über die Technik der Begründung vgl. den 3. Abschn. des 5. Kapitels.

---

[57]) Vgl. E. Zitelmann, Lücken im Recht, 1903.

[58]) Max Rümelin, Gesetz, Rechtsprechung u. Volksbetätigung usw., Arch. f. ziv. Prax. N. F. 2 (1924) 162.

In einem gewissen Gegensatz zu der Erfahrung von der Notwendigkeit der Kontrolle der Entscheidung durch die Normen scheint das Streben nach Schiedsgerichten zu stehen, d. h. nach Gerichten, die der Kontrolle durch Normen nicht in dem Maße unterliegen wie die ordentlichen Gerichte.

Die nationalen Schiedsgerichte treten in Gegensatz zu den ordentlichen d. h. den staatlichen Gerichten.[58a]) Da als Gegensatz gegenüber dem Staat die Rechtsgemeinschaft erscheint (vgl. den 2. Abschn. des 4. Kap. unter 1), so fragt es sich, ob die Schiedsgerichte als rein private Institutionen oder als „Integration" der Rechtsgemeinschaft aufzufassen sind.

Im ersteren Falle würden die Schiedsrichter völlig frei in ihrer Entscheidung sein, soweit nicht zwingende Normen entgegenstehen, im letzteren Falle dagegen an die Quellen des Rechts, Rechtsgefühl und praktische Vernunft, gebunden und namentlich auch, entsprechend der oben geschilderten Entwicklung, verpflichtet sein, ihre Entscheidungen an Normen zu kontrollieren und mittels Normen zu begründen; wobei dann sekundär sich die Frage erhöbe, inwieweit sie an die Normen des staatlichen Gesetzgebers gebunden sind.

Für das deutsche Recht nimmt die herrschende Auffassung die volle Freiheit der Schiedsrichter an, soweit es sich nicht um zwingende Normen handelt[59]). Indessen erscheint es richtiger, die Schiedsgerichte als Integration der Rechtsgemeinschaft zu betrachten; die Parteien erwarten auch von ihnen eine rechtliche Entscheidung, keinen Willkürspruch. Eine Begründung des Schiedsspruchs wird durch

[58a]) Daher erklärt Hans Fehr, Recht u. Wirklichkeit, 1928 S. 72, das Streben nach Schiedsgerichten einfach aus der „Staatsflucht". Allein politische oder weltanschauliche Gründe sind hier sicher weniger maßgebend als rein praktische Erwägungen (Annahme größerer Sachkunde, Schnelligkeit u. Billigkeit).

[59]) Vgl. Stein-Jonas, ZPO. 12. A. (1926) § 1034 Anm. 1 S. 1043; abw. Kann, ZPO. 3. A. (1926) S. 991; hier auch die Literatur.

§ 1041 Z. 5 ZPO. vorgeschrieben. Nur steht natürlich der Schiedsrichter den Normen des staatlichen Gesetzgebers freier gegenüber als der staatliche Richter (vgl. den 1. Abschn. des 3. Kap.).

In England wird die Bindung der schiedsrichterlichen Entscheidungen an die Normen genau ebenso angenommen wie für den staatlichen Richter[60]).

Im internationalen Verkehr erklärt sich die Schiedsgerichtsbewegung aus der Verschiedenheit und der Unsicherheit der materiellen Normen wie des Verfahrens; hier bestehen ja auch keine internationalen ordentlichen Gerichte; daher ist hier die Schiedsgerichtsbewegung, gefördert durch die Internationale Handelskammer[61]), in stetem Wachsen[62]).

Die Schiedsgerichtsverträge, die Deutschland mit der Schweiz (3. 12. 21), Schweden (29. 8. 24), Finnland (14. 3. 25), Estland (10. 8. 25) und Dänemark (2. 6. 26) geschlossen hat, enthalten übereinstimmend den Satz:

> „Mit Zustimmung beider Parteien kann das Schiedsgericht seine Entscheidung, anstatt sie auf Rechtsgrundsätze zu stützen, nach billigem Ermessen treffen."

Was hier „billiges Ermessen" genannt wird, ist nichts anderes als die Zusammenfassung der beiden Quellen: Rechtsgefühl und praktische Vernunft. Gemeint ist, daß das Schiedsgericht im Fall der Zustimmung beider Parteien von der Kontrolle durch Rechtsnormen und der Notwendigkeit, die Entscheidung mittels Normen zu begründen, befreit ist.

Die Bestimmung ist übrigens dem Statut der Cour per-

---

[60]) Russell, Arbitration and Award, 11. A. (1923) S. 205 ff., 376; W. A. Robson, Justice and Administrative Law S. 188; Aubert v. Maze (1801) 2 B. & P. 371; in re Badger (1819) 2 B. & A. 691; Blennerhasset v. Day (1811) 2 Ball and B. 104; Jager v. Tolme (1916) 1 K. B. 939.

[61]) Vgl. Huber, Wirtschaftsdienst 1927 S. 657.

[62]) Vgl. Intern. Jahrbuch f. Schiedsgerichtswesen, herausg. v. A. Nussbaum, 1. Bd. 1926; 2. Bd. 1928.

manente de justice internationale (Art. 38 Abs. 2) durch die oben genannten Schiedsverträge entnommen worden.

6.

Die Bedeutung der Rechtsnormen erschöpft sich nicht in ihrer Bedeutung für die Entscheidungen, sondern geht weit darüber hinaus.

Für jede Wissenschaft ist das systematische Denken die Grundlage ihres Arbeitens, ihr unentbehrliches Werkzeug. Das gilt auch für die Rechtswissenschaft. Eine wissenschaftliche Behandlung des gesamten Rechtsstoffes ist ohne Systematik nicht denkbar. Die Einordnung des Rechtsstoffes in ein System ist aber nur mit Hilfe von formulierten Rechtsnormen möglich, die ihrerseits ein begriffliches Denken erfordern, wie umgekehrt die Bildung umfassenderer Rechtsbegriffe wieder nur auf der Grundlage von Rechtsnormen möglich ist. Eine Sammlung von Entscheidungen ohne formulierte Rechtsnormen wäre ein Chaos.

Gäbe es keine vom Gesetzgeber oder den Gerichten formulierten Normen, so müßte die Rechtswissenschaft von sich aus die Normen aus den Entscheidungen entwickeln, um eine wissenschaftliche Behandlung des Rechtsstoffes zu ermöglichen.[63])

Die Bedeutung der systematischen Betrachtung des Rechtsstoffes erschöpft sich aber ihrerseits wieder nicht in ihrer Grundlegung der Rechtswissenschaft, sondern ist eine eminent praktische. Nur vermöge einer umfassenden Systematik ist die Vorstellung einer Einheitlichkeit des Rechts möglich. Das Recht ist ein Erzeugnis der menschlichen

[63]) Daß die Bildung von Rechtsnormen durch die Rechtswissenschaft, auch ohne den Hinblick auf eine Systematik des Rechtsstoffes, zur Förderung der praktischen Rechtsanwendung erfolgt und erfolgen muß, wird an späterer Stelle (im 4. Abschn. des 3. Kap.) behandelt.

Kultur, und wie für alle Kulturbildungen, so hat der menschliche Geist auch für das Recht das Bedürfnis nach seiner Zusammenfassung zu einer Einheit in der Idee[64]). Zu einer Einheit, d. h. zu seiner inneren Widerspruchslosigkeit.

Daß die Vorstellung einer idealen Einheitlichkeit des Rechts für seine wissenschaftliche Behandlung von Bedeutung ist, liegt auf der Hand. Sie ist es aber auch für seine praktische Gestaltung, und zwar nicht nur für die Bildung der Rechtsnormen durch Gesetzgeber, Richter und freie Forschung. Auch bei der Bildung der Entscheidungen muß der Richter sich als Organ des „Rechts" im Sinne einer in der Idee einheitlichen geistigen Kulturmacht[65]) fühlen. Das folgt schon aus dem Wesen des Rechtsgefühls, insofern diesem eine einander widersprechende Behandlung verschiedener Fälle zuwiderlaufen würde (oben S. 101 ff.).

Daraus ergibt sich: für eine auf der Höhe ihrer Aufgabe stehende Rechtsprechung ist unter den komplizierten Verhältnissen des modernen Gesellschafts- und Wirtschaftslebens ein systematisches Denken unentbehrlich.

Ein Mangel in dieser Richtung, ein Mangel wissenschaftlicher Durcharbeitung der Grundlagen der Rechtsprechung, muß sich auch in den Entscheidungen bemerkbar machen. Ein Beispiel liefert die neuere Rechtsprechung auf dem Gebiete des Wettbewerbsrechts. Hier hat seit Lobe und Kohler[66]) eine systematische Durcharbeitung des Gebietes aufgehört; vielmehr macht sich hier eine unwissenschaftliche Behandlungsweise breit, die auch auf die Entscheidungen des Reichsgerichts auf diesem Gebiete nicht ohne Einfluß geblieben ist.[67])

Auch für die Annäherung der verschiedenen nationalen

[64]) Vgl. Geny, Science et Technique en droit privé positif, 1 (1914) 111 ff.

[65]) Diese geistige Macht wird herkömmlich, personifiziert, als „Recht" bezeichnet, eine weitere Verwendung des Rechtsbegriffs, die seine Mehrdeutigkeit noch erhöht.

[66]) A. Lobe, Der unlautere Wettbewerb, 1908; Jos. Kohler, Der unlautere Wettbewerb, 1914.

[67]) Vgl. H. Jsay, Gew. Rsch. 1928 S. 723.

Rechtssysteme, also die Rechtsangleichung, spielen die Normen, und nur sie, eine Rolle. Nur die Normen lassen sich in Übereinstimmung bringen, vereinheitlichen. Nicht die irrationalen Kräfte, auf denen die Entscheidungen beruhen. Es wäre eine bloße Illusion, durch Angleichung der Normen eine wirkliche Rechtsangleichung erreichen zu können.

Von erheblich höherer Bedeutung sind die Normen für das Völkerrecht. Hier hängt die Entwicklung im wesentlichen von dem Ausbau des Normensystems ab. Die Erhöhung der Rechtssicherheit in der Rechtsfindung durch die Kontrolle der Entscheidungen, d. h. also durch die Normen, bedeutet einen großen Schritt nach vorwärts in der Richtung auf das Endziel: die Sicherung der Rechtsverwirklichung im Völkerrecht.

Die Aufstellung einheitlicher Normen ist hier eine hohe Aufgabe, die erst jetzt in Angriff genommen wird[68]).

Endlich ist die auf den Normen beruhende Einheitlichkeit des Rechtssystems für die Rechtsphilosophie die unentbehrliche Grundlage. Ohne den Aufbau eines Rechtssystems wäre eine Rechtsphilosophie unmöglich.

---

[68]) Vgl. K. Strupp, Völkerrechtskodifikation, in Zsch. f. öff. R. 7 (1928) 153 ff.

3. Kapitel.

Die Quellen der Rechtsnormen.

Vorbemerkung.

Aus der Darlegung des Verhältnisses zwischen Rechtsnorm und Entscheidung hat sich bereits ergeben, daß die herrschende Auffassung die Entstehung der Normen ebenso unrichtig sieht wie die Entstehung der Entscheidung, und daß sie, wenn sie in der Rechtsnorm das Primäre und in der Entscheidung das Sekundäre, das von der ersteren Abgeleitete sieht, die Dinge geradezu auf den Kopf stellt.

In Wahrheit ist die Entscheidung, wie sie geschichtlich gegenüber der Rechtsnorm das Frühere gewesen ist, auch logisch und genetisch das Prius: die Norm wird erst aus der Entscheidung oder, meistens, einer Reihe von Entscheidungen abgeleitet.

Das gilt für die Normsetzung des Verkehrsrechts ausnahmslos; für die Normen, welche die Grundlagen der Rechtsgemeinschaft bilden, in der Hauptsache. Für die letzteren ist allerdings, wie früher bereits gesagt wurde (oben S. 157), auch eine andere, nämlich institutionelle Gewinnung möglich.

Die Auffassung, daß Rechtsnormen — nicht die Rechtsnormen der positiven Rechtsordnungen, aber die der „reinen" Rechtswissenschaft — „erschaut" werden könnten, ist ebenso abzulehnen, wie die weit mehr vertretene Auffassung, daß eine Norm nur wieder von einer anderen Norm abgeleitet werden könne.

Die erstere Auffassung ist von A. Reinach[1]) auf phänomenologischer Grundlage entwickelt worden. In der Sache selbst stammt sie schon aus der Gedankenwelt des klassischen Naturrechts[2]).

In Wahrheit kann man keine „Gesetze", d. h. keine Rechtsnormen erschauen, wie es auch nicht zutrifft, daß sie „apriorisch" sind. Alle Rechtsnormen sind Erzeugnisse des menschlichen Denkens, in erster Linie der Abstraktion von Entscheidungen, wie früher schon (S. 149 ff.) betont worden ist. Man kann natürlich durch die konstruktive Phantasie beliebig viele Normen „erschauen" — ob es aber „Rechts"normen sind, kann nur das Rechtsgefühl (in Verbindung mit der praktischen Vernunft) beurteilen, und dies reagiert unmittelbar nur in Entscheidungen, aus denen dann erst auf dem Wege der Abstraktion die Normen gefunden werden.

Die zweite Auffassung, daß eine Norm nur wieder von einer anderen Norm abgeleitet werden könne, hat eine besondere Gestalt in der Stufentheorie erhalten, die von Adolf Merkl[3]), einem Schüler Kelsens, zuerst entwickelt und dann von Kelsen[4]) selbst und seiner Schule aufgenommen worden ist, übrigens auch über die Wiener Schule hinaus Anklang gefunden hat.[5])

---

[1]) Die apriorischen Grundlagen des bürg. Rechts, Jahrb. f. Phil. u. phän. Forschung **1** (1913) 685 ff. Vgl. dazu oben S. 43.

[2]) Vgl. Hugo Grotius, De jure belli ac pacis, Proleg. 39: „Primum mihi cura haec fuit, ut eorum quae ad jus naturae pertinent probationes referrem ad notiones quaesdam tam certas, ut eas nemo negare possit, nisi sibi vim inferat. Principia enim ejus juris, si modo animum recte advertas per se patent atque evidentia sunt..."

[3]) Das Recht im Spiegel seiner Auslegung, Deutsche Richter-Zeitung 1917 S. 162 ff., 394 ff. (auch als S.A. unter dem Titel: „Das Recht im Lichte seiner Anwendung", 1917).

[4]) Rechtswissenschaft u. Recht in Zsch. f. öff. R. **3** (1922) S. 216 ff.; Allg. Staatslehre (1925) 233 ff.; F. Kaufmann, Kriterien des Rechts, 1924 S. 134 ff.; A. Verdross, Verfassung der Völkerrechtsgemeinsch., 1925 S. 42.

[5]) Vgl. Max Wenzel, Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung, Veröffentl. d. Verein. d. Staatsrechtslehrer, **4** (1928)

In Wirklichkeit sind alle Rechtsnormen wesensgleich; sie sind generelle, im voraus gesetzte Regeln, welche eine Rechtsfolge an einen abstrakt bestimmten Tatbestand knüpfen, und zwar auf Grund des Rechtsgefühls (in Verbindung mit der praktischen Vernunft).

Sie unterscheiden sich lediglich durch die normsetzende Stelle, und damit folgeweise durch ihre Durchsetzungskraft.

Von der hier festgehaltenen Auffassung aus, nach der für das Verkehrsrecht alle Normen grundsätzlich aus Entscheidungen abgeleitet sind, bedeutet die Frage nach der Quelle der Rechtsnormen die Frage nach derjenigen Stelle, welche diese Ableitung vorgenommen hat, sei es aus Entscheidungen, die sie selbst gefällt hat, sei es aus fremden Entscheidungen.

Als solche Stellen kommen folgende drei in Betracht:

1. Der Gesetzgeber. Er nimmt die Normsetzung nicht immer selbst vor, sondern ermächtigt in zahlreichen Fällen untergeordnete Stellen, sie an seiner Statt vorzunehmen (Delegation). Die innerhalb dieser Ermächtigung gesetzten Normen unterscheiden sich von den Normen des Gesetzgebers, wie bereits gesagt, nur durch ihre Durchsetzungskraft.
2. Der Richter.
3. Der freie Forscher.

Außer den hier genannten Stellen wird herkömmlich noch „das Gewohnheitsrecht" als Quelle von Rechtsnormen genannt, während der Rechtsprechung und der freien Forschung diese Eigenschaft nicht selten bestritten wird.

Es leuchtet ohne weiteres ein, daß „das Gewohnheits-

142 ff. Wenn er, übrigens nicht allein, primäre, sekundäre, tertiäre usw. Normen unterscheidet, deren Aufbau eine „Rechtspyramide" mit dem „Urrecht" als oberster Spitze ergibt, so ist dies nichts anderes als die Stufentheorie, die Wenzel allerdings nicht so weit mitmacht, daß er auch Richtersprüche und Verwaltungsakte als unterste Normen annähme. Auch die Theorie von H. Heller, der eine Norm durch „Individualisierung" aus der anderen entstehen läßt, gehört hierher; Heller, Begriff des Gesetzes usw., Veröff. d. Verein. d. Staatsrechtsl. 4 (1928) 120 ff.

recht", da es keinen personellen Träger hat, wie Gesetzgebung, Rechtsprechung und freie Forschung, nicht eine Normenquelle im gleichen Sinne sein kann, wie die letztgenannten. Die Frage soll im 2. Abschn. dieses Kapitels einer besonderen Betrachtung unterzogen werden.

Wie sich aus dieser Übersicht ergibt, sollen hier nur die Quellen der Normen für die im Staat organisierte Rechtsgemeinschaft behandelt werden. Für die größere Rechtsgemeinschaft, die Völkergemeinschaft, kommen die gleichen Quellen in Frage, mit Ausnahme des Gesetzgebers, der hier fehlt. An seiner Stelle steht die Vereinbarung. Für die engeren Rechtsgemeinschaften innerhalb des Staates steht an Stelle der Gesetzgebung ein Analoges: die Satzungsgewalt (Autonomie). Für die gewillkürten kleinsten Gemeinschaften spielt die Vereinbarung die Hauptrolle.

Für die Zwecke dieser Arbeit schien eine Ausdehnung auf alle diese Normenquellen nicht erforderlich.

1. Abschnitt.

Das Gesetz.

1.

Bereits an früherer Stelle (S. 6 ff.) ist darauf hingewiesen, daß der Begriff des Gesetzes sich auf allen Lebensgebieten findet, sowohl auf dem Gebiet der Natur- wie auf dem der Kulturwissenschaften.

Sein Heimatsgebiet ist indessen das Rechtsleben; erst von hier aus ist er auf die Seinsgebiete, zunächst das der Naturwissenschaften, übertragen worden[1]). Noch Newton

[1]) F. Eulenburg, Erinnerungsgabe f. Max Weber, 1 (1923) 58.

nahm an, daß die höchste Macht (Gott) der Natur ebenso ihre Gesetze vorschreibe wie die höchste Macht im Staate dem Volk[2]).

Nach der Befreiung der Seins-Wissenschaften von der Religion erscheint der Begriff des Gesetzes auf ihrem Gebiet nur mehr als eine Denkform des menschlichen Geistes[3]). Es handelt sich um rein kognitive Denkakte des erkennenden Subjekts; um eine rein gedankliche Verknüpfung zeitlich auseinander fallenden Geschehens; hinter dem Gesetz steht kein Wille.

Indessen ist die rein gedankliche Kraft dieses Gesetzesbegriffs so anregend gewesen, daß verschiedentlich der Versuch gemacht worden ist, die Bedeutung, die er auf dem Gebiet der Naturwissenschaften gewonnen hatte, wieder auf sein Ursprungsgebiet zurückwirken zu lassen.

Die Anregung hierzu ist von einem Naturwissenschaftler, Wilhelm Ostwald, ausgegangen[4]), dann aber von juristischer Seite weiterverfolgt worden[5]). Daß die „energetische" Auffassung des Rechts, die in ihm die Komponente verschiedener Energien im Sinne der Naturwissenschaft sehen will, nicht ernstlich aufrechtzuerhalten ist, bedarf heute wohl keiner Darlegung mehr.[6])

Dagegen wird die Übertragung der von Kant für das naturwissenschaftliche Denken begründeten erkenntniskritischen Methode auf das Gebiet des Rechtsdenkens auch heute noch vertreten.

Kant hat für die Naturgesetze nachgewiesen, daß der Verstand diese Gesetze nicht der Natur entnehme, sondern sie ihr vorschreibe, daß es sich hier um synthetische Urteile

---

[2]) W. Wundt, Völkerpsychologie, **9** (1918) 202.

[3]) Vaihinger, Philos. des Als Ob, 9. u. 10. A. S. 420 ff. bezeichnet sie als Fiktion.

[4]) W. Ostwald, Forderung des Tages, 2. A. 1911 S. 391 ff.

[5]) A. Bozi, Weltanschauung der Jurisprudenz S. 146 ff.; E. Fuchs, Jurist. Kulturkampf S. 52; Erich Warschauer, Arch. f. R. u. WPhil. **10** 352 ff., **11** 146 ff.

[6]) Vgl. Bierling, Arch. f. R. u. WPhil. **12** 116; Max Rumpf, Krit. VJSch. 3 F. **13** 450 ff.; H. Jsay, Jurist. Denken 1919 S. 21.

a priori handle. Wie durch die dem Verstand eigentümlichen formenden Kategorien erst aus dem von den Sinnen empfangenen Material die „Gegenstände" gebildet werden, so werden durch Verknüpfung zeitlich verschiedenen Geschehens von dem Verstand mittels der Kategorie der Kausalität die Naturgesetze gewonnen.

Diese kritische Methode ist von der neukantischen Philosophie auf die Rechtsgesetze übertragen worden, in denen man ebenfalls synthetische Urteile a priori erkennen zu können glaubte.

Den wesentlichen Unterschied zwischen dem Material, das durch die Sinne empfangen wird, und dem „Material" des Rechts, dem „Rechtsstoff", hat diese Erkenntniskritik nicht gesehen[7]). Vgl. oben S. 2.

Übrigens ist noch in einer dritten Beziehung der Einfluß der für die naturwissenschaftlichen Gesetze geltenden Betrachtungsweise auf die Rechtsgesetze festzustellen: die Denk- und Redeweise, die auf dem Gebiet des Rechtslebens von „Wahrheit" spricht, und die weit über die neukantische Bewegung hinausreicht[8]). Eine Rechtsnorm kann aber, ebenso wie eine Entscheidung, weder wahr noch unwahr, sondern nur richtig oder unrichtig sein.

2.

Für den Begriff des Gesetzes auf dem Gebiet des Rechtslebens kann der Gesetzesbegriff aus anderen Gebieten keine Erkenntnis liefern, sondern höchstens verwirren.

[7]) Vgl. E. Kaufmann, Kritik der neukant. Rechtsphilosophie, 1921 S. 13; J. Binder, Kantianismus u. Hegelianismus in der Rechtsphilos., Arch. f. R. u. WPh. **20** (1927) 262 ff.

[8]) Victor Cathrein S. J., Die Grundlage des Völkerrechts, 1918 S. 20; E. Huber, Recht u. Rechtsverwirklichung S. 406, 414; Max Salomon, Grundlegung z. Rechtsphilos. 2. A. 1925 S. 10; Sauerländer, Ordnung u. Recht, Arch. f. R. u. WPhil. **20** (1927) 242.

Der Begriff des Rechtsgesetzes muß selbständig untersucht und gewonnen werden, und zwar nicht nur durch Auslegung derjenigen Stellen der Verfassung und der Gesetze, in denen der Gesetzesbegriff verwendet wird, sondern in erster Linie geistesgeschichtlich.

Hier lassen sich zwei gedankliche Entwicklungsreihen feststellen.

Geschichtlich ist sicherlich bei allen Völkern der Festsetzung von Rechtsnormen eine Periode vorangegangen, in der die Regelung des Lebens in der Gemeinschaft lediglich durch Entscheidungen, d. h. also als Regelung des individuellen Falles erfolgte. Das ist uns z. B. von den Medern[9]) und den Germanen[10]) ausdrücklich berichtet, und für die anderen Völker ergibt es sich aus der Art, wie die Namen der ersten Gesetzgeber (Hammurapi, Zarathustra, Moses, Lykurg, Solon usw.) überliefert worden sind.[11])

Die erste Gesetzgebung ist Festlegung von Rechtsnormen und nur diese gewesen. Der Begriff des Gesetzes ist also ursprünglich inhaltlich an den Begriff der Rechtsnorm geknüpft: Gesetz ist die von der höchsten Autorität innerhalb der Gemeinschaft gesetzte Rechtsnorm.

Aber selbst in der Frühzeit der Entwicklung waren beide Begriffe nicht identisch: das römische Recht kannte neben den Gesetzen auch Rechtsnormen anderen Ursprungs.

Da jede Macht die Tendenz zur Ausdehnung hat, so mußte die Entwicklung ferner dahin führen, daß die höchste Macht in der Gemeinschaft auch Normen als Gesetze gab, die nicht immer Rechtsnormen waren, d. h. Normen, bei denen die Verknüpfung zwischen Tatbestand und Folge nicht auf dem Rechtsgefühl, sondern nur auf dem Willen des Souveräns beruhte, und weiter, daß nicht bloß generelle Normen, sondern auch individuelle Befehle in der Form des Gesetzes gegeben wurden.

So finden wir einerseits Rechtsnormen, die keine

[9]) Herodot 1, 96.

[10]) Tacitus, Germania c. 11.

[11]) Vgl. Platon, Gesetze (*Νόμοι*) 1. Buch § 1. Über Lykurg vgl. zuletzt V. Ehrenberg, Neugründer des Staates, 1925 S. 28 ff.

Gesetze der höchsten Macht in der Gemeinschaft, anderseits Gesetze der höchsten Staatsmacht, die keine Rechtsnormen sind.

Die geschichtliche Entwicklung zeigt bei den meisten Völkern durch den Einfluß des Staatsgedankens eine deutliche Tendenz zur Vereinheitlichung beider Begriffe, zur Identifizierung von Gesetz und Rechtsnorm oder richtiger: zur Verdrängung des Begriffes der Rechtsnorm durch den des Gesetzes.

Nach der einen Richtung ist allerdings theoretisch immer daran festgehalten worden, daß es neben dem Gesetz als Quelle der Rechtsnormen noch eine zweite Quelle gebe: das Gewohnheitsrecht. Aber seine Bedeutung war praktisch im 19. Jh. gegenüber der des Gesetzes auf ein Minimum herabgedrückt, und im Verhältnis zwischen beiden galt das Gesetz als die stärkere Rechtsquelle, die sogar die Bildung von Gewohnheitsrecht verbieten könne. Vgl. unten S. 230 ff.

Nach der anderen Richtung ist dagegen bei den meisten Völkern zunächst die Identifizierung vollkommen gewesen: jedes Gesetz wurde als Rechtsnorm angesehen; anders ausgedrückt: das Gefühl für den Unterschied zwischen Gesetz und Rechtsnorm war verlorengegangen.

Der germanischen Rechtsauffassung war allerdings die Lehre, daß der Wille des Herrschers oberste Rechtsnorm sei (principis voluntas suprema lex), völlig fremd.[12]) Durch die deutschen Rechtsbücher des Mittelalters zieht sich der Grundgedanke, daß das Recht von Gott stammt[13]). Mag auch noch so viel Unrecht für Recht gehalten werden, es kommt nicht von Gott, sondern von „unrechter Gewalt".[14]) So erscheint das Recht dem Deutschen als etwas, was in der Gemeinschaft von selbst entstanden ist, nicht als etwas von obenher Befohlenes.

[12]) Das gilt übrigens nicht nur für die germanische, sondern ganz allgemein für jede uns bekannte ursprüngliche Rechtsauffassung; vgl. E. Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913 S. 115 ff.

[13]) „Got is selve recht" sagt der Prolog zum Sachsenspiegel, und „Got ist recht" das Kleine Kaiserrecht (I 1).

[14]) Vgl. Sachsenspiegel III 42 § 6.

„Wo der König mit Großen und Volk eines bestimmten Stammes einen Rechtssatz festsetzte . . . fügte sich die Reichsgesetzgebung von vornherein in die Form eines Weistums der Stammesgenossen über ihr nationales Recht, und sobald König und Reichstag diesen Boden verließen . . ., stand der Erlaß mehr oder weniger in der Luft und entbehrte allen Haltes in der Ausführung."[15])

Der Gedanke, daß der Wille des Herrschers oberste Norm sei, ist von Rom, genauer: von Byzanz mit der Rezeption des Römischen Rechts nach Deutschland und den Westländern gelangt.

So hat er in Deutschland und Frankreich in gewissem Umfang eine allerdings niemals unbestrittene Herrschaft erlangt. Der Gedanke der Unterordnung der Herrschermacht unter die rechtlich-sittliche Ordnung hat in Deutschland niemals seine Geltung verloren. Er fand in dem Gedanken des Widerstandsrechts der Landstände, des Volkes gegen eine rechtswidrige Ausübung der Staatsgewalt seinen Ausdruck, wie er in den Schriften der Monarchomachen, später in der Lehre des Naturrechts vertreten wurde, und dieser Gedanke war selbst noch im absoluten Staat des 18. Jh. am Leben geblieben.[16]) Gerade in der Vertretung des Rechtsgedankens gegenüber der Staatsgewalt liegt das geschichtliche Verdienst des Naturrechts.

Auch die historische Schule, die in Deutschland dem Einflusse des Naturrechts zeitweilig ein Ende machte, hat in dieser Beziehung die gleiche Richtung verfolgt, bis der Positivismus, der seit der zweiten Hälfte des 19. Jh. für die

---

[15]) A. Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, 1. Bd. 1885 S. 15.

[16]) Vgl. hierzu Kurt Wolzendorff, Staatsrecht u. Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes gegen rechtswidrige Ausübung der Staatsgewalt, 1916 S. 17, 62 ff., 95 ff., 516 ff.

Mit dieser alten germanischen Auffassung stimmt die katholische Auffassung überein; einem formal gültig erlassenen Gesetz, das die obersten natürlichen Grundsätze verletzt, fehlt die „Gewissensverbindlichkeit". Vgl. D. Haring, Recht u. Gesetz nach kathol. Auffassung, Arch. f. R. u. WPh. **16** (1923) 67.

Rechtswissenschaft den Ton angab, dem alten byzantinischen Satze wieder zu neuer Geltung verhalf.

In England war der alte germanische Gedanke, daß auch der König dem Recht unterworfen sei, niemals verschwunden.

Unter Eduard III. wie unter Heinrich IV. haben die englischen Gerichte es abgelehnt, Machtsprüche der Könige als law anzuerkennen. Hier entstand die das englische Recht beherrschende Doktrin von der supremacy of the law, der der englische Oberrichter Coke, als am 10. Nov. 1612 sämtliche englischen Richter vor den König Jakob I. zitiert wurden, um sie wegen ihres Ungehorsams zur Rede zu stellen, mit den Worten Ausdruck gab, daß auch der König unter dem Recht stehe.[17])

Hier bildete sich auch die Grundlage der überragenden Stellung des englischen Richters, die ihm jene souveräne Würde verleiht, die heute noch dem kontinentalen Beobachter auffällt.[18])

Den gleichen Unabhängigkeitssinn haben in der Folge die englischen und amerikanischen Gerichte bewahrt, als an die Stelle der Königsherrschaft die des Parlamentes getreten war. Im September 1787 wurden die amerikanischen Richter deswegen ebenso vor das Parlament zitiert, wie dereinst die englischen vor Jakob I.[19])

Von Coke stammt auch der Satz: „When an act of Parliament is against common right and reason . . . the common law will control it and adjudge such act to be void."

Allerdings hat in England sich die Lehre von der supre-

[17]) That the King ought not to be under any man but under God and the law. Vgl. Roscoe Pound, The spirit of the common law, 1921, S. 60 ff., 66 ff.; William A. Robson, Justice and Administrative Law, 1928 S. 212. Natürlich hat das Königtum versucht, auch hier den byzantinischen Standpunkt durchzusetzen; vgl. des Lordkanzlers Bacon Abhandlung De dignitate et augmentis scientiarum (Works, Bd. 1 S. 805 ff., London 1858).

[18]) Vgl. die Schilderungen von A. Mendelssohn Bartholdy, Das Imperium des Richters, 1908.

[19]) Pound a. a. O. S. 75.

macy of the law gegenüber der Macht des Parlaments nicht mehr in ihrer Herrschaft behaupten können.

Hier hat zuerst Bentham[20]) die Lehre von der Allmacht des Gesetzgebers vertreten, und in neuerer Zeit ist durch Austin[21]) die Lehre vom Staat als der Quelle des Rechts zu weitester Verbreitung gelangt.[22])

Gray[23]) erörtert den Fall, wenn ein Staatsbeamter verlange, daß eine Frau gehängt werde, weil sie im Theater einen hohen Hut aufgehabt habe, und erklärt dazu, daß, wenn es kein dahin gehendes Gesetz gebe, dies Verlangen unberechtigt sei, daß aber der Staat ein solches Gesetz erlassen könne, und daß dann das Gericht die Frau verurteilen müsse; denn dann habe der Staat das Recht, das er vorher nicht hatte; the state has an indefinite power to create legal rights for itself ...

---

[20]) Bereits in seinem ersten Werk (A Comment on the Commentaries) trägt er eine der Cokeschen Lehre entgegengesetzte Doktrin vor; vgl. C. K. Allen, The young Bentham, Law Quarterly Review, 1928 S. 492 ff. Vgl. ferner Bentham's Fragment on Government, Works 1. Bd. (Edinburgh 1843) S. 283 ff.

[21]) Lectures on Jurisprudence, 4. A. (1879) S. 88 ff.

Es ist bemerkenswert, daß Austin seine juristische Bildung im Kreise der historischen Schule empfing. John Austin, der Barrister war und dann den Auftrag erhielt, an der Universität London über Jurisprudence — d. h. Grundlehre des Rechts und Rechtsphilosophie — zu lesen, bereitete sich hierfür 1827/28 an den Universitäten Heidelberg und Bonn vor, ehe er 1828 seine Vorlesungen begann. Er mußte schon 1832 seine Vorlesungen einstellen, weil sie dem englischen Hörerkreis zu „wissenschaftlich" waren. 1832 publizierte er einen Teil seiner Vorlesungen, die Province of Jurisprudence determined, die zunächst ganz unbeachtet blieb. Erst nach seinem Tode kam der Erfolg. Seine Witwe gab die Lectures on jurisprudence, die auch die Province of Jurisprudence enthielten, heraus, die seitdem eine große Verbreitung und einen noch größeren Einfluß erlangt haben. Vgl. Roscoe Pound, Law and Morals, 1924 S. 43 ff.

[22]) Vgl. John F. Dillon, The laws and jurisprudence of England and America, Boston 1895 S. 8; Markby, Elements of Law, 6. A. Oxford 1905 S. 5; John Chipman Gray, The nature and sources of the law, New York 1920 S. 81; vgl. auch T. E. Holland, Elements of Jurisprudence, 12. A. 1916 S. 50.

[23]) The Nature and sources of the law S. 81.

Indessen ohne Widerspruch ist diese Auffassung nicht geblieben, und zwar gerade auch in der Rechtsprechung.

Roscoe Pound[24]) führt den Ausspruch eines amerikanischen Richters (20 Wall. 655, 662) an, kein Gesetz könne bestimmen, daß eine Ehe zwischen A. und B. vernichtet und A. als mit C. verheiratet erklärt werde, sowie den eines englischen Richters (Lord Holt, 12 Mod. 669), daß das Gesetz nicht den Ehebruch erlauben könne. Pound selber steht mit seinen Sympathien auf der Seite dieser Auffassung[25]).

Auch in Frankreich hatte zunächst die Lehre von Bentham maßgebenden Einfluß erlangt. Montesquieu[26]) ebenso wie Rousseau[27]) haben die Suprematie des Gesetzes gelehrt, und die Revolution diese Lehre praktisch verwirklicht. Sowohl die Erklärung des Tiers-État v. 17. 6. 1789, wie das organische Dekret v. 16./24. 8. 1790, das die Teilung der Gewalten einführte, haben der gesetzgebenden Versammlung auch das Recht der Interpretation der Gesetze vorbehalten.

Dieser letzte Gedanke hat die Revolution nicht überdauert. Aus dem code civil ist er bereits verschwunden.[28])

3.

Mit der Einführung der konstitutionellen Staatsverfassung, die auf der Lehre Montesquieus von der Teilung der Staatsgewalten beruht, erhält die Gesetzesform eine neue Würde: alle Akte der Legislative erscheinen jetzt — anders

[24]) Roscoe Pound, Law and Morals, Boston 1924 S. 99 ff.

[25]) Roscoe Pound, Spirit of the Common Law, Boston 1921 S. 82 ff.

[26]) Esprit des Lois **6** 3, **11** 6.

[27]) Contrat Social **2** 6.

[28]) Vgl. die Darstellung der Materialien, insbes. der Auffassung von Portalis bei H. Kantorowicz, Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre 1925 S. 24 ff.

als in der absoluten Monarchie — schon durch die Form aus den übrigen Staatsakten herausgehoben.

So entwickelt sich der Begriff des Gesetzes als eines Aktes der Legislative zu einem formalen Begriff. Damit wird die Frage neu gestellt, oder recht eigentlich in dieser Bedeutung zum ersten Male gestellt, ob dem formalen Begriff des Gesetzes als Aktes der gesetzgebenden Gewalt auch ein einheitlicher materialer Begriff oder überhaupt ein materialer Begriff entspricht.

Diese Frage ist von der rein juristischen Staatsrechtslehre, wie sie von Laband begründet worden ist, verneint worden. Sie unterscheidet das Gesetz im formellen Sinne — als Akt der Legislative — vom Gesetz im materiellen Sinne, d. h. dem Gesetz mit normativem Inhalt.[29])

Gesetz im formellen Sinne sind nach dieser Lehre diejenigen Akte der Legislative, welche nur die Regelung eines individuellen Falles betreffen, ferner Verwaltungsakte, sowie diejenigen Teile von Gesetzen, welche nur einen „unverbindlichen" Inhalt haben[30]).

Gegen diese herrschende Lehre haben sich auf der Münchener Tagung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (1927) die beiden Berichterstatter Hermann Heller und Max Wenzel gewendet[31]).

Indessen ohne überzeugende Kraft.

Heller hat, um einen einheitlichen materialen Begriff für das formale Gesetz zu finden, den Begriff des Rechtssatzes, d. h. also der Rechtsnorm, dahin erweitert, daß er auch Richtersprüche, Verwaltungsakte, individuelle Befehle usw. als Rechtsnormen ansehen will. Dem bereits früher[32]) gegen diese Erweiterung erhobenen Einwand gegenüber, daß dann auch jedes Kommandowort eines

[29]) Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches, **2** (5. A. 1911) 2 ff., 61 ff.; Hänel, Gesetz im formellen u. materiellen Sinne, 1888; Anschütz, Art. „Gesetz" im Wörterb. des Staats- u. Verwaltungsrechts.

[30]) Nach dem Aufsatz von Fr. Eisele, Unverbindl. Gesetzesinhalt, Arch. f. ziv. Prax. **69** (1886) 275.

[31]) Veröff. d. Verein. d. dtsch. Staatsrechtslehrer, **4** (1928) 98 ff.

[32]) Von G. Jellinek, Gesetz u. Verordnung, 1887 S. 234.

Unteroffiziers ein Rechtssatz sei, bemerkt er, diese Auffassung sei „durchaus akzeptabel".[33]) Diesseits kann dazu nur auf die frühere Darlegung des Begriffes der Rechtsnorm verwiesen werden. Individuelle Befehle sind niemals Normen, aber auch nicht einmal immer Entscheidungen; das Kommando eines Unteroffiziers ist keine Entscheidung.[34])

So kommt Heller dazu, für das formale Gesetz den einheitlichen materialen Begriff des „von der Legislative gesetzten Rechtssatzes" festzustellen.

Indessen sogar mit diesem wegen seines Umfanges wertlosen Rechtssatz-Begriff kann Heller nicht umhin, zuzugeben, daß es auch formale Gesetze gibt, die nicht einen Rechtssatz — selbst in diesem weiten Sinne — enthalten, und wenn er hier, statt von „formalen Gesetzen" von einem „Mißbrauch des Gesetzeskostüms" spricht[35]), so ist das nicht mehr ein Unterschied in der Sache, sondern nur in der Ausdrucksweise. Heller verweigert also den „formalen Gesetzen" gegen jeden Sprachgebrauch und ohne sachliche Rechtfertigung die Bezeichnung als „Gesetz"; in der Sache bedeutet das keinen Unterschied.

Das gleiche gilt für Max Wenzel. Er lehnt zwar den weiten Rechtsnormbegriff von Heller als „unbegründet und unannehmbar" ab, aber auch er vertritt einen einheitlichen Begriff des Gesetzes, den er als die „von der souveränen Instanz der Rechtsgemeinschaft gesetzten Normen" definiert[36]). Den Begriff des „formellen" Gesetzes lehnt auch er ab. Indessen auch er muß zugeben, daß es Gesetze gibt, deren Inhalt keine Normen sind, und hilft sich demgegen-

---

[33]) Veröff. 4 118 ff.

[34]) Wenn Heller zur Begründung seiner Auffassung anführt, der Gehorsamsverweigerer verletze den konkreten, vom Unteroffizier „im Kommandowort individualisierten Rechtssatz", so liegt hier eine Verwechslung vor: der verletzte Rechtssatz (Norm) ist derjenige, der dem Soldaten allgemein befiehlt, dem Unteroffizier zu gehorchen.

[35]) A. a. O. S. 113.

[36]) Dagegen, daß es kein Merkmal der Rechtsnorm bildet, daß sie von der „souveränen Instanz" ausgeht, vgl. oben S. 10.

über, ebenso wie Heller, damit, daß er hier von einem „Mißbrauch der Gesetzesform" spricht[37]).

In der auf beide Berichte folgenden Aussprache ist von der Mehrzahl der Redner entgegen den Berichterstattern an der herrschenden Zweiteilung des Gesetzesbegriffes festgehalten worden[38]). Auch die seitdem erschienenen beiden Werke von Smend und Schmitt vertreten sie[39]).

Indessen, von der Verfassung des konstitutionellen Staates her gesehen, kann man an der Einheitlichkeit des Gesetzesbegriffes nicht zweifeln. Nur ist diese Einheitlichkeit nicht, wie Heller und Wenzel wollen, eine solche seines Inhalts, sondern gerade im Gegenteil eine solche des formalen Begriffes: Gesetz im Sinne der Staatsfunktionen des konstitutionellen Staates ist jeder Akt der Legislative, ganz ohne Rücksicht auf seinen Inhalt.

Was die herrschende Lehre als Gesetz im materiellen Sinne bezeichnet, ist nicht vom Staat her, sondern vom Recht her gesehen, ist nicht eine Äußerung des Staatslebens, sondern des Rechtslebens,[40]) worauf gleich einzugehen ist. Jedenfalls aber ist auch das materielle Gesetz, vom Staat her gesehen, immer zugleich ein formelles Gesetz, so daß es auf keinen Fall berechtigt erscheint, als „formelle" Gesetze nur solche zu bezeichnen, die keine Gesetze im materiellen Sinne sind.

4.

Neben dem — formellen — Gesetz als Äußerung des Staatslebens spielt der Begriff des Gesetzes noch in einem anderen Sinne eine Rolle, nämlich als Äußerung des Rechtslebens.

---

[37]) A. a. O. S. 163.

[38]) A. a. O. S. 168 ff.

[39]) Smend, Verfassung u. Verfassungsrecht, 1928 S. 150; Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928 S. 143.

[40]) Vgl. über diesen Gegensatz den 1. u. 2. Abschn. des 4. Kap.

Wie oben (S. 8) dargelegt, ist ursprünglich das Gesetz nichts anderes als eine Rechtsnorm, die von der höchsten Autorität in der Rechtsgemeinschaft gesetzt oder genauer: fixiert, durch die Schrift festgehalten war. Es gehörte nicht zu ihrem Wesen, daß sie auch von ihr ausgegangen war. Wir wissen z. B. von den Dezemvirn, daß sie nicht die Urheber der Gesetze waren, die sie auf den XII Tafeln fixierten, sondern sie aus anderen Gemeinschaften gesammelt hatten.

Der ursprüngliche Begriff des Gesetzes verlangt nicht, daß es dem Willen eines Souveräns entspricht, sondern nur, daß es Rechtsnorm ist, d. h. auf dem Rechtsgefühl beruht; in der Denkweise der älteren Zeit ausgedrückt, daß es von Gott stammt, wie denn die Gesetze der ältesten Gesetzgeber in der allgemeinen Anschauung als auf göttlicher Eingebung beruhend betrachtet worden sind.[41])

Das Merkmal der Macht, das für den Staatsbegriff wesentlich erscheint, ist dagegen weder für die Rechtsgemeinschaft noch für das Gesetz im Sinne von Rechtsnorm wesentlich.

Diese ursprüngliche Bedeutung des Gesetzes hat sich auch heute noch auf dem Gebiet des Rechtslebens erhalten. Überall da, wo es nicht auf die Staatsverfassung, den Staatsgedanken, sondern auf das Leben der Rechtsgemeinschaft ankommt, wird der Begriff des Gesetzes im Sinne von Rechtsnorm gebraucht.

Das, was die herrschende Lehre als Gesetz im materiellen Sinne bezeichnet, ist also dieser Gesetzesbegriff, und unrichtig ist daran nur, daß er in die Verfassungslehre, die Staatslehre eingegliedert wird, ohne den Unterschied zwischen dem Leben des Staates und dem des Rechtes hervorzuheben.[42])

So erscheint der Begriff des Gesetzes im Sinne von

[41]) Platon, Gesetze 1 1.

[42]) Ebenso R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928 S. 97 ff.; auf diesen Punkt ist später bei der Erörterung des Verhältnisses zwischen Recht und Staat (4. Kap. 2. Abschn.) näher einzugehen.

Rechtsnorm im BGB. (EG. Art. 2) wie in den Reichsjustizgesetzen (EG. zur ZPO. Art. 12, EG. z. StPO. Art. 7, EG. z. KO. Art. 2). Wenn Heller[43]) diesen Sprachgebrauch der Reichsgesetze als bloße „Abbreviatur" erklären will, so widerspricht dieser Erklärungsversuch ebenso der geschichtlichen Entwicklung, wie er einer sachlichen Begründung entbehrt.

Auch die Weimarer Reichsverfassung gebraucht da, wo sie das Rechtsleben behandelt, die Bezeichnung „Gesetz" im Sinne seiner ursprünglichen Bedeutung und nicht im Sinne des formellen Gesetzes.

Wenn Art. 102 bestimmt, daß die Richter „unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen" sind, so bedeutet „Gesetz" hier so viel wie „Rechtsnorm". Es bedeutet einmal, daß unter „Gesetz" nicht „formelle" Gesetze im Sinne der herrschenden Lehre zu verstehen sind; denn wenn die Legislative durch eine Entscheidung in der Form eines individuellen „Gesetzes" in einen Rechtsstreit eingreifen könnte, so wären die Richter von der Legislative abhängig und nicht „unabhängig".[44])

Und ferner bedeutet es, daß Art. 102 nicht nur gesetzliche d. h. von der Gesetzgebung formulierte Rechtsnormen meint, sondern auch alle anderen, z. B. die Normen des Gewohnheitsrechts.

Das ergibt sich ganz klar aus der Entstehungsgeschichte. Art. 102 hat wörtlich die Bestimmung des § 1 GVG. in die Reichsverfassung übernommen. Die Reichs-Justizgesetze, deren Bestandteil das GVG. bildet, verstehen aber unter „Gesetz" jede Rechtsnorm, wie die Einführungsgesetze der beiden Prozeßordnungen und der Konkursordnung übereinstimmend erklären. Es ist also ganz zweifellos, daß auch das GVG. unter „Gesetz" jede Rechtsnorm verstanden hat.

Die Herübernahme eines Satzes aus einem technischen Spezialgesetz in die Reichsverfassung bedeutet aber keine

---

[43]) Veröff. d. Verein. d. Staatsrechtsl. 4 (1928) 112.

[44]) Vgl. Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928 S. 155.

Änderungsabsicht für das betreffende Rechtsgebiet.[45]) Vielmehr rückt der herübergenommene Satz nur in einen anderen Bedeutungszusammenhang.

Art. 102 RV. hat dem alten Satz des GVG. nicht etwa eine neue Bedeutung für das Rechtsleben geben wollen. Er hat ihn vielmehr in das Gebäude des neuen Staates einfügen, ihm also Bedeutung für das Staatsleben verleihen wollen.

Der Ton liegt auf der Unabhängigkeit der Richter im neuen Staat. Damit wird das Verhältnis des Staates zum Rechtsleben in dem Sinne begründet, daß der neue Staat nicht der Herr des Rechtslebens, sondern der Diener und Schützer des Rechtes sein soll. Zugleich wird damit die Untrennbarkeit des Staates von der Rechtsgemeinschaft festgelegt, unbeschadet der ideellen Verschiedenheit beider Gemeinschaften.[46])

Auf die Frage, welche Bedeutung die in § 1 GVG. und Art. 102 RV. ausgesprochene „Unterwerfung" der Richter unter das Gesetz d. h. die Rechtsnorm hat, wird alsbald näher einzugehen sein.

Hier sei nur noch darauf hingewiesen, daß der Begriff des Gesetzes von der Reichsverfassung in den verschiedensten Bedeutungen verwendet wird; bald bedeutet er eine individuelle Regelung (z. B. Art. 51), bald eine generelle, im voraus gegebene, also normative (z. B. Artt. 105, 118, 153), bald bedeutet er schlechthin jeden Akt der Legislative, also das formale Gesetz in dem hier vertretenen Sinne ohne Rücksicht auf seinen Inhalt (z. B. Artt. 59, 109).[47])

---

[45]) Vgl. Martin Wolff, Reichsverf. u. Eig. i. d. Festgabe f. Kahl (1923) 4. Beitrag S. 6 Anm. 2; Rudolf Smend, Veröff. d. Verein. d. dtschen Staatsrechtsl. 4 (1928) 45, u. Verfassung u. Verfassungsrecht (1928) 161.

[46]) Ebenso Rudolf Smend, Verfassung u. Verfassungsrecht (1928) 99: „Auch die Justiz soll integrieren — aber die Rechts-, nicht die Staatsgemeinschaft, also einen wenigstens im Prinzip anderen Kreis." Vgl. auch unten 4. Kap. 2. Abschn. Z. 4.

[47]) Vgl. die Verhandlungen der Münchener Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer 1927, Veröffentl. 4 (1928) 98 ff.

Bevor auf die Frage der Bindung des Richters an die vom Gesetzgeber gesetzte Norm eingegangen wird, muß die Formulierungstechnik des Gesetzgebers wenigstens kurz erörtert werden.

Die übliche Formulierung besteht darin, daß der Gesetzgeber die Norm selbst angibt, d. h. den abstrakt bestimmten Tatbestand angibt, an den sich die ebenfalls abstrakt bestimmte Folge knüpfen solle. Die Folge d. i. die Forderung eines bestimmten äußeren Verhaltens.

Nicht selten überträgt der Gesetzgeber die Normsetzung innerhalb eines abgegrenzten Gebietes einer anderen Stelle: von dieser werden dann auf Grund der Delegation Normen gesetzt, d. h. an abstrakte Tatbestände abstrakte Rechtsfolgen geknüpft; derartige Normen sind mit den Normen des Gesetzgebers wesensgleich. Mitunter bestimmt der Gesetzgeber auch bereits selbst den Tatbestand und überläßt nur die Bestimmung der Rechtsfolge einer anderen Stelle, z. B. Art. 70, 104, 108 EG. z. BGB. Auch die so entstandenen Normen sind von den ersteren nicht wesensverschieden.

Anders steht es aber in den Fällen, in denen der Gesetzgeber zwar die Rechtsfolge bestimmt, aber die Bestimmung des Tatbestandes dem Richter überläßt und sich damit begnügt, den letzteren auf sein Rechtsgefühl zu verweisen. Zunächst liegt die Anweisung an den Richter, nach seinem Rechtsgefühl zu entscheiden, gar nicht im Bereich der Zuständigkeit des Gesetzgebers. Die Verpflichtung, bei der Entscheidung sein Rechtsgefühl zu befragen, liegt im Wesensbegriff des Richters. Daß der Richter auf sein Rechtsgefühl achtet, gehört zu den Voraussetzungen, den Grundlagen der Rechtsgemeinschaft, deren Organ oder, um einen Ausdruck von Smend[48]) zu gebrauchen, deren Integration der Richter ist. Die konstitutionelle Legislative ist keine Integration der Rechtsgemeinschaft, sondern eine

[48]) R. Smend, Verfassung u. Verfassungsrecht, 1928 S. 99.

Integration des Staates[49]). Der Staat hat aber gerade durch Art. 102, wie oben (S. 200) dargelegt, die Unabhängigkeit der Rechtsprechung von der Legislative anerkannt. Vgl. dazu auch unten S. 260 ff.

Im übrigen wäre die Anweisung an den Richter, nach seinem Rechtsgefühl zu entscheiden, auch schon um deswillen keine Rechtsnorm, weil es sich hier nicht um die Vorschrift eines äußeren Verhaltens handelt.

Daher sind z. B. die §§ 138, 826 BGB. und § 1 UWG. keine Rechtsnormen, sondern lediglich formale Gesetze, Gesetze im „formellen" Sinne. Will man einen besonderen Ausdruck für sie, so kann man sie, wie dies oben (S. 175) geschehen ist, als „Blankettnormen" bezeichnen.[50])

Daraus ergeben sich verschiedene wichtige Konsequenzen.

Zunächst die, daß sie weder zur Kontrolle noch zur Begründung von Entscheidungen (oben S. 175) tauglich sind.

Sodann, daß sie nicht des Schutzes durch eine Strafnorm fähig sind, weil für alle Strafnormen das Bestehen einer zu schützenden Norm Voraussetzung ist. Das ist z. B. bei dem Erlaß des tschechoslowakischen Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb praktisch geworden; man hatte hier ursprünglich erwogen, sich mit einer Generalklausel (entsprechend § 1 des deutschen UWG.) zu begnügen, und hat dann nur deshalb Spezialbestimmungen eingefügt, weil man auf den Strafschutz nicht schlechthin verzichten wollte.

Entsprechend sind die Fälle zu beurteilen, in denen der Gesetzgeber zwar den Tatbestand abstrakt bestimmt, aber die Rechtsfolge zu bestimmen, dem Rechtsgefühl des Richters überläßt. Hierher gehören die §§ 157, 242 BGB., die Art. 1 Abs. 2, Art. 2 Abs. 1, Art. 4 des Schweiz. ZGB.,

[49]) Smend a. a. O. S. 100 vertritt die Auffassung, daß „die Gesetzgebung" in beiden Systemen eine integrierende Funktion ausübe. Indessen ist eine Aussage über diesen Punkt nur für einen historisch bestimmten Gesetzgeber möglich. Für die Legislative des konstitutionellen Staates ist sie nicht als zutreffend anzuerkennen (vgl. S. 193); übrigens auch nicht für die absolute Monarchie.

[50]) Vgl. H. Isay, Gew. Rsch. 1928 S. 73.

Art. 7 des Öst. ABGB., Art. 3 Abs. 2 des ital. cod. civ., Art. 6 Abs. 2 des span. cod. civ. usw.

Auch sie sind keine Rechtsnormen, sondern lediglich formale Gesetze.

Daß in den erstgenannten Fällen der Wortlaut des Gesetzes den Richter auf die „guten Sitten", in den letztgenannten Fällen auf „Treu und Glauben" und die „Verkehrssitte" verweist, darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß es sich in der Sache hier überall um eine Verweisung auf das Rechtsgefühl des Richters handelt.[51])

In den Fällen, in denen der Gesetzgeber eine wahre Rechtsnorm setzt, erfolgt ihre Bildung in der Weise, die oben (S. 149) schon allgemein formuliert worden ist: nämlich durch Ableitung aus Entscheidungen. Der Tatbestand der Gruppe von Fällen, für welche die Norm gegeben werden soll, wird aus den Tatbeständen der Einzelfälle, für die die Entscheidung gegeben war, abstrahiert, d. h. mittels solcher begrifflichen Merkmale bestimmt, die auf alle Einzeltatbestände zutreffen.

Der Tatbestand der Gruppenregelung ist daher notwendig unvollständig, es sind aus ihm alle diejenigen Merkmale der Einzelfälle weggelassen, die sich nicht bei den anderen Fällen der Gruppe wiederfinden. Hier liegt die Gefahr der falschen Normbildung, indem fälschlich die weggelassenen Tatbestandsmerkmale als für die von der Entscheidung statuierten Rechtsfolge unwesentlich, anders ausgedrückt: indem die aufgenommenen abstrakten Merkmale als für die Rechtsfolge allein wesentlich angesehen werden.

Der Gesetzgeber arbeitet dabei entweder so, daß er aus vorhandenen Entscheidungen historischer Fälle die Norm ableitet, oder so, daß er sich mit Hilfe der konstruktiven Phantasie mögliche Fälle vorstellt, diese hypothetischen Fälle entscheidet, und aus diesen Entscheidungen die Norm ableitet. Der letztere Weg ist der eben erwähnten Gefahr falscher Normbildung erheblich mehr ausgesetzt als der erstere, weil die Phantasie niemals dem wirklichen Leben in der Fülle und Mannigfaltigkeit der von ihr vorgestellten

[51]) Ähnlich Stammler, Richt. Recht S. 44 ff.

Tatsachen gleichkommt, und namentlich, weil die Phantasie auf das Rechtsgefühl nicht mit der gleichen Stärke des Eindrucks wirkt wie das Erleben.

Mit dieser Ableitung der Norm aus Entscheidungen ist aber die Arbeit noch nicht beendet. Es bedarf noch einer Kontrolle der Norm durch eine Nachprüfung in verschiedener Richtung. Einmal in der Art, daß neue mögliche Fälle vorgestellt werden, und geprüft wird, ob sich aus der Norm auch für sie die richtige Entscheidung ableiten läßt, ferner in der Weise, daß die Norm bis in alle letzten Konsequenzen durchgedacht wird, zum Zwecke der Untersuchung, ob diese Konsequenzen nicht mit den aus anderen, schon vorhandenen Normen sich ergebenden Konsequenzen in Widerspruch stehen.

Für die Entscheidung hypothetischer Fälle, die ja aus dem Rechtsgefühl in Verbindung mit der praktischen Vernunft gewonnen wird, bedarf der Gesetzgeber der vollen Kenntnis der sozialen, insbesondere der wirtschaftlichen Verhältnisse der zu regelnden Lebensgebiete. Diese Kenntnis eignet in vollem Umfange weder der für die Gesetzgebung zuständigen Stelle der Zentralinstanz noch regelmäßig der Volksvertretung. Daher werden bei der Vorbereitung der Gesetzentwürfe die betroffenen Wirtschaftskreise vorher gehört, und nicht selten der Entwurf der öffentlichen Kritik unterbreitet.[52])

Für die Kontrolle des Entwurfs auf seine Widerspruchslosigkeit mit anderen Normen bedarf es endlich einer umfassenden Kenntnis des ganzen Normenkomplexes, die der Volksvertretung regelmäßig abgeht.

Man sieht schon aus diesem flüchtigen Überblick, wie unhaltbar die Vorstellung der historischen Schule war, daß auch die Rechtsnormen des Gesetzgebers Ausfluß des „Volksgeistes" seien. Nicht minder unhaltbar auch die Lehre von Geny, daß die Norm vielfach durch „wissenschaftliche" Erarbeitung aus den Gegebenheiten (donnés) des Rechtslebens abgeleitet werden könne; oben S. 126.

[52]) Vgl. hierzu F. Schlegelberger, Rationalisierung der Gesetzgebung, 2. A. (1928) S. 19 ff.

Da es sich bei der Entscheidung hypothetischer Fälle, aus denen die Norm vom Gesetzgeber abgeleitet wird, auch um Interessenwertungen handelt, so kommt es dort, wo die Legislative wenigstens mit bei der Volksvertretung liegt, regelmäßig zu Interessenkämpfen, deren Ausgang oft genug von Zufallsmehrheiten abhängt, wenn sie nicht in der wenig würdigen Form des Kuhhandels erledigt werden. Es sei aus der Entstehungsgeschichte des BGB. an die Verhandlungen des Reichstags über den sog. Hasen-Paragraphen (§ 835) erinnert.

6.

Nunmehr kann an die Beantwortung der Frage herangetreten werden, welche das wichtigste Problem des ganzen sich um das Gesetz gruppierenden Fragenkomplexes darstellt: der Frage nach der Bindung des Richters an das Gesetz.

Für die oberflächliche Betrachtung scheint diese Frage durch § 1 GVG. und jetzt Art. 102 RV. eindeutig beantwortet: wenn in beiden Sätzen der Richter als „dem Gesetz unterworfen" erklärt wird, so scheint irgendein Zweifel daran, daß der Richter an das Gesetz gebunden sei, nicht auftreten zu können. Die in der Literatur fast allgemein vertretene Ansicht lehrt denn auch seine Bindung schlechthin, und diese Ansicht beherrscht auch die Praxis.

Indessen schon bei dem ersten Eindringen in die Frage erheben sich Zweifel.

Daß unter „Gesetz" hier nicht das formale Gesetz, in der Sprache der herrschenden Lehre: nicht das Gesetz „im formellen Sinne" gemeint sein kann, ist bereits oben (S. 200) nachgewiesen worden.

Es kann also in jenen Sätzen nur das Gesetz im Sinne von „Rechtsnorm" gemeint sein: danach wäre der Richter der Rechtsnorm unterworfen, d. h. an die Rechtsnormen gebunden.

Wie bereits früher (S. 186) dargelegt worden, und wie noch in den späteren Abschnitten dieses Kapitels auszuführen ist, gibt es Rechtsnormen verschiedener Urheber: sie können vom Gesetzgeber, vom Richter, von der Wissenschaft aufgestellt sein; daneben kommen nach der hergebrachten Lehre noch die Rechtsnormen des Gewohnheitsrechts in Betracht.

Die Frage, ob der Richter an die Rechtsnormen gebunden ist, umfaßt alle diese Rechtsnormen. Daß sie für sie alle bejaht werden müßte, behauptet auch die herrschende Lehre nicht. Sie nimmt für das deutsche Recht[53]) eine Bindung des Richters weder an die von der Rechtsprechung aufgestellten Rechtsnormen an — mit der für das Reichsgericht geltenden Abweichung der §§ 136 ff. GVG. und der für die Oberlandesgerichte geltenden Beschränkung des § 28 FGG. — noch, und zwar schlechthin nicht, an die von der Rechtswissenschaft aufgestellten Rechtsnormen.

Die Bindung wird also nur für die Normen der Gesetzgebung und des Gewohnheitsrechts behauptet.

Indessen auch diese Behauptung beschränkt sich auf die Bindung in der Idee. In der Wirklichkeit, in der Praxis findet der Richter, wenn er will, stets einen Weg, sich von der Bindung durch die Normen des Gesetzgebers wie des Gewohnheitsrechts freizumachen. Auf diesen Punkt wird später (im 3. Abschn. des 5. Kap.) noch näher einzugehen sein. Vorläufig sei auf das Wort von Mügel[54]) Bezug genommen, daß ein Richter, der das ganze Rüstzeug der Rechtswissenschaft mitbringt, nicht leicht in die Lage kommen werde, zu erklären, daß er die Entscheidung, die sein Rechtsgefühl fordert, nicht wissenschaftlich begründen könne, d. h. eine Entscheidung, die nicht einfach mit der Norm des Gesetzgebers begründet werden kann, sondern ihr sogar zu widersprechen scheint.

Gegenüber den Normen des Gewohnheitsrechts ist die tatsächliche Bindung noch viel schwächer, da hier die Norm nicht einmal fixiert ist.

---

[53]) Anders das anglo-amerikanische common law; vgl. unten.

[54]) Deutsche Richter-Zeitung 1924 S. 217.

Allerdings kennt die Rechtsgeschichte Versuche des Gesetzgebers, die Bindung des Richters an seine Normen aus der Idee in die reale Wirklichkeit zu überführen, indem er den Richtern die „Auslegung" seiner Normen verbot und sich diese Auslegung selber vorbehielt.

Das erste Beispiel gab Justinian[55]), und er hat verschiedene Nachfolger gefunden.

In Preußen hatte der absolute Staat Friedrichs des Großen es unternommen, die Allmacht des Gesetzgebers gesetzlich festzulegen, und den Richtern wie der freien wissenschaftlichen Forschung jede rechtschöpferische Tätigkeit zu untersagen.

Das Publikations-Patent v. 5. 2. 1794 zum Allg. Landrecht schloß mit den Worten:

> „ . . . und es soll . . . kein Collegium, Gericht oder Justizbedienter sich unterfangen, . . . das neue Landrecht nach besagten aufgehobenen Rechten und Vorschriften zu erklären oder auszudeuten; am allerwenigsten aber von klaren und deutlichen Vorschriften der Gesetze, auf den Grund eines vermeintlichen philosophischen Raisonnements oder unter dem Vorwande einer aus dem Zwecke und der Absicht des Gesetzes abzuleitenden Auslegung, die geringste eigenmächtige Abweichung, bei Vermeidung Unserer höchsten Ungnade und schwerer Ahndung, sich zu erlauben."

In dem gleichen Geiste bestimmte § 6 der Einleitung z. ALR.:

> „Auf Meinungen der Rechtslehrer, oder ältere Aussprüche der Richter, soll, bei künftigen Entscheidungen, keine Rücksicht genommen werden."

Und § 47:

> „Findet der Richter den eigentlichen Sinn des Gesetzes zweifelhaft, so muß er, ohne die prozeßführenden Parteien zu benennen, seine Zweifel der Gesetz-

---

[55]) C. 12 § 1 C de leg. (1,14); C. 2 § 21 C. de vetere jure enucl. (1, 17).

commission anzeigen, und auf deren Beurteilung antragen."

Endlich befahl § 50 dem Richter, vermeintliche Lücken des Gesetzes sofort dem Chef der Justiz anzuzeigen.

Diese Regelung hat indessen nur kurzen Bestand gehabt. Schon nach vier Jahren (KabO. v. 8. 3. 1798) wurden die Anfragen bei der Gesetzkommission abgeschafft.

Der entsprechende Versuch des französischen revolutionären Gesetzgebers hat das gleiche Schicksal gehabt (oben S. 195).

Wir finden daher heute den Zustand vor, daß in der Idee die Bindung des Richters an die Rechtsnormen des Gesetzgebers und des Gewohnheitsrechts gelehrt, in der Praxis aber die Freiheit des Richters von dieser Bindung geübt wird.

Dieser Zustand ist in hohem Grade unerfreulich. Vom Standpunkte der Logik aus muß man ihn als eine Fiktion bezeichnen, von dem der Ethik als eine Unehrlichkeit.

Dabei erscheint dieser Zustand für die rechtliche Betrachtung als unbegründet, die Fiktion also als durch die Sachlage nicht gefordert.

Das Recht lebt nur innerhalb der Gemeinschaft. Das Recht in dem hier verwendeten Sprachgebrauch, d. h. die Entscheidungen. Sie entstehen, wie früher dargelegt, aus dem Rechtsgefühl, gegebenenfalls in Verbindung mit der praktischen Vernunft. Aber die Gemeinschaft ist die Voraussetzung ihrer Entstehung, ihr Mutterboden.

Erst die Regelung durch die Entscheidungen macht die Gemeinschaft zur Rechtsgemeinschaft. Mit dem von R. Smend[56]) eingeführten Ausdruck: die Entscheidungen sind die Integration der Rechtsgemeinschaft. Unter Integration wird die Begründung einer Gemeinschaft als geistiger Realität durch Äußerungen des geistigen Lebens innerhalb der Gemeinschaft verstanden, sofern sie Betätigungen eines geistigen Gesamtzusammenhanges sind, und durch die

[56]) Verfassung und Verfassungsrecht, 1928 S. 18 ff., 99. Vorgeschlagen war der Ausdruck von ihm schon früher: Festg. f. Kahl 3. Beitr. (1923) 16.

noch wichtigeren Erneuerungen und Fortbildungen, die lediglich diesen Zusammenhang selbst zum Gegenstande haben.

In diesem Sinne sind die richterlichen Entscheidungen die Integration der Rechtsgemeinschaft, sie lebt wesentlich in ihnen und durch sie.[57])

Wie früher (S. 163) ausgeführt, hat die richterliche Entscheidung die Eigenschaft der Normativität, d. h. jede Entscheidung muß als aus einer Norm abgeleitet gedacht werden können. Der Richter ist verpflichtet, zur Kontrolle seiner Entscheidung sich über diese Norm Rechenschaft zu geben, die Norm also für sich zu formulieren, und er ist verpflichtet, um die Entscheidung auch der Gemeinschaft gegenüber als normativ zu bekunden, die Entscheidung nachträglich aus einer Norm abzuleiten, sie mit ihr zu begründen.

So erscheint auch die Rechtsnorm, zunächst die des Richters, als Lebensäußerung, als Integration der Gemeinschaft. Diese Würde haben auch die von der Rechtswissenschaft aufgestellten Normen, und das gleiche gilt für die Normen, welche von den von der Rechtsgemeinschaft dazu bestellten Normgebern herrühren.

Indessen stehen Entscheidungen und Rechtsnormen sich nicht gleich, sie haben für die Integration der Gemeinschaft nicht die gleiche Bedeutung.

Der Unterschied zwischen ihnen ist bereits früher (S. 25) dahin festgestellt worden, daß die Entscheidung ein lebendiger Vorgang, die Rechtsnorm etwas Begriffliches, etwas Erstarrtes ist.

Da die Integration der Gemeinschaft gerade, wie oben betont, auch in der stetigen Erneuerung besteht, so ergibt sich ohne weiteres, daß die Norm zwar im Augenblick ihrer Fixierung als Integration der Gemeinschaft angesehen werden kann, daß sie es aber schon im nächsten Augenblick nicht

[57]) Allerdings: nicht nur durch sie. Auch die nichtrichterlichen Entscheidungen (oben S. 16) bilden eine Integration der Rechtsgemeinschaft, aber auf sie kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Über eine andere Form der Integration, die durch Rechtsnormen, wird im Text gleich zu sprechen sein.

mehr ist, wenn sie nicht durch eine ständige Nachprüfung seitens der Entscheidungen am Leben erhalten wird. Anders ausgedrückt: der Akt der Normsetzung ist Integration[58]), aber die Norm selbst ist es schon nicht mehr, oder vielmehr: die Norm ist Integration nur mehr durch ihre ständige Erneuerung in den Entscheidungen.

So ergibt sich aus dem Wesen der Rechtsgemeinschaft, aus dem Wesen des Lebens der Gemeinschaft als steter Erneuerung, daß jede Rechtsnorm durch die Entscheidungen ständig nachgeprüft werden können muß, daß in einer Gemeinschaft, in der mit der Bindung des Richters an die einmal gesetzten Rechtsnormen wirklich Ernst gemacht würde, das Leben erstarren, und die Gemeinschaft selber als Rechtsgemeinschaft absterben müßte.

Das hat auch die oben erwähnte geschichtliche Erfahrung bestätigt. Noch in keiner Rechtsgemeinschaft ist es gelungen, die Entscheidungen an die bestehenden Normen zu binden.

Das gilt für die vom staatlichen Gesetzgeber gesetzten Normen nicht weniger als für die übrigen Normen, sondern eher noch in höherem Grade; und also auch für die Normen der Legislative im konstitutionellen Staat.

Denn die Normen dieser Legislative sind gar nicht eine Integration der Rechtsgemeinschaft, sondern eine solche des Staates: für sie ist nicht das Rechtsgefühl, die Rechtsidee, sondern der Staatszweck — der allzuoft mit dem Interesse des Herrschers oder der herrschenden Schicht identifiziert worden ist — leitend oder wenigstens mitleitend.[59]) Der

[58]) Daher bezeichnet ihn Carl Schmitt als „Entscheidung" (oben S. 33).

[59]) Das ist mit voller Klarheit schon von Platon in seinen „Gesetzen" (4. 6) ausgesprochen worden. Der Unterschied zwischen der staatlichen und der rechtlichen Betrachtung des Rechtslebens, sowie die Erkenntnis, daß diese Unterscheidung auch der neuen Verfassung des Deutschen Reiches zugrunde liege, bricht sich immer mehr Bahn. Vgl. H. Jsay, Isolierung des deutschen Rechtsdenkens, 1924 S. 38 ff.; R. Laun, Recht u. Sittlichkeit, 1925; L. Waldecker, Allg. Staatslehre, 1926 S. 196 ff., 465 ff.; F. Marschall v. Bieberstein, Vom Kampf des Rechts gegen die

Beschluß der Volksvertretung über den Erlaß von Normen ist sehr häufig das Ergebnis von Interessenkämpfen, ebensooft von Interessenverhandlungen — aber sehr selten ein solches lediglich des Rechtsgefühls.

Sie können also keine stärkere Bindung der Entscheidungen bewirken als die eigentlichen Rechtsnormen, deren Setzungsakt als Integration der Rechtsgemeinschaft erscheint.

Wenn § 1 GVG. und Art. 102 RV. den Richter als „dem Gesetz unterworfen" erklären, so ist der Sinngehalt dieses Ausdruckes nur durch die geistesgeschichtliche Betrachtung zu finden; es darf hierfür auf das oben (S. 200) Gesagte verwiesen werden.

Der Bedeutungsgehalt des Art. 102 ist die Einfügung der Rechtspflege als eines von unabhängigen, d. h. von jeder staatlichen Beeinflussung unabhängigen, Richtern gepflegten Lebenskreises der Gemeinschaft in den Staatsbau.[60])

Sein Sinngehalt ist mit anderen Worten die Betonung der Normativität der Entscheidung: die Entscheidung soll als von einer Norm abgeleitet gedacht werden können. In diesem Sinne ist der Richter „dem Gesetz unterworfen", ist seine Entscheidung an eine Norm gebunden.

Indessen ist damit, daß eine vollkommene Bindung des

Gesetze, 1927 S. 3 ff.; E. Kaufmann, Gleichh. vor d. Gesetz, Veröff. d. Verein. dtsch. Staatsrechtslehrer 3 (1927) 3 ff., 20; R. Smend, Verfassung u. Verfassungsrecht, 1928 S. 97 ff.; J. Goldschmidt, Gesetzesdämmerung, Jur. Woch. 1924 S. 245, 343 und: Die Anklage gegen das RG., DJZ. 1928 S. 134; v. Hippel, Sind sittenwidrige Gesetze ungültig? DJZ. 1928 S. 1517; M. Rümelin, Die Gleichheit vor d. Gesetz, 1928 S. 78 ff. Am prägnantesten erscheint die Formulierung bei H. Triepel, Streitigk. zw. Reich u. Ländern, in der Festg. f. Kahl (1923), 2. Beitrag S. 93: „Heilig ist nicht das Gesetz, heilig ist nur das Recht. Und das Gesetz steht unter dem Rechte."

[60]) Über die Bedeutung der Grundrechte, die in der gleichen Richtung liegt, vgl. das im 4. Kap. 2. Abschn. unter 4 Gesagte.

Richters an die vorhandenen vom Gesetzgeber aufgestellten Normen verneint wird, noch nicht gesagt, daß er diesen Normen völlig frei gegenübersteht. Diese Frage ist (unter Z. 8) besonders zu behandeln.

7.

Bevor auf diese Frage eingegangen wird, muß noch einmal auf die herrschende Auffassung in der Frage des sog. richterlichen Prüfungsrechts zurückgekommen werden.

Darunter wird die Frage verstanden, ob der Richter gegenüber einem ordnungsmäßig verkündeten staatlichen Gesetz das Recht hat, seine Gültigkeit zu prüfen, d. h. zu prüfen, ob er zu seiner „Anwendung" verpflichtet ist. Zu seiner „Anwendung", d. h. dazu, die zu treffende Entscheidung von ihm abzuleiten.

Diese Prüfung der Gültigkeit kommt in zweifacher Richtung in Betracht:

1. als Prüfung auf Verfassungsmäßigkeit,
2. als Prüfung auf seine Eigenschaft als Rechtsnorm, d. h. seine Übereinstimmung mit dem Rechtsgefühl des Richters; oder konkret gefaßt: seine Übereinstimmung mit der vom Richter auf Grund des Rechtsgefühls gefundenen Entscheidung.

Von dem hier entwickelten Standpunkt aus ist die Frage nach dem richterlichen Prüfungsrecht selbstverständlich zu bejahen. Für die herrschende Auffassung der Bindung des Richters an das Gesetz ist die Antwort auf die Frage dagegen nichts weniger als selbstverständlich.

Die Meinungen gehen daher sehr auseinander. Von der völligen Verneinung des Prüfungsrechts[61]) bis zur völligen Bejahung finden sich alle möglichen Ansichten vertreten.

[61]) Vgl. z. B. Klee, Richterl. Prüfung von Gesetzen, Deutsche Richter-Zeitung 1924, S. 149.

Die herrschende Ansicht geht heute dahin, daß der Richter die staatlichen Gesetze zwar auf ihre Verfassungsmäßigkeit, nicht aber auf ihre Eigenschaft als Rechtsnorm, also auf ihre Übereinstimmung mit seinem Rechtsgefühl prüfen dürfe.[62])

Daß er sie auf ihre formale Gültigkeit, d. h. ihre ordnungsmäßige Verkündung prüfen darf, wird nirgends und von niemandem bestritten.

Die Frage, ob der Richter die Gesetze auch auf ihre Eigenschaft als Rechtsnorm, d. h. ihre Übereinstimmung mit dem Rechtsgefühl, prüfen dürfe, ist vor dem Weltkriege ziemlich allgemein verneint worden. Sogar entschiedene Vertreter der sog. Freirechtsbewegung haben nichts davon wissen wollen, daß der Richter das Recht haben könnte, gegen das Gesetz zu entscheiden.[63]) Der 2. Deutsche Richtertag (1911) sprach unzweideutig aus, der Richter habe niemals die Befugnis, vom Gesetz abzuweichen[64]).

Das hat sich allerdings nach dem Weltkriege geändert.

---

[62]) Vgl. Triepel, Arch. f. öff. R. **39** (1920) 536; Stoll, Jherings Jahrb. **76** 157, 193; Hettner, GruchotsBeitr. **69** (1927) 145 ff.; Mügel, Deutsche Richter-Zeitung 1924 S. 217; H. Reichel, Einleitungsart. d. Schweiz. ZGB. (Festg. f. Stammler) 1926 S. 299 (S.A. S. 19); L. Waldecker, Arch. f. öff. R. N. F. **13** (1927) 59 ff.; Fritz Morstein Marx, Variationen über richt. Zuständ. zur Prüfung der Rechtmäßigk. d. Gesetzes, 1927.

Das ist jetzt auch der Standpunkt des Reichsgerichts; RGZ. **102** 161; **107** 320; **107** 377; **111** 320; **118** 325; Lobe hat auf dem 33. Dtsch. Juristentag die Frage als res judicata bezeichnet (Arch. f. öff. R. N. F. **7** 352), und im gleichen Sinn hat der Reichsgerichtspräsident Simons den Plenarbeschluß vom 22. 2. 24 (RGZ. **107** 320) interpretiert; Deutsche Richterzeitung 1924 S. 424. Der von W. Jellinek hiergegen erhobene Widerspruch (Das Märchen von der Überprüfung verfassungswidr. Rgs. durch das RG., Jur. Woch. 1925 S. 454 und Veröff. d. Verein. dtscher Staatsrechtslehrer, 2. Heft, 1926 S. 39) ist unberechtigt.

[63]) H. Kantorowicz, Die Contra legem-fabula, Deutsche Richterzeitung 1911 S. 258 ff.; E. Fuchs, Jur. Kulturkampf 1912 S. 115; Gmelin, Quousque? S. 5, 69. Anders allerdings H. Wüstendorfer, Arch. f. ziv. Prax. **110** (1913) 333 ff.

[64]) Deutsche Richterzeitung 1911 S. 790.

Sehr zutreffend hat Erich Kaufmann[65]) darauf hingewiesen, daß der Positivismus nur auf dem Boden stabiler Verhältnisse wächst, daß er eine Stimmung der Saturiertheit ist, und daß wir aufgehört haben, ein saturiertes Volk zu sein. So sind denn nach dem Kriege Fragen wieder Probleme geworden, die vor dem Kriege als endgültig abgetan erschienen waren.[66])

Zu diesen Fragen gehört auch die nach der Bindung des Richters an das Gesetz, die nur in anderer Fassung als die Frage nach seinem Recht zur Prüfung des Gesetzes auf seine Eigenschaft als Rechtsnorm erscheint.

Nicht nur in der Theorie[67]), sondern auch in den Kreisen der Richter selbst ist der Widerspruch gegen die Lehre von der Bindung des Richters an die Gesetze wieder deutlich erhoben worden.

Die Geldentwertung brachte zunächst das Reichsgericht dazu, in einem weiten Widerhall findenden Urteil[68]) auszusprechen, daß die gesetzlichen Währungsvorschriften, insbes. die Gesetze v. 1. Juni 1909 und v. 4. August 1914 infolge der Markentwertung mit der das Rechtsleben beherrschenden Vorschrift des § 242 BGB., nämlich mit dem Grundsatz von Treu und Glauben in Widerspruch geraten seien, und daß bei diesem Widerstreit jener Grundsatz den Vorrang habe.

Was hier „Treu und Glauben" genannt wird, ist aber in Wirklichkeit nichts anderes als das Rechtsgefühl[69]). Wie

[65]) Veröff. d. Verein. dtscher Staatsrechtslehrer, **3** (1927) 3.

[66]) Schon lange vor dem Kriege hatte übrigens Max Rümelin darauf hingewiesen, daß es von den Zeitumständen abhänge, ob man eine Bindung des Richters an das Gesetz anzunehmen habe; für die damalige Zeit (1907) wollte er sie bejahen; Rede über Bernhard Windscheid usw. S. 28.

[67]) Vgl. die Zitate S. 211 Anm. 59. Dazu Cosack-Mitteis, Lehrb. d. bürg. Rechts, 1. Bd. 1927 S. 20.

[68]) Vom 28. 11. 23, RGZ. **107** 78 betr. die Aufwertung von Hypotheken.

[69]) So auch LGR. Smoschewer, Ist der Richter berechtigt und verpflichtet, ungerechte Gesetze außer Anwendung zu lassen? Deutsche Richter-Zeitung **1924** S. 220: Die Formulierung des Urteils sei falsch; nicht die Vorschriften von Treu und Glauben, sondern die Gerechtigkeit widerspreche den Währungsgesetzen.

schon oben S. 175 dargelegt war, enthält § 242 BGB. gar keine Norm, sondern lediglich eine Verweisung auf das Rechtsgefühl.

Als nach diesem Urteil die Gesetzgebung sich anschickte, der Rechtsprechung des Reichsgerichts über die Hypothekenaufwertung einen Riegel vorzuschieben, erließ der Vorstand des Richtervereins bei dem Reichsgericht seine berühmt gewordene Warnung an die Reichsregierung[70]), in der es heißt:

> „Dieser Gedanke von Treu und Glauben steht außerhalb der einzelnen Gesetze, außerhalb einer einzelnen positiv-rechtlichen Bestimmung. Keine Rechtsordnung, die diesen Ehrennamen verdient, kann ohne jenen Grundsatz bestehen.
>
> Darum darf der Gesetzgeber nicht ein Ergebnis, das Treu und Glauben gebieterisch fordern, durch sein Machtwort vereiteln.
>
> Es wäre ein schwerer Stoß gegen das Ansehen der Regierung und das Rechtsgefühl, wenn jemand, der sich auf ein neues Gesetz beriefe, damit vom Gericht abgewiesen würde, weil seine Berufung auf das Gesetz gegen Treu und Glauben verstieße."

Auch in dieser Eingabe ist nur von dem „großen Gedanken von Treu und Glauben, der unser Rechtsleben beherrscht", die Rede. Aber auch hier ist der Gedanke an Treu und Glauben nichts anderes als das Rechtsgefühl.[71])

In der Eingabe der Reichsgerichtsräte ist also die oben (S. 206) gestellte Frage, ob der Richter bei einem Widerstreit seines Rechtsgefühls mit einem Gesetz dem Rechtsgefühl

---

[70]) Eingabe des Richtervereins bei d. RG. an die Reichsregierung v. 8. 1. 24, abgedr. Deutsche Richter-Zeitung 1924 S. 7, Jur. Woch. 1924 S. 90.

Wenn Reichel, Festg. f. Stammler S. 319 (S.A. S. 39) diese Eingabe für „nicht geschmackvoll" erklärt, so ist diese Charakterisierung einer aus tiefster Gewissensnot geborenen Kundgebung sicherlich verfehlt. Man kann die Eingabe bekämpfen, sogar leidenschaftlich bekämpfen — aber mit Fragen des Geschmacks hat sie nichts zu tun.

[71]) Ebenso Smoschewer a. a. O. S. 222.

den Vorzug geben könne, sachlich b e j a h t. Nur der Form nach ist diese Lösung in eine Fassung eingekleidet, als ob es sich um einen Widerspruch zwischen zwei Gesetzen handle, dem § 242 BGB. und dem neuen Aufwertungsgesetz.

Dieses Auskunftsmittel kehrt auch in späteren Urteilen des RG. wieder, bei denen das RG. ebenfalls den Widerstreit zwischen Gesetz und Rechtsgefühl in der gleichen Weise gelöst hat, nur daß hier als das dem mißbilligten Gesetz widersprechende Gesetz nicht der § 242 BGB., sondern der § 1 des UWG. bzw. der § 826 BGB. angerufen worden ist.[72])

Es handelte sich hier um die Frage, ob die Eintragung eines Warenzeichens ein stärkeres subjektives Recht begründe als die bloße Benutzung, eine Frage, die von dem Warenzeichengesetz nach seinem Zweck und seinen Grundgedanken zugunsten der Eintragung beantwortet wird. In diesem Sinne hatte sich auch die Rechtsprechung des RG. entwickelt.[73])

Inzwischen haben sich die Anschauungen geändert, und mit ihnen das Rechtsgefühl des RG. Heute entspricht es diesem Rechtsgefühl nicht mehr, daß die Werte, die in jahrelanger Arbeit unter Benutzung eines Zeichens geschaffen worden sind, durch den bloßen Formalakt der Eintragung vernichtet werden dürften. Daher verweigert das RG. hier dem Warenzeichengesetz den Gehorsam, mit der Begründung:

„Maßgebend ist der Grundsatz, daß das formale Recht nur innerhalb der Grenzen ausgeübt werden darf, die das Recht höherer Ordnung setzt, insbesondere nur innerhalb der Grenzen des lauteren Wettbewerbs und der guten Sitten, in deren Dienst auch das formale Zeichenrecht steht. . . ."

Hier sind also die Vorschriften des § 1 UWG. und § 826 BGB. als „Recht höherer Ordnung" bezeichnet. In Wirklichkeit handelt es sich aber, wie in dem Hypotheken-

[72]) Vgl. zuletzt noch die Urteile v. 19. 6. 25 RGZ. **111** 197, Gew. Rsch. **32** 119 u. v. 14. 12. 26, Gew. Rsch. **32** 124.

[73]) RG. v. 19. 10. 95 RGZ. **36** 14; RG. v. 11. 6. 01, RGZ. **48** 238.

aufwertungs-Urteil, um einen Widerspruch mit dem Rechtsgefühl, wie es sich auch bei den genannten beiden Paragraphen gar nicht um eine Rechtsnorm, sondern um eine Verweisung auf das Rechtsgefühl (vgl. oben S. 215) handelt und also nicht um einen Konflikt zweier Rechtsnormen. Wäre das letztere der Fall, so müßte nach den hergebrachten Kollisionsregeln gerade umgekehrt entschieden werden. Das Warenzeichenrecht wird heute als Teil des Wettbewerbsrechts aufgefaßt,[74]) und es müßte also die bekannte Regel gelten: lex specialis derogat legi generali, d. h. das Warenzeichengesetz müßte für sein Spezialgebiet vorgehen.

Der Begriff eines „Rechtes höherer Ordnung" kann nur für das Verhältnis der Verfassung zu einfachen Reichsgesetzen angewendet werden[75]). Dagegen ist unter den von dem gleichen Gesetzgeber herrührenden Rechtsnormen kein Verhältnis im Sinne einer höheren zur niederen Ordnung anzuerkennen[76]).

Die Formel des Rechts „höherer Ordnung" ist übrigens zu bequem, um nicht bei allen möglichen Gelegenheiten verwendet zu werden. Das RG. hat denn auch inzwischen schon Veranlassung gehabt, den Versuch ihrer Verwendung in anderen Fällen zurückzuweisen.[77])

Das Recht zur Nachprüfung der Gesetze auf ihre Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Gerechtigkeit, also dem Rechtsgefühl, ist seitens der deutschen Gerichte nur vereinzelt offen in Anspruch genommen worden. Ein für das Kammergericht ehrenvolles Beispiel ist das Urteil des 10. Zivilsenats v. 19. Januar 1924,[78]) durch das die sog. Abgeltungs-Verordnung v. 24. Oktober 1923 für ungültig er-

---

[74]) RG. v. 2. 3. 28 Jur. Woch. 1928 S. 2082 Nr. 9.

[75]) Vgl. Jellinek, Allg. Staatslehre 2. A. S. 492; G. Seidler, Das juristische Kriterium des Staates (1905) S. 73. Vgl. dagegen übrigens Somló, Jurist. Grundlehre S. 315 ff.; Klee, Deutsche Richter-Zeitung 1924 S. 149.

[76]) Somló a. a. O. S. 317.

[77]) RG. v. 22. 2. 27, RGZ. **116** 211.

[78]) Abgedr. DJZ. 1924 S. 147, GRUR. 1924 S. 20.

klärt wurde[79]). Dagegen nimmt der schwedische, dänische, norwegische Richter grundsätzlich das Recht für sich in Anspruch, vom Gesetz abzuweichen, wenn seine Anwendung ein seinem Rechtsgefühl widersprechendes Ergebnis liefert.[80])

Das Reichsgericht (3. Zivilsenat) hatte in seiner Entscheidung v. 25. Januar 1924[81]) ausdrücklich erklärt, dem Richter „stehe nicht die Befugnis zu, einem ordnungsmäßig erlassenen Gesetz seines Inhalts wegen die Anwendbarkeit abzusprechen", sondern nur die Befugnis, es auf seine materielle Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Verfassung zu prüfen. Diesen Standpunkt hat auch die Plenar-Entscheidung des Reichsgerichts v. 22. Februar 1924[82]) eingenommen, durch die das eben genannte Urteil des Kammergerichts aufgehoben worden ist.

Dieser Ausweg wird denn auch regelmäßig beschritten. Da, wo in Wahrheit eine Verletzung des Rechtsgefühls vorliegt, wird eine Verletzung der Verfassung geltend gemacht.

Nach herrschender Auffassung kann ja der Richter die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze nachprüfen, ihre Eigenschaft als Rechtsnorm nicht.

Ein Beispiel liefert, neben dem eben erwähnten Fall der Abgeltungs-Verordnung, die Frage der Liquidationsschäden.

Der Erlös der Liquidationen des deutschen Vermögens im Auslande ist in Höhe von 7,6 Milliarden Goldmark dem Deutschen Reich auf seine Reparationsschuld gutgeschrieben worden.

Die früheren Eigentümer dieses Vermögens empfinden es als eine Forderung der Gerechtigkeit, daß die Reparationsschuld des Reiches von allen Reichsangehörigen gleichmäßig getragen und getilgt wird, nicht aber vorzugsweise von den Eigentümern des deutschen Vermögens

[79]) Vgl. dazu H. Jsay, Isolierung des deutschen Rechtsdenkens 1924 S. 36; J. Goldschmidt, Gesetzesdämmerung, Jur. Woch. 1924 S. 245.

[80]) Arne Georg Cohn, Nordisches Recht, Jur. Woch. 1924 S. 631.

[81]) Jur. Woch. 1924 S. 458.

[82]) RGZ. **107** 320.

im Ausland, also insbesondere den Auslandsdeutschen, die außer ihrem Vermögen auch Stellung und Beruf verloren haben.

Dieser Forderung des Rechtsgefühls würde es entsprechen, wenn das Reich die ihm gutgeschriebenen Beträge den Liquidationsgeschädigten voll erstatten würde.

Statt dessen wollte der Entwurf des Kriegsschäden-Schlußgesetzes den Geschädigten nur 10% — unter Wegfall einer Zinsvergütung — zahlen, also 90% ohne Entschädigung entziehen.[83])

In der Denkschrift, mit welcher die Geschädigten sich dagegen wehrten, versuchten sie, an Stelle der Berufung auf das Rechtsgefühl, den Nachweis, daß der Entwurf mit einer Reihe von Artikeln der Reichsverfassung, darunter namentlich den Artt. 109 Abs. 1 und 134 im Widerspruch stehe.

Es wird also das Recht des Richters zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze als Ersatz für das weitergehende Prüfungsrecht herangezogen.

Der Art. 109 Abs. 1 RV. gibt in dieser Beziehung eine verhältnismäßig umfassende Grundlage.

Er lautet:

„Alle Deutschen sind vor dem Gesetze gleich."

Allerdings gibt er sie nur dann, wenn er den Gesetzgeber bindet. Ob er das tut, ist eben die Frage.

Er bildet den ersten Artikel des zweiten Hauptteils der Verfassung, der die „Grundrechte" umfaßt, und zwar ihres ersten Abschnittes, der die Rechte des Einzelnen gegenüber dem Staat festlegt.

Diese Festlegung der Grundrechte des Einzelnen ist von grundsätzlicher Bedeutung: seine Freiheit innerhalb der Gemeinschaft ist grundsätzlich unbeschränkt, die Rechte des Staates zum Eingriff in seine Individualsphäre grundsätzlich beschränkt.[84])

[83]) Das endgültige Gesetz (v. 30. 3. 28, RGBl. I 120) gewährt bis zu 200 000 M. eine nach oben gestaffelte höhere, von da ab eine geringere Entschädigung als 10%.

[84]) Vgl. Hettner, Verfassungsmäßigkeit d. Gesetze u. richt. Nachprüfung, GruchotsBeitr. **69** (1927) 158; Holstein, Arch. f. öff. R. N. F. **12** (1927) 196; Carl Schmitt, Verfassungslehre S. 164.

Die Bindung des Staates durch Art. 109 betrifft nicht den Richter; denn die Gleichheit der Einzelnen vor dem Richter folgt bereits aus dem Wesen der richterlichen Entscheidung, ihrer Normativität. Diese Normativität wird überhaupt nicht durch die Verfassung begründet, die gar nicht die Regelung des Rechtslebens, sondern die des Staatslebens zum Ziel und Gegenstand hat (oben S. 200); im übrigen würde sie sich schon aus Art. 102 ergeben (oben S. 212).

Auch die Gleichheit der Rechtsanwendung in der Verwaltung kann nicht oder wenigstens nicht in erster Linie der Sinngehalt des Art. 109 sein. Schon in der Begründung der Grundrechte als solcher liegt der Grundsatz, daß die Verwaltung nur auf Grund eines Gesetzes in die Individualsphäre des Einzelnen eingreifen darf[85]) (Gesetzmäßigkeit der Verwaltung).

Hier bliebe eine Lücke für den Schutz des Einzelnen gegenüber dem Staat, wenn nicht auch eine Bindung des Gesetzgebers durch die Verfassung begründet würde; und eben diese Bindung ist der wesentliche Sinn des Art. 109 Abs. 1, und sie gibt ihm seine Bedeutung.[86])

---

[85]) Carl Schmitt a. a. O. S. 176 ff.

[86]) Ebenso Gerhard Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, 1925, sowie sein Aufsatz unter d. gleichen Titel i. Arch. f. öff. R. N. F. **12** 1 ff.; ferner die Mehrheit der Redner in den Verhandlungen d. Verein. dtsch. Staatsrechtslehrer in Münster (1926), Veröff. **3** (1927) 3 ff.; Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928 S. 154 ff. Abweichend Anschütz, Komm. z. RVerf. 1921 S. 189 und R. Thoma, Grundrechte u. Polizeigewalt i. d. Festgabe f. d. OVG. 1925 S. 227 ff., die eine Bindung des Gesetzgebers schlechthin verneinen. Eine mittlere Linie versucht Max Rümelin zu finden (Die Gleichheit vor dem Gesetz, 1928). Er lehnt eine allgemeine Bindung des Gesetzgebers durch Art. 109 ab (S. 36 ff.) und will den letzteren in seiner allgemeinen Fassung nur als Grundsatz für die Auslegung der Gesetze durch den Richter gelten lassen; daneben soll er noch „einen zweiten, bestimmter umschriebenen Sinn" haben (S. 59), nämlich in bezug auf ganz bestimmte, in der Verfassung „stark wertbetonte Gleichsetzungen" eine Bindung des Gesetzgebers bedeuten, so daß ein Verstoß gegen diese Gleichsetzungen die Ungültigkeit des Gesetzes zur Folge hätte (S. 63). Für welche „Gleichsetzungen" die Bindung des Gesetzgebers durch Art. 109 anzunehmen ist, dafür hat Rümelin so wenig einen

Er fordert von den Normen des Staates die Eigenschaft der Rechtsnorm, nämlich daß sie die Glieder der Rechtsgemeinschaft gleichmäßig behandeln, fordert also, daß die staatlichen Gesetze keine anderen als sachliche Differenzierungen machen; in diesem Sinne fordert Art. 109 Abs. 1 vom Gesetzgeber Gerechtigkeit und verbietet ihm jede Willkür.

Definieren läßt sich der eine dieser beiden Begriffe so wenig wie der andere[87]); es sind eben emotionale Bewußtseinserlebnisse, die sich nicht durch einen — rationalen — Begriff festlegen lassen.

Wenn sich mittels Art. 109 Abs. 1 auch in gewissem Umfange die Prüfung der staatlichen Gesetze auf ihre Überein-

klaren Gesichtspunkt angeben können (S. 62, 65 ff.), daß er fast gleichzeitig den Gesetzgeber für befugt erklärt, benachteiligende Sondergesetze gegen einzelne Klassen oder Personen zu erlassen (S. 65) und für nicht befugt, benachteiligende Individualgesetze gegen einzelne Personen zu geben (S. 67). Dazu kommt, daß er selbst ein dem Gesetzgeber übergeordnetes Recht annimmt, das auf der Idee der Gerechtigkeit, also dem Rechtsgefühl, beruht (S. 78 ff.). Nimmt man das aber an, so verlieren die wesentlichen Gründe, aus denen er die Bindung des Gesetzgebers durch den aus der Rechtsidee folgenden Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung aller Volksgenossen verneint, ihr Gewicht. Denn diese Gründe laufen darauf hinaus, in Deutschland fehle das Vertrauen zu den Gerichten, um ihnen das Recht zur Prüfung der staatlichen Gesetze auf ihren Gerechtigkeitsgehalt einzuräumen (S. 43). Aber dieses selbe Recht will er ihnen noch nicht vierzig Seiten weiter (S. 78 ff.) gewähren.

Es gibt hier keine Grenzziehung mittels begrifflicher Festlegungen. Vielmehr muß der T a k t des Richters entscheiden, wann er das ihm zustehende Recht, ein Staatsgesetz wegen Verletzung des Rechtsgefühls für unwirksam zu erklären, ausüben soll; vgl. unten S. 224 ff.

Bemerkenswert ist hier wieder das unbegrenzte Vertrauen zum Gesetzgeber einerseits und das entsprechende Mißtrauen gegenüber den Gerichten anderseits; vgl. dazu den 2. Abschn. des 4. Kap. unter Z. 5.

[87]) Vgl. E. K a u f m a n n, Veröff. Heft 3 (1927) 10: Daher läßt sich auch nicht der Begriff der Gerechtigkeit negativ durch den der Willkür erläutern, was L e i b h o l z (a. a. O.) versucht. J. G o l d s c h m i d t, Prozeß als Rechtslage, 1925 S. 157 Anm. 862 definiert „Willkür" als „unverbindlich erlassene Norm"; „unverbindlich" wem gegenüber? und von wem festzustellen? Dagegen schon L e i b h o l z a. a. O. S. 35.

stimmung mit dem Rechtsgefühl ersetzen läßt, so ist dieser Ersatz doch kein vollkommener. Denn das Rechtsgefühl fordert mehr als bloß gleichmäßige Behandlung. Der Gesetzgeber ist nicht nur durch diesen letzteren Grundsatz, sondern darüber hinaus an die Idee der Gerechtigkeit gebunden[88]).

Es ist oben aus dem Wesen der Rechtsgemeinschaft als lebendiger Gemeinschaft, aus dem Wesen der Entscheidung als Integration der Rechtsgemeinschaft und aus dem Wesen der Rechtsnorm als etwas Erstarrten das Ergebnis gewonnen worden, daß die Entscheidung nicht schlechthin an die Rechtsnorm gebunden sein kann — erst recht nicht an eine staatliche Norm, daß der Richter zu deren Nachprüfung auf Übereinstimmung mit dem Rechtsgefühl berechtigt sein muß.

Dies Ergebnis entspricht, wie ebenfalls bereits betont worden ist, zwar nicht der herrschenden Lehre, aber der Praxis der Rechtsprechung. In der „Auslegung" der Gesetze ist der Richter frei, und diese „Auslegung" dient dazu, gesetzliche Normen, die dem Rechtsgefühl des entscheidenden Richters für die „Anwendung" auf den individuellen Fall nicht entsprechen, auszuschalten. Auf Einzelheiten wird später (5. Kap. 3. Abschn.) noch näher eingegangen werden.

Neben der „Auslegung" der Gesetze dient diesem Zwecke auch die Theorie von den „Lücken" des Gesetzes.[89]) Eine „Lücke" liegt nicht nur dann vor, wenn es keine Norm gibt, unter deren Tatbestand sich der Tatbestand des zu entscheidenden Falles unterbringen läßt, sondern auch dann, wenn der Tatbestand der Norm zu weit, zu allgemein gefaßt ist, so daß ihre Regelung nicht für alle Fälle, die unter ihren Tatbestand fallen, als angemessen zu betrachten ist[90]).

[88]) Vgl. unten 4. Kap. 2. Abschn. unter 2.

[89]) Vgl. E. Zitelmann, Lücken i. Recht, 1903; hier auch die frühere Literatur (S. 38 Anm. 5); ferner H. Kantorowicz, Kampf um die Rechtswiss. (1906) S. 14 ff.

[90]) Ebenso Danz, Einführung in die Rechtsprechung, 1912 S. 87; H. Reichel, Gesetz u. Richterspruch, 1915 S. 98. Vgl. auch die Rede Max Rümelins über Bernh. Windscheid usw., 1907 S. 47.

Liegt eine „Lücke" im Normenkomplex vor, so ist, auch nach herrschender Ansicht, der Richter frei, die Entscheidung nach seinem Rechtsgefühl zu gestalten.

Gewährt aber die Praxis dem Richter die Befugnis, die staatliche Norm auf ihre Übereinstimmung nicht nur mit der Verfassung, sondern auch mit seinem Rechtsgefühl zu prüfen und im Falle der Nichtübereinstimmung von ihr abzuweichen, so ist es eine Fiktion, in der Theorie das Gegenteil zu lehren. Und es ist vor der wissenschaftlichen Forderung nach Wahrheit nicht zu verantworten, jene Befugnis des Richters gegenüber dem Gesetz leugnen zu wollen.

8.

Wenn auch die Befugnis des Richters bejaht werden muß, das staatliche Gesetz nicht nur auf seine Verfassungsmäßigkeit, sondern auch auf seine Übereinstimmung mit dem Rechtsgefühl zu prüfen, so ist damit noch nicht gesagt, daß diese Befugnis völlig schrankenlos wäre, daß der Richter in jedem Falle einer Nichtübereinstimmung des Gesetzes mit seinem Rechtsgefühl von dem Gesetz abweichen dürfte.[91])

Vielmehr ergibt sich hier eine starke Bindung des Richters aus anderen Zusammenhängen.

Der Richter ist nicht nur Führer innerhalb der Rechtsgemeinschaft, er erscheint auch zugleich als Vertreter der Staatsgewalt, seine Entscheidungen ergehen, wie früher im Namen des Königs, so jetzt im Namen des Volkes oder des Reiches, d. h. im Namen des Staates. Der Staat ist der Schützer und Diener des Rechtes, die Rechtsprechung ist zugleich Ausübung einer Staatsfunktion. In der Ausdrucks-

[91]) Anders das Obergericht Danzig v. 18. 1. 26, Danziger Jurist. Monatsschrift 1926 S. 5, 39. Dazu J. Goldschmidt, Jur. Woch. 1926 S. 1344. Ferner Cosack-Mitteis, Bürg. Recht 1. Bd. (8. A.) 1927 S. 20.

weise von Smend[92]): der Richter stellt eine persönliche Integration nicht nur der Rechtsgemeinschaft, sondern auch des Staates dar.

So ergibt sich für ihn die Lage, daß er einem Gesetz als dem Akt derselben — in der Idee einheitlichen, unteilbaren — Staatsgewalt gegenübersteht, die er selbst vertritt, daß daher eine Nichtachtung dieses Aktes durch ihn einen inneren Zwiespalt innerhalb der Staatsgewalt zum Ausdruck bringt, der die Achtung vor der Staatsgewalt im allgemeinen und vor den staatlichen Gesetzen im besonderen, deren Hütung ebenfalls zu den Aufgaben des Richters gehört, zu beeinträchtigen geeignet ist.

Hier spricht auch das Staatsgefühl des Richters zugunsten der Beachtung der staatlichen Norm, und wenn das Staatsgefühl auch mit dem Gemeingefühl, als der einen Komponente des Rechtsgefühls, nicht identisch ist, so kann es doch das Gemeingefühl zum Mitschwingen bringen.

Es ist deshalb nicht erschöpfend, wenn man hier nur von einem Konflikt zwischen der gesetzlichen Norm und dem Rechtsgefühl des Richters spricht, vielmehr kann hier unter Umständen ein Konflikt innerhalb des Rechtsgefühls selber vorliegen.

In diesem Konflikt darf der Richter das Gesetz nur dann für unverbindlich erklären, wenn die Befolgung des Gesetzes eine besonders schwere Verletzung des Rechtsgefühls bewirken würde, wenn daher die Wirkung auch auf das allgemeine Rechtsgefühl eine besonders nachteilige sein würde, die Ausschaltung des Gesetzes ihr gegenüber also als erheblich geringerer Nachteil erschiene.[93])

Wann dieser Fall gegeben ist, muß das Taktgefühl des Richters beurteilen. Eine Formel, eine rational bestimmte Grenze zu finden, ist nicht möglich.[94])

---

[92]) Verfassung u. Verfassungsrecht, 1928 S. 25 ff., 98 ff.

[93]) Ebenso Hans Wüstendörfer, Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt, A. f. ziv. Pr. **110** (1913) 347.

[94]) Geny, Méthode d'interprét. et sources en droit privé positif, 1899 S. 581, hat wegen dieser Schwierigkeit es vorgezogen, die ganze Frage offen zu lassen.

Erich Kaufmann[95]), der grundsätzlich diesen Standpunkt ebenfalls vertritt, hat jedoch geglaubt, zwei spezifische Aufgabenkreise des Gesetzgebers feststellen zu können, in die der Richter nicht eingreifen dürfe, auf die sich also das Prüfungsrecht des Richters nicht erstrecke: 1. die Entscheidung über die Wahl der maßgeblichen Gerechtigkeitsprinzipien, 2. die Schaffung technischer Formen und Normen. Indessen ist nicht einzusehen, weshalb der Richter nicht auch die Wahl der maßgeblichen Gerechtigkeitsprinzipien nachprüfen dürfen soll, wenn sich aus ihr ein Widerspruch mit dem Rechtsgefühl ergibt[96]). Bei dem zweiten Aufgabenkreis kommt wegen der rein technischen Natur der Bestimmungen ein Widerspruch mit dem Rechtsgefühl kaum in Betracht.

9.

Es erübrigt noch, auf das Problem der „Geltung" des Gesetzes und darüber hinaus, der „Geltung" der Rechtsnormen einzugehen.

Das Problem enthält zwei verschiedene Fragen: einmal die Frage nach dem Sinn und ferner die Frage nach dem Grunde der Geltung.

Die erste Frage ist bereits oben (S. 206 ff.) behandelt worden. Der Sinn der Geltung ist nicht die absolute Verbindlichkeit und entsprechend die absolute Bindung des Richters an das Gesetz, erst recht nicht an die anderen Rechtsnormen, sondern nur seine Verpflichtung, sie zur Kontrolle heranzuziehen und — bei der staatlichen Norm — nicht ohne zwingende Not von ihr abzuweichen.

---

[95]) Bericht über die Gleichheit vor dem Gesetz i. S. des Art. 109 RV. auf der Tagung der Verein. dtscher Staatsrechtslehrer in Münster 1926, Veröff. **3** (1927) 19, 21.

[96]) Ebenso G. Leibholz, Arch. f. öff. R. N. F. **12** 25 Anm. 59; vgl. ferner M. Rümelin, Die Gleichheit vor d. Gesetz, 1928 S. 53.

Die Frage nach dem Grunde der Geltung ist oft behandelt, aber nicht einhellig beantwortet worden.

Die wohl noch immer herrschende „Anerkennungstheorie", wie sie besonders von Jellinek[97]) und am eingehendsten von Bierling[98]) entwickelt worden ist, sieht den Grund der Geltung in der Überzeugung der Rechtsgenossen, daß sie verpflichtet seien, die Norm zu befolgen.

Gegen diese Theorie hat Kelsen[99]) eingewendet, einmal daß die Norm als „Sollen" niemals von einer psychischen Tatsache als einer „Seins"-Tatsache abgeleitet werden könne, und ferner daß diese psychische Tatsache lediglich eine Fiktion sei.

Das erste Argument beruht auf seiner scharfen Scheidung von „Sein" und „Sollen", die oben (S. 48 ff.) bereits als auf einer Identifizierung von „Sein" und Realität beruhend zurückgewiesen ist. Das zweite Argument dürfte dagegen nicht zu widerlegen sein[100]).

Kelsen selber leitet die Geltung des Rechts von einer obersten Grundnorm ab, da die Geltung einer Norm nur wieder von einer Norm abgeleitet werden könne[101]). Ganz abgesehen davon, daß dieser letztere Satz völlig beweislos ist und wieder nur auf der Scheidung von Sein und Sollen beruht, ist die oberste Grundnorm, wie Kelsen selbst sagt, eine bloße Hypothese, wie aber wohl richtiger zu sagen ist, eine reine Fiktion.

Die Lehre, welche das Recht auf den Willen des Staates zurückführt (4. Kap. 2. Abschn. unter Z. 2), betrachtet den Staatswillen als Grund der „Geltung". Indessen kann der Staat zwar die „Anwendung" seiner Normen erzwingen; aber Macht und Zwang können keine Verpflichtung er-

[97]) Allg. Staatslehre, 3. A. (1919) 333 ff.

[98]) Kritik der jur. Grundbegriffe 1 (1877) 53 ff.; Jur. Prinzipienlehre 1 (1894) 40 ff.

[99]) Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (1911) 355 ff.

[100]) Ebenso auch G. Husserl, Rechtskraft u. Rechtsgeltung (1925) S. 7.

[101]) Problem der Souveränität (1920) S. 105; Allg. Staatslehre (1925) S. 248 ff.; Philos. Grundl. der Naturrechtslehre u. des Rechtspositivismus (1926) S. 12 ff.

zeugen. Das „Sollen" kann nicht aus dem „Müssen" abgeleitet werden.

Die jüngste monographische Behandlung des Geltungsproblems durch Gerhart Husserl[102]) unterscheidet die Erzeugung der Rechtsnormen von ihrem „Sein". Der Erzeugungsakt sei ein Willensakt aller individuellen Rechtsgenossen; durch die Erzeugung werde das „Sein" der Norm begründet, und dieses „Sein" sei ihre „Geltung", die nun nicht weiter mehr ein psychisches Verhalten der Normunterworfenen bedinge.

Hiergegen ist zunächst zu sagen, daß dieser individuelle Willensakt aller Normunterworfenen nicht weniger eine Fiktion darstellt als die „Überzeugung" der Anerkennungstheorie. Sodann aber, daß die Identifizierung von „Sein" und „Geltung" ganz unberechtigt ist[103]).

Dazu kommt, daß Husserl Norm und Entscheidung nicht unterscheidet, also auch die Entscheidung als Norm behandelt und so bezüglich der Entscheidung von „konkreter Rechtsgeltung" spricht (S. 17 ff.), wie er auch die „Rechtskraft" nur als Spezies des Genus „Rechtsgeltung" bezeichnet (S. 15).

Diese Behandlung ist grundsätzlich verfehlt.

Norm und Entscheidung sind in ihrem Wesen, in ihrer Entstehung, in ihrer Bedeutung so wesentlich verschieden (oben S. 25 ff.), daß es für sie auch nicht einen einheitlichen Begriff der „Geltung" geben kann. Die Entscheidung kann „Rechtskraft" im formellen und materiellen Sinne haben. Die materielle Rechtskraft bedeutet die absolute Verbindlichkeit der Entscheidung für die Beteiligten. Inwieweit die Entscheidung über die letzteren hinaus verbindlich ist, soll hier nicht weiter untersucht werden.[104])

Die Norm dagegen hat keine „Rechtskraft"[105]), sondern

---

[102]) Rechtskraft und Rechtsgeltung, 1925.

[103]) Vgl. oben S. 54 Anm. 53.

[104]) Vgl. darüber Kuttner, Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses, 1914.

[105]) Der heute allgemein übliche Sprachgebrauch redet von „Rechtskraft" nicht bei Normen. Abweichend, aber vereinzelt,

eine „Geltung". Diese Geltung beruht auf der Quelle allen Rechts, dem Rechtsgefühl, insbesondere seiner einen Komponente, dem Gemeingefühl, das die Normativität der Entscheidung fordert (oben S. 101). Es verlangt daher die Beachtung der Normen, und darin liegt ihre „Geltung".

Das Argument, mit dem Kelsen die „Anerkennungstheorie" widerlegt hat, nämlich daß es sich bei ihrer Annahme einer allgemeinen Überzeugung um eine Fiktion handle, trifft die Funktion des Rechtsgefühls nicht. Denn hier handelt es sich nicht um eine psychische Tatsache im Bewußtsein aller Einzelnen, sondern um den stetig sich erneuernden Lebensvorgang der Gemeinschaft und ihre Integration im Gefühl des entscheidenden Richters. Von einer „Fiktion" kann hier nicht gesprochen werden.[106])

Das Rechtsgefühl, auf dem die „Geltung" der Norm beruht, bestimmt auch ihr Ende. Sobald die „Anwendung" einer Norm als Regel aufgehört hat, weil sie dem Rechtsgefühl widerspricht, oder weil sie ihm bloß nicht mehr entspricht — dazu gehört auch der Fall, daß sie nicht angewendet wird, weil sie in Vergessenheit geraten ist —, verliert sie ihre „Geltung", auch wenn sie noch vereinzelt angewendet werden sollte.

Das gilt ebenso für das staatliche Gesetz, das gemäß der formalen Natur der staatlichen Gesetze, außerdem eine formale „Geltung" durch die Ausfertigung und Verkündung (Art. 70 RVerf.) besitzt. Trotzdem die formale „Geltung" fortdauert, ist in solchem Falle die materiale Geltung erloschen: das Gesetz ist „durch Gewohnheitsrecht aufgehoben". Darauf ist im folgenden Abschnitt näher einzugehen.

Wilh. Kaufmann, Die Rechtskraft des internationalen Rechts, 1899.

[106]) J. Binder, Philosophie des Rechts, 1925 S. 762 ff. sieht den Geltungsgrund in der Vernunft, in der sittlichen Vernunft, dem Wertbewußtsein des Menschen. Sachlich ist das gegenüber dem hier vertretenen Standpunkt wohl kein Unterschied, wenn auch die Formulierung eine rationale ist.

Das Gewohnheitsrecht.

1.

Die Lehre vom Gewohnheitsrecht ist in der Gestalt, die ihr von der historischen Schule gegeben worden ist[1]), eine rein deutsche Besonderheit.

Das anglo-amerikanische Rechtssystem kennt sie nicht[2]) und kann sie nicht kennen, wie später deutlich werden wird (unten S. 234 Anm. 21). Aber auch die französische Rechtswissenschaft steht ihr völlig fremd gegenüber[3]).

Sie entstand in Deutschland in der Reaktion gegen die französische Revolution und den Geist der Aufklärungszeit, als dessen Ausfluß man nicht nur die Revolution, sondern auch das rationale Naturrecht betrachtete.

Allerdings hatten schon die römischen Juristen[4]) eine Lehre vom Gewohnheitsrecht entwickelt, die übrigens, worauf noch später einzugehen ist, nichts mit der Lehre der historischen Schule zu tun hat. Aber jene Lehre war unter dem Einfluß des Naturrechts völlig in den Hintergrund getreten. In dem Gedankenkreise des Naturrechts, der das 17. und 18. Jh. beherrschte, war für den besonderen Begriff eines Gewohnheitsrechts kein Raum.

Das Naturrecht war der Ausdruck der Rechtsgemeinschaft, und in der Verteidigung ihrer Rechte gegenüber der

---

[1]) Das grundlegende Werk ist G. F. Puchta, Das Gewohnheitsrecht, 1. Bd., 1828, 2. Bd., 1837; die spätere Literatur bei Bruno Schmidt, Das Gewohnheitsrecht, 1899; Windscheid-Kipp, Pandekten 1 (8. Aufl.) S. 63.

[2]) Austin, Lectures on Jurisprudence, 4. A. 1879 S. 545 ff.; Holland, Elements of Jurisprudence, 12. A. 1906 S. 56 ff.

[3]) Geny, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 1899 S. 276 ff.

[4]) Julianus, fr. 32 D. de Const. princ. 1, 3.

Lehre von der Allmacht des Souveräns, wie diese sich als Folge der Rezeption des römisch-byzantinischen Rechtsbuches in den einzelnen, insbesondere den deutschen Territorialherrschaften herausgebildet hatte, lag seine wesentliche Bedeutung. Vgl. oben S. 192.

Die Verkündigung der Menschenrechte durch die französische Revolution war der Sieg des Naturrechts über die staatliche Allmacht.

Die Reaktion gegen die Gedanken der Revolution hatte in der deutschen Rechtswissenschaft, wie schon erwähnt, auch die Reaktion gegen das rationale Naturrecht im Gefolge. Unter dem Einflusse der Romantik lehrte die historische Schule, daß das Recht (im Sinne der Gesamtheit der Rechtsnormen) ein Erzeugnis des Volkslebens sei, daß es im Volk von selbst entstehe, wie die Religion, die Sitte, die Sprache, daß es also eine Bildung des „Volksgeistes" sei, der sich in erster Linie im Gewohnheitsrecht, in zweiter Linie im Gesetz kundgebe. Auch das Gesetz war für die historische Schule ein Erzeugnis des „Volksgeistes", der den Gesetzgeber inspiriere.

Die tatsächliche Übung des Gewohnheitsrechtes soll nach dieser Lehre nicht die Bedeutung haben, es zu begründen, sondern nur die, es zu beweisen. Sie soll nur ein Erkenntnismittel sein. Daher das Erfordernis, daß die Übung „aus der Überzeugung ihrer rechtlichen Notwendigkeit hervorgegangen sei"[5]).

Diese Lehre wird auch heute noch im Schrifttum vertreten[6]), und — was wichtiger ist — sie beherrscht noch die Rechtsprechung des Reichsgerichts[7]).

Sie wird offensichtlich von der herkömmlichen, aber unrichtigen Vorstellung des Verhältnisses von Rechtsnorm und Entscheidung getragen. Sie muß daher auch selbst unrichtig sein, worauf noch näher einzugehen ist. Auf die Unhaltbar-

---

[5]) Vgl. Adickes, Lehre v. d. Rechtsquellen, 1872 S. 32 ff.

[6]) E. Riezler, Rechtsgefühl, 1921 S. 137; H. Reichel, Einleitungsart. des Schweiz. ZGB., Festg. f. Stammler 1926 S. 285 ff., 306.

[7]) Vgl. RG. v. 17. 2. 26, RGZ. 113 359.

keit der Vorstellung, als ob der „Volksgeist" Normen schaffen könne, ist bereits oben (S. 113) hingewiesen worden.[8])

Mit der Umwandlung der Lehre der historischen Schule in einen reinen Positivismus, d. h. also mit der Auffassung des Rechtslebens rein unter dem Gesichtspunkt des Staatslebens, der Auffassung der Normensetzung und der Entscheidungen als rein staatlicher Funktionen, mußte auch die Betrachtung des Gewohnheitsrechts ihre alte Grundlage verlieren.

Es konnte einer positivistischen Rechtsauffassung nicht mehr gelingen, sich in das Wesen des Gewohnheitsrechts einzufühlen, das nicht ein gewillkürtes Erzeugnis der Staatsgewalt, sondern eine Integration der Rechtsgemeinschaft war. Die Lehre vom Gewohnheitsrecht wurde zwar als traditionelles Erbgut weiter in den Lehrbüchern behandelt, und sie kam auch gelegentlich, wenn auch immer seltener, noch in der Rechtsprechung zum Vorschein — aber im Grunde war es nur noch ein schwacher Schemen aus den Zeiten der Romantik, der sich ohne wirkliche Lebenskraft wie durch ein Versehen in das moderne Recht verirrt hatte.[9])

Das Gewohnheitsrecht war gegenüber der staatlichen Rechtsschöpfung zu völliger Bedeutungslosigkeit herabgesunken, und es erschien im Grunde nur als die Festlegung einer vollendeten Entwicklung, wenn am Ende des 19. Jh. der konstitutionelle Staat einen Versuch wiederholte, den der absolute Staat bereits in den Zeiten des rationalen Naturrechts gemacht hatte.

Das preußische ALR. von 1794, das französische Ges. v. 21. März 1804, wie das Österreichische AGB. von 1806 hatten die Bildung eines das staatliche Gesetz abändernden Gewohnheitsrechtes ausdrücklich verboten,[10]) und auch im Gebiete des gemeinen Rechtes war die Vormachtstellung

[8]) Vgl. im übrigen die Kritik der Lehre der historischen Schule bei Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, 1892 S. 480 ff.

[9]) Vgl. Eugen Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913 S. 10 ff.

[10]) §§ 1, 3, 4 Einl. ALR.; § 10 Öst. AGB.

des Gesetzes so unbezweifelt, daß, wie Windscheid im Jahre 1891 erklärte[11]), „Mut dazu gehörte, das Gewohnheitsrecht auch gegen ein verbietendes Gesetz zu schützen".

Es lag daher in der Linie dieser Entwicklung, wenn der 1. Entw. des BGB. eine Bestimmung (§ 2) aufnahm, die dem Gewohnheitsrecht jede abändernde Kraft gegenüber einem Gesetz absprach. Erst der Widerspruch der germanistischen Rechtswissenschaft[12]) bewirkte, daß der § 2 von der 2. Kommission gestrichen wurde[13]), um die Entscheidung der Wissenschaft zu überlassen.

Die Frage, ob das Gewohnheitsrecht die Kraft hat, ein Gesetz aufzuheben, ist auch heute noch umstritten.

Die historische Schule hatte, da sie beide Normenarten auf den gleichen Urheber, den Volksgeist zurückführte, die Ebenbürtigkeit von Gesetz und Gewohnheitsrecht vertreten, woraus sich ohne weiteres ergab, daß ein Gesetz auch durch Gewohnheitsrecht aufgehoben werden könne.

Zu dem gleichen Ergebnis kommt Somló,[14]) der beide ebenfalls als Äußerungen der gleichen Quelle, der „obersten Rechtsmacht" auffaßt, das Gesetz als „ausdrückliche", das Gewohnheitsrecht als „stillschweigende".

Somló stimmt[15]) der zuerst von Austin ausgesprochenen Ansicht zu, daß die Ansicht der historischen Schule auf die oben (S. 280 Anm. 4) angeführte Stelle Julians zurückzuführen sei. Indessen ist der Gedanke bei beiden verschieden. Julian geht vom Gesetz aus und stellt ihm das Gewohnheitsrecht als stillschweigendes Gesetz an die Seite. Die historische Schule geht von anderen Gedankengängen aus, unter die sie das Gewohnheitsrecht leicht, das Gesetz nur mit einer künstlichen Konstruktion unterbringt. Dagegen hat Somló die nahe Verwandtschaft seiner eigenen Lehre mit der Julians nicht bemerkt.

---

[11]) Pandekten, 7. A. 1 (1891) S. 47 Anm. 3.
[12]) Gierke, Der Entwurf eines BGB., 2. A. (1889) 123 ff.
[13]) Protok. 1 3 ff.
[14]) Jurist. Grundlehre S. 334 ff.
[15]) A. a. O. S. 363 Anm. 2.

Auf dem gleichen Standpunkt der Ebenbürtigkeit beider Normenarten steht H. Reichel.[16])

Dagegen wollen Geny[17]), Huber[18]), Kelsen[19]) jeder von einem anderen Standpunkt aus, dem Gewohnheitsrecht nur praeter legem Wirksamkeit zugestehen.

Wieder auf einem etwas anderen Standpunkt steht Géza Kiss[20]). Er bestreitet, daß es Normen des Gewohnheitsrechts als solche gebe, spricht übrigens dem Gewohnheitsrecht überhaupt jede eigene Kraft ab; es existiere nur durch den Willen des Staates, also durch die Anerkennung im Richterspruch, und erlange erst durch ihn die Eigenschaft einer Rechtsnorm; allerdings, gemäß seiner grundsätzlichen Auffasssung des Verhältnisses von Gesetz und Richterspruch, einer Rechtsnorm minderen Grades, die nur als „Anwendung" des Gesetzes Geltung erlange. Er teilt also im Ergebnisse den Standpunkt der zuletzt genannten Schriftsteller.

Nach der Grundauffassung dieser Arbeit kann an der Kraft des Gewohnheitsrechtes, ein Gesetz aufzuheben, kein Zweifel sein, obwohl beide gerade nicht den gleichen Urheber haben. Das Gesetz ist ein Erzeugnis des Staates, die Übung des Gewohnheitsrechts eine Integration der Rechtsgemeinschaft[21]).

[16]) Festg. f. Stammler S. 327.

[17]) Méthode d'interprétation S. 342.

[18]) Recht u. Rechtsverwirklichung S. 251. Anders gerade für das Schweiz. ZGB. Max Gmür, Anwendung des Rechts usw. S. 95.

[19]) Hauptprobleme der Staatsrechtslehre S. 50.

[20]) Gesetzesauslegung u. „ungeschriebenes" Recht, Jherings Jahrbücher 58 (1911) 485 ff.

[21]) Dort, wo die Rechtsgemeinschaft ihre Herrschaft über das Rechtsleben nie verloren hatte, wie in England, ist eine besondere Lehre vom Gewohnheitsrecht nie entwickelt worden. Hier sind es die richterlichen Entscheidungen, die als Integration der Rechtsgemeinschaft die Quelle des law bilden. Für sie macht es daher keinen Unterschied, aus welchen Quellen wiederum der Richter schöpft, ob aus seinem Rechtsgefühl oder aus der Übung (custom) der Gemeinschaft. Vgl. John Chipman Gray, The nature and sources of the law, 1920 S. 145 ff.; James Coolidge Carter, Law; its origin, growth and function, S. 120; T. E. Holland, Elements of Jurisprudence, 12. A. 1916 S. 59.

Aber, wie früher (S. 201) dargelegt, hat der moderne Rechtsstaat, und so auch das Deutsche Reich der Weimarer Verfassung, auf dem Gebiet des Rechtslebens der Rechtsgemeinschaft die führende Stellung eingeräumt und sich hier mit der Rolle eines Beschützers und Dieners begnügt. Die Folge daraus liegt auf der Hand: das Gewohnheitsrecht, d. h. die Übung der Rechtsgemeinschaft, ist stärker als das staatliche Gesetz, sie kann daher jede gesetzliche Norm aufheben. Das ergibt sich auch aus dem grundsätzlichen Verhältnis des Richters zum Gesetz, wie es oben (S. 211) entwickelt worden ist. Es ergibt sich endlich auch aus dem Begriff der Geltung des Gesetzes; durch die Bildung eines widersprechenden Gewohnheitsrechts verliert das Gesetz seine Geltung (oben S. 229).

2.

Die herrschende Lehre, die das Recht als einen Normenkomplex betrachtet und die Entscheidung als aus einer Norm entstanden ansieht (oben S. 161), hält diese Betrachtungsweise auch gegenüber dem Gewohnheitsrecht aufrecht.

Sie sieht entsprechend in dem Gewohnheitsrecht einen Komplex von N o r m e n und jede einzelne Übungshandlung als Ausfluß einer Norm des Gewohnheitsrechtes.

Ganz konsequent wird daher ein Gewohnheitsrecht nur dann anerkannt, wenn die einzelne Übungshandlung — in der hier gebrauchten Terminologie: die einzelne E n t s c h e i d u n g der Rechtsgemeinschaft — auf der opinio necessitatis beruht, d. h. auf der Überzeugung, daß sie bereits d u r c h e i n e R e c h t s n o r m g e f o r d e r t werde. Durch eine Rechtsnorm, d. h. gerade diejenige Norm, die als Gewohnheitsrecht durch den Nachweis der Übung nachgewiesen werden soll.

Diese heute noch herrschende[22]) Auffassung ist eine reine Fiktion. In Wahrheit wird die Norm, als deren „An-

[22]) Vgl. die Nachweise oben S. 161 Anm. 11.

wendung" die Übung aufgefaßt werden soll, erst später — oft erst viel später — von dem Richter (oder dem freien Forscher) festgestellt. Davon, daß schon bei der einzelnen Übungshandlung an diese Norm gedacht worden wäre, kann im Ernste keine Rede sein[23]).

Die Norm wird vielmehr aus der Übung abgeleitet, und ohne daß für diese Übung — mit einer gleich zu erörternden Einschränkung — ein anderes Erfordernis als eben das der Übung, der ständigen Übung aufgestellt werden könnte. Was als „ständig" anzusehen ist, muß in jedem Falle der Ermittlung von Gewohnheitsrecht besonders beurteilt werden. Zahlenmäßige Bestimmungen sind nicht möglich. Die Verjährungsfristen, auf die früher zurückgegriffen wurde, sind willkürlich. Sie wechseln auch in den verschiedenen Rechtsgebieten.

Wenn eben gesagt wurde, daß für die Bildung von Gewohnheitsrecht nichts anderes gefordert werde als die tatsächliche Übung, so war das zu allgemein ausgedrückt. Die Übung hat die Bedeutung der Rechtsschöpfung nur insoweit, als die einzelnen Übungshandlungen in dem oben (S. 16) näher entwickelten Sinne Entscheidungen sind. Das sind sie nach dem früher Gesagten nur, insofern sie aus den beiden Quellen des Rechtes, dem Rechtsgefühl verbunden mit der praktischen Vernunft, entstanden sind.

Es genügt also nicht die rein faktische Übung, sondern es muß eine qualifizierte Übung sein: eine auf dem Rechtsgefühl beruhende Übung. Das rein Faktische kann kein Recht schaffen; ein Mißbrauch wird auch durch noch so lange Übung kein Gewohnheitsrecht. Es handelt sich dann um einen „Brauch, von dem der Bruch mehr ehrt als die Befolgung".

Dieses Erfordernis ist aber nicht dasjenige, was die herrschende Lehre unter der opinio necessitatis versteht, das Erfordernis, daß die Übungshandlung von dem Übenden in der Überzeugung vorgenommen werde, dazu bereits durch eine Rechtsnorm verpflichtet zu sein.

[23]) Vgl. P. Oertmann, Rechtsordnung u. Verkehrssitte, 1914 S. 16 ff.; Max Weber, Wirtsch. u. Gesellschaft S. 400 ff.

Die herrschende Auffassung sieht hierin den Unterschied zwischen Gewohnheitsrecht und Verkehrssitte: die Übung der Verkehrssitte soll rein faktisch sein ohne die opinio necessitatis[24]). In Wirklichkeit liegt der Unterschied darin, daß die Übung auf Grund des Rechtsgefühls entsteht, die Verkehrssitte durch die Wiederholung gleicher Vereinbarungen in gleichgelagerten Fällen. Die Verkehrssitte ersetzt also die Vereinbarung, wo sie fehlt, sie gilt als „stillschweigende" Vereinbarung — auch dann, wenn die Partei des Einzelfalles sie nicht kennt, obwohl sie dem gleichen Verkehrskreise angehört, innerhalb dessen sich die Verkehrssitte gebildet hat. Dagegen ist sie nicht, wie das Gewohnheitsrecht, eine heteronome Norm, die auch von demjenigen Beachtung fordert, der ihr widerspricht[25]).

Die Lehre des gemeinen Rechts unterschied zwischen Gewohnheitsrecht und Gerichtsgebrauch; den letzteren rechnen nicht alle Schriftsteller zum Gewohnheitsrecht.[26]) Indessen ist das innerlich nicht gerechtfertigt. Das Gewohnheitsrecht besteht in den Entscheidungen der Rechtsgemeinschaft, und zu ihnen gehören an allererster Stelle die richterlichen Entscheidungen, die die wichtigste Integration der Rechtsgemeinschaft bilden.

Die Normen des Gewohnheitsrechtes werden ebenso ge-

---

[24]) Vgl. Danz, Einführung i. d. Rechtsprechung 1912 S. 31 ff.; Ehrlich, Zwing. u. nachgieb. Recht, 1902 S. 63; H. Reichel, Gesetz u. Richterspruch, 1915 S. 99 und Einleitungsart. d. Schweiz. ZGB., Festg. f. Stammler, 1926 S. 326 (S.A. S. 46); Oertmann, DJZ. 1914 S. 649.

[25]) Vgl. dazu RG. v. 26. 6. 28, Jur. Woch. 1928 S. 3109 Nr. 2 und dazu die Fußnote von Dove. Wieder eine andere Auffassung hat Oertmann entwickelt: Rechtsordnung u. Verkehrssitte, 1914 S. 16 ff. Nach ihm ist die Verkehrssitte eine tatsächliche Übung der Gesellschaft, das Gewohnheitsrecht eine Übung der staatlichen Organe. Diese Auffassung, die das Gewohnheitsrecht ganz unberechtigt einengt, beruht auf der Grundanschauung, daß nur der Staat Recht schaffen könne; die Verkehrssitte wird danach durch den Gerichtsgebrauch zum Gewohnheitsrecht.

[26]) Vgl. Dernburg, Pandekten 1 (3. A. 1892) 64; Crome, System 1 87; Endemann, Lehrbuch 1 37; Hölder, Komm. S. 55.

wonnen wie alle anderen Rechtsnormen des Verkehrsrechtes: durch Ableitung aus den Entscheidungen. Die Anschauung der historischen Schule, daß das Gewohnheitsrecht ein Erzeugnis des Volksgeistes sei, daß seine Entstehung anonym sei, wie das Volkslied, trifft nur für die Entscheidungen, die Übungshandlungen, nicht für die daraus abgeleiteten Normen zu. Deren Ableitung erfolgt durch den Richter oder den Rechtsgelehrten, also eine bestimmte Person.

Der Richter steht den Normen des Gewohnheitsrechts grundsätzlich nicht anders gegenüber als anderen Rechtsnormen: eine absolute Bindung besteht nicht, aber er muß sie, die eine Integration der Rechtsgemeinschaft und nicht des Staates darstellen, zur Kontrolle seiner Entscheidung benutzen, und gegebenenfalls zu ihrer Begründung.

Da das Leben der Rechtsgemeinschaft sich ständig und am stärksten in ihrer Übung, in ihren Entscheidungen äußert, so ergibt sich hieraus schon die große Bedeutung dessen, was herkömmlich als Gewohnheitsrecht bezeichnet wird.

Es ist bezeichnend für die Blindheit selbst hervorragender Juristen gegenüber dem wirklichen Leben der Rechtsgemeinschaft und ihre Voreingenommenheit zugunsten der staatlichen Funktionen auf diesem Gebiete, daß z. B. R. Saleilles[27]), die Ansicht vertritt, auf dem Gebiet des Privatrechts sei das Gewohnheitsrecht nicht entwicklungsfähig; es gelinge hier der privaten Initiative nicht, die Schwerkraft des Bestehenden zu überwinden; daher erfolge hier der Fortschritt nur durch das Gesetz.

Wenn etwas unzutreffend ist, so ist es diese Auffassung. Auf dem weiten Gebiet des Gesellschaftsrechts, insbesondere des Aktienrechts, ist die neuere Entwicklung in Deutschland ausschließlich durch Gewohnheitsrecht erfolgt[28]). Das ganze

[27]) Introduction à l'étude du droit civil Allemand etc., Paris 1904 S. 12 (unter Berufung auf Tanon, L'évolution du droit, Paris 1900, S. 19; Tarde, Transformations du droit S. 166; Korkounov, Théorie générale du droit S. 157).

[28]) Vgl. Geiler, Grundsätzliches z. Aktienrechtsreform, Jur. Woch. 1927 S. 1069 (Einl. aus seinem Bericht an den Enquête-Ausschuß „Wirtsch. Strukturwandlungen u. die Reform d. Aktienrechts,

Kartellrecht hat sich auf diesem Wege, in Frankreich sogar contra legem[29]), entwickelt. Ebenso ist z. B. in Deutschland die Unterlassungsklage[30]), die Behandlung der sog. positiven Vertragsverletzungen[31]) ausschließlich durch Gewohnheitsrecht geregelt worden. Das gleiche gilt für die Umgestaltung des Warenzeichenrechts in Richtung eines Bedeutungswandels der Eintragung des Warenzeichens gegenüber seiner Benutzung.[32]) Hierher gehören ferner weite Teile des Patentrechts, angefangen von dem Erfinderrecht bis zur Ausgestaltung des Schadensersatzrechts[33]).

Diese Beispiele können beliebig vermehrt werden.

Wenn auf dem Gebiet der nationalen Rechtsordnungen das Gewohnheitsrecht mit dem staatlichen Gesetzgeber konkurriert, so ist dagegen auf dem Gebiet des Völkerrechts ein Gesetzgeber überhaupt nicht vorhanden.

Innerhalb der Völkergemeinschaft ist nichts zu finden, was als staatlicher Aufbau dieser Gemeinschaft angesprochen werden könnte; daher fehlt hier die Integration eines Staatslebens.

Dagegen ist die Integration der Rechtsgemeinschaft hier rein und konkurrenzlos wirksam.[34]) Neben den Staatsverträgen steht daher das Gewohnheitsrecht, d. h. die Bildung von völkerrechtlichen Normen auf Grund der Staatenpraxis, also auf Grund von Entscheidungen, an erster Stelle. Daß die Entscheidungen schon auf Grund von vorher vorhandenen Rechtsnormen ergehen müßten, ist hier niemals gefordert worden und kann gar nicht gefordert werden.[35])

1927); Flechtheim, Die Strukturwandlungen der Wirtschaft u. das Aktienrecht, Bericht an den Enquête-Ausschuß, 1927.

[29]) Vgl. Mazeaud, Le problème des unions des producteurs devant la loi française, 1924.

[30]) Vgl. H. Jsay, Patentges. 4. A. S. 242.

[31]) Enneccerus-Kipp, Bürg. Recht 1, 2 (23. A. 1927) S. 175.

[32]) Jul. L. Seligsohn in der Festgabe f. d. RPA. 1927 S. 209 ff.

[33]) H. Jsay, Patentges. 4. A. S. 109 ff., 514 ff.

[34]) Vgl. oben S. 236.

[35]) Daher verlangt das RG. als Staatsgerichtshof nicht, wie für das innerstaatliche Gewohnheitsrecht, daß die Übung erfolge, weil

Die Normen werden hier, wie bei jedem Gewohnheitsrecht, entweder von den völkerrechtlichen Gerichten oder der Völkerrechtswissenschaft formuliert.

3. Abschnitt.

Die Rechtsprechung.

Die Frage, ob die Rechtsprechung eine „Rechtsquelle" im üblichen Sinne, d. h. eine Quelle von Rechtsnormen, ist, ob sie also — ebenso wie Gesetz und Gewohnheitsrecht — Rechtsnormen schaffen kann, wird in der Literatur des kontinentalen Rechts verschieden beantwortet.

Diese Unsicherheit liegt an dem Mangel einer klaren Unterscheidung zwischen Rechtsnorm und Entscheidung, der eine entsprechend klare Fragestellung verhindert — so wird der Gerichtsgebrauch meist als Unterfall des Gewohnheitsrechts behandelt[1]) —, und an der Überschätzung der Bedeutung der Rechtsnormen.

Wie schon früher dargelegt ist (oben S. 161 ff.), entsteht auf dem Gebiet des Verkehrsrechts die Entscheidung nicht aus einer Norm, sondern wird erst nachträglich an Normen kontrolliert und von einer Norm abgeleitet — von einer vorhandenen oder, bei deren Fehlen, von einer neu zu schaffenden Norm.

Unter den vorhandenen Normen kommen außer den Normen der Gesetze und des Gewohnheitsrechts auch die in früheren richterlichen Entscheidungen neu formulierten

---

sie als durch eine Norm gefordert angesehen wird, sondern läßt für das völkerrechtliche Gewohnheitsrecht die tatsächliche Übung genügen; vgl. z. B. Staatsgerichtshof v. 6. u. 7. 7. 28, RGZ. **122** 1* (betr. die Hoheitsrechte in der Lübecker Bucht).

[1]) Vgl. z. B. Huber, Recht u. Rechtsverwirklichung S. 437; Somló, Jur. Grundlehre S. 355. Ähnlich Geny, Méthode d'interprétation S. 392 ff. Oben S. 237 Anm. 26.

Normen in Betracht. Sie sind mit dem Gewohnheitsrecht begrifflich nicht identisch; denn die Normen des letzteren gründen sich nicht nur auf richterliche Entscheidungen[2]), und umgekehrt braucht die in einer richterlichen Entscheidung formulierte Norm gar nicht aus einer Übung, d. h. aus einer Reihe von Entscheidungen, sondern kann lediglich aus der einen, nämlich der vorliegenden Entscheidung, abgeleitet sein.

Zu den durch die Rechtsprechung geschaffenen Normen gehört also auch die neu geschaffene Norm, die beim Fehlen vorhandener Normen vom Richter aufgestellt wird.

Die Aufstellung einer neuen Norm erfordert eine geistige Mehrleistung gegenüber der bloßen Entscheidung unter Berufung auf das Rechtsgefühl. Denn es ist für den Richter als Normsetzer, nicht anders als für den Gesetzgeber[3]) (oben S. 203), erforderlich, die neue Norm auf ihre Allgemeingültigkeit zu prüfen, d. h. darauf, ob sie auch für andere Fälle, die unter den Normtatbestand fallen, die richtige Regelung gibt, sowie ferner, sie auf ihre Widerspruchslosigkeit mit dem vorhandenen Normensystem zu prüfen. Vgl. unten das 5. Kap. II 7. Auch birgt die Aufstellung der Norm eine Gefahr, auf die in der anglo-amerikanischen Literatur[4]) hingewiesen wird, nämlich die, dem Sachverhalt des zu entscheidenden Falles der neu formulierten Norm zuliebe Gewalt anzutun, d. h. Merkmale des lebendigen Falles außer acht zu lassen, um ihn unter die Norm bringen zu können.

Indessen muß diese geistige Mehrleistung vom Richter verlangt werden. Zunächst zu seiner eigenen Kontrolle, nämlich um seine Entscheidung wahrhaft auf ihre Allgemeingültigkeit (Normativität) hin prüfen zu können.

Sodann aber auch, um die Allgemeingültigkeit seiner

[2]) Oben S. 237 Anm. 26.

[3]) Darauf, daß der Richter bei der Bildung neuer Normen in gewisser Beziehung ungünstiger gestellt ist als der Gesetzgeber, wird später noch einzugehen sein; 5. Kap. 2. Abschn. (Die Technik der Rechtsprechung) unter 7.

[4]) Roscoe Pound, The theory of judicial decision, Harvard Law Review **36** (1923) 941.

Entscheidung nach außen hin klar in Erscheinung treten zu lassen, ein Punkt, der für die Autorität der Rechtsprechung von größter Bedeutung ist.

Endlich, um für zukünftige Fälle die Norm seiner Entscheidung als Richtlinie nicht verlorengehen zu lassen.

Für den englischen und den amerikanischen Richter besteht nach common law die Verpflichtung, die Norm (law) anzugeben, nach der er den zu entscheidenden Fall beurteilt hat, und sie also, wenn er sie nicht einer früheren Entscheidung entnehmen konnte, selbst neu zu formulieren[5]).

Für den deutschen Richter der unteren Instanzen wird man eine gesetzliche Verpflichtung dazu aus den §§ 550, 551 Z. 7 ZPO. entnehmen können, wonach die Gründe der Entscheidung erkennen lassen müssen, ob eine und welche Rechtsnorm „angewendet" worden ist. Aber auch ohne eine gesetzliche Bestimmung ergibt sich diese Verpflichtung aus dem Wesen der Entscheidung, dem Erfordernis ihrer Normativität (oben S. 212).

Seltsamerweise ist eine solche Verpflichtung vielfach gerade für das höchste deutsche Gericht, das Reichsgericht, bestritten worden[6]), allerdings ohne auf die in Betracht kommenden Gesichtspunkte einzugehen.

Dieses Bestreiten verkennt völlig die Notwendigkeit und die Bedeutung der Normativität der Entscheidung, es verkennt darüber hinaus aber auch die Aufgabe des Reichsgerichts, die in der Wahrung der Rechtseinheit liegt.

Es mag genügen, hier die Worte eines der bedeutendsten Richter, die dem Reichsgericht angehört haben, Adalbert Düringers[7]), anzuführen:

> „man muß eine rechtsschöpferische Funktion der Rechtsprechung nicht nur für den konkreten Fall und unter den Beteiligten, sondern auch über den Prozeß hinaus anerkennen. Und in dieser letzteren Richtung übt sie «eine gesetzgeberische Funktion». In ihr

---

[5]) Vgl. Roscoe Pound a. a. O. S. 940 ff.

[6]) Mittelstaedt, Gew. Rsch. **33** (1928) 206; Junck ebenda 209; ebenso Weinmann ebenda 428.

[7]) Richter und Rechtsprechung, 1909 S. 19.

liegt auch der Schwerpunkt und die Bedeutung der reichsgerichtlichen Judikatur".

Düringer verweist hierfür noch auf die Verhandlungen des Reichstags über den Sitz des Reichsgerichts, bei denen die gesetzgeberische Funktion der reichsgerichtlichen Judikatur besonders betont wurde (Reichstags-Drucks. I. Session 1877 Nr. 62).

Wenn § 136 GVG. und § 28 Abs. 2 FGG. von der Entscheidung „einer Rechtsfrage" als Gegenstand der richterlichen Entscheidung sprechen, so setzen sie voraus, daß die Entscheidung hier eine Norm ausgesprochen hat.

Den gleichen Standpunkt wie Düringer vertritt auch der damalige Hamburger Oberlandesgerichtsrat A. N. Zacharias[8]): „Das Reichsgericht soll seine Entscheidungsgründe nicht nur für die Parteien, sondern — vielleicht sogar in erster Linie — für die ganze deutsche Juristenwelt schreiben."

Ebenso der große österreichische Jurist Josef Unger[9]).

Auch der Schöpfer des Schweizer Zivilgesetzbuches, Eugen Huber, hat dieselbe Auffassung für jeden Richter, auch den der höchsten Instanz, vertreten[10]).

Entsprechend ist die Verpflichtung des Richters, beim Fehlen einer vorhandenen Norm seinerseits die zur Begründung seiner Entscheidung dienende neue Norm aufzustellen, in Art. 1 des Schweiz. ZGB. ausdrücklich formuliert worden:

> „Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde."

Der Art. 1 hat allgemeine Zustimmung, auch in Deutschland, gefunden.

---

[8]) Gedanken eines Praktikers usw. 1910 S. 22.

[9]) DJZ. 1906 S. 786 Nr. 1.

[10]) Recht u. Rechtsverwirklichung S. 355. Vgl. auch Max Gmür, Anwendung des Rechts usw. S. 75.

Den gleichen Standpunkt wie Huber vertritt ferner Hans Reichel[11]).

Die Annahme, daß durch die Aufstellung einer neuen Norm in der Entscheidung die Rechtssicherheit gefährdet würde[12]), erscheint in keiner Weise begründet.

Dem Widerspruch gegen eine Angabe der Norm durch den Richter liegt übrigens vielfach ein Mißverständnis zugrunde. Jede Norm ist abstrakt gefaßt, aber der Grad der Abstraktheit kann verschieden sein. Es gibt engere und weitere Begriffe und damit engere und weitere Normen. Die Norm, deren Angabe nach den vorstehenden Ausführungen vom Richter verlangt wird, ist nur die Norm, die sich unmittelbar aus der Entscheidung ableiten läßt. Dagegen ginge es über die Aufgaben des Richters hinaus, wenn er eine allgemeinere Norm formulieren wollte, also eine solche, die für die Begründung des entschiedenen Falles nicht erforderlich ist und welche Fälle umfassen würde, deren Entscheidung noch gar nicht in Frage stand.

Eine solche für die getroffene Entscheidung unnötig weite Norm zu formulieren, ist allerdings nicht die Aufgabe des Richters. Das Gericht ist in der für die Abfassung der Entscheidungsgründe zur Verfügung stehenden Zeit nicht in der Lage, zu übersehen, ob eine allgemein gefaßte Norm wirklich für alle darunter fallenden Tatbestände die gerechte und zweckmäßige Regelung gibt. Ist das nicht der Fall, so muß das Gericht bei der nächsten Gelegenheit die Norm widerrufen oder ändern, und eine schnell aufeinanderfolgende Aufstellung und Zurücknahme von Normen bringt das Gefühl der Rechtsunsicherheit hervor und schädigt das Ansehen des Gerichts.[13]) Noch schlimmer ist es, wenn das Gericht später, um die einmal von ihm aufgestellte Norm

---

[11]) Gesetz u. Richterspruch, 1915 S. 10.

[12]) So W. Goldbaum, Gew. Rsch. **32** (1927) 781 ff.; gegen ihn H. Jsay daselbst S. 863 ff.

[13]) Vgl. hierzu Wildhagen, Der bürg. Rechtsstreit, 1912 S. 111; wenn W. hier schlechthin vor „abstrakten" Sätzen in der Begründung warnt, so ist das nach dem oben Gesagten dahin zu verstehen, daß zu weit gefaßte abstrakte Sätze gemeint sind.

aufrechterhalten zu können, zu einer gekünstelten Auslegung greift.

Die Bedeutung dieser von dem Richter geschaffenen Normen ist in den verschiedenen Ländern verschieden.

In England ist die Bindung der Rechtsprechung an sie sehr stark[14]), in den Vereinigten Staaten schwächer, aber immer noch erheblich größer als auf dem europäischen Kontinent.[15])

In Deutschland ist eine Bindung nur für die Senate des Reichsgerichts an die Entscheidungen der anderen Senate und — auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit — der Oberlandesgerichte an die Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte gesetzlich vorgeschrieben (§ 136 Abs. 1 ZPO., § 28 FGG.), also nicht an die eigenen; die Bindung ist keine absolute, sondern besteht darin, daß im Fall der Absicht, von einer früheren Entscheidung abzuweichen, von den Senaten des RG. dessen Plenum, von den Oberlandesgerichten das RG. angerufen werden muß.

Eine Bindung der unteren Gerichte an die Entscheidungen des RG. besteht nicht. Aber der Richter wird von den in früheren Entscheidungen des RG. aufgestellten Normen nicht ohne strengste Prüfung abweichen, so daß also eine solche Abweichung praktisch nicht gerade häufig ist.

Sie kommt aber vor und veranlaßt dadurch das RG., seinerseits in eine Nachprüfung seiner früheren Ansicht einzutreten, und nicht selten, sie aufzugeben.

Die Bedeutung richterlicher Normen für spätere Entscheidungen ist also nicht so groß wie die gesetzlicher Normen — aber doch eine sehr große. Huber[16]) nennt den Gerichtsgebrauch wegen der Zulässigkeit dieser Nachprüfung eine „bedingte" Rechtsquelle — im Gegensatz zu Gesetz und Gewohnheitsrecht, bei denen er ein Nach-

[14]) Jedes Gericht ist an die Entscheidungen höherer oder in gleichem Rang stehender Gerichte gebunden; aber auch das House of Lords fühlt sich an eine in wiederholten Entscheidungen unterer Gerichte ausgesprochene Norm gebunden; vgl. oben S. 171.

[15]) Benjamin N. Cardozo, The Nature of the Judicial Process, New Haven 1925 S. 158.

[16]) A. a. O. S. 445.

prüfungsrecht des Richters verneint. Nach der hier (oben S. 213 ff.) vertretenen Auffassung, die dieses Prüfungsrecht bejaht, ist ein wesentlicher Unterschied zwischen gesetzlichen und richterlichen Normen nicht anzuerkennen.

Die durch die Rechtsprechung geschaffenen Normen haben vor den gesetzlichen den Vorzug einer größeren Beweglichkeit, einer schnelleren Anpassungsfähigkeit an die Bedürfnisse des Verkehrs voraus. Das ist der Grund, weshalb mitunter die gesetzliche Regelung eines bestimmten Gebietes vermieden wird, so lange die Rechtsprechung auf diesem Gebiete sich als fruchtbar und verständnisvoll erweist.

4. Abschnitt.

Die freie Forschung.

An letzter Stelle bleibt die Frage zu erörtern, ob die freie wissenschaftliche Forschung, also die Rechtswissenschaft, als Quelle von Rechtsnormen anzuerkennen ist, d. h. ob sie selbständig Rechtsnormen schaffen kann, und welches die Bedeutung dieser von der Wissenschaft aufgestellten Rechtsnormen ist.

Es handelt sich hier um Rechtsnormen, nicht um Entscheidungen.

Das zu betonen, ist um deswillen nicht unnötig, weil die Tätigkeit des Rechtsgelehrten nicht nur dahin führt, Normen zu entwickeln, sondern auch Rechtsgutachten über konkrete Fälle d. h. Entscheidungen abzugeben.

Die Institutionen Justinians zählen zu dem jus scriptum auch die responsa prudentium, und diese responsa waren entweder sententiae oder opiniones[1]).

[1]) §§ 3, 8 Inst. 1. 2. Vgl. Gaj. Inst. 1 § 7. Allerdings waren die juris consulti, denen vom Kaiser das jus respondendi verliehen war, nicht eigentlich freie Forscher in dem hier gemeinten Sinne.

Ebenso haben die Rechtsfakultäten der deutschen Fakultäten in anhängigen Streitigkeiten Gutachten abgegeben, nachdem ihnen die Akten des Prozesses übersandt waren.

Um diese Seite der Tätigkeit der Rechtsgelehrten handelt es sich hier nicht; die Fällung von Entscheidungen ist keine rein wissenschaftliche Tätigkeit, sie ist richterliche Tätigkeit. Daß zu ihrer „Begründung" eine wissenschaftliche Denkweise nötig ist, macht die Entscheidung selbst nicht zu einer rein wissenschaftlichen. Die Sache liegt übrigens bei der Begründung richterlicher Urteile nicht anders.

Als Methoden, nach denen die freie wissenschaftliche Forschung Rechtsnormen entwickeln könne, finden sich in der Literatur die folgenden:

1. die Ableitung aus richterlichen Entscheidungen,
2. die Ableitung aus selbstgefällten Entscheidungen von als möglich vorgestellten (hypothetischen) Einzelfällen,
3. die Ableitung aus allgemeinen rechtlichen Prinzipien, die ihrerseits wieder aus Entscheidungen oder Rechtsnormen gewonnen sind[2]),
4. die reine „Anschauung",
5. die wissenschaftliche Verarbeitung der Gegebenheiten des Rechtslebens.

Die beiden letztgenannten Methoden können hier vorab kurz besprochen werden.

Die Methode zu 4 wird von A. Reinach[3]) vertreten: sie kann, wie früher[4]) dargelegt, nicht zu brauchbaren Rechtsnormen führen.

Die Methode zu 5 ist von Geny entwickelt worden; aber auch sie kann keine Rechtsnormen ergeben, und wenn Geny selbst ein Beispiel gibt, wie man auf diesem Wege zu Rechtsnormen gelangen könne[5]), so beruht es auf Selbst-

[2]) Z. B. von E. Zitelmann in seinem Internat. Privatrecht.
[3]) A. Reinach, Apriorische Grundlagen des bürg. Rechts.
[4]) Oben S. 43.
[5]) Geny, Science et Technique en droit privé positif, 2. Teil: Élaboration scientifique, 1915 S. 351 ff.

täuschung, wenn er annimmt, er habe die Ergebnisse lediglich auf diesem Wege und nicht auf dem Wege über vorgängige Entscheidungen erhalten.

Auch die Methode zu 3 liefert für sich keine brauchbaren Ergebnisse; vielmehr ist es zur Gewinnung verwertbarer Normen notwendig, sie aus Entscheidungen abzuleiten, wenn man sie nachträglich auch an allgemeinen „Prinzipien", d. h. allgemeinen Normen kontrolliert und als aus ihnen abgeleitet erklärt.

Eine unbefangene Prüfung ergibt, daß überall in Wahrheit die Entscheidungen die Grundlage der Normen bilden.

Die Methoden zu 1 und 2 sind die gleichen wie die, welche oben (S. 204) bereits für die Normengewinnung durch den Gesetzgeber erörtert worden sind.

Da also die Methode an sich keine Verschiedenheit zeigt, so fragt es sich, welche Bedeutung der Unterschied in der Person des Urhebers hat.

Nach der Ansicht, welche die Normen des Gesetzes für den Richter bindend sein läßt, ist der Unterschied natürlich sehr groß. Denn eine Bindung des Richters an die von der freien Forschung gefundenen Normen kann nicht in Frage kommen.

Anders nach der hier vertretenen Ansicht.

Die Bedeutung der Normen für die Entscheidung besteht grundsätzlich darin,

1. daß der Richter seine Entscheidung an den vorhandenen Normen kontrolliert,
2. daß er sie zur „Begründung" seiner Entscheidung verwendet.

Für diese Kontrolle und diese Begründung sind die von der Rechtswissenschaft aus Entscheidungen entwickelten Normen ebenso brauchbar wie die vom Gesetzgeber aufgestellten. Gebunden ist der Richter an die einen grundsätzlich so wenig wie an die anderen, wenn auch eine offene Abweichung von gesetzlichen Normen aus den früher dargelegten Gründen (oben S. 224 ff.) sehr viel seltener sein muß. Tatsächlich werden die Normen, die in der rechts-

wissenschaftlichen Literatur entwickelt sind, von den deutschen Gerichten in weitem Umfang herangezogen.

Regelmäßig allerdings nur, soweit diese Normen nicht mit gesetzlichen Normen in Widerspruch stehen. Im Fall eines Widerspruchs ist die Frage für den Richter die gleiche wie bei dem Widerspruch seines Rechtsgefühls oder seiner praktischen Vernunft mit dem Gesetz: sein Staatsgefühl wird ihn in diesem Falle zu einer ganz besonders sorgfältigen Prüfung veranlassen (vgl. oben S. 225).

Zu dieser Tätigkeit, der Entwicklung von Normen aus Entscheidungen, ist die freie Wissenschaft ganz besonders berufen. Ihre ganze Arbeit ist auf die systematische Durchdringung des Rechtsstoffs gerichtet, und sie ist gewohnt, die ideale Einheit der Rechtsordnung im Auge zu behalten. Sie sieht daher in den Normen nicht nur die Besonderheit, sondern auch das Allgemeine, sieht in ihnen die Bausteine des Systems, die Elemente der großen Rechtseinrichtungen. So hält sie bei der Herausarbeitung der Normen stets den Blick auf das Ganze der Rechtsordnung gerichtet, während sie zugleich mit wissenschaftlicher Gründlichkeit und Genauigkeit auch das Kleine und Kleinste nicht aus dem Auge verliert.

Eine Rechtsprechung, die die Ergebnisse wissenschaftlicher Forschung nicht verwerten wollte, würde sich damit einer wertvollen Hilfe berauben und darüber hinaus Gefahr laufen, ins Handwerksmäßige zu verfallen.

Eugen Huber, der Schöpfer des Schweiz. ZGB., hat in seinem Buche „Recht und Rechtsverwirklichung" (S. 445) die „bewährte Lehre" als „bedingte Rechtsquelle" bezeichnet.

Unter „bewährter" Lehre versteht er (S. 442) eine solche, die sich bei der Nachprüfung durch den Richter bewährt.

Indessen ist das keine Besonderheit der Normen der freien Forschung. Auch alle anderen Normen müssen sich bei der Nachprüfung durch den Richter bewähren.

Die Auffassung von Huber hat zunächst in Art. 1 Abs. 2 des von ihm geschaffenen Schweiz. ZGB. ihren ge-

setzgeberischen Ausdruck gefunden: Der Richter wird hier angewiesen, wenn er keine gesetzliche Norm finden kann, der „bewährten" Lehre zu folgen.

Offensichtlich in Anlehnung an Art. 1 ist eine inhaltlich gleiche Bestimmung in Art. 38 Z. 4 des Statuts der Cour permanente de justice internationale und dann, wörtlich gleichlautend mit Art. 1 ZGB., in den deutsch-schweiz. Schiedsgerichts- und Vergleichs-Vertrag v. 3. Dezember 1921 und die diesem nachgebildeten späteren Verträge (oben S. 180) aufgenommen worden.

4. Kapitel.

Die Rechtsgemeinschaft.

1. Abschnitt.

Die Rechtsgemeinschaft im allgemeinen.

1.

Die Gemeinschaft, innerhalb deren die Regelung der aus der Gemeinschaft entstehenden Beziehungen durch das Recht, d. h. durch das Rechtsgefühl und die praktische Vernunft (vgl. das 2. Kapitel) erfolgt, ist als Rechtsgemeinschaft[1]) bezeichnet worden.

Die ideale Rechtsgemeinschaft bedeutet, daß diese Rege-

[1]) F. Somló (Jur. Grundlehre S. 253) hat vergeblich nach einer solchen Bezeichnung gesucht. Der Name „Rechtsgesellschaft" ist von ihm erwogen, aber — mit Recht — nicht für brauchbar gehalten worden. Er nennt daher jede Rechtsgemeinschaft „Staat"; damit wird aber dieser Begriff so verwässert, daß er zu Mißverständnissen führen muß. Bei J. Binder, Philos. des Rechts (S. 432) hat die „Rechtsgemeinschaft" Zwangscharakter und tritt dem Einzelnen schon als Macht und Einheit gegenüber, ist also schon als „Staat" gedacht. Dieser Begriff der Rechtsgemeinschaft würde z. B. auf die Völkergemeinschaft nicht passen. Von A. Verdross wiederum wird als Rechtsgemeinschaft nur „eine durch Rechtsnormen begründete Gemeinschaft" bezeichnet (Verfassung der Völkerrechtsgemeinsch., 1926 S. 4), und die gleiche Auffassung findet sich bei allen Schriftstellern, die nicht von der „Völkergemeinschaft", sondern der „Völkerrechtsgemeinschaft" sprechen.

lung nur durch das Recht, also unter Ausschluß der dem Einzelnen von Natur nächstliegenden Kampfmittel, Gewalt (physische, geistige, wirtschaftliche Gewalt) und List, erfolgt. Indessen ist dieses Ideal wie jedes Ideal nur das Ziel, das vollkommen niemals zu erreichen ist.

Der Mensch hat, soweit die Erfahrung und die geschichtliche Überlieferung lehrt, immer in Gemeinschaften gelebt; was übrigens auch für viele Tiere zutrifft.[2]) Diese natürlichen Gemeinschaften[3]) werden zu Rechtsgemeinschaften erst dann, wenn die durch das Zusammenleben entstehenden Beziehungen nicht mehr bloß auf dem natürlichen Wege, d. h. durch Gewalt oder List, sondern durch die Gemeinschaft im ganzen oder durch den Führer nach Rechtsgefühl und praktischer Vernunft geregelt werden.

Alle Gemeinschaften, denen dies Merkmal fehlt, sind keine Rechtsgemeinschaften.

Also nicht die Familie der Urzeit,[4]) nicht Beutegenossenschaften, auch wenn sie unter einem Führer stehen, z. B. räuberische Stämme, die unter straffer Führung ihre Raubzüge unternehmen, nicht geschlossene militärische Verbände, die zu kriegerischen Unternehmungen vereinigt sind (wie die Kreuzfahrer, die Heerhaufen der Kondottieri der Renaissance, des 30jährigen Krieges), erst recht nicht organisierte Räuberbanden.[5])

---

[2]) P. Deegener, Die Formen der Vergesellschaftung im Tierreiche, Leipzig 1918.

[3]) Vgl. F. Tönnies, Gemeinschaft u. Gesellschaft, 4. A. S. 8 ff.

[4]) In der überall im ältesten Recht die Willkür des Vaters über die Legitimität des Kindes, welches ihm von Frau, Kebse, Sklavin geboren wird, entscheidet; vgl. Max Weber, Ges. Aufs. z. Sozial- u. Wirtschaftsgeschichte, 1924 S. 194.

[5]) Laun, Recht u. Sittlichk., 1925 S. 9 ff. und Reichel, Einleitungsart. d. Schweiz. ZGB., Festg. f. Stammler S. 293 (S.A. S. 13) erklären für die letzteren die Annahme eines wenigstens formalen Rechtsstaats für möglich. Noch weiter geht Erich Kaufmann, Wesen des Völkerrechts u. die clausula rebus sic stantibus, 1911 S. 133: „jeder Privatvereinigung usw. muß eine ihrem Wesen entsprechende Rechtsordnung ebenso eigentümlich sein wie dem Staate und der Räuberbande." Eine dem Wesen einer Räuberbande entsprechende „Rechtsordnung" gibt es nicht. Ebenso auch nicht

Auch Religionsgemeinschaften sind als solche keine Rechtsgemeinschaften in dem hier verstandenen Sinne, weil insoweit nicht das Recht, sondern die Religion die regelnde Macht ist.

Anders dagegen, soweit es sich um das weltliche, d. h. nichtreligiöse Leben der Gemeinschaft handelt, also die Verwaltung ihrer äußeren Angelegenheiten, die Ausbildung und Ernennung ihrer Funktionäre, die Beitragsleistungen ihrer Mitglieder usw. Art. 137 RV. spricht den „Religionsgesellschaften" das Recht zur Ordnung und Verwaltung ihrer Angelegenheiten zu. Insoweit sind sie Rechtsgemeinschaften.

Die Anerkennung der katholischen Kirche als Rechtsgemeinschaft schlechthin würde notwendig den ganzen Streit um den Primat zwischen Staat und Kirche aufrollen, der auf Grund der Zweischwerter-Lehre das staatliche Leben Deutschlands vom Mittelalter bis in unsere Tage hinein gehemmt und gefährdet hat.[6])

Die Rechtsgemeinschaft ist nicht etwas Gewordenes, Ruhendes. Die rein statische Betrachtung einer menschlichen Gemeinschaft[7]) muß zu ihrer Atomisierung, zur Auf-

---

für sie einen „Rechtsstaat", auch wenn man ihn als „formal" bezeichnet. Bloße Form ist kein „Recht".

[6]) Schlechthin bejaht wird die Eigenschaft der katholischen Kirche als Rechtsgemeinschaft von Geny, Science et Technique en droit privé positif, 1 (1914) 59 ff., und natürlich von der katholischen Rechtsphilosophie; schlechthin verneint von Jhering, Zweck i. Recht, 1 319 ff.; Sohm, Kirchenrecht 1 (1892) 3 ff.; U. Stutz, Kirchenrecht in Holtzendorff Enzyklop. d. RW. 1904, 2 905; Max Wenzel, Veröff. d. Verein. dtsch. Staatsrechtsl. 4 (1928) 139. Auf das rein tatsächliche Machtverhältnis zwischen Staat u. Kirche stellen ab: E. Kaufmann, Wesen des Völkerrechts usw. S. 154 ff.; Somló, Jur. Grundlehre S. 174 ff.

[7]) Der Gegensatz von dynamischer und statischer Betrachtung gibt für die menschlichen Gemeinschaften einen guten Sinn. Er ist z. B. von H. Cohen für den Gegensatz zwischen Gesellschaft und Staat verwertet worden (Ethik des reinen Willens, 3. A. 1921 S. 41), wenn er auch gerade hier nicht zutrifft, da für die Erkenntnis des Wesens des Staates die statische Betrachtung nicht ausreicht. Vgl. R. Smend, Verfassung u. Verfassungsrecht, 1928 S. 19 Anm. 1.

Entschieden muß aber gegen die Versuche Widerspruch erhoben werden, den Gegensatz zwischen ganzen Rechtssystemen auf diese

lösung in ihre Bestandteile führen. Diese Betrachtungsweise ist nicht imstande, das Wesen jeder überindividuellen Verbundenheit, die Einheit in der Vielheit zu erkennen. Rein statisch gesehen ist die Gemeinschaft nichts als die Summe ihrer Mitglieder, liegt das Leben lediglich in den Einzelpersönlichkeiten.

Das Wesen der Gemeinschaft liegt in ihrem Wirken, in dem Gegen- und Miteinander der Mitglieder, in ihren geistigen Lebensäußerungen, die nicht in der Ruhelage, sondern nur als in ständiger Bewegung, in stetem Fluß befindlicher Kreislauf die Einheit der Gemeinschaft, ihre überindividuelle Persönlichkeit, ihre geistige Realität erkennen lassen.[8])

Formel zu bringen, die für ihn völlig inkommensurabel ist. So hat Spengler, Untergang des Abendlandes, **2** 97 ff. mit ihr den Gegensatz zwischen dem römischen und dem modernen Recht ausdrücken zu können geglaubt, und hat damit sogar bei Juristen Anklang gefunden; vgl. J. Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, 1925 S. 227 ff. (der den Satz Spenglers sogar seinem ganzen Buch als Motto vorangesetzt hat); E. Rosenstock, Vom Industrierecht, 1926 S. 16; Müller, Arch. f. R. u. WPh. **20** (1927) 529 ff.; Hans Fehr, Recht und Wirklichkeit, 1928 S. 99 ff.; L. Bendix, Berliner Anwaltsblatt, 1928, Heft 3 S. 14. Vgl. dagegen H. Jsay, Arch. f. R. u. WPh. **20** 623 ff.; Berl. Anwaltsbl. 1928, Heft 4 S. 8; M. Rümelin, A. f. ziv. Pr. N. F. **9** (1928) 359. H. Kelsen will mit jener Formel den Unterschied zwischen dem Naturrecht und dem positiven Recht kennzeichnen: das erstere stelle ein statisches, das letztere ein dynamisches System dar; vgl. Kelsen, Die philos. Grundlagen der Naturrechtslehre u. des Rechtspositivismus, 1928 S. 18 ff. Er will damit den Gedanken ausdrücken, daß die Normen des Naturrechts sich aus der Grundnorm „entfalteten", ohne daß es eines sie erst erzeugenden Normsetzungsaktes bedürfte, während die dem positiven Recht zugrunde liegende „Grundnorm" sich darauf beschränke, einen bestimmten menschlichen Willen zur Setzung von Normen zu ermächtigen. Selbst wenn diese Auffassung richtig wäre — daß sie es nicht ist, ergeben die Ausführungen dieser Schrift —, so würde für sie der Gegensatz von Statik (der Lehre vom Gleichgewicht der Kräfte) und Dynamik (Lehre von ihren Bewegungen) kein zutreffendes Bild ergeben.

[8]) Vgl. namentlich Th. Litt, Individuum u. Gemeinschaft, 3. A. 1926 S. 234 ff., 379 ff.

Rudolf Smend[9]) hat für die staatliche Gemeinschaft diesen Vorgang als ihre „Integration" bezeichnet. Der Staat „ist überhaupt nur vorhanden in diesen einzelnen Lebensäußerungen, sofern sie Betätigungen eines geistigen Gesamtzusammenhanges sind, und in den noch wichtigeren Erneuerungen und Fortbildungen, die lediglich diesen Zusammenhang selbst zum Gegenstande haben. Er lebt und ist da nur in diesem Prozeß beständiger Erneuerung, dauernden Neuerlebtwerdens; er lebt, um Renans berühmte Charakterisierung der Nation auch hier anzuwenden, von einem Plebiszit, das sich jeden Tag wiederholt".

Diese Kennzeichnung trifft nicht nur für den Staat, sondern für jede menschliche Gemeinschaft zu. Sie existiert nur durch und in ihren Integrationen. Das gilt auch für die Rechtsgemeinschaft, die — wie gleich näher darzulegen sein wird — nicht mit dem Staat identisch ist[10]).

2.

Um volle Einsicht in das Wesen von Rechtsnorm und Entscheidung zu gewinnen, ist es erforderlich, noch näher, als es bisher geschehen ist, auf bestimmte Beziehungen der Rechtsgemeinschaft einzugehen.

Und zwar derjenigen Rechtsgemeinschaft, welche sich auf der Grundlage der Nation aufbaut. Die Nation ist ja gleichzeitig auch die Grundlage einer anderen Gemeinschaft, nämlich des Staates, von welchem Normen und Entscheidungen ausgehen.

Es bedarf daher der vollen Klarstellung des Verhältnisses der nationalen Rechtsgemeinschaft zum Staate.

Innerhalb und unter der nationalen Rechtsgemeinschaft gibt es noch eine größere Menge engerer und kleinerer Rechtsgemeinschaften, deren Mannigfaltigkeit und deren

[9]) Verfassung u. Verfassungsrecht, 1928 S. 18.

[10]) Smend a. a. O. S. 98 ff.

Einfluß auf das Rechtsleben durch die Forschungen Otto Gierkes[11]) in helle Beleuchtung gerückt worden sind.

Indessen treten sie an Bedeutung für unsere Frage hinter der Nation als Rechtsgemeinschaft zurück, weil nur bei dieser die personale Grundlage die gleiche ist wie die des Staates, weil also nationale Rechtsgemeinschaft und Staat den gleichen personalen Umfang haben und daher notwendig miteinander in Konkurrenz treten müssen.

Neben der nationalen Rechtsgemeinschaft kommt noch für eine andere Rechtsgemeinschaft die Klarstellung ihrer Beziehungen zum Staate in Betracht, nämlich für die übernationale Gemeinschaft, die Völkergemeinschaft, deren personaler Umfang zwar über den des Staates hinausgeht, die aber gerade deshalb mit dem Staate ebenfalls in Konkurrenz treten und somit auch mit ihm in Kollision geraten muß.

Die Entwicklung der Völkergemeinschaft zur Rechtsgemeinschaft ist noch im Fluß begriffen. So sehr, daß ihre Anerkennung als wahre Rechtsgemeinschaft sich — trotz oder wegen des Weltkrieges — in der Wissenschaft noch nicht allgemein durchgesetzt hat.

2. Abschnitt.

Recht und Staat.

1.

Um den Bedeutungsgehalt des Begriffes „Staat" festzustellen, wird man, wie bei allen Kulturerscheinungen, zunächst von seinem „vorwissenschaftlichen" Begriff ausgehen müssen. Der letztere versteht unter einem „Staat" eine Ge-

[11]) Unter denen sein vierbändiges Werk „Das deutsche Genossenschaftsrecht", 1868 ff. für diese Fragen an erster Stelle steht.

meinschaft, in welcher die Konzentration der Macht und die Verteilung der Macht stabilisiert sind. In diesem Sinne spricht man auch von einem Bienenstaat, einem Ameisenstaat. Welcher Art die Machtverteilung ist, spielt keine Rolle. Die Macht kann in den Händen eines Herrschers oder in denen eines Führers, der Staat also als Herrschaftsstaat oder als Genossenschaftsstaat aufgebaut sein.

Der Herrscher kann wieder ein Einzelner, eine Kaste, eine Klasse, eine Partei sein.

Zum Wesen des Staates gehört also die Macht, die Machtausübung.

Neben dieser formalen Seite seines Wesens hat der Staat als gesellschaftliche Bildung aber noch eine materiale, ein sachliches Ziel, einen Zweck, ein τέλος. Welches dieses ist, darüber ist bis heute keine Einigkeit zu erzielen gewesen. Die eine Richtung sieht den Endzweck des Staates in der Vollendung der sittlichen Einzelpersönlichkeit und mißt den Sinn des staatlichen Lebens an der Erfüllung dieses Ideales, die andere Richtung stellt dem personalen Werttypus einen transpersonalen, den Eigenwert des gesellschaftlichen Lebens gegenüber und will dem Individuum eine Würde nur als Glied der Gemeinschaft zugestehen.

In der deutschen Rechtsphilosophie werden diese beiden Richtungen durch die Namen von Kant und Hegel gekennzeichnet. Vgl. oben S. 127 ff.

Die Rechtsphilosophie des 19. Jh. hat sich damit abgemüht, beide Standpunkte miteinander zu vereinigen.[1])

Ganz gleich, wie man den Endzweck des Staates als menschlicher Gemeinschaft philosophisch formulieren will: in jedem Falle stellt sich der Staat als eine Verbundenheit lebendiger Kräfte mit materialen Zielen dar, und gerade in dem beständigen Gegen- und Zusammenwirken dieser sozialen Kräfte als Betätigung eines lebendigen Zusammenhanges liegt sein Wesen als geistige Wirklichkeit. So er-

[1]) Vgl. Emil Lask, Rechtsphilosophie (in der Festschrift f. Kuno Fischer), jetzt Gesammelte Schriften 1 (1923) 292 ff.

scheint der Staat material als eine „Integration“[2]) dieser lebendigen Kräfte zu einer geistigen Einheit mit inneren und äußeren Zielen der verschiedensten Art auf den verschiedensten Lebensgebieten.

Unter diesem Gesichtspunkt ist auch die Frage zu beantworten, ob das Verbundensein mit einem Gebiet als einem räumlich fest begrenzten Teil der Erdoberfläche für den Staatsbegriff wesentlich erscheint.

Von einem rein formalen Standpunkt aus läßt sich die Frage nicht beantworten. Für eine wirklich reale Lebensgemeinschaft mit Ewigkeitsidee ist jedoch die Verbundenheit mit dem Boden nicht zu entbehren; das Territorium bildet für die gemeinsame Umwelt der vom Staat beherrschten Lebensgemeinschaft das körperliche Korrelat[3]).

Diese Verbundenheit lebendiger Kräfte, als deren Integration der Staat erscheint, äußert sich und fühlt sich als Macht. Das Machtgefühl und der Drang nach Machtbetätigung gehören zum Wesen des Staates; man kann darüber hinaus sagen, nicht nur, daß die Macht zu seinem Wesen gehört, sondern sogar, daß der Staat seinem innersten Wesen nach Macht ist.[4])

Die Erkenntnis dieses innersten Wesens des Staates erscheint literarisch zuerst bei Macchiavelli[5]) und von

---

[2]) Vgl. oben S. 255.

[3]) Vgl. M. Scheler, Formalismus S. 580; H. Heller, Souveränität, 1927 S. 83; Smend, Verfassung u Verfassungsrecht, 1928 S. 53 ff.; Somló, Jur. Grundlehre S. 254. Abweichend L. Waldecker, Allg. Staatslehre, 1926 S. 480 ff.

[4]) Vgl. Max Weber, Wirtsch. u. Gesellschaft (1922) S. 29 ff. — Bei Erich Kaufmann, Wesen des Völkerrechts usw., 1911 S. 152 ff. wird die Idee des Staates nicht genügend von der des Rechtes getrennt, so daß er den Krieg nicht nur unter dem Gesichtspunkt der Bewährung des Staatsgedankens, sondern auch unter dem der Bewährung des Rechtsgedankens sieht.

[5]) Von Macchiavelli ist auch die Bezeichnung „status“ an Stelle der bis dahin üblichen (res publica) zuerst in die Literatur eingeführt worden; vgl. L. Waldecker, Allg. Staatslehre, 1926 S. 202.

ihm beeinflußt bei Bacon[6]), der in seinen verschiedenen Schriften im Staat das naturhafte Machtwesen schildert, das nach außen als expansiver Machtstaat, nach innen als absoluter Herrschaftsstaat sichtbar wird.

Damit ist der Staatsbegriff gegeben. Kein wesentliches Erfordernis ist, daß der Staat eine Rechtsgemeinschaft ist. Auch eine orientalische Despotie ist, wenn die Macht stabilisiert ist, als Staat zu bezeichnen; auch das Reich Tamerlans war ein Staat, auch das Jwans des Schrecklichen und Peters des Großen.[7]) Das gilt also auch dann, wenn das Rechtsgefühl für die Lebensfunktionen dieses Staates, die Ordnung seiner inneren Verhältnisse keine Rolle spielt. Ein menschlicher Verband kann also ein Staat sein, auch wenn die Regelung der Gemeinschaftsverhältnisse nicht an der Rechtsidee orientiert ist.

Demgegenüber ist für die Rechtsgemeinschaft lediglich dieses letztere Merkmal wesentlich, nicht dagegen das Merkmal der Macht. Eine Rechtsgemeinschaft kann bestehen und besteht auch, ohne daß eine Machtkonzentration und Machtverteilung innerhalb der Gemeinschaft vorhanden und stabilisiert wäre, und ohne, daß eine Machtausübung in Frage käme, z. B. die Völkergemeinschaft.[8])

Es kann also begrifflich ein Staat bestehen, der keine Rechtsgemeinschaft, und eine Rechtsgemeinschaft, die kein Staat ist.[9])

Das gilt aber nicht nur für die Begriffe von Staat und Rechtsgemeinschaft, sondern vor allem auch für ihre geschichtliche Entwicklung. Sie ist für beide völlig getrennt verlaufen. In dieser Hinsicht ist die deutsche Rechtsentwicklung durch die grundlegenden Untersuchungen von

---

[6]) Vgl. hierzu Oskar Kraus, Der Machtgedanke u. die Friedensidee in der Philos. d. Engländer, 1926; Wilhelm Richter, Bacons Staatsdenken in Zsch. f. öff. Recht 7 (1928) 367 ff.

[7]) Vgl. E. Tatarin-Tarnheyden, Staat u. Recht in ihrem begriffl. Verhältnis (1926) S. 57.

[8]) Über die Entbehrlichkeit staatlichen Rechtszwanges vgl. auch M. Weber, Wirtsch. u. Gesellschaft S. 398 ff.

[9]) Ebenso Gierke, Grundbegriffe des Staatsrechts (1915) S. 30 ff.; Tatarin-Tarnheyden S. 66.

Otto Gierke ganz klargestellt.[10]) Das Recht entwickelt sich in den Genossenschaften aller denkbaren Art als Rechtsgemeinschaften, denen der Staat zunächst feindlich gegenübersteht.

Indessen geht die Tendenz von beiden Seiten auf eine Verbindung der beiden getrennten geistigen Provinzen.[11])

Der Staat kann weder auf die Rechtsprechung noch auf die Normsetzung verzichten; er muß zur vollen Entwicklung seiner Lebensmöglichkeiten beide als Staatsfunktionen in Anspruch nehmen.

In anderem Sinne, aber auf das gleiche Ziel gerichtet, zeigt sich die Tendenz von seiten der Rechtsgemeinschaft: sie strebt nach Sicherung und gesicherter Verwirklichung des Rechtes, und diese findet sie vollkommen nur im Staate.

Mit dem Erstarken der Staatsgewalt beginnt überall der Kampf des Staates mit der Rechtsgemeinschaft, der zunächst fast überall mit dem Siege der Staatsgewalt endet. Principis voluntas suprema lex; das Recht wird aus einem Erzeugnis des Rechtsgefühls zu einem Erzeugnis des Staatswillens umgedeutet.

Aber es ist ein Zeichen des Dranges nach kulturellem Aufstieg, wenn dieser Sieg nur ein vorläufiger ist, wenn jetzt erst der wahre Kampf des Geistes mit der Gewalt, des Rechtes mit dem Staate beginnt, und ein Zeichen für die kulturellen Entfaltungshoffnungen, wenn dieser Kampf mit dem Siege des Rechtes endet. D. h. damit, daß zwar die unlösliche Verbindung von Staat und Rechtsgemeinschaft bestehen bleibt, daß sie sich aber als Durchdringung des Staates durch das Recht darstellt, und daß der Staat sich in dieser Verbindung mit der Rolle des Schützers und Dieners des Rechtes bescheidet (vgl. oben S. 201 und unten S. 269).

---

[10]) Vgl. Gierke, Deutsches Genossenschaftsrecht, 1. Bd. Rechtsgesch. der deutschen Genossensch. (1868) S. 638 ff.; Deutsches Privatrecht, 1 (1895) 119 ff., 456 ff.

[11]) Gierke, Deutsches Privatrecht, 1 118; Grundbegriffe S. 103; E. Tatarin-Tarnheyden a. a. O. S. 67; R. Smend, Verfassung u. Verfassungsrecht S. 98.

Vielfach ist diese Rolle als der Zweck des Staates bezeichnet worden[12]).

Indessen bedarf diese Auffassung, die dem Staat nur eine „Nachtwächterrolle" zugestehen will, heute keiner Widerlegung mehr. Der Staat hat noch andere Aufgaben als die, Schützer des Rechtes zu sein.

Die Entwicklung in diesem Kampf des Rechtes gegen den Staat ist in den beiden großen Regionen des Rechtes (oben S. 154) nicht gleichmäßig und nicht parallel verlaufen.

In der Region des Verkehrsrechts war der Kampf zuerst zugunsten des Rechts entschieden. Und zwar hier für die großen Grundlinien ziemlich einheitlich in allen abendländischen Staaten, wie in den von ihnen wirtschaftlich beeinflußten übrigen Ländern.

Anders dagegen in der Region der Gemeinschaftsgrundlagen. Hier hat der Kampf viel länger gedauert, und hier hat er in den verschiedenen Staaten auch sehr verschieden geendet. Gerade die Gestaltung dieser Region ist es aber, die den Charakter des geschichtlichen Staates bestimmt. Nur in dieser Region wird der Begriff des „Rechtsstaates" von Bedeutung, auf den später näher einzugehen ist.

Die Entwicklung des Kampfes zwischen Staat und Recht, ihrer gegenseitigen Durchdringung ist bereits oben S. 190 ff. in großen Zügen geschildert worden.

Sie hat in England zuerst mit einer Verschmelzung geendet, durch welche der Staat in allen seinen Funktionen mit der Würde des Rechts umkleidet wurde, während er in denjenigen Beziehungen, welche die eigentliche Domäne des Rechtslebens bildeten, sich auf die Rolle als Diener und Schützer des Rechtes beschränkt hat.

Die gleiche — oder doch annähernd gleiche — Entwicklung ist im Deutschen Reich durch die Weimarer Verfassung, insbes. Art. 102, besiegelt worden (vgl. oben S. 201).

Diese Entwicklung ist auch für einen Begriff von Be-

[12]) Z. B. in den Bills of rights der amerikanischen Staaten; im Grunde auch in Wilhelm v. Humboldt's „Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen". So auch noch H. Krabbe, Moderne Staatsidee, 1919 S. 242.

deutung, der auf dem Gebiet des Staatsrechts zu den umstrittensten gehört und der insbesondere auf dem Gebiet des Völkerrechts heute noch das größte Hindernis der Entwicklung bildet: den Begriff der Souveränität.

Der Begriff, dessen Entwicklung auf den großen französischen Publizisten Jean Bodin (Bodinus) zurückgeht, bedeutet, daß die Entscheidungen der „souveränen" Macht durch ihren freien Willen bestimmt oder doch mitbestimmt werden. Aber es fragt sich, ob es zum Begriffe der „Souveränität" gehört, daß diese Freiheit des Willens auch im Verhältnis zum Recht besteht.

Wie die oben erwähnte Entwicklung zeigt, ist diese Frage zu verneinen.[13]) Der englische Staat ist selbstverständlich „souverän", obwohl hier von altersher (oben S. 193) die supremacy of the law, die Souveränität der Rechtsnorm, der allgemeinen Anschauung entsprach.

Und diese Anschauung entsprach ebenso dem alten deutschen Rechts- und Staatsempfinden[14]), für das auch die oberste Herrschermacht unter dem Recht stand[15]). Ein altes deutsches Rechtssprichwort sagt: „Gesetz und geschrieben Recht sollen die Oberkeit regieren."[16])

Es ist jedoch nicht verwunderlich, daß alle diejenigen Schriftsteller, welche das Recht lediglich als auf dem Willen des Staates beruhend ansehen, entsprechend ihrem abweichenden Rechtsbegriff auch einen abweichenden Begriff

---

[13]) Schon Bodinus hatte sie verneint: er unterscheidet zwischen dem Staatsgesetz und den natürlichen Gesetzen, zu denen er auch die Normen des Völkerrechts rechnet; für die ersten gilt, daß die summa potestas von ihnen soluta ist, den letzteren bleibt sie unterworfen. De Republica (Frankfurt 1641) l. 1 cap. 8 S. 132: Nam si legibus omnibus solutam definiamus, nullus omnius princeps jura majestatis habere comperiatur, cum omnes teneat lex divina, lex item naturae, tum etiam lex omnium gentium communis. S. 153: naturae legibus principes omnes obligantur. Vgl. A. Verdross, Einheit des rechtl. Weltbildes, 1923 S. 13 ff.; H. Heller, Souveränität, 1927 S. 15.

[14]) Vgl. K. Wolzendorff, Staatsrecht u. Naturrecht, 1916 S. 516.

[15]) Oben S. 191.

[16]) E. Graf und M. Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter, 1864 S. 487.

der „Souveränität" besitzen müssen, daß für sie daher die Souveränität des Staates auch die Herrschaft über das Recht bedeutet[17]) — wobei übrigens bemerkenswert ist, daß diese Staatssouveränität niemals auf das Privatrecht ausgedehnt worden ist, hier vielmehr der Staat als „Fiskus" immer als unter dem Recht stehend behandelt wurde[18]).

2.

Das Verhältnis von Staat und Recht wird von der herrschenden Auffassung anders gesehen, als es hier geschieht.

[17]) Das zeigt mit voller Klarheit die jüngste eingehende monographische Darstellung des Problems durch H. Heller, Die Souveränität, 1927.

Für Heller konstituiert der Willensakt des Souveräns das Recht (S. 50, 105), es ist also nur konsequent, daß der Souverän seinerseits nicht durch das Recht gebunden, daß er „auch heute noch legibus solutus" ist (S. 102 ff., 119, 161). Hier wird aus dem Begriff der Souveränität nur das abgeleitet, was vorher in diesen Begriff hineingelegt ist.

Das gleiche gilt für die sehr eingehende Behandlung des Souveränitätsproblems durch Rolf Knubben, Subjekte des Völkerrechts, 1928 (Handb. d. Völkerr., her. v. Stier-Somlo, II 1). Da er (S. 175) unter Souveränität die „schlichte Kompetenz der Schaffung objektiven Rechts" versteht, so ist es klar, daß diese Souveränität der Staaten ein wirkliches Völkerrecht verhindert.

Bezeichnend ist, daß Heller der Gedanke der Rechtssouveränität (supremacy of the law), der in enger Verbindung mit der calvinistischen Ethik steht (oben S. 102 ff.), als Ausfluß des modernen Liberalismus erscheint (Souveränität S. 20). Es ist daher auch nicht verwunderlich, daß er diesen Gedanken als Endpunkt einer Entwicklungsreihe sieht, die er (S. 17) als die „Geschichte der Entpersönlichung des Weltbildes" bezeichnet. Während der Gedanke doch unmittelbar mit der puritanischen Geistesrichtung zusammenhängt, auf welche sicher eine solche Bezeichnung nicht paßt. In seinem Bericht über den „Begriff des Gesetzes", Veröff. d. dtsch. Staatsrechtsl. 4 (1928) 102 versteht Heller die supremacy of the law als den Ausdruck einer Herrschaft der Legislative.

[18]) Vgl. H. Krabbe, Die Lehre der Rechtssouveränität (1906) S. 24 ff.

Kant[19]) hatte den Staat definiert als „die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen", und ähnlich Somló[20]): „Der Staat ist nichts anderes als eine Gesellschaft, die durch die Befolgung der Normen einer Rechtsmacht gebildet ist." Ferner Krabbe[20a]): „Ein Volk ist Staat kraft des Rechtslebens, welches sich in ihm befindet."

Hier ist also der Staat vermittels der Rechtsnormen definiert, erscheint also vom Recht abgeleitet.

Ebenso unzutreffend, wie diese Auffassung des Staates als eines Erzeugnisses des Rechtes, ist die Auffassung des Rechtes als eines Erzeugnisses des Staates, eine Auffassung, die erheblich weiter verbreitet ist als die erstere. Sie ist das Ergebnis des von der historischen Schule begründeten Kampfes gegen das Naturrecht, der in einen reinen Historismus ausgemündet ist, in eine Rechtsauffassung, die der empirischen Wirklichkeit, d. h. den staatlich gesetzten, also positiven Normen absolute Werte entnehmen zu können geglaubt hat.[21])

Dieser Positivismus hat die Rechtswissenschaft des ausgehenden 19. Jh. beherrscht[22]), wie auch heute noch seine Herrschaft praktisch ungebrochen erscheint.[23]) Er beherrscht vor allem auch wieder die Rechtsprechung des Reichs-

---

[19]) Methaphysik der Sitten, Ausg. Cassirer 1916, 7 119.

[20]) Jur. Grundlehre S. 251.

[20a]) Moderne Staatsidee, 1919 S. 236.

[21]) Vgl. E. Lask, Rechtsphilosophie, Ges. Schriften 1 (1923) 291.

[22]) Vgl. Jhering, Zweck: Recht 1 (1877) 318 ff.; Triepel, Völkerrecht u. Landesrecht, 1899 S. 111.

[23]) Vgl. z. B. Radbruch, Grundzüge d. Rechtsphil. S. 83, 173; W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung u. Zweckmäßigkeitserwägung, 1913 S. 27, 31; P. Oertmann, Rechtsordnung u. Verkehrssitte, 1914 S. 18; Max Salomon, Grundlegung d. Rechtsphil. 2. A. 1925 S. 195; Karl Wolff, Rechtsbegriff, Arch. f. R. u. WPh. **20** (1927) 289 ff.; H. Reichel, Festg. f. Stammler 1926 S. 318, 340; Stoll, Rechtsstaatsidee u. Privatrechtslehre, Jherings Jahrb. **76** (1925) 142 ff.; H. Heller, Souveränität, 1927 S. 50, 105 u. passim.

gerichts[24]). Auch in der anglo-amerikanischen Rechtsphilosophie hat er seit Austin[25]) große Verbreitung gefunden.

Dagegen kann man nicht sagen, daß er die französische Rechtswissenschaft beherrsche[26]), trotz der Autorität Rousseaus.

Daß diese Lehre schon rein historisch unhaltbar ist, ergibt sich aus den früheren Darlegungen (oben S. 191). Auch einer logischen Betrachtung hält sie nicht stand. Geistesgeschichtlich ist sie aus der Reaktion gegen das rationale Naturrecht zu erklären.

Das wesentliche Merkmal des Staates ist die Macht. Es ist aber schlechterdings nicht einzusehen, wie aus Macht Recht entstehen kann. Macht und Recht sind in ihrem innersten Wesen unvereinbare Gegensätze. Wohl kann sich die Macht in den Dienst des Rechtes stellen, und der moderne Staat hat es getan. Aber erzeugen kann die Macht als solche das Recht niemals[27]).

Wenn Radbruch[28]) für die gegensätzliche Auffassung die Formel findet, „die Rechtsphilosophie marschiere mit den stärkeren Bataillonen", so dürfte eine so charakterisierte

---

[24]) RG. v. 4. 11. 27, RGZ. **118** 325: „Der Gesetzgeber ist selbstherrlich und an keine anderen Schranken gebunden, als diejenigen, die er sich selbst in der Verfassung oder in anderen Gesetzen gezogen hat." Vgl. gegen diese Entscheidung E. v. Hippel, DJZ. 1928 S. 1517.

[25]) Jurisprudence, 4. A. (1879) **1** 88 ff. Vgl. aber dagegen Roscoe Pound, Spirit of the Common Law, 1921 S. 101.

[26]) Vgl. L. Duguit, Manuel de droit constitutionnel, 3. A. 1915 S. 2; Traité de droit constitutionnel, **1** (3. A. 1927) 97 ff.; **3** (2. A. 1923) 659 ff.

[27]) Vgl. Rich. Loening, Über Wurzel u. Wesen des Rechts, 1907 S. 17; Carl Schmitt, Polit. Theologie S. 20. Ferner E. Kaufmann, Veröff. d. Verein. d. Staatsrechtsl. **3** (1927) 20. „Der Staat schafft nicht Recht, der Staat schafft Gesetze; und Staat und Gesetze stehen unter dem Recht." Man braucht nur die Konsequenzen der Machtlehre z. B. bei Karl Wolff zu lesen; er erklärt es für „Recht, wenn der Staat dekretiere, daß Frauen, die mit Zwillingen niederkommen, zu töten seien (Grundlehre des Sollens, 1926 S. 166, Arch. f. R. u. WPh. **20** [1927] S. 290).

[28]) Grundzüge der Rechtsphilosophie S. 173. Vgl. gegen Radbruch auch H. Reichel, Gesetz u. Richterspruch, 1915 S. 112.

„Rechts"philosophie mit der Idee des Rechts wenig mehr zu tun haben.

Die Auffasssung, daß der Staat die Quelle des Rechtes sei, würde weiterhin dazu führen, der Ordnung einer Gemeinschaft, die kein Staat ist, die Eigenschaft eines Rechtes zu bestreiten.

In der Tat ist diese Folgerung denn auch für die Völkergemeinschaft gezogen und dem Völkerrecht die Rechtsnatur abgesprochen worden[29]).

Neben den beiden Auffassungen, die entweder den Staat vom Recht oder das Recht vom Staat ableiten, steht diejenige von K e l s e n. In seinem grundlegenden und Hauptwerke („Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1. A. 1911, 2. A. 1923) leitet er g l e i c h z e i t i g das Recht vom Staat[30]) und den Staat vom Recht ab[31]). Diesem inneren Widerspruch[32]) versucht er zwar durch die unklare Formulierung zu entgehen, Staat und Recht seien „nur zwei verschiedene

---

[29]) Vgl. die Übersicht über die Literatur bei J. L. K u n z, Art. Landesrecht und Völkerrecht, i. Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. 1 (1924) 788.

[30]) Die Rechtsnorm — das Recht ist für K e l s e n die Gesamtheit der Rechtsnormen — betrachtet er als ein hypothetisches Urteil über den Willen des Staates (S. 255 u. passim), ihr Begriff setzt also den Begriff des Staates voraus. Entsprechend erklärt er (S. 205), der Staat „bezwecke" im Rechtssatz sein eigenes Verhalten, und noch schärfer (S. 38), „daß Recht nur dasjenige sei, was durch den formellen Akt der Gesetzgebung zum ausdrücklichen Willen des Staates geworden ist". „Das Recht ist nicht mehr Tat der Rechtsgenossen, sondern Träger des einheitlichen Rechtswillens ist der Staat" (S. 47).

[31]) „Der Staat ist für den Juristen lediglich Person, das heißt Subjekt von Rechten und Pflichten" (S. 226). „Als Persönlichkeit, das ist als Subjekt von Rechten und Pflichten, kann der Staat im Verhältnis zur Rechtsordnung nicht anders gedacht werden als alle übrigen Subjekte . . ."

[32]) Der sich auch in seinen Formulierungen äußert; vgl. z. B. (S. 406): „Die Ablehnung der Ansicht, die den Staat als S c h ö p f e r des Rechts bezeichnet, darf jedoch durchaus nicht mit der Lehre für unvereinbar gehalten werden, daß das Recht der Wille des Staates ist!"

Seiten desselben Gegenstandes"[33]) — welchen Gegenstandes? fragt er später selbst.[34]) Er hat denn auch nachträglich offen zugegeben[35]), daß „das Verhältnis von Staat und Recht hier noch keine vollkommen befriedigende . . . Lösung gefunden" habe.

In den „Hauptproblemen" hatte Kelsen sich noch entschieden gegen die Identifizierung von Staat und Recht ausgesprochen, da die Rechtsordnung etwas Unpersönliches, der Staat aber eine juristische Persönlichkeit sei[36]).

Später hat er dagegen in dieser Identifizierung die „befriedigende Lösung" des Verhältnisses von Staat und Recht zu finden geglaubt.

In seinem Aufsatze über „das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik"[36a]) formuliert er diesen Gedanken dahin, der Staat sei lediglich eine Fiktion, die Personifikation der Rechtsordnung, weil dies für das Denken bequemer sei. An einer anderen Stelle seiner Schrift „Der soziologische und der juristische Staatsbegriff"[37]) erklärt er, daß Recht und Staat „nur verschiedene Modi einer Substanz, nur verschiedene Betrachtungen derselben Gegebenheit sind". Was für eine „Substanz", was für eine „Gegebenheit" — beide Ausdrücke weisen übrigens auf eine Seinsvorstellung hin — hier gemeint sind, wird nicht gesagt. Kelsen will mit dieser Formulierung auch nur die Identität von Staat und Recht zum Ausdruck bringen, wie er alsbald klarstellt.[38]) In der ein Jahr späteren Vorrede zur 2. Aufl. der „Hauptprobleme" wird es noch einmal (S. XVI) klar wiederholt: „Der Staat ist mit der Rechtsordnung ident", der Staat ist „nur die Personifikation, nur die Einheit

---

[33]) A. a. O. S. 434.

[34]) Vorrede z. 2. Aufl. (S. XX).

[35]) Vorrede z. 2. Aufl. S. X.

[36]) A. a. O. S. 434.

[36a]) Zsch. f. öff. R. 2 (1921) S. 457. Der Aufsatz ist ein Teil der später erschienenen Schrift „Der soziol. u. der jur. Staatsbegriff".

[37]) 1. A. 1922, 2. Aufl. 1928 S. 204. Vgl. dazu Tatarin-Tarnheyden, Staat u. Recht usw. 1926 S. 2 Anm. 1, S. 8, 15.

[38]) Vgl. auch S. 114 ff.

dieser Ordnung". In seiner neuesten, wieder etwas anderen Formulierung[39]): Der Staat ist „die vollendete Form des positiven Rechts".

Das Urteil über die rein formallogische Konstruktion von Staat und Recht ist in der staatsrechtlichen Literatur längst gesprochen[40]). Sie ist in ihren letzten Konsequenzen nichts anderes als die logische Rechtfertigung der nackten Gewalt als Recht. So verteidigt Kelsen den Satz, daß der Staat nicht Unrecht tun könne, nicht nur für den „Idealstaat", sondern für die „konkreten Staaten"[41]), und in seinem jüngsten Vortrage über „die philosoph. Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus" (1928) gibt er (S. 65) zu, daß die „Grundnorm" des positiven Rechts, auf der sich dieses aufbaue, „in einem gewissen Sinne die Transformation der Macht zu Recht bedeutet"; die Unterstreichung rührt von Kelsen selbst her.

3.

Der Staat ist seinem Wesen nach ein transpersonales (überindividuelles) Gebilde. Die Einzelnen, welche die persönliche Grundlage eines Staates, das Staatsvolk, bilden, empfangen, vom Staatsgedanken her gesehen, ihre Bedeutung, ihre Würde nur als Angehörige des Staates, nur inso-

---

[39]) Die Idee des Naturrechts, Zsch. f. öff. R. 7 (1928) S. 226.

[40]) Vgl. E. Kaufmann, Kritik der neukant. Rechtsphilosophie, 1921 S. 23 ff., 80; v. Hippel, Arch. f. öff. R. 46 (1923) 326 ff.; Ph. Heck, Die reine Rechtslehre u. die jungösterr. Schule, Arch. f. ziv. Pr. N. F. 2 (1924) 173 ff.; J. Binder, Philos. des Rechts, 1925 S. 183 ff.; H. Triepel, Staatsr. u. Politik, 1927 S. 17 ff.; E. Tatarin-Tarnheyden, Staat u. Recht, 1926 S. 2 ff., 21, 56 ff.; H. Heller, Souveränität, 1927 S. 21 ff., 53 ff., 77 ff., 92 ff.; R. Smend, Verfassung u. Verfassungsrecht 1928 S. 13 ff.

[41]) Hauptprobleme S. 249.

fern sie eben den Staat bilden, zu seinen Lebensäußerungen mitwirken.

Den Staat hat seinem Wesen nach nur Hegel, nicht Kant, richtig gesehen. Vom Einzelnen her kann man nicht zu einem wirklichen Verständnis des Staates gelangen.

Aus diesem Wesen des Staates ergibt sich, daß, während auf dem Gebiete des Verkehrsrechts der Staat dem Rechtsgedanken, dem Gedanken der Rechtsgemeinschaft gegenüber keine wesentlich entgegengerichteten Lebensinteressen zu vertreten hat, dies auf dem Gebiet der Gemeinschaftsgrundlagen völlig anders liegt.

In der Rechtsgemeinschaft wird die Regelung ihrer Grundlagen vom Rechtsgefühl bestimmt, innerhalb dessen, wie früher (1. Abschn. des 2. Kap.) dargelegt, sich das Gemeingefühl mit dem Individualgefühl im Gleichgewicht befindet. Das Gemeingefühl duldet wohl einen Zwang, die Ausübung der durch die Gemeinschaft gegebenen Macht, aber keine persönliche d. h. nicht normativ bestimmte Machtausübung, das Individualgefühl keine über die Lebensnotwendigkeiten der Gemeinschaft hinausgehenden Eingriffe in die Individualsphäre.

Hier besteht ein absoluter Gegensatz zum Staat, der bei den Mitgliedern des Staatsvolks kein Individualgefühl kennen und es auch, als seinem eigenen Wesen widersprechend, nicht anerkennen kann. Der Staat, der hier seinen kriegerischen Ursprung[42]) nicht verleugnet, denkt seinem Wesen nach rein militärisch, in Subordinationsbegriffen.

Der Kampf des Gedankens der Rechtsgemeinschaft gegen den reinen Staatsgedanken hat daher in der Region der Gemeinschaftsgrundlagen, auf den Staat übertragen: auf dem Gebiet der Regelung des Verhältnisses zwischen dem Staat und dem Einzelnen, viel länger gedauert als in der Region des Verkehrsrechts, da auf dem ersteren Gebiet der reine Subordinationsgedanke, als dem innersten Wesen des Staates entsprechend, viel länger Widerstand geleistet hat.

---

[42]) Vgl. Franz Oppenheimer, Der Staat 1919 S. 32 ff.; Eugen Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913 S. 110 ff.

Der Kampf hat mit dem Siege des Rechtsgedankens geendet. Der absolute Staat ist auf dem Wege über den konstitutionellen Staat zum Rechtsstaat geworden.

Der Begriff des „Rechtsstaates", über den allerdings keine Einigkeit herrscht, wird durch zwei Merkmale bestimmt, ein materiales und ein formales.

Material bedeutet er, daß die in der Rechtsgemeinschaft geforderte Abgrenzung zwischen Gemeinschafts- und Individualsphäre auch im Staat aufrechterhalten wird. Da die Individualsphäre sich nicht begrifflich, nicht rational abgrenzen läßt, bedeutet er die grundsätzliche Begrenzung der Staatsgewalt gegenüber der grundsätzlichen Unbegrenztheit der Individualsphäre.[43]) Der Grundsatz lautet, daß der Staat nur insoweit in die Individualsphäre seiner Angehörigen eingreifen darf, als ihm dies durch Normen, und zwar Rechtsnormen, gestattet ist: Rechtsnormen, d. h. Normen, welche nicht einfach der Wille des Staates selber setzt, sondern Normen, die durch das Rechtsgefühl, also das regulative Gefühl der Rechtsgemeinschaft, bestimmt sind.

Das formale Merkmal bedeutet die Sicherung der materialen Grenzen der Staatsgewalt durch eine vom Staate unabhängige Instanz. Da diese Grenzen durch Normen bestimmt sind, und eine Norm, wie früher dargelegt, zur Regelung des Einzelfalles noch der Entscheidung bedarf, so besteht eine Sicherung dafür, daß die Staatsgewalt bei ihrer Ausübung diese Grenzen nicht überschreitet, nur dann, wenn die Instanz, welcher die Entscheidung zusteht, der Staatsgewalt gegenüber unabhängig, wenn sie also eine Integration nicht des Staates, sondern der Rechtsgemeinschaft ist.

Die Erfahrung hat, wie auch sonst im Leben der Gemeinschaft, gezeigt, daß die Durchsetzung formaler Prinzipien schwieriger ist als die materialer. Während der materiale Schutz der Einzelnen gegenüber dem Staat in allen konstitutionellen Staaten, und schon lange, vom Staat zugestanden ist, gilt dies von dem formalen Schutze nicht.

Der materiale Schutz hat seinen Ausdruck in dem

[43]) Vgl. Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928 S. 163 ff.

gefunden, was heute als „Grundrechte" der Einzelnen bezeichnet wird.

Der formale Schutz liegt in der Regelung der Instanzen und ihres Verfahrens, welche der Einzelne anrufen kann, wenn er einen unberechtigten Eingriff der Staatsgewalt in seine Individualsphäre behauptet.

4.

Der erste Rechtsstaat der Geschichte ist England.

Hier war dem Fürsten schon 1215 die Magna Charta abgezwungen worden, aber erst der Geist des Puritanismus hat eigentliche „Grundrechte", d. h. Rechte des Einzelnen gegenüber dem Staat zum Schutze seiner Individualsphäre hervorgebracht, die in der Habeas-Corpus-Akte von 1679 und der Bill of Rights (23. Februar 1689) ihren Ausdruck fanden[44]).

Im, auch namentlichen, Anschluß an die letztere erließen dann eine Reihe amerikanischer Staaten entsprechende, als Bill of Rights bezeichnete Erklärungen von „Grundrechten"; zuerst am 12. Juni 1776 Virginia, dem dann eine Reihe anderer Staaten folgten. Diese Grundrechte sind später auch in die Bundesverfassung übernommen worden. In ihnen wird die Individualsphäre (persönliche Freiheit, Privateigentum, Widerstandsrecht, Gewissensfreiheit, Religionsfreiheit usw.) gegen Eingriffe des Staates gesichert.

Ihnen folgte die französische Revolution. Als einer ihrer ersten Akte erscheint die Déclaration des droits de l'homme et du citoyen v. 26. August 1789, der erste eigentliche Ka-

[44]) G. Jellinek, Die Erklärung der Menschen- u. Bürgerrechte, 4. A. 1919. Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928 S. 157 will in diesen noch keine Erklärung von Grundrechten sehen, weil sie noch nicht den Beginn des liberalen (bürgerlich-freiheitlichen) Zeitalters bezeichnen. Indessen dürfte hier ein zu großes Gewicht auf die äußere Form gelegt sein; vgl. auch Smend, Verfassung u. Verfassungsrecht S. 108 Anm. 2.

talog solcher Rechte, der dann auch der Verfassung v. 3. September 1791 einverleibt wurde.[45])

Seitdem haben eine Reihe von Verfassungen gewisse „Grundrechte" des Einzelnen aufgenommen; so die von der Frankfurter Nationalversammlung beschlossene Verfassung v. 28. März 1849, die preußische Verfassung v. 30. Januar 1850 und endlich die Weimarer Verfassung v. 11. August 1919, deren zweiter Hauptteil die „Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen" enthält.[46])

Die Bedeutung dieser Grundrechte ist bereits früher betont worden: sie sichern die Individualsphäre des Einzelnen gegenüber Eingriffen des Staates, ihre Aufnahme in die Verfasssung bedeutet die Anerkennung von vor- und überstaatlichen Rechten des Einzelnen durch den Staat[47]), sie bedeutet die Anerkennung der Rechtsgemeinschaft und ihrer Grundsätze durch den Staat als einer ihm gegenüber präexistenten und ideell von ihm unabhängigen Gemeinschaft[48]).

Aber diese Bedeutung ist nicht ihre einzige. Daneben bedeuten sie die Betonung eines bestimmten Kultursystems, zu dem der Staat sich bekennt, und nicht zuletzt den Ausdruck der staatlichen Einheit, zu der die Einzelnen verbunden sind, die „Integration" des Staates[49]).

Aber das materiale Element allein genügt nicht, um einen Staat zum „Rechtsstaat" zu machen. Preußen war

---

[45]) Vgl. A. Bertrand, La déclaration des droits de l'homme etc. de 1789, Paris 1900.

[46]) Die Reichsverfassung v. 16. April 1871 enthielt keine Grundrechte.

[47]) C. Schmitt a. a. O. S. 163.

[48]) Daraus ergibt sich, daß auch solche obersten Grundsätze der Rechtsgemeinschaft vom Staat zu respektieren sind, die nicht in die Grundrechte aufgenommen sind, wie z. B. das Recht des freien Zutritts zu den Gerichten. Vgl. das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin v. 4. 7. 28, Jur. Woch. 1928 S. 2171.

[49]) R. Smend, Verfassung u. Verfassungsrecht S. 161 ff.; C. Schmitt a. a. O. S. 161; A. Hensel, Art. 150 der Weim. Verf., Arch. d. öff. Rechts, N. F. **14** (1928) 321 ff.; die im Text zuletzt genannte Funktion hat nach dem Wegfall der Monarchie, die bis dahin die Einheit des Staates zum Ausdruck brachte, an Bedeutung gewonnen; R. Smend a. a. O. S. 166.

seit 1850 ein konstitutioneller Staat, aber noch kein Rechtsstaat.

Die bloße Anerkennung der Grundrechte durch Aufnahme in die Verfassungsurkunde reicht nicht aus, um die Individualsphäre des Einzelnen gegenüber, dem Staat wirklich zu sichern.

Es bedarf noch des formalen Elements: des Schutzes der Rechte des Einzelnen durch ein geordnetes Verfahren.

Auch in dieser Hinsicht ist England vorbildlich gewesen. Hier hat zuerst für den Einzelnen das Recht bestanden, wegen jedes unberechtigten Eingriffes des Staates in seine Individualsphäre den Schutz der Gerichte, der ordentlichen Gerichte, anzurufen.

Dieser Schutz der Individualsphäre gegenüber dem Staat durch die ordentlichen Gerichte hat seitdem als fundamentaler Satz der englischen Verfassung gegolten[50]). Ein Schutz, der durch die Persönlichkeit des englischen Richters[51]) noch seine besondere Kraft erhält.

Neuerdings ist der Versuch gemacht worden, nachzuweisen, daß dieser Grundsatz in den letzten Jahren nicht mehr seine absolute Geltung behalten habe, daß vielmehr durch eine Reihe von Gesetzen Verwaltungsgerichte eingesetzt worden seien, die unabhängig von den Gerichten über staatliche Eingriffe in die Individualsphäre zu entscheiden berechtigt seien[52]).

Indessen, dieser Nachweis ist nicht gelungen.

Zwar ist es richtig, daß durch eine Anzahl von Gesetzen, namentlich aus der Nachkriegszeit[53]), Behörden geschaffen

[50]) So z. B. das führende englische Lehrbuch: A. V. Dicey, Law of the Constitution, 8. A. 1926 S. 324 ff., wie das des amerikanischen Rechtslehrers A. Lawrence Lowell, The Government of England, 2. Bd. S. 489.

[51]) Vgl. A. Mendelssohn Bartholdy, Das Imperium des Richters, 1908.

[52]) Vgl. William A. Robson, Justice and Administrative Law. A study of the British Constitution, London 1928.

[53]) Z. B. Railways Act, 1921; Housing Act, 1925; National Health Insurance Act, 1924; Unemployment Insurance Act, 1920; Education Act, 1921; Gas Regulation Act, 1920; Roads Act, 1920; London Traffic Act, 1924; War Pensions Act, 1921.

worden sind, die auf ihrem Gebiet eine rechtsprechende Tätigkeit zu entfalten haben.

Aber die ordentlichen Gerichte haben in allen Fällen an dem Recht der Kontrolle auch über diese Rechtsprechung festgehalten, wie gerade die von Robson angeführten Fälle, insbesondere auch der von ihm als grundlegend (S. 143 ff.) dargestellte Arlidge Case (1915, A. C. 120) zeigt. Die Klage von Arlidge gegen den Local Government Board ist nicht etwa wegen „Unzulässigkeit des Rechtswegs" — diesen Begriff kennt das englische Recht auch heute noch nicht — abgewiesen worden, sondern aus materiellen Gründen, wobei das House of Lords deutlich seine grundsätzliche Kontrollbefugnis zum Ausdruck gebracht hat.[54]) [55])

In Deutschland hatte Otto Bähr[56]) eine Entwicklung nach englischem Vorbilde gefordert. Aber seinen Bestrebungen blieb der Erfolg versagt. Die Entwicklung ist hier, zunächst in Preußen, die Bahnen gegangen, welche Rudolf Gneist ihr gewiesen hat.

In den Jahren seit 1857 erschienen Gneists Darstellungen des englischen Verfassungsrechts, im Jahre 1872 seine Schrift „Der Rechtsstaat". Er wich hier von dem englischen Vorbild insofern ab, als er den Schutz des Einzelnen gegen Übergriffe der Verwaltung nicht den ordentlichen Gerichten, sondern Sondergerichten, nämlich besonderen Verwaltungsgerichten, anvertrauen wollte, und in dieser Gestalt ist denn auch 1875 der Rechtsschutz des Einzelnen in Preußen verwirklicht worden. Die übrigen deutschen Staaten sind gefolgt.

Aber im Verhältnis zu England erscheint der Rechtsschutz unvollkommen. Einmal deswegen, weil nur in ganz bestimmten Grenzen der Schutz der Verwaltungsgerichte angerufen werden kann, weil es also — abgesehen von Ham-

[54]) Vgl. dazu Dicey, Einl. z. 8. Aufl. S. XXXVII ff.

[55]) Über die Rechtslage in den Vereinigten Staaten, die in dieser Hinsicht der englischen gleicht, vgl. John Dickinson, Administrative Justice and the Supremacy of Law in the U. S., London 1927.

[56]) Otto Bähr, Der Rechtsstaat, 1864.

burg und Bremen — an einer Generalklausel fehlt[57]). Vor allem aber, weil es besondere, außer mit Richtern auch mit Verwaltungsbeamten besetzte Verwaltungsgerichte und nicht die ordentlichen Gerichte sind, die über den Schutz der Rechte des Einzelnen zu entscheiden haben. Die geistige Einstellung dieser Verwaltungsgerichte ist eine andere als die der ordentlichen Gerichte.[58]) Mit vollem Recht hat daher der amerikanische Jurist A. Lawrence Lowell in seiner vergleichenden Darstellung der verschiedenen Verfassungen[59]) Gneist vorgehalten, er habe den Schlußstein des Aufbaus der englischen Verwaltung nicht gesehen, nämlich daß deren Kontrolle überall letzten Endes in der Hand der ordentlichen Gerichte liegt, die jedem Engländer den Schutz seiner persönlichen Rechte gewährleisten.

Es kann nicht anerkannt werden, daß der Schutz durch besondere Verwaltungsgerichte dem Schutz durch die ordentlichen Gerichte überlegen sei.

Wenn hierfür heute noch[60]) als Grund die Teilnahme von nichtbeamteten Staatsbürgern angeführt wird, so wird dabei übersehen, daß dieses Merkmal gegenüber dem englischen System der common law-Gerichte mit ihrer jury sicherlich nicht gerade als Besonderheit von Verwaltungsgerichten angeführt werden kann.

Deren besonderes Merkmal liegt in der Mitwirkung von Beamten, die keine ordentlichen Richter, sondern Verwaltungsbeamte sind. Daß deren geistige Einstellung für die Beurteilung der Rechte des Einzelnen gegenüber dem Staat

---

[57]) Vgl. die Übersicht bei W. Jellinek in seinem Referat für die Leipziger Tagung der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer 1924, Veröffentlichungen der Vereinigung, Heft 2 (1925) S. 58 ff.

[58]) Vgl. dazu K. Görres, Öffentliches Recht voraus, 1926 S. 93 ff.

[59]) Governments and Parties in Continental Europe, 1896, 1 68.

[60]) Von C. Schmitt, Verfassungslehre S. 132. Daß Gneist (Rechtsstaat S. 159 ff.) in den Zeiten rein obrigkeitsstaatlichen Denkens in der Heranziehung des Bürgertums zu richterlichen Aufgaben ein Mittel sah, das Bürgertum zu rechtsstaatlichem Denken zu erziehen, war ein verständlicher Standpunkt, sollte aber heute kein brauchbares Argument mehr abgeben.

berufsmäßig eine andere ist als die der ordentlichen Richter, dürfte schwerlich zu bezweifeln sein[61]), macht sie aber gerade um deswillen nicht zu idealen Schützern von „Grundrechten".

Auch das andere für die Verwaltungsgerichte angeführte Argument[62]), diese seien „in Staaten mit einem bedeutenderen politischen Leben" eine Notwendigkeit, dürfte dem Hinweis auf England nicht standhalten können. Niemand wird das politische Leben in Deutschland für bedeutender erklären wollen als das in England.

Der einzige Vorzug, der übrigens auch in England selbst anerkannt wird[63]), ist der einer größeren Sachkunde in manchen Fällen, die den Verwaltungsbeamten im Verwaltungsgericht infolge ihrer früheren Tätigkeit eigen ist. Diese Sachkunde kann aber auf andere Weise den Gerichten verschafft werden, wie ja auch sonst die ordentlichen Gerichte z. B. in technischen Fragen in anerkannt befriedigender Weise entscheiden.

Die Entwicklung hat indessen in Deutschland immer mehr von dem Gedanken des Schutzes der Individualrechte durch die ordentlichen Gerichte weggeführt.

1910 erklärte Thoma in seinem Gutachten für den 30. Deutschen Juristentag, daß sich keine Stimme mehr für die Übertragung des Schutzes des Einzelnen gegenüber Verwaltungsbehörden auf die Gerichte erhebe[64]). Nachdem Art. 107 der Weimarer Verfassung hierfür die Verwaltungsgerichte als zuständig genannt hatte, änderten auch die letzten deutschen Länder, Hamburg und Bremen, ihre Gerichtsverfassung dahin ab, daß sie besondere Verwaltungsgerichte schufen.[65])

---

[61]) Vgl. die Anm. 58 zit. Schrift von K. Görres.

[62]) C. Schmitt a. a. O. S. 132.

[63]) Vgl. Dicey a. a. O. S. 393, sowie die von O. Koellreutter, Verwaltungsrecht u. Verwaltungsrechtspr. i. mod. England (1912) S. 156, 193, 194 angeführten englischen Urteile.

[64]) Verhandlungen des 30. Deutschen Juristentages, 1. Bd. Gutachten (1910) S. 52 ff.

[65]) Hamb. Ges. v. 2. 11. 21, Brem. Ges. v. 6. 1. 24.

Ob dies wirklich der Sinn des Art. 107 ist, kann dahingestellt bleiben[66]). Denn nach dem Gang der Entwicklung besteht wenig Aussicht auf eine Änderung, eine Ersetzung des „Verwaltungsgerichtsstaats" durch den „Justizstaat", wie sich denn auch auf der Leipziger Tagung der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer (1924) die große Mehrheit gegen den letzteren erklärt hat.

So bleibt nur die Hoffnung, daß wenigstens den Verwaltungsgerichten die Stellung wirklich unabhängiger Gerichte gegeben, und daß durch Einführung einer möglichst umfassenden Generalklausel der Schutz der Einzelnen gegenüber dem Staat auch in Wahrheit wirksam gestaltet wird.

Der Schutz, den das Reichsgericht auf dem Wege über die Beamtenhaftung gewährt, genügt nicht,[67]) so dankbar das Streben des Reichsgerichts nach Erweiterung des Rechtsweges anerkannt werden muß.[68])

5.

Das Wort „Rechtsstaat" wird noch in anderer Bedeutung verwendet, als es hier geschehen ist, oder genauer: in den verschiedensten anderen Bedeutungen, so daß es eine der unsichersten Bezeichnungen geworden ist, die die Staatslehre besitzt.

Carl Schmitt, der in der Vorrede zur 1. Auflage (1921) seiner Schrift über die Diktatur (S. VI) verschiedene Bedeutungen des Wortes anführt, nennt namentlich folgende beiden: erstens eine Art der staatlichen Machtausübung, die Eingriffe in die persönliche Sphäre des Einzelnen nur auf Grund eines Gesetzes zuläßt, und zweitens einen Staat, der

[66]) Vgl. die Ausführungen von W. Jellinek in seinem Referat, a. a. O. S. 12 ff.

[67]) G. Lassar, Erstattungsanspruch im Verwaltungs- u. Finanzrecht S. 61 ff. und sein Referat für die Leipziger Tagung der Staatsrechtslehrer, Veröff. Heft 2 S. 91 ff.

[68]) Vgl. die Entsch. v. 30. 6. 28, RGZ. **121** 225.

in die Verfassung gewisse Grundrechte der Einzelnen aufgenommen hat, die dadurch auch gegen gesetzliche Eingriffe geschützt sind.

Auch in seiner Verfassungslehre (1928) führt Schmitt neben der Bedeutung, in der das Wort hier gebraucht wird, eine Reihe anderer an (S. 129 ff.).

Auch Stoll hat in seinem Aufsatz „Rechtsstaatsidee und Privatrechtslehre“[69]) auf die „schillernde Bedeutung“ des Wortes „Rechtsstaat“ hingewiesen. Nach seiner Meinung habe früher der Rechtsstaatsgedanke die freie Betätigung des Individuums im Auge gehabt, heute trete dagegen in dem Worte „Rechtsstaat“ die Idee der Gerechtigkeit und Billigkeit in den Vordergrund.

Demgegenüber vertritt Stoll die Lehre der „formalen Rechtsstaatsidee“. Die letztere „verzichtet bewußt darauf, irgendwelche Anforderungen an den Inhalt der Rechtssätze zu stellen“. „Sie erkennt die formale Allmacht der Staatsgewalt an, wenn sie auch deren Selbstbeschränkung durch die Verfassung voraussetzt; die irgendwie in der Verfasssung erfolgte Grenzziehung zwischen staatlicher Macht und persönlicher Freiheit nimmt sie, so wie gegeben, hin. Um so nachdrücklicher verlangt sie die Aufrechterhaltung des in der Verfasssung erzielten Ausgleichs der beiden widerstrebenden Kräfte“ (S. 142). „Bei der Bildung des Rechts finden die Gegensätze innerhalb der Gemeinschaft einen Ausgleich, eine Entscheidung. Wie diese Entscheidung zu lauten habe, darüber sagt die formale Rechtsstaatsidee nichts“ (S. 143). „Die richtige und verständliche Formulierung des Inhalts der Rechtssätze ist Voraussetzung der Befolgung des gesetzgeberischen Befehls“ (S. 144). „Die formale Rechtsstaatsidee kennt keinen Unterschied zwischen Recht und Macht, kein Unrecht im Gewande des Rechts“ (S. 202).

Diese Gedankengänge, die mit der Idee eines wahren Rechtsstaats nichts zu tun haben, bestätigen aufs neue die

---

[69]) Jherings Jahrbücher, 2. F. **40** (1925) 134 ff.

alte Erfahrung, daß jeder Versuch, das Recht bloß in formalen Bindungen zu begreifen und von dem Inhalt abzusehen, mit Notwendigkeit zu der Gleichsetzung von Macht und Recht führen muß. Jede formale Rechtsidee endet damit, die Macht als Recht anzuerkennen, und erweist also das formale Recht in Wahrheit als materiales Nicht-Recht.

Stoll versucht dem dadurch zu entgehen, daß er die Selbstbeschränkung der Macht durch die Verfassung „voraussetzt", ebenso wie er weiterhin die „richtige" Formulierung des Inhalts der Rechtssätze als „Voraussetzung" ihrer Befolgung hinstellt.

Welche rechtliche Bedeutung soll aber eine solche „Voraussetzung" haben? Bedeutet sie, daß die Macht nicht mehr anzuerkennen ist, wenn die Verfassung keine „Selbstbeschränkung" enthält? Daß Gesetze nicht mehr befolgt zu werden brauchen, wenn sie keinen „richtigen" Inhalt haben?

Da die formale Rechtsstaatsidee jede „irgendwie" in der Verfassung erfolgte Grenzziehung „so wie gegeben" hinnimmt, so kann also die Grenzziehung auch völlig zugunsten der Allmacht des Staats erfolgen und jedes Recht des Einzelnen verneint sein. Auch das wäre ein „Rechtsstaat"!

Allen Versuchen gegenüber, das Recht rein formal zu fassen, kann nur immer wiederholt werden, daß die einzige feste Grundlage des Rechts nur das Rechtsgefühl sein kann; „sie ist die einzige, welche Wirklichkeitswert besitzt".[70])

Jede Form dagegen kann mit verschiedenem Inhalt gefüllt werden, also auch mit dem Rechtsgefühl widerstrebendem Inhalt, d. h. vom Standpunkt der Rechtsidee aus mit „Unrecht".

Die Macht kann als solche kein Recht schaffen; geschweige denn selbst Recht sein; „die Macht beweist nichts für das Recht".[71])

Als Rechtfertigung für die Lehre, die dem Staat als Ge-

[70]) Krabbe, Die moderne Staatsidee, 1919 S. 67.
Vgl. auch Krabbe, Lehre der Rechtssouveränität, 1906 S. 175.
[71]) C. Schmitt, Polit. Theol. S. 20.

setzgeber die Allmacht zuspricht, dem Richter dagegen die Stellung des gehorchenden Dieners zuweist, führt Stoll überall die „Rechtssicherheit" an. „Der Richter bleibt auch dem unbilligen und unerträglichen Rechtssatz unterworfen. Rechtssicherheit geht vor Billigkeit. Wir ernten heute in der unberechenbaren und schwankenden Rechtsprechung unserer obersten Gerichte zum Problem der Geldentwertung und im Mißtrauen der Bevölkerung auch gegen die Zivilrechtspflege die Früchte jener verführerischen Lehre, die dem Richter ein Urteilen contra legem in Übereinstimmung mit den jeweiligen Kulturanschauungen gestattet" (S. 190, 191).

Die Unrichtigkeit dieser Sätze liegt auf der Hand.

Von einem „Mißtrauen der Bevölkerung gegen die Zivilrechtspflege" kann in dieser Allgemeinheit nicht die Rede sein. Wo vereinzelt ein solches Mißtrauen zu beobachten ist, da beruht es ganz sicher auf anderen Gründen. Dafür spricht schon die wachsende Neigung zu Schiedsgerichten, d. h. also gerade zu solchen Gerichten, die sich nicht streng an gesetzliche Vorschriften binden, sondern frei nach Rechtsgefühl und praktischer Vernunft entscheiden. Aus dieser Beobachtung könnte höchstens der dem Stollschen Satze entgegengesetzte Schluß gezogen werden.

Im übrigen ist es eine merkwürdige Erscheinung, daß die von Stoll und vielen anderen[72]) vertretene Tendenz, dem Richter jede freiere Stellung zu nehmen, zwar dem Richter das Mißtrauen entgegenbringt, er werde nicht genug Verantwortlichkeitsgefühl besitzen, um die Richtermacht nicht in einer das Gemeinwohl schädigenden Weise zu mißbrauchen, daß aber diese selbe Tendenz dem Staat als Gesetzgeber und als Verwaltung das volle Vertrauen schenkt, er werde seine Allmacht nicht zum Nachteil der Individualrechte mißbrauchen und gerechte Selbstbeschränkung üben. Eine stichhaltige Begründung für dieses ängstliche Mißtrauen nach der einen und das beinahe kindliche Vertrauen nach der anderen Seite ist bisher von niemandem gegeben worden. Auch von Stoll nicht.

[72]) Z. B. Max Rümelin (vgl. oben S. 222 Anm. 86).

Carl Schmitt hat in verschiedenen Arbeiten[73]) die wissenschaftliche Aufmerksamkeit auf die rechtliche Bedeutung der Diktatur gelenkt, die nach langer Pause zunächst während des Weltkrieges, in gesteigertem Maße nach dem Weltkriege, im Leben der Völker eine große Rolle gespielt hat und sie für Spanien, Italien, Rußland und Jugo-Slavien noch immer spielt.

In den Arbeiten von Schmitt ist ihre Bedeutung im wesentlichen für den Begriff der Souveränität untersucht. Er sieht in der Diktatur Grund oder Folge eines Ausnahmezustandes und bestimmt nach ihm die Souveränität: „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet".[74])

Ob diese Begriffsbestimmung zutrifft, oder ob nicht vielmehr die Souveränität nach dem Normalzustand zu bestimmen ist[75]), kann hier dahingestellt bleiben. Denn jedenfalls ist die Betrachtung der Diktatur, des Ausnahmezustandes, für die Erkenntnis des Verhältnisses von Staat und Recht nicht ohne Wert.

Unter Ausnahmezustand versteht Schmitt[76]) die Suspendierung der gesamten Ordnung. „Im Ausnahmefall suspendiert der Staat das Recht." Hier soll zwar noch eine Ordnung bestehen, aber keine Rechtsordnung.[77])

Diese Sätze treffen allerdings für die herrschende Auffasssung des Rechts als des Inbegriffs der Normen zu. Die Rechtsnormen, insbesondere die Rechtsnormen, welche den Schutz des Einzelnen gegenüber der Übermacht des Staates zum Inhalt haben, werden im Fall staatlichen Notstandes aufgehoben.

Von der hier vertretenen Auffassung aus sind diese Sätze falsch.

---

[73]) Die Diktatur 1. A. 1921, 2. A. 1928; Politische Theologie, 1922.

[74]) Pol. Theol. S. 9; Diktatur 1. A. S. 194.

[75]) Vgl. dazu H. Heller, Souveränität, 1928 S. 65 ff.

[76]) Polit. Theol. S. 12.

[77]) Vgl. auch Diktatur S. 149 ff., 172 ff.

Auch im Ausnahmezustand ist das Recht im Sinne der Entscheidung, d. h. der Regelung des Einzelfalles auf Grund des Rechtsgefühls, nicht „suspendiert"; auch im Ausnahmezustand besteht noch eine Rechtsordnung, auch der Rechtsstaat im Notstand ist noch Rechtsgemeinschaft. Nur daß, solange der Notstand besteht, das Gemeingefühl innerhalb des Rechtsgefühls die Dominante bildet, und ebenso die praktische Vernunft durch die Zwecke der Wahrung des Staatsbestandes geleitet wird, während die Zwecke des Individuums zurücktreten.

Allerdings haben gerade für die Regelung der Grundlagen der Gemeinschaft, wie oben (S. 157) dargelegt ist, die Normen eine überragende Bedeutung, und ihre Aufhebung gibt daher, solange sie dauert, der Gemeinschaft ein verändertes Gepräge. Der Staat verliert während dieser Aufhebung den Charakter des Rechtsstaats. Aber die Gemeinschaft bleibt Rechtsgemeinschaft, ihre Ordnung bleibt Rechtsordnung.

Wie Sparta vor der Gesetzgebung des Lykurg, Athen vor der Gesetzgebung des Solon nicht etwa rechtlos war, wie die Jranier schon vor dem Auftreten Zoroasters[78]) eine Rechtsgemeinschaft bildeten, so ist auch im modernen Staatsleben im Falle des Notstandes, des Ausnahmezustandes, nicht etwa Rechtlosigkeit vorhanden; auch der Diktator kann nicht willkürlich Menschen hinrichten, Eigentum konfiszieren, sondern bleibt, wenn auch nicht an Rechtsnormen[79]), so doch an die Quellen des Rechts gebunden, d. h. an das Rechtsgefühl und die Vernunft.

Hierdurch und hierdurch allein unterscheiden sich Diktatur einerseits, Despotie und Tyrannei anderseits.[80])

Unter dem gleichen Gesichtspunkt ergibt sich die rechtliche Einordnung revolutionärer Vorgänge.

---

[78]) Die vedische Religion kennt schon — vor Zoroaster — den Gott des Vertrages Mithra und den Gott des Eides Varuna. Ed. Meyer, Gesch. d. Altertums 1 2. Hälfte (4. A. 1921) S. 921; Urspr. u. Anf. d. Christentums 2 (1921) S. 60.

[79]) Vgl. Art. 48 der RVerf.

[80]) Ebenso im Grunde auch C. Schmitt, Diktatur S. 136.

Auch die Revolution ist nicht eine Negierung des Rechts, ein bloß faktisches Ereignis, das an sich schlechthin Unrecht wäre. Sie ist vielmehr eine Eruption des Rechtsgefühls, das vorübergehend mißleitet sein kann, das aber sehr bald sich auf sich selbst besinnt, und das für eine neue Regelung der Gemeinschaftsgrundlagen die Quelle wird. Das gilt für die englische Revolution von 1648, wie für die französische von 1789 und die deutsche von 1918.

Es ist also nicht richtig, wenn Condorcet[81]) dem Wort „revolutionär" die Bedeutung eines faktischen, sich von den Grundsätzen der Gerechtigkeit entfernenden Zustandes beilegt.

Die Revolution richtet sich nicht gegen das Recht[82]), sondern gegen bestimmte Normen, nicht einmal gegen den Staat an sich, sondern gegen die Machtverteilung innerhalb eines geschichtlich bestimmten Staates.

Es ist nicht bedeutungslos, daß ein Mann von dem tiefen Rechtsgefühl Kants der französischen Revolution als dem Siege des Vernunftrechts mit innerer Sympathie gegenübergestanden hat.

Damit erledigt sich auch eine andere Frage, die im Gefolge der Revolutionen des Jahres 1918 aufgeworfen worden ist, nämlich die Frage nach der Kontinuität der Rechtsordnung und nach der Kontinuität des Staates.

Von dem hier vertretenen Standpunkt aus kann diese Frage gar nicht aufgeworfen werden.

Da das Recht nicht auf der staatlichen Ordnung beruht, so bleibt es daher von revolutionären Vorgängen, die sich nur gegen die letztere richten, unberührt.

Aber auch der Staat selber, als Integration der Volks-

---

[81]) In seinem Aufsatz „Über den Sinn des Wortes revolutionär", zitiert bei Schmitt, Diktatur S. 150.

[82]) „Wenn der Gedrückte nirgends Recht kann finden,
Wenn unerträglich wird die Last — greift er
Hinauf getrosten Mutes in den Himmel
Und holt herunter seine ew'gen Rechte,
Die droben hangen unveräußerlich
Und unzerbrechlich, wie die Sterne selbst."
(Schiller, Tell II 2.)

gemeinschaft, wird durch eine Änderung der Machtverteilung nicht in seinem Wesen geändert. Das Deutsche Reich ist nach dem November 1918 seinem Wesen nach derselbe Staat geblieben, der es vorher war. Er ist nicht etwa Rechtsnachfolger des Deutschen Reichs von 1871.[83])

3. Abschnitt.

Recht und Völkergemeinschaft.

1.

Das Gebiet, auf welchem die herrschende Auffassung des Rechtes als einer Gesamtheit von Normen ihre Unzulänglichkeit am deutlichsten gezeigt hat, ist das Gebiet des Völkerrechts.

Die Völkergemeinschaft wird heute noch, soweit hier überhaupt eine Gemeinschaft angenommen wird, als eine durch Normen verbundene Gemeinschaft aufgefaßt, und zwar sowohl von denen, welche hier eine über den Staaten stehende Gemeinschaft annehmen, wie von denen, welche

---

[83]) Ebenso J. Binder, Philosophie des Rechts (1925) S. 639. Vgl. C. Schmitt, Verfassungslehre 1928 S. 94 ff.

Nach der Lehre von Kelsen, der den Staat mit seinen Verfassungsnormen identifiziert, hängt die Frage der Kontinuität des Staates von der Kontinuität der Verfassungsnormen ab. Vgl. Kelsen, Die Verfassung Deutsch-Österreichs, im Jahrb. d. öff. Rechts, **9** (1920) S. 248. Er verneint daher die Identität des vor- und nachrevolutionären Staates und ihre Kontinuität. F. Sander will hier die Kontinuität durch die völkerrechtliche Anerkennung des neuen Staates erzeugen lassen („Das Faktum der Revolution u. die Kontinuität der Rechtsordnung" in Zsch. f. öff. Recht, 1. Bd. 1919 S. 132 ff.) Gegen ihn Binder a. a. O. S. 638 ff.

hier nur eine vom Willen der Staaten abgeleitete Gemeinschaft sehen.

Eine große Gedankenarbeit ist aufgewendet worden, um einerseits die Völkergemeinschaft, anderseits die Staaten in einem einheitlichen Gesamtbilde zusammenschauen zu können. Eine Aufgabe, die mißlingen mußte, da sie verschiedenartige geistige Gemeinschaften als in ihrem Wesen gleichartig behandeln wollte.

Die Völkergemeinschaft ist kein Staat; es fehlen ihr dessen wesentliche Merkmale (oben S. 257). Will man Staaten als Glieder oder Teile, oder wie immer man es nennen mag, in ihr unterbringen, so muß — da das Ganze mit seinen Teilen wesensgleich sein muß — die Völkergemeinschaft in staatlichen Begriffen gedacht und damit in ihrem Wesen vergewaltigt werden.

Der Normengeber des Staates ist der Gesetzgeber. Ein Gesetzgeber aber ist bei der Völkergemeinschaft ebensowenig vorhanden, wie es hier für die Funktion des Staates in der Verwirklichung des Rechtes etwas Entsprechendes gibt.

Alle Versuche, für die Völkergemeinschaft einen analogen Aufbau zu finden, sind bisher gescheitert.

Die auf dem rationalen Naturrecht aufgebaute Lehre von Christian Wolff nahm eine Vereinigung (societas) aller Staaten wieder in Gestalt eines Staates (civitas) an, den er als civitas maxima bezeichnet[1]).

Damit war der Normengeber des Völkerrechts in der civitas maxima gefunden; sie regelt die Verhältnisse in der Gemeinschaft ebenso wie der Staat innerhalb seines Gebietes.[2])

---

[1]) Jus Gentium, Halle 1749 S. 5 ff.: Ipse natura societatem instituit inter omnes gentes et ad societatem colendam eas obligat . . . . gentes omnes in civitatem coivisse intelliguntur cujus singula membra sunt singulae gentes seu civitates particulares.

[2]) Qualibet societas suas habere debet leges et eidem competit jus ferendi leges de iis, quae ad eandem spectant (S. 9). Die späteren Vertreter des Naturrechts haben die Lehre von der civitas maxima aufgegeben. Auch Vattel, Droit des gens (Ausg. v. Pradier-Fodéré) Bd. 1 (1863) S. 92 ff. kennt sie nicht mehr (ent-

Zu dem gleichen Ergebnis gelangt Kelsen auf Grund seiner Identifizierung von Staat und Recht; da er das Völkerrecht als wirkliches Recht annimmt, so muß von ihm natürlich dieses Recht in anderer Denkform als ein entsprechender Staat gedacht werden[3]).

Den Versuch Kelsens haben seine Schüler A. Verdross und Josef L. Kunz fortgesetzt[4]). Auch Verdross faßt das Völkerrecht als ein System von Normen auf, die von einer obersten Grundnorm — in seiner letzten Schrift von dem Satz: Pacta sunt servanda — abgeleitet sind.[5]) Die Völkergemeinschaft wird von ihm, wie von allen, die in ihr eine Normengemeinschaft sehen, als „Völkerrechtsgemeinschaft" bezeichnet[6]). Verdross betrachtet in seiner letzten Arbeit dieses Normensystem als über den innerstaatlichen Normen stehend („Primat" des Völkerrechts) oder vielmehr diese letzteren nur als „Teilrechtsordnungen" des Völkerrechts, die Staaten nur als „Ausgliederungen" der Völkerrechtsgemeinschaft.

Diese, übrigens ganz unhistorische, Auffassung hält einer Nachprüfung nicht stand. Sie ist mit Recht fast allgemein abgelehnt worden.[8]) Zunächst ist schon die dem Gedankengang Kelsens entnommene Idee der Ableitung einer

gegen der Bemerkung bei E. Kaufmann, Wesen des Völkerrechts S. 183).

[3]) Problem d. Souveränität u. die Theorie des Völkerrechts, 1920 S. 249 ff., 320; vgl. Ad. Merkl, Arch. f. öff. R. **41** (1921) 195.

[4]) A. Verdross, Die Einheit des rechtl. Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung, 1923; Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1926. Josef L. Kunz, Völkerrechtswissensch. u. reine Rechtslehre, 1923 S. 69 ff.; Die Anerkennung v. Staaten u. Regierungen im Völkerrecht, 1928 S. 2 ff. (Hdb. d. Völkerrechts, her. v. Stier-Somlo, II 3).

[5]) Der Gedanke, den Satz: Pacta sunt servanda als Grundlage des Völkerrechts aufzufassen, ist schon von Fr. v. Liszt ausgesprochen worden; vgl. Liszt, Deutsche Juristenzeitung 1916 S. 18.

[6]) Vgl. unten S. 302 Anm. 60.

[8]) Wolgast in Zsch. f. öff. R. **7** (1927) 130; Hold-Ferneck im Arch. f. R. u. WPh. **21** (1927) 143; Heylandt, Jur. Woch. 1927 S. 2262; G. Husserl, Arch. f. ziv. Prax. N.F. **7** (1927) 161; Strupp, Zsch. f. VöR. **14** (1928) 449 ff.

ganzen Rechtsordnung von einer einzigen obersten „Grundnorm" ebensowenig haltbar[9]), wie die axiomatische Verwendung des Satzes: Pacta sunt servanda.[10]) Unsittliche Verträge z. B. binden weder im staatlichen noch im überstaatlichen Recht.

Der Gedanke vollends, die Staaten als „Ausgliederungen" der „Völkerrechtsgemeinschaft" zu betrachten, widerspricht dem Wesen der Völkergemeinschaft ebensosehr wie dem der Staaten.

Die entgegengesetzte Auffassung, die von den einzelnen Staaten ausgeht, kann eine Auffassung der Völkergemeinschaft als wirklicher Gemeinschaft nicht begründen. Sie wird von der Mehrzahl der deutschen, wie übrigens auch der englischen Schriftsteller vertreten; sie leitet das Völkerrecht von dem Willen der Staaten ab, die der Völkergemeinschaft angehören. Danach sollen die Normen des Völkerrechts den einzelnen Staat verpflichten, weil er sich selbst durch sie binden will.[11])

Diese Auffassung ist selbstverständlich für alle diejenigen Schriftsteller die einzig mögliche, die im Staat die Quelle allen Rechtes sehen.

Die logische Konsequenz dieses Standpunktes ist die, daß die Staaten nicht mehr an das Völkerrecht gebunden sind, sobald ihr Wille sie nicht mehr binden will. Hegel hat daraus den Satz abgeleitet, daß das höchste Gesetz für einen Staat in seinem Verhalten zu anderen sein Wohl sei, so daß er, wenn dies Wohl es fordert, nicht an Verträge oder Regeln gebunden sei.[12])

Der Satz, daß alle Staatsverträge nur solange binden, als es das Selbsterhaltungsrecht des Staates gestattet, den

[9]) Vgl. hierzu H. Heller, Souveränität S. 93, 130 ff.; Carl Schmitt, Verfassungslehre S. 69 ff.

[10]) Vgl. Heller a. a. O. S. 132, 135; Carl Schmitt, Verfassungslehre S. 69 ff.

[11]) Vgl. die Literaturnachweise bei J. L. Kunz, Art. Landesrecht u. Völkerrecht im Wörterb. des Völkerrechts, 1 (1924) 788 ff.; dazu Heller, Souveränität, 1927 S. 120 ff. und Rolf Knubben, Die Subjekte des Völkerrechts, 1928 S. 127 ff.

[12]) Philos. d. Rechts §§ 336, 337.

das völkerrechtliche Schrifttum aller Länder[13]) vertritt, wird mit jener Grundauffassung gerechtfertigt, daß die Sätze des Völkerrechts auf dem Willen der Staaten beruhen.[14]) Wenn die Staaten an die Normen des Völkerrechts nur gebunden sind, weil sie auf ihrem Willen beruhen — was hindert sie, ihren Willen beliebig — nicht nur im Fall der Existenzfrage — zu ändern?[15]) Welche Norm bindet sie an ihre Willenserklärung? Und woher könnte der Normgeber dieser Norm das Recht — nicht bloß: die Macht, obwohl auch diese Frage bedeutsam wäre — nehmen, die Staaten an ihre Erklärung zu binden?

Auf diese Fragen sind die Vertreter der Auffassung von der Selbstbindung der Staaten bisher die Antwort schuldig geblieben.

Triepel hat in seiner heute noch grundlegenden Schrift[16]) eine solche für unmöglich erklärt. Er unterscheidet zwischenstaatliche „Verträge" und zwischenstaatliche „Vereinbarungen" von Rechtssätzen und leitet für die letzteren ihre Verbindlichkeit daraus her, daß durch die „Vereinbarung" ein „Gemeinwille" geschaffen werde.[17]) Im Gemeinwillen trete dem Staat nicht lediglich ein fremder Wille, aber auch nicht lediglich sein eigener Wille entgegen

---

[13]) Vgl. für Deutschland E. Kaufmann, Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus, Tübingen 1911. Dort auch die frühere Literatur (S. 59 ff.).

[14]) Daß jener Satz auch von anderer Grundauffassung aus vertretbar ist, zeigt z. B. die Schrift von Cathrein, Die Grundlage des Völkerrechts, 1918 S. 71, der ihn vom Standpunkt des Naturrechts aus rechtfertigt. Nach der in der vorliegenden Schrift vertretenen Auffassung ist die Entscheidung des Einzelfalles lediglich aus dem Rechtsgefühl zu gewinnen. Eine allgemeine Clausula rebus sic stantibus ist dagegen — entgegen Cathrein — für das Völkerrecht ebenso abzulehnen wie für die staatliche Rechtsordnung.

[15]) Wie es Macchiavelli ganz offen als Recht der Staaten verkündigt hat (Der Fürst, 18. Kap.).

[16]) Völkerrecht u. Landesrecht, 1899 S. 35 ff.

[17]) Ebenso zuletzt H. Heller, Souveränität, S. 121 ff. Dagegen G. A. Walz, Abänderung völkerrechtsgemäßen Landesrechts (1927) S. 110 ff.

(S. 77 ff.). Triepel wirft nun die Frage auf, woher der Gemeinwille seine verbindende Kraft erhalte, und beantwortet sie damit, eine rechtliche Erklärung sei unmöglich. Man müsse sich „mit der Versicherung begnügen, daß der Staat sich an seinen Willen gebunden fühlt" (S. 81).

Das ist natürlich keine Antwort auf eine Rechtsfrage, sondern eine bloße tatsächliche Feststellung, deren Unrichtigkeit übrigens in zahlreichen Fällen durch die Geschichte erwiesen ist. Die Staaten haben sich oft genug nicht an ihren früheren Willen gebunden gefühlt.

Solange man das Völkerrecht auf den Willen der Staaten zu gründen versucht, bedeutet das in Wahrheit, ihm die Grundlage entziehen. Ein Recht kann sich nicht auf Willkür gründen.

Für das Völkerrecht, das auf dem Willen der Staaten aufgebaut ist, ist denn auch der Weisheit letzter Schluß der Krieg[18]). Es war daher für dieses Völkerrecht richtig gesehen, wenn Kant in dem „Recht zum Kriege" das Wesen dieses Völkerrechts erblickt hat.[19])

Daher ist denn auch die Meinung weit verbreitet, daß das Völkerrecht kein Recht in dem Sinne sei wie das inner-

---

[18]) In voller Schärfe ist dies von E. Kaufmann, Wesen des Völkerrechts usw. ausgesprochen worden (S. 153): „So stellt sich auch für das Koordinationsrecht (d. h. Völkerrecht) der siegreiche Krieg als Bewährung des Rechtsgedankens, als die letzte Norm heraus, die entscheidet, welcher der Staaten Recht hat." Und das soll sogar für die innerstaatliche Rechtsordnung gelten (S. 146): „Damit haben wir auch den Maßstab gewonnen, an dem jede einzelne Rechtsordnung auf ihre „Richtigkeit" hin zu messen ist: einen Maßstab, der von dem sozialen Ideal Stammlers weit abliegt. Nicht die „Gemeinschaft frei wollender Menschen", sondern der siegreiche Krieg ist das soziale Ideal". Vgl. auch Hegel, Rechtsphilosophie § 334. Die alte englische Auffassung siehe bei Bentham, Principles of internat. law, Works, 2 (1843) 538.

[19]) Kant, Zum ewigen Frieden (Ausg. Cassirer 6 442): „Bei dem Begriffe des Völkerrechts, als eines Rechts zum Kriege, läßt sich eigentlich gar nichts denken (weil es ein Recht sein soll, nicht nach allgemein gültigen äußeren, die Freiheit jedes Einzelnen einschränkenden Gesetzen, sondern nach einseitigen Maximen durch Gewalt, was Recht sei, zu bestimmen) . . ."

staatliche Recht, ja, daß es eigentlich überhaupt kein „Recht" sei.[20])

Diese Meinung ist vom Standpunkt derjenigen Auffassung aus, die im Staat die Quelle allen Rechtes erblickt, schwerlich zu widerlegen. Ihren kurzen Ausdruck findet die letztere Auffasssung in dem Begriff der „Souveränität" im Sinne einer Herrschaft auch über das Recht.

Daß dieser Begriff der „Souveränität" unrichtig ist, und zwar unrichtig vom Standpunkt der geschichtlichen Rechtsentwicklung, ist oben schon (S. 262) dargelegt worden.[21])

Geht man von dem richtigen Begriff der „Souveränität" aus, nämlich der Unabhängigkeit gegenüber jedem fremden Willen, der sich nicht auf das Recht stützen kann, so steht diese Souveränität der Staaten einem Völkerrecht nicht nur nicht im Wege, sondern sie ist sogar als Voraussetzung der Völkergemeinschaft anzusehen. Eine Völkergemeinschaft ohne staatlich organisierte, d. h. souveräne (im obigen Sinne) Nationen wäre eine rudis indigestaque moles.

Der Satz Hellers ist richtig (Souveränität S. 118): „Jede völkerrechtliche Erörterung, welche die Existenz einer Pluralität von souveränen Willenseinheiten nicht zum Ausgangspunkt nimmt, ist von vornherein und grundsätzlich verfehlt."

Es geht daher zu weit, wenn z. B. Kelsen[22]) den Be-

---

[20]) Die Literatur bei J. L. Kunz, Art. Landesrecht u. Völkerrecht im Wörterb. d. Völkerrechts, Bd. 1 (1924) 789; dazu Huber, Recht u. Rechtsverwirklichung S. 209; Hold-Ferneck, Arch. f. R. u. WPh. 21 145 und Zsch. f. Rechtsphilosophie 4 (1929) 38 ff.; Heller, Souveränität, 1927 S. 129.

[21]) Vgl. das Zitat von Bodin S. 262 Anm. 13.

[22]) Das Problem der Souveränität u. die Theorie des Völkerrechts, 1920; Art. „Souveränität" im Wörterb. des Völkerrechts, her. v. Strupp, 2 (1925) 554 ff. Er geht hier von der Identität von Staat und Normensystem, sowie von dem Primat des völkerrechtlichen Normensystems aus, innerhalb dessen das des Staates nur eine Teilordnung bilden soll.

Die Unhaltbarkeit dieser Sätze ist in der reichsdeutschen Literatur ziemlich einhellig anerkannt; vgl. zuletzt noch E. Tatarin-Tarnheyden, Staat und Recht, 1926 S. 7 ff.; H. Heller, Souveränität, S. 21 ff., 51 ff. Vom Standpunkt der vorliegenden Arbeit

griff der Souveränität überhaupt aus dem Völkerrecht verdrängen will.

2.

Die herrschende Auffassung, die das Recht mit den Normen identifiziert, hält für das Völkerrecht noch weniger einer Nachprüfung stand als für die Landesrechte.

Zunächst fehlt hier ein Normengeber, der Normen mit bindender Kraft zu erlassen beanspruchen könnte.

Als Quellen für die Normen des Völkerrechts werden gewöhnlich folgende beiden genannt: zwischenstaatliche Verträge und internationales Gewohnheitsrecht (Staatenpraxis)[23]; das letztere erscheint unter dem gleichen Gesichtspunkt wie die ersteren, nämlich als „stillschweigende" Übereinkunft der Staaten[24].

Für beide fehlt es, worauf schon oben (S. 288) hingewiesen ist, an einer Erklärung, weshalb eine Vereinbarung rechtlich bindende Kraft haben soll, welche Macht ihr eine solche verleiht[25].

Für das Gewohnheitsrecht kommt noch eine andere Erwägung hinzu. Das internationale Gewohnheitsrecht ist eine fortgesetzte Übung, d. h. eine für Einzelfälle mit gleichliegendem Tatbestand fortgesetzte gleichmäßige Regelung — also eine Reihe gleichmäßiger Entscheidungen.

Die Ableitung der Norm aus diesen Entscheidungen erfolgt nicht durch „das Gewohnheitsrecht" selber — welche

ist schon der Ausgangspunkt, die Auffassung des Rechts als Normensystem, abzulehnen.

Die ausländischen Autoren, welche den Souveränitätsbegriff verwerfen, vgl. bei Heller a. a. O. S. 31 ff.

[23]) Vgl. statt vieler L. Oppenheim, International Law, 1 (1920) § 16; Karl Strupp, Grundzüge des posit. Völkerrechts, 4. A. 1928 S. 7.

[24]) Oppenheim a. a. O.: Tacit consent, implicit consent or consent by conduct im Gegensatz zum express consent durch Vertrag; ebenso Triepel, Völkerrecht u. Landesrecht S. 95.

[25]) Somló bezeichnet daher (a. a. O. S. 170) die Normen des Völkerrechts als bloße Konventionalnormen.

Macht soll hier personifiziert sein? —, sondern durch den Richter, der sich auf das Gewohnheitsrecht berufen will, oder eine Partei, insbesondere also einen Staat, oder durch die Rechtswissenschaft.

Die Rechtslage ist die gleiche wie für das innerstaatliche Gewohnheitsrecht (oben S. 238).

Die zusammenfassende Bezeichnung dieser Normen als Gewohnheitsrecht bezeichnet also nur das Entscheidungsmaterial, aus dem sie abgeleitet sind, sagt dagegen nichts über die Person desjenigen aus, der sie abgeleitet hat.

Von dem hier vertretenen Rechtsbegriff aus, wonach als „Recht" nicht die Gesamtheit der Normen, sondern die Gesamtheit der Entscheidungen bezeichnet wird, ist gegen die Bezeichnung eines besonderen Gebietes des Völkerrechts als Gewohnheitsrecht nichts einzuwenden: sie bedeutet die Gesamtheit der Entscheidungen, die durch die Staatenpraxis gegeben wurden, im Gegensatz zu den Entscheidungen der völkerrechtlichen Gerichte wie zu den Entscheidungen der Wissenschaft.

Die Auffassung des Völkerrechts als eines Inbegriffs von Normen scheitert endlich vor allem an der geschichtlichen Wirklichkeit.

Es sind eine große Anzahl völkerrechtlicher Richtersprüche, also Entscheidungen, ergangen, welche die Norm, von der sie abgeleitet wurden, weder aus einer zwischenstaatlichen Vereinbarung noch aus der Staatenpraxis entnehmen konnten, weil nämlich der zu entscheidende Tatbestand zum erstenmal zur Entscheidung stand.

Es sei an den Alabama-Fall[26]), an den Beringsmeer-Streit[27]), an den Fall des „General Armstrong"[28]) erinnert.[29])

---

[26]) De Lapradelle et Politis, Recueil des Arbitrages Internationaux, **2** (1923) 713 ff.; Politis, La Justice Internationale 1924 S. 36 ff.

[27]) Moore, Int. Law Digest **1** 910; Politis, a. a. O. S. 52 ff.

[28]) Lapradelle et Politis, Recueil **1** (1905) 635 ff. Dazu Wehberg, Art. General Armstrong-Fall im Wörterb. des Völkerrechts, Bd. **1** (1924) 376.

[29]) Weitere Fälle bei Verdross, Einheit des rechtl. Weltbildes, 1923 S. 120 ff.

In allen diesen Fällen ist die Entscheidung von den Richtern im wesentlichen auf Grund ihres Rechtsgefühls und ihrer praktischen Vernunft gefunden und erst in der Begründung der Entscheidung die Norm, und zwar zum erstenmal, formuliert worden, die der Entscheidung zugrunde gelegt wurde und die dann allerdings in die Normensammlung des Völkerrechts übergegangen ist.

Wir sehen hier, daß der Vorgang auf dem Gebiet des Völkerrechts im Grunde kein anderer ist, als er früher für die staatliche Rechtsordnung festgestellt wurde: auch hier beruhen die Entscheidungen auf dem Rechtsgefühl und der praktischen Vernunft[30]), und die Normen werden erst nachträglich aus ihnen abgeleitet[31]).

Auch hier gilt, was für das staatliche Recht gesagt war: der Entscheidende muß die gefundene Entscheidung an den vorhandenen Normen kontrollieren.

Die vorhandenen Normen: das sind in erster Linie diejenigen, die durch zwischenstaatliche Verträge vereinbart sind oder aus der Staatenpraxis entnommen werden.

Die Bedeutung der Kontrolle ist hier nicht minder groß, wie sie für das staatliche Recht hervorgehoben war (oben S. 164 ff.). Ja, sie ist unzweifelhaft noch größer, da hinter der Entscheidung nicht eine staatliche Macht steht, sondern sie nur durch ihr eigenes Gewicht wirkt.[32])

---

[30]) Diese Erkenntnis findet sich auch vereinzelt bei Vertretern der herrschenden Auffassung; vgl. v. Liszt, Völkerrecht (11. Aufl.) S. 9; Laband, Deutsche Juristenzeitung 1916 S. 833.

[31]) Die katholische Rechtsphilosophie führt die Normen des Völkerrechts auf Gott als Gesetzgeber zurück; vgl. Victor Cathrein, Grundlage des Völkerrechts (1918) S. 52; Jos. Mausbach, Naturrecht u. Völkerrecht (1918) S. 94. Indessen kann das auch vom Standpunkt der Gottgläubigkeit nicht aufrechterhalten werden. Gewiß sind die Quellen, auf denen die Entscheidungen beruhen, insbesondere das Rechtsgefühl, göttlichen Ursprungs. Aber die aus ihnen abgeleiteten Normen sind Menschenwerk. Im übrigen ist die Polemik von Cathrein gegen E. J. Bekker, Völkerrecht der Zukunft, S. 8, 20 ff., voll berechtigt.

[32]) Vgl. dazu Karl Strupp, Völkerrechtskodifikation in Zsch. f. öff. Recht, 7 (1928) 153 ff.

Außer den Normen, welche auf Staatsverträgen, und denen, welche auf Gewohnheitsrecht beruhen, werden in den völkerrechtlichen Richtersprüchen regelmäßig noch die allgemeinen Rechtsgrundsätze der zivilisierten Nationen herangezogen[33]). Das Statut der Cour permanente de justice internationale führt sie ausdrücklich als gleichwertig auf. Sein Art. 38 bestimmt:

La Cour applique:

1) les conventions internationales, soient générales, soient spéciales, établissant des règles reconnues par les États en litige;

2) la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée étant le droit;

3) les principes généraux de droit reconnues par les nations civilisées.

Diese allgemeinen Rechtsgrundsätze, deren Erwähnung nach dem Vorgang des Statuts der Cour permanente von einer Reihe späterer Schiedsgerichtsverträge[35]) übernommen worden ist, sind nicht etwa nur allgemeine programmatische Sätze, sondern namentlich auch Rechtsnormen von allgemeiner Anerkennung in den Landesrechten der zivilisierten Staaten. Wenn sie als Normen mit völkerrechtlicher Geltung angesehen werden, so liegt hier offensichtlich die Vorstellung zugrunde, daß eine Norm von allgemeiner innerstaatlicher

---

[33]) Vgl. Rudolf A. Métall, Zsch. f. Völkerrecht **14** (1927) 174.

[35]) Zunächst der deutsch-schweizerische Schiedsgerichts- u. Vergleichs-Vertrag v. 3. 12. 21. Nach ihm hat das Schiedsgericht zugrunde zu legen:

1. die aus den Vereinbarungen der Parteien sich ergebenden Rechtsgrundsätze;
2. das internationale Gewohnheitsrecht als Ausdruck einer allgemein als Recht anerkannten Übung;
3. die allgemeinen von den Kulturstaaten anerkannten Rechtsgrundsätze.

Diesem Vertrage schließen sich die späteren wörtlich an: der deutsch-schwedische Schiedsgerichts- und Vergleichsvertrag v. 29. 8. 24, der deutsch-finnische v. 14. 3. 25, der deutsch-estnische v. 10. 8. 25, der deutsch-dänische v. 2. 6. 26.

Anerkennung stillschweigend auch als Grundlage für völkerrechtliche Entscheidungen vereinbart erscheint.[36])

Als Quelle von Rechtsnormen waren oben — neben den Gesetzen, die für die Völkergemeinschaft nicht in Betracht kommen — die richterlichen Entscheidungen und die freie Wissenschaft angeführt worden (3. Kap. Abschn. 3 u. 4).

Sie sind es auch für die Normen des Völkerrechts. Art. 38 des Statuts der Cour permanente[37]) nennt an 4. Stelle:

> les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés, comme moyens auxiliaires de déterminations des règles de droit.

Daß die Bedeutung dieser beiden Quellen insofern hinter diejenige der zu 1 bis 3 genannten zurückgestellt wird, als sie nur hilfsweise herangezogen werden, steht in Übereinstimmung mit dem früher Gesagten (oben S. 240 ff.). Prak-

---

[36]) Im gleichen Sinne Verdross, Einheit des rechtl. Weltbildes, 1923 S. 122, und Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1926 S. 57 ff.; H. Richter, Bl. f. intern. Privatr. **3** (1928) 146 ff.; J. Spiropoulos, Die allgem. Grundsätze im Völkerrecht, Kiel 1928, S. 22 ff.; D. Schindler, Zsch. f. öff. R. **7** (1928) 622; Josef L. Kunz, Die Anerkennung v. Staaten usw. (Hdb. des Völkerrechts, her. v. Stier-Somlo, II 3, 1928) S. 8. Dagegen wird den „allgemeinen Rechtsgrundsätzen" die Natur echter Normen abgesprochen u. a. von Strupp, Theorie u. Prax. des Völkerrechts (1925) S. 4, 5, sowie Zsch. f. öff. R. **7** (1928) 154; Rabel, Zsch. f. ausländ. R. **1** (1927) 17. Heller will hier den Unterschied wiederfinden, den er (Souveränität S. 47 und Veröff. d. Verein. dtscher Staatsrechtslehrer 4. Heft, 1928 S. 118) zwischen Rechtsgrundsätzen, d. h. logischen oder ethischen Prinzipien, und positiven Rechtssätzen macht. Daß hier nicht positive Rechtssätze im strengen Sinne gemeint sind, kann zugegeben werden. Aber es sind Normen, die aus übereinstimmenden Normen der Landesrechte der Kulturnationen abgeleitet sind. Die Beratungen des Juristenkomitees, das mit der Abfassung des Statuts beauftragt war, sprechen dafür, nicht dagegen, wie Heller (Souveränität S. 137 ff.) meint.

[37]) Entsprechend sagen die in Anm. 35 genannten Verträge, in offener Anlehnung an Art. 1 Schweiz. ZGB.: „Soweit im einzelnen Falle die vorstehend erwähnten Rechtsgrundlagen Lücken aufweisen, entscheidet das Schiedsgericht nach den Rechtsgrundsätzen, die nach seiner Ansicht die Regel des internationalen Rechts sein sollten. Es folgt dabei bewährter Lehre und Rechtsprechung."

tisch ist jedoch die Bedeutung sowohl der Richtersprüche wie der Wissenschaft überaus groß.

Für die ersteren bedarf das keines Beweises. Die oben (S. 292) genannten Entscheidungen genießen allgemeines Ansehen.

Aber auch die Rechtswissenschaft hat gerade auf dem Gebiet des Völkerrechts für die Herausarbeitung von Rechtsnormen von jeher eine besonders wichtige Rolle gespielt. Die erste Normensammlung des modernen Völkerrechts war ein wissenschaftliches Werk: Hugo Grotius, De jure belli ac pacis, libri tres (1625).

Auch heute geht die Wissenschaft wieder auf einem besonderen Gebiet des Völkerrechts voran.

Man unterscheidet das öffentliche internationale Recht (public international law, droit international public) von dem internationalen Privatrecht (private i. l., d. i. privé). Das internationale Privatrecht führt aber, so wie es bisher gehandhabt wird, diesen Namen zu Unrecht. Es ist kein internationales d. h. überstaatliches Recht, sondern reines Landesrecht.

Der Mangel wirklich völkerrechtlicher Normen auf diesem Gebiete hat sich schon lange für die innerstaatliche Rechtsprechung gezeigt, vor allem aber, als völkerrechtliche Gerichte, nämlich die auf Grund der Friedensverträge eingesetzten Gemischten Schiedsgerichte sich mit Fragen der Statutenkollision befassen mußten, und nun für sie kein Landesrecht vorhanden war[38]). Ernst Zitelmann[39]) hat bereits vor einem Menschenalter den Versuch gemacht, hier völkerrechtliche Normen zu entwickeln, und zwar durch Ableitung von einem mittels des Rechtsgefühls und der praktischen Vernunft gewonnenen Prinzip, also aus den gleichen Quellen schöpfend, die auch sonst für die Völkergemeinschaft Recht schaffen.

Seinem Versuch ist der Erfolg versagt geblieben; zum Teil, weil er verfrüht war — die Zeit war noch nicht reif

[38]) Vgl. H. Jsay, Priv. Rechte u. Interessen im Friedensvertrag, 3. A. (1923) S. 215 ff.

[39]) Internationales Privatrecht, 1. Bd. 1897, 2. Bd. 1912.

dafür —, im wesentlichen aber, weil er seine Normen rein deduktiv von dem von ihm aufgestellten Prinzip ableitete, statt sie induktiv aus Entscheidungen zu gewinnen und sie (insbes. die Unterstellung des Obligationenrechts unter das Personalstatut) auf ihre praktische Brauchbarkeit zu prüfen.

Neuerdings ist der Versuch von Ernst Frankenstein neu unternommen worden.[40])

Frankenstein lehnt zwar ausdrücklich eine völkerrechtliche Grundlegung ab, aber nur deswegen, weil er unter „Völkerrecht" mit der herrschenden Auffassung nur Rechtsbeziehungen zwischen Staaten versteht. Daß diese Auffassung falsch ist, wird später (unten S. 304 ff.) darzulegen sein. Von dem hier vertretenen Begriff des „Völkerrechts" aus kommt auch Frankenstein in Wahrheit auf eine völkerrechtliche Regelung hinaus, indem er seine Normen aus „apriorischen" Grundsätzen ableitet, die „die fehlende überstaatliche Ordnung wenigstens notdürftig ersetzen können"[41]). Diese Grundsätze gewinnt er aber lediglich aus der Entscheidung der Einzelfälle auf Grund des Rechtsgefühls und der praktischen Vernunft (Frankenstein sagt statt dessen: „wissenschaftliche Selbstverständlichkeiten"), in Wahrheit also aus den Quellen des Völkerrechts.[42])

Ob die so von Frankenstein entwickelten Normen wirklich praktisch brauchbar sind, ja, ob sie auch nur überall dem Rechtsgefühl entsprechen, kann an dieser Stelle nicht untersucht werden[43]). Was hier interessiert, ist die Tatsache, daß die Wissenschaft auch heute wieder mit der Entwicklung völkerrechtlicher Normen für ein Gebiet voran-

---

[40]) Internat. Privatrecht, 1. Bd. 1926, 2. Bd. 1929.

[41]) A. a. O. S. 9 ff., 21 ff.; ferner Jur. Woch. 1927 S. 2257.

[42]) Vereinzelt haben auch die Gemischten Schiedsgerichte schon völkerrechtliche d. h. von den Landesrechten unabhängige Entscheidungen aus den Quellen des Völkerrechts gefunden; Nachweise bei H. Jsay a. a. O. S. 216.

[43]) Es ist von mehreren Kritikern verneint worden; vgl. Neumeyer, Jur. Woch. 1926 S. 1908; E. Jsay, Zsch. f. Völkerrecht, **14** (1927) 248 ff. und Arch. f. öff. Recht N. F. **13** (1927) 309; K. Satter, Zsch. f. öff. R. 1927 S. 45 ff.

geht, auf dem bisher eine völkerrechtliche Regelung fehlt, obwohl sie dringend notwendig wäre.

Auf die große Bedeutung der Normen für die völkerrechtlichen Entscheidungen ist bereits hingewiesen worden[44]). Aber auch hier ist diese Bedeutung nicht die, daß die Entscheidungen aus ihnen deduktiv gefunden würden. Vielmehr besteht sie auch hier in der Funktion der Normen für die Kontrolle und die Begründung, d. h. die Rationalisierung der Entscheidungen.

Das nochmals zu betonen, ist um deswillen nicht überflüssig, weil Abs. 2 des bereits angezogenen Art. 38 des Statuts der Cour permanente — und entsprechend die dem Art. 38 nachgebildeten internationalen Schiedsgerichts-Verträge[45]) — besagt:

> La présente disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer ex aequo et bono.

Das bedeutet aber nicht, daß der Gerichtshof in anderen Fällen n i c h t nach seinem Rechtsgefühl entscheiden dürfte. Vielmehr ist der Sinn dieses Satzes der, daß, wenn die Parteien einverstanden sind, das Gericht nicht verpflichtet ist, seine Entscheidung auf eine Norm zurückzuführen, d. h. als eine allgemeingültige nachzuweisen, sondern sich damit begnügen kann, sie als individuell der B i l l i g k e i t entsprechend zu erklären. Vgl. dazu oben S. 117.

3.

Das Ergebnis der bisherigen Erörterungen ist: Die Völkergemeinschaft ist eine Rechtsgemeinschaft, d. h. eine Gemeinschaft, deren Beziehungen durch das Recht, genauer:

---

[44]) Vgl. K. S t r u p p, Völkerrechtskodifikation, Zsch. f. öff. R. 7 (1928) 153 ff.

[45]) Oben S. 180.

durch die beiden Rechtsquellen, Rechtsgefühl und praktische Vernunft, geregelt werden.

Damit ist der Begriff der Völkergemeinschaft aber nur in einer Richtung bestimmt.

Es fragt sich weiter: wer sind die Mitglieder der Völkergemeinschaft? wird sie nur von den Staaten oder auch von Einzelpersonen und nichtstaatlichen Gemeinschaften gebildet? und endlich: wird sie nur von allen Staaten oder nur von einzelnen gebildet?

Die letztere Frage muß vorweg behandelt werden, da erst nach ihrer Erledigung die erstere behandelt werden kann.

A. Verdross hat in seiner „Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft" (1926) die Gesamtheit aller Staaten als wenigstens „potentielle" Glieder der Völkergemeinschaft angesehen.[46]) Victor Cathrein betrachtet dagegen die letztere schlechthin als die Gesamtheit „aller souveränen Völker aller Zonen"[47]).

Die herrschende Meinung läßt sie nur aus den zivilisierten Staaten bestehen, die schon von früher her als christliche europäische Staaten die Völkergemeinschaft bildend angesehen wurden, und denjenigen, wenigstens oberflächlich, zivilisierten Staaten, die nachträglich als Mitglieder aufgenommen worden sind.[48])

Man wird die Frage nicht von einer vorgefaßten Auffassung aus beantworten dürfen. Es handelt sich um die Feststellung einer Wirklichkeit, also um die Beobachtung von Tatsachen, nicht um die Aufstellung eines idealen Zieles.[49])

[46]) A. a. O. S. 128.

[47]) Grundlage des Völkerrechts S. 62.

[48]) Vgl. L. Oppenheim, Internat. Law, 3. A. **1** (1920) 32 ff., 134 ff.; Josef L. Kunz, Anerkennung v. Staaten usw. 1928 S. 28 ff. Nach v. Liszt-Fleischmann, Völkerrecht (1925) umfaßt die Völkergemeinschaft jetzt 61 Staaten, während sie am 1. 8. 14 nur 43 Staaten bildeten.

[49]) In diesem Ausgangspunkt hat A. Hold-Ferneck, Arch. f. R. u. WPh. **21** (1927) 143 ff., zweifellos recht gegenüber Verdross.

Die Entwicklung ist von einem Zustande ausgegangen, in dem es neben den staatlichen Gemeinschaften, in denen die Einzelnen vereinigt waren, eine Staatengemeinschaft gab, die eine Gemeinschaft im Sinne der bekannten Unterscheidung zwischen Gemeinschaft und Gesellschaft[50]) war; sie war organisch durch den, sei es friedlichen, sei es feindlichen, Verkehr zwischen den einzelnen Staaten entstanden, der Beziehungen schuf, welche einer Regelung bedurften. Sie war also nicht eine zweckbewußt gebildete Gesellschaft, der man beitreten und aus der man auch wieder austreten konnte.

Der letzte Satz scheint auf den ersten Blick mit der Praxis der europäischen Staaten im Widerspruch zu stehen, die — z. B. der Türkei gegenüber — eine „Zulassung" zum europäischen Völkerrecht kannte[51]), die gewöhnlich als „Aufnahme in die Völkerrechtsgemeinschaft" bezeichnet wird.[52]) [53])

Indessen ist hierzu zweierlei zu bemerken. Einmal, daß die europäische Völkergemeinschaft lediglich durch den Verkehr, nicht durch besondere Aufnahme- oder Eintrittserklärungen entstanden war, und es sich bei der Türkei um den ersten nichtchristlichen Staat handelte, der zu der europäischen Völkergemeinschaft hinzutrat, während z. B. eine

---

[50]) F. Tönnies, Gemeinschaft und Gesellschaft, 4. u. 5. Aufl. 1922.

[51]) Vgl. Art. VII des Pariser Friedensvertrages v. 30. 3. 1856 (Strupp, Urk. des VöR. **1** 187): „La Sublime Porte . . . . est admise à participer aux avantages du droit public Européen."

[52]) Stier-Somlo, Art. „Völkerrechtsgemeinschaft" in Strupps Wörterbuch des Völkerrechts **3** 188; Karl Strupp, Zsch. f. öff. R. **7** (1928) 153 Anm. 4; Josef L. Kunz, Anerkennung von Staaten usw., 1928 S. 25 ff.

[53]) Ebenso auch die amerikanische Auffassung; vgl. David Jayme Hill in der Dezembersitzung der American Society of Intern. Law (Proceedings of the Am. Soc. of Int. Law 10. Jg. 1916 S. 14): It is not sufficient, that a government should exist de facto in order to be admitted into the society of sovereign states. It must in addition accept the principles of international law as binding upon it, or it may justly be refused admission into that society.

förmliche „Aufnahme“[54]) Belgiens oder der Vereinigten Staaten niemals stattgefunden hat. Sodann aber daß es sich bei jener „Zulassung“ um die positiven europäischen Völkerrechtsnormen handelte; eine Beobachtung völkerrechtlicher Normen hat dagegen auch im Verkehr mit der Türkei selbstverständlich schon vor 1856 stattgefunden.

Zur Völkergemeinschaft gehörten ja auch alle anderen Staaten, mit denen ein Verkehr stattfand, z. B. China, Persien, Siam usw., ohne daß je ihre formelle „Aufnahme“ in die Gemeinschaft vorgenommen worden wäre.

Man sieht den Unterschied klar, wenn man das Beispiel des „Völkerbundes“ zum Vergleich stellt. Der Völkerbund ist keine organisch gewachsene Gemeinschaft, sondern eine künstlich geschaffene Gesellschaft. Ihr müssen die Staaten beitreten und auf Grund der Beitrittserklärung mit zwei Drittel Stimmenmehrheit zugelassen werden (Art. 1 der Völkerbundssatzung). Die Vereinigten Staaten, Mexiko, Rußland, die Türkei sind Mitglieder der Völkergemeinschaft, aber nicht des Völkerbundes.

Da heute zwischen allen Völkern der Erde ein Verkehr stattfindet, so sind diese, soweit der Verkehr durch das Rechtsgefühl und die praktische Vernunft geregelt wird, Mitglieder der Völkergemeinschaft.

Die herrschende Auffassung des Völkerrechts als einer Gesamtheit von Rechtsnormen kann dagegen eine Mitgliedschaft der Staaten in der „Völkerrechtsgemeinschaft“ nur insoweit anerkennen, als die Staaten sich ausdrücklich oder stillschweigend zu den bisher aufgestellten Normen des Völkerrechts bekannt haben.[55])

---

[54]) Sie ist nicht zu identifizieren mit der „Anerkennung“ als eines selbständigen Staates, wie es z. B. G. Jellinek, System der subj. öff. Rechte (1905) S. 320 will. Vgl. Jos. L. Kunz, Anerkennung v. Staaten u. Regierungen im Völkerrecht, 1928 S. 20 ff., 33; Rolf Knubben, Subjekte des Völkerrechts (Handb. d. Völkerr. her. v. Stier-Somlo, II 1), 1928 S. 334 ff.

[55]) Vgl. A. Verdross, Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1926 S. 137 ff.; J. L. Kunz, Zum Begriff der „nation civilisée“ im modernen Völkerrecht, Zsch. f. öff. R. 7 (1927) 86 ff. und Anerkennung usw. S. 26 ff.

Vom Standpunkt dieser Auffassung aus ist es also eine bloße Fiktion[56]), wenn A. Verdross eine „Völkerrechtsgemeinschaft" auf der Grundlage der gesamten Menschheit annimmt, die in einem Normensystem mit einer obersten „Grundnorm" als Spitze (oben S. 227) bestehen soll.

Welche Völker nach der hier vertretenen Auffassung Mitglieder der Völkergemeinschaft sind, ist nach dem Gesagten zwar reine Tatfrage.

Indessen muß betont werden, daß auch wilden und halbwilden Völkerschaften gegenüber die Regelung des Verkehrs durch das Rechtsgefühl und die praktische Vernunft erfolgt[58]), und daß diese nicht etwa nach Willkür behandelt werden dürfen. Nur die Normen des Kriegsrechts werden hier, mangels Gegenseitigkeit, nicht angewendet[59]). Aber diese Normen sind überhaupt keine Rechtsnormen, da der Krieg mit dem Recht nichts zu tun hat. Sie sind bloße Konventionalnormen und stehen auf keiner anderen Stufe als z. B. Duellregeln.

Nach dem Gesagten ist auch klar, weshalb hier an Stelle des allgemein üblichen Ausdrucks „Völkerrechtsgemeinschaft"[60]) das Wort „Völkergemeinschaft" verwendet wird. In jenem Ausdruck erscheint die Auffassung, daß die Völker-

---

[56]) Verdross spricht daher (a. a. O. S. 140) von „potentieller" Völkerrechtssubjektivität.

[58]) Das wird denn auch vorwiegend anerkannt; vgl. Liszt-Fleischmann, Völkerrecht, 12. A. (1925) S. 6; Fauchille, Droit intern. public I 1 (1922) S. 32. Wenn hier von „Grundsätzen des Christentums und der Menschlichkeit" oder den „principes humanitaires du droit rationnel" gesprochen wird, so ist das keine sachliche Verschiedenheit.

[59]) Vgl. Kunz a. a. O. S. 91 ff. und die dort angeführte Literatur.

[60]) F. Somló, Jurist. Grundlehre S. 154 ff.; Liszt-Fleischmann, Völkerrecht (1925) S. 3; Stier-Somlo, Art. „Völkerrechtsgemeinschaft" in Strupps Wörterbuch des Völkerrechts 3 188; Verdross, Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1926; Josef L. Kunz, Zum Begriff der „nation civilisée", Zsch. f. öff. R. 7 (1927) 86 ff.; K. Strupp, Völkerrechtskodifikation, in Zsch. f. öff. R. 7 (1928) 153; J. L. Kunz, Die Anerkennung v. Staaten usw. S. 25 ff.; R. Knubben, Subjekte d. Völkerrechts, 1928 S. 351 ff.

gemeinschaft nur insofern eine Rechtsgemeinschaft sei, als sie auf gemeinsamen Rechtsnormen beruhe. Aus dieser Auffassung heraus wird die Anerkennung der Universal-Rechtssätze als conditio sine qua non für den Eintritt neuer Staaten in die Völkerrechtsgemeinschaft betrachtet. Kunz[61]) formuliert diese Auffassung in dem Satze:

> „Daher kann die Völkerrechtsgemeinschaft juristisch nicht aus Kultur- und Interessengemeinschaft, sondern nur aus Rechtsnormen hergeleitet werden."

Diese Auffasssung ist, wie wiederholt betont werden mag, nicht als richtig anzuerkennen. Nicht die Normen machen die Gemeinschaft zur Rechtsgemeinschaft, sondern der Geist, der das Leben der Gemeinschaft durchzieht und sie zu einer geistigen Einheit macht; die Gesinnung, aus der heraus in dauernder Betätigung ihres Zusammenhanges die Regelung der aus dem Verkehr innerhalb der Gemeinschaft sich ergebenden Beziehungen erfolgt, nämlich eine Regelung nicht nach Willkür, d. h. mittels der natürlichen Kampfmittel der Macht und der List, sondern nach Rechtsgefühl und praktischer Vernunft.[62])

Die Normen bilden zwar eine Integration[63]) der Völkergemeinschaft, aber nicht ihre einzige und nicht ihre ursprüngliche; als diese erscheinen vielmehr auch hier, wie in jeder Rechtsgemeinschaft, die Entscheidungen.

Nur daß die Normen in der Völkergemeinschaft, worauf schon früher kurz hingewiesen wurde, eine höhere Würde haben als in der staatlichen Gemeinschaft, weil sie hier eine umfassendere Aufgabe haben. Sie müssen hier auch der Rechtsverwirklichung dienen, für die in der staatlichen Ge-

61) Zsch. f. öff. R. 7 90.

62) Der Widerspruch, den Hold-Ferneck, Arch. f. R. u. WPh. 21 (1927) 146, gegen die Bezeichnung „Völkerrechtsgemeinschaft" als „überflüssig und irreführend" erhoben hat, stammt aus Gedankengängen, die den hier vorgetragenen völlig entgegengesetzt sind; H.-F. erklärt: „Wie die Staaten das Völkerrecht geschaffen haben, steht es ihnen jederzeit frei, es wieder abzuschaffen" (!).

63) Über diesen Begriff vgl. oben S. 255.

meinschaft der Staat seine Macht zur Verfügung stellt. Das können die Normen leisten, wenn ihnen die allgemeine Auffassung diese höhere Bedeutung und damit eine stärkere Bindungskraft zuerkennt.

4.

Die zweite hier zu behandelnde Frage ist die, ob die Völkergemeinschaft nur aus Staaten besteht, anders ausgedrückt: ob sie nur rechtliche Beziehungen zwischen einzelnen Staaten begründet, oder ob auch die Einzelnen oder die nichtstaatlichen Gemeinschaften (z. B. Minoritäten) von ihr rechtlichen Schutz erhalten, ob also auch für die letzteren völkerrechtliche Rechte und Pflichten begründet werden.

Die überwiegende Auffassung nimmt das erstere an und betrachtet also die Völkergemeinschaft lediglich als Staatengemeinschaft.

Indessen ist diese Auffassung trotz ihrer herrschenden Stellung unrichtig, wie nachstehend gezeigt werden soll, und zwar nicht nur unrichtig in dem Sinne, daß eine andere Auffassung als zu erstrebendes Ziel gefordert werden müßte, sondern auch unrichtig in dem Sinne, daß das Gegenteil bereits seit langem Übung der positiven Staatenpraxis ist.

Ursprünglich ist zweifellos der Einzelne lediglich als Objekt völkerrechtlicher Vorgänge, völkerrechtlicher Ansprüche betrachtet worden, nicht aber als ihr mögliches Subjekt. Völkerrechtliche Rechte und Ansprüche gab es nur für Staaten.

Grotius[64]), Spinoza[65]), später Wolff[66]) und

---

[64]) De jure belli ac pacis, Proleg. § 17, l. 1, c. 1, XIV § 1.

[65]) Tractatus politicus, 3. Kap. § 13.

[66]) Jus Gentium, 1749 S. 7 (§ 9): Gentes omnes in civitatem coivisse intelliguntur cujus singula membra sunt singulae gentes seu civitates particulares.

Vattel[67]) kennen nur eine Staatengemeinschaft, deren einzelne Glieder die Staaten sind.

Seitdem hat die Auffassung, daß völkerrechtliche Beziehungen nur zwischen den Staaten entstehen können, völkerrechtliche Ansprüche und Rechte daher nur für die Staaten begründet werden können, ziemlich allgemein geherrscht; der vereinzelt erhobene Widerspruch ist bis heute ohne Erfolg geblieben[68]).

L. Oppenheim[69]) begründet die Existenz der Völkergemeinschaft (international community) wie folgt:

> Innumerable were the interests which then (vor dem Weltkrieg) already knit all the individual civilised States together and which created constant intercourse between these States as well as between their subjects.

Als die Bande, welche die zivilisierten Staaten und ihre Angehörigen verknüpfen, nennt er die religiösen Ideen, Wissenschaft und Kunst und namentlich den internationalen Handel. Und nun zieht er daraus (S. 10) den Schluß:

> And these common interests and the necessary intercourse which serves these interests, have long since united the separate States into an indivisible community.

Man sieht sofort, wie wenig zwingend dieser Schluß ist. Wenn die Völkergemeinschaft auf dem internationalen Verkehr beruht und durch ihn begründet und aufrechterhalten wird, so muß sie eben diejenigen Beziehungen schützen, die durch diesen Verkehr geschaffen werden, d. h. also nicht nur die Beziehungen zwischen Staaten, sondern auch die zwischen Einzelnen und namentlich auch zwischen Einzelnen und fremden Staaten.

Es ist hier, wie so oft, der falsche Rechtsbegriff der Sou-

---

[67]) Droit des gens, her. v. Pradier-Fodéré, 1. Bd. (1863) § 12 S. 93 u. ff.

[68]) Vgl. die vollständige Literatur bei Rolf Knubben, Die Subjekte des Völkerrechts, 1928 S. 487.

[69]) Intern. Law, 3. A. 1920, § 7 (S. 8).

veränität[70]) gewesen, welche der Anerkennung dieser aus der Natur der Dinge sich ergebenden Rechtslage entgegenstand und -steht. Aber nur der Anerkennung durch das Wort und die hier vom Wort abhängige Wissenschaft. Denn die Tat, die Praxis hat diese Anerkennung längst vollzogen.

Allerdings nicht, soweit es sich um Beziehungen zwischen Einzelnen handelt. Hier fehlt noch die völkerrechtliche Regelung, wenn sie auch bereits auf dem Wege ist (vgl. oben S. 297).

Wohl aber ist für die Beziehungen zwischen Einzelnen und fremden Staaten diese Anerkennung schon über ein Jahrhundert lang durch die Praxis geübt worden.

Den Wendepunkt bildet der Jay-Vertrag zwischen England und den Vereinigten Staaten v. 19. November 1794, der die Liquidation des Unabhängigkeitskampfes der letzteren einleitete. Durch diesen Vertrag wurde ein ständiges Schiedsgericht eingesetzt, das über die Ansprüche der amerikanischen Staatsangehörigen gegen England und die Ansprüche englischer Staatsangehöriger gegen die Vereinigten Staaten entscheiden sollte, und zwar Ansprüche, die aus Vorgängen des Unabhängigkeitskampfes entstanden waren, also völkerrechtliche Ansprüche.

Der Gedanke dieses Vertrages entstammt dem Gedankenkreise der jungen amerikanischen Republik[71]) und ist daher Geist vom Geiste der Unabhängigkeitserklärung vom 4. Juli 1776, die zuerst die Menschenrechte des Individuums proklamierte. Wie diese Erklärung die Rechte des Einzelnen in das Staatsrecht, so hat der Jay-Vertrag sie ins Völkerrecht eingeführt.

Seitdem sind nach dem Muster des Jay-Vertrages eine große Zahl internationaler Verträge geschlossen worden, die für völkerrechtliche Ansprüche Einzelner gegen fremde Staaten aus Kriegshandlungen oder Vorgängen der Kriegszeit Schiedsgerichte vorgesehen haben: so z. B. im Friedens-

---

[70]) Vgl. oben S. 290.

[71]) Vgl. die Camillus-Briefe von Alexander Hamilton, dem Freunde Washingtons und Mitarbeiter Jay's an der amerikanischen Verfassung.

vertrag von Vera Cruz v. 9. März 1839 zwischen Frankreich und Mexiko, im Vertrag von London v. 8. Februar 1853 zwischen den Verein. Staaten und Großbritannien, im Vertrag von Washington v. 4. Juli 1868 zwischen den Verein. Staaten und Mexiko, im Friedensvertrag v. 9. Januar 1872 zwischen Brasilien u. Paraguay, im Friedensvertrag v. 3. August 1881 zwischen Großbritannien und Transvaal.[72])

Darauf, daß die Rechtsprechung des Obersten Gerichts der Vereinigten Staaten, wie des deutschen Reichsgerichts schon längst die Einzelpersonen als Subjekte internationalen Rechts anerkannt hat, ist von Wilhelm Kaufmann[73]) bereits vor einem Menschenalter hingewiesen worden.

Die Friedensverträge, welche den Weltkrieg abschlossen, haben diese Praxis fortgesetzt[74]).

Zunächst gewährten sie (V. v. Versailles, Art. 297 e und f, V. v. St. Germain, Art. 249 e und f, V. v. Trianon, Art. 232 e und f, V. v. Neuilly, Art. 177 e und f) den Staatsangehörigen der alliierten Mächte Ansprüche gegen die Mittelmächte auf Schadenersatz oder Rückgabe wegen Kriegsmaßnahmen, und zwar unmittelbar.

Diese Ansprüche stehen nur dem alliierten Staatsangehörigen selbst, nicht etwa seinem Staate zu. Er kann sie daher auch gegen den Willen seines Staates verfolgen.

Der Jay-Vertrag enthielt (Art. 6) eine Bestimmung, wonach die Privaten wegen Forderungen gegen gegnerische Staatsangehörige auch den gegnerischen Staat vor dem Schiedsgericht in Anspruch nehmen konnten.

Art. 296 des Versailler Vertrages (und die ihm entsprechenden Bestimmungen der übrigen Verträge) statuierten ebenfalls die Haftung des Staates für die Schulden seiner

---

[72]) Weitere Verträge vgl. in der von mir gegebenen Zusammenstellung in Jur. Woch. 1924 S. 596.

[73]) W. Kaufmann, Die Rechtskraft des internationalen Rechts, 1899 S. 2 ff.

[74]) Vgl. hierzu meinen Aufsatz „Die Stellung der Privatpersonen im Völkerrecht" in der Jur. Woch. 1924 S. 1317 ff. Es sei auf die Entsch. des deutsch-engl. Schiedsgerichts i. S. Lederer w. Reich v. 13. 12. 23, Recueil des Decisions des T. A. M. 3 766 und i. S. Gramophone w. Reich v. 11. 7. 24, Rec. 4 605, verwiesen.

Angehörigen. Ob auch der früher feindliche Gläubiger den Staat in Anspruch nehmen kann, ist bestritten; das deutsch-französische Schiedsgericht nimmt es an.[75])

Daß es sich hier um völkerrechtliche Ansprüche handelt, ist unzweifelhaft.

Vom Standpunkt der herrschenden Auffassung ist daher der Versuch gemacht worden, eine Konstruktion zu finden, wonach nicht der Einzelne Subjekt dieser Ansprüche wäre, sondern in Wahrheit nur der Staat, dem er angehört. Indessen können diese Versuche nicht überzeugen und die deutliche Sprache der Tatsachen nicht aus der Welt schaffen[76]).

Neben den erwähnten Ansprüchen gibt es übrigens auch andere völkerrechtliche Befugnisse der Individuen, die als wahre subjektive Rechte betrachtet werden müssen, und die dartun, daß auch die Einzelnen den unmittelbaren Schutz des Völkerrechts genießen, wie z. B. das Optionsrecht[77]).

Aber nicht nur Rechte und Ansprüche gewährt die Völkerrechtsordnung dem Einzelnen, sondern sie legt ihm

---

[75]) Vgl. das Virement-Urteil v. 19. 10. 21, Rec. **1** 472; Urt. i. S. Castellane v. 23. 12. 21, Rec. **1** 600; Urt. v. 15. 12. 21, Rec. **1** 593.

[76]) Gabriele Salvioli, Arch. f. R. u. WPh. **16** (1923) 440 ff. meint, der Staat habe diese Ansprüche für seine Angehörigen ausbedungen u. sei daher ihr wahres Subjekt, wie auch im innerstaatlichen Recht alle Ansprüche auf dem Willen des Staates beruhten Diese Begründung bedarf für denjenigen keiner Widerlegung, der eben den Staat nicht als Quelle aller subjektiven Rechte betrachtet. Vgl. dagegen H. Jsay, Jur. Woch. 1924 S. 1317. Fleischmann, Mitt. d. deutsch. Ges. f. VöR. **7** 34 erklärt jene Ansprüche für Ausnahmen, „aus der Not geboren". Schätzel daselbst S. 43 meint, die Ansprüche seien solche des Staates und nur ihre Geltendmachung „aus taktischen Gründen" den Einzelnen überlassen. Ähnlich Heller, Souveränität, 1927 S. 145. Martius, Mitt. **7** S. 45 bestreitet — als einziger —, daß es sich hier überhaupt um völkerrechtliche Ansprüche handelt. Man sieht, wie wenig alle diese Konstruktionen der Wirklichkeit gerecht werden. Auch R. Knubben, der diesen Gegenstand zuletzt behandelt hat (Subjekte des Völkerrechts, 1928 S. 487 ff.), nimmt nur für einzelne Fälle eine völkerrechtliche Parteifähigkeit der Privatpersonen an, während er ihnen „prinzipiell" eine solche abspricht (S. 493 ff., 501).

[77]) E. Jsay, Mitt. d. dtsch. Ges. f. VöR. **7** 37.

auch Pflichten auf. Das sollte in Deutschland nicht mehr bestritten werden, nachdem die Weimarer Verfassung es in Art. 4 ausdrücklich festgelegt hat.[78])

Man wird der Sachlage auch nicht dadurch gerecht, daß man zwischen „Subjekten" der Völkerrechtsordnung und ihren „Mitgliedern" unterscheidet. Nach dieser Theorie[79]) sollen alle Einzelnen, alle innerstaatlichen Körperschaften sowie die internationalen Verwaltungsorganisationen zwar Völkerrechts-Subjekte sein, d. h. Träger der aus den objektiven Normen des Völkerrechts abgeleiteten Einzelpflichten und -befugnisse, aber nicht Mitglieder, d. h. nicht befugt, an der Bildung der Völkerrechtsordnung mitzuwirken.

Diese Theorie ist nur daraus zu erklären, daß sie die Völkerrechtsordnung lediglich als einen Normenkomplex im Auge hat und die Bedeutung der Entscheidungen nicht sieht. Denn sonst wäre nicht verständlich, daß sie die Mitwirkung der Einzelnen an dem geistigen Leben der Völkergemeinschaft, dessen Integration die Entscheidungen sind, völlig übersieht.

Diese Mitwirkung besteht nicht nur in dem Verkehr der Einzelnen untereinander, für dessen Regelung ihr völkerrechtlicher Charakter zwar heute noch nicht anerkannt wird (oben S. 297), die sich aber diese Anerkennung in absehbarer Zeit erkämpfen wird. Sie besteht vielmehr auch in den Streitigkeiten der Einzelnen mit fremden Staaten, bei denen die richterliche Entscheidung durch die Tätigkeit der privaten Parteien mitbeeinflußt und also mitgebildet wird. Man kann übrigens nicht einmal behaupten, daß die Einzelnen als solche an der Bildung völkerrechtlicher Normen unbeteiligt seien. Das Gegenteil lehrt ein Blick auf die Arbeit der Einzelnen innerhalb der internationalen Vereinigungen, wie

[78]) Daß dies eine wesentliche Folge des Art. 4 ist, hat R. A. Métall, Das allg. Völkerrecht und das innerstaatl. Verfassungsrecht, Zsch. f. Völkerrecht **14** (1927) 161 ff., eingehend dargelegt.

[79]) Entwickelt von L. Hamburger, Die Theorie von den Subjekten und Mitgliedern der Völkerrechtsordnung usw. in Zsch. f. internat. Recht **36** (1926) 117 ff.

z. B. der International Law Association, der Association Internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle, der Assoc. Intern. Littéraire et Artistique, der Internationalen Handelskammer usw., in denen an dem Aufbau und Ausbau völkerrechtlicher Normen gearbeitet wird, und zwar nicht durch die Staaten, sondern nur durch die Einzelnen.

5.

Die Erkenntnis, daß das heutige Völkerrecht grundsätzlich auch dem Einzelnen Rechte und Ansprüche zugesteht, ist dadurch verdunkelt worden, daß noch nicht immer und überall Möglichkeiten für die Feststellung und die Verwirklichung dieser Rechte und Ansprüche geschaffen worden sind.

Es handelt sich hier regelmäßig um streitige Verhältnisse, bei denen also die Regelung durch eine dazu berufene Stelle erfolgen muß, deren Entscheidung von den Parteien anerkannt wird. In der staatlichen Gemeinschaft ist diese Stelle entweder der Inhaber der obersten Gewalt im Staate selbst oder eine von ihm bestimmte Persönlichkeit oder ein Kollegium. In der Völkergemeinschaft fehlt zurzeit noch eine stabilisierte Machtverteilung, es fehlt also eine oberste Gewalt, und daher eine von ihr bestimmte Stelle.

Hier ist noch alles in der Entwicklung. Vorläufig bedarf es daher einer Vereinbarung, um für die streitigen Fälle eine entscheidende Instanz zu schaffen, also der Vereinbarung eines Gerichts.

Seit dem Jay-Vertrag, der zuerst ein ständiges Gericht in Form einer „Gemischten Kommission" (mixed commission) einsetzte, sind eine sehr große Zahl solcher Vereinbarungen nach dem Muster des Jay-Vertrages zustande gekommen[80]).

[80]) Vgl. La Fontaine, Pasicrisie Internationale (Histoire documentaire des Arbitrages internationaux), Bern 1902; De La-

Diese Gerichte sind jedoch immer nur für einen bestimmten, zeitlich begrenzten Kreis von Fällen eingesetzt gewesen. Es bedeutet einen großen Fortschritt und eine noch größere Hoffnung, daß durch Art. 14 der Völkerbundssatzung eine Cour Permanente de Justice internationale vorgesehen wurde, deren Mitglieder am 14./16. September 1921 vom Völkerbund ernannt worden sind. Am 15. Juni 1922 hat das Gericht seine erste Sitzung abgehalten.[81])

Indessen mit der Schaffung solcher Gerichte ist die Feststellung der Rechte des Einzelnen noch nicht ideal gesichert.

Wenn es auch nur eine prozeßtechnische, nicht mit der materiellrechtlichen zu verwechselnde Frage ist, ob Einzelpersonen vor den internationalen Gerichten parteifähig sind, d. h. ob sie die ihnen zustehenden Ansprüche vor ihnen im eigenen Namen geltend machen können, so ist die Bedeutung dieser prozessualen Regelung doch nicht zu unterschätzen.

Diese Regelung ist für die verschiedenen Gerichte verschieden getroffen. Vor den Gemischten Schiedsgerichten, die auf Grund der Friedensverträge gebildet sind, können die Einzelpersonen ihre Ansprüche im eigenen Namen geltend machen. Vor der deutsch-amerikanischen Mixed Claims Commission müssen die Staaten die Ansprüche ihrer Angehörigen in deren Interesse (on behalf of their respective citizens) geltend machen — eine unpraktische und im Grunde unwürdige Regelung, da der Staat hier nicht viel

---

pradelle und Politis, Recueil des Arbitrages Internationaux, 1. Bd. 1905 (umfassend die Zeit von 1798—1855); 2. Bd. 1923 (umfassend die Zeit von 1856—1872).

J. B. Moore, History and Digest of International Arbitrations to which the U. S. has been a party, 6 Bde., 1898 (ein Auszug daraus, mit Ergänzungen, J. B. Moore, Digest of Intern. Law, 7. Bd., 1906 S. 24—102).

[81]) Lémonon, La cour permanente de just. int., Journal Clunet **22** 761; James Brown Scott, American Journal of Int. Law **21** 556; Blociszewski, De la compétence de la cour perm. de just. int., Revue Générale de droit int. public **22** 23 ff.; N. Politis, La justice internationale, 1924 S. 155 ff.

mehr als ein Bote für die Schriftsätze der eigentlich interessierten Partei ist.

Diese technische Gestaltung des Verfahrens hat noch in keinem der verhandelten Prozesse einen Augenblick darüber hinweggetäuscht, daß die Privatperson die eigentliche Partei und daher dominus litis ist, wie sie bzw. ihr Anwalt denn auch nach der Praxis der deutsch-amerikanischen Kommission die Schriftsätze nicht nur mitanfertigt, sondern auch mitunterzeichnet.

Auch vor der Cour permanente de justice internationale können nur Staaten, nicht aber Einzelpersonen oder Gruppen Klage erheben. Diese Regelung ist ein ernstes Hindernis für die Weiterentwicklung des Völkerrechts, insbesondere für die volle Anerkennung der Rechte der Einzelnen und, was zurzeit noch von weit größerem Gewicht ist, der Minoritäten. Auf diese letztere Frage wird sofort einzugehen sein.

Für die Minoritäten ist zudem dies Hindernis von ganz anderer Bedeutung. Denn die Ansprüche der Einzelnen können von ihrer Regierung in ihrem Interesse (on behalf) geltend gemacht werden, und es besteht regelmäßig auch kein ernsthafter Grund, weshalb es nicht geschehen sollte. Dagegen richten sich die Klagen der Minoritäten der Natur der Sache nach gegen die e i g e n e Regierung, so daß, wenn es ihnen verwehrt ist, diese Klagen im eigenen Namen dem Gericht vorzutragen, sie sie in vielen Fällen überhaupt nicht erheben können.

Für den vollen Ausbau des Völkerrechts ist daher eine Änderung der Verfahrensordnung (Art. 34, 35) der Cour permanente die notwendige Voraussetzung.

6.

Um zu einer zutreffenden Beurteilung des Minoritätenproblems als Frage nach der rechtlichen Stellung der Minoritäten in der Völkergemeinschaft zu gelangen, ist es er-

forderlich, die geschichtliche Entwicklung des Nationalitätsbegriffs und seiner Beziehung zum Staat ins Auge zu fassen.

Nur so wird es möglich, sich nicht von vornherein die Einsicht in das Problem zu verbauen und an dem naheliegenden Einwand zu scheitern, das Minoritätenproblem sei nur eine Frage des inneren Staatsrechts oder sogar nur der inneren Politik und nicht eine Frage des Völkerrechts. Auch hier steht das Götzenbild einer falsch verstandenen Souveränität der Erkenntnis des Rechts und seiner Entwicklung hindernd im Wege.

Der Begriff der Nation, des Volkes im betonten Gegensatz zu dem des Staates ist erst verhältnismäßig jungen Datums. Die ältere Geschichte kennt den Gegensatz nicht. Voraussetzung für sein Auftreten ist die Bildung eines Staates, der mehrere Nationalitäten in sich vereinigt. Aber diese Bildung ist lediglich eine Voraussetzung, nicht etwa der Entstehungsgrund für diesen Gegensatz. Alle großen Reiche des Altertums, wie des Mittelalters haben die verschiedensten Völkerschaften in einem Staat zusammengefaßt, ohne daß damals ein Gegensatz zwischen Volk und Staat bewußt betont worden wäre.[81a])

Der Begriff der Nation als bewußt empfundener Gemeinschaft, empfunden als Gegensatz gegen den Staat, dem sie angehört, war erst möglich, nachdem das Individualgefühl des Einzelnen erstarkt und nachdem das Recht des Einzelnen im Gegensatz zum Recht des Staates anerkannt worden war.[82]) Erst jetzt konnte auch die Gemeinschaft, in der die Einzelnen sich verbunden fühlen, den Kampf um die Anerkennung ihrer Individualität, ihres Rechtes gegenüber dem Staat aufnehmen.

Die Anerkennung der Rechte des Einzelnen im Völkerrecht ist erst im Westfälischen Frieden erfolgt. Art. V des

---

[81a]) Daß der Gegensatz überhaupt nicht empfunden worden wäre, kann man dagegen nicht behaupten. Das römische Weltreich ist sogar am Nationalitätenprinzip zugrunde gegangen. Vgl. Walter Otto, Kulturgeschichte des Altertums, 1925 S. 148.

[82]) Fr. Meinecke, Weltbürgertum u. Nationalstaat, 6. A. 1922 S. 9.

Friedensvertrages von Osnabrück (1648) erkennt zum erstenmal die Freiheit des Einzelnen an, aus einem Staate, der ihm nicht zusagt, auszuwandern. Dieses Recht ist später in den Friedensverträgen von Ryswick (1697), Art. 17 und von Utrecht (1713), Art. 19 bestätigt worden.

Dagegen spielt in der auf den Westfälischen Frieden folgenden Zeit der dynastischen Kämpfe der Gedanke des Nationalitätsprinzips noch keine Rolle. Noch für Grotius[83]) ist es selbstverständlich, daß ein Fürst Land und Volk ohne ihre Zustimmung veräußern kann, und wenn auch Pufendorf[84]) das Recht des Volkes vertritt, sich gegen Trennung zu wehren — übrigens nicht, sich selbst abzutrennen und einem anderen Staate anzuschließen —, so ist doch in der Praxis jener Zeit die Aufteilung von Völkern und Ländern ganz allgemein geübt worden[85]).

Die erste Anerkennung des Nationalitätsprinzips, d. h. des Selbstbestimmungsrechts der Völker, erfolgte durch die französische Revolution, welche den Gedanken Rousseaus von der Souveränität des Volkes in allen Konsequenzen zu verwirklichen gewillt war. Daher nahm die Nationalversammlung 1790 die Anschlußerklärung von Avignon an, ohne nach der Zustimmung der päpstlichen Regierung zu fragen, daher wurde 1791 in die französische Konstitution die Erklärung aufgenommen, die Freiheit jedes Volkes zu respektieren.

In der Praxis handelte allerdings auch das revolutionäre Frankreich nicht diesem Grundsatz gemäß. Im Frieden von Campoformio (1797) wurde von der Republik über die Völker gerade so verfügt, wie früher von den Dynastien.

Aber der Nationalitätsgedanke war erwacht, und nicht nur in Frankreich.

In Deutschland hatte es längerer Zeit bedurft, bis sich zwischen den Ideen des Individualismus einerseits, des Welt-

---

[83]) De jure belli ac pacis 3 15.

[84]) De jure naturae et gentium libri octo, Lund 1662, l. 8 c. 5 § 9.

[85]) Vgl. die eingehende Darstellung von Robert Redslob, Histoire des grandes principes du droit des gens depuis l'antiquité jusqu'à la veille de la grande guerre, Paris 1923 S. 206 ff.

bürgertums anderseits der Gedanke der Nation durchgesetzt hatte. Noch bei den Frühromantikern Novalis und Friedrich Schlegel ist er von den beiden anderen völlig überwuchert[86]).

Erst Fichte hat den Nationalitätsgedanken mit leidenschaftlicher Energie herausgearbeitet und ihn mit den höchsten Zielen des Menschen verknüpft. Der Staat erscheint bei ihm lediglich als „das Mittel für den höheren Zweck der ewig gleichmäßig fortgehenden Ausbildung des rein Menschlichen in der Nation",[87]) gründet also seine Berechtigung auf die Verwirklichung des Nationalitätsgedankens[88]).

Der Nationalitätsgedanke ist es denn auch gewesen, der die Völker Europas in den Kampf gegen die napoleonische Herrschaft getrieben und der diese Herrschaft zertrümmert hat. Aber wenn die Völker für ihre Freiheit zu kämpfen glaubten, so zeigte sich nur zu bald, daß sie in Wirklichkeit nur für die Kronen der Fürsten geblutet hatten. Die Friedensverträge von 1815 verfügen wieder über die Völker als Gesamtheit, ohne sie zu fragen; den Einzelnen dagegen ist das Recht der Option belassen worden[89]). Der Wiener Kongreß hat den Gedanken des Selbstbestimmungsrechts der Völker nach außen wie nach innen zu vernichten gesucht.

Dieser Gedanke war jedoch nicht mehr zu vernichten. Die politische Geschichte nicht nur Europas ist seitdem im Verlauf des 19. und im Anfang des 20. Jh. durch die Kämpfe zwischen dem Nationalitäts- und dem alten Staatsgedanken bestimmt worden. In diesen Kämpfen ist letzten Endes überall der Nationalitätsgedanke siegreich geblieben[90]). Der

---

[86]) Fr. Meinecke a. a. O. S. 62 ff.

[87]) Reden an die deutsche Nation, 8. Rede (Ausg. des Insel-Verlags 1909 S. 146).

[88]) Vgl. W. Windelband, Die Philosophie im deutschen Geistesleben des 19. Jh. 3. A. 1927 S. 39; Fr. Meinecke a. a. O. S. 93 ff.; G. A. Walz, Die Staatsidee des Rationalismus und die Staatsphilos. Fichtes, 1928 S. 335 ff.

[89]) Redslob a. a. O. S. 344 ff.

[90]) Meinecke a. a. O. S. 287 ff.; Redslob a. a. O. S. 393 ff. Es sei an die Trennung Belgiens von den Niederlanden, der Balkan-

Staat hat sich überall nur mehr als Exponent der Nation, als Nationalstaat, gegenüber dem nationalen Gedanken behaupten können.

Damit ergibt sich auch das Wesen der Nation. Sie ist „das feinste und komplizierteste Gebilde, welches die geschichtliche Entwicklung zu schaffen vermag: sie setzt die tatsächlich bestehende Einheit in einen bewußten, aktiven und schöpferischen Willen um, eine von allen anderen Menschengruppen spezifisch geschiedene Einheit darstellen und sich als solche betätigen zu wollen".[91])

Dieses Wollen ist das Wesentliche, das vouloir-vivre collectif,[92]) das durch die Gemeinsamkeit der Tradition gebildet ist[93]). Die Nation erscheint als das Erzeugnis aus gemeinsamem Erleben, gemeinsamen Kämpfen, Siegen, Leiden; sie lebt in der Hoffnung einer gemeinsamen Zukunft.

Elle n'est pas un état de choses, elle est un acte créateur[94]).

Die Sprache bildet ein zwar mächtiges, aber weder wesentliches noch für sich allein ausreichendes Band; einerseits wird das Nationalgefühl weder durch die Verschiedenheit der Sprache verhindert, wie das Beispiel der Schweiz, Tirols beweist, noch durch die Gemeinsamkeit der Sprache

---

staaten von der Türkei, Norwegens von Schweden, Neuchatels von Preußen, die Bildung Italiens erinnert.

[91]) Eduard Meyer, Geschichte des Altertums, 1. Bd. 1. Hälfte, 4. A. (1921) S. 79. Fichte definiert sie in der 8. Rede (Ausg. d. Insel-Verl. S. 134) als „das Ganze der in Gesellschaft miteinander fortlebenden und sich aus sich selbst immerfort natürlich und geistig erzeugenden Menschen, das insgesamt unter einem gewissen besonderen Gesetze der Entwicklung des Göttlichen aus ihm steht", wozu noch, wie er weiter hervorhebt, das Zusammengehörigkeitsgefühl über den Tod hinaus, die Zuversicht auf die Fortdauer des Volkes hinzutritt.

[92]) Louis Le Fur, Races, Nationalités, États, Paris 1922 S. 66.

[93]) Léon Duguit, Manuel de droit constitutionnel, Paris 1918, 3. A. S. 51 ff.

[94]) Redslob a. a. O. S. 416.

begründet, wie ebenfalls die Schweiz, ferner die englisch und spanisch sprechenden Völker zeigen.[95])

Noch weniger von Bedeutung ist die Rasse, wie jetzt wohl allgemein zugegeben wird.[96]) Reinrassige größere Nationen gibt es nicht[97]).

Heute wird der Nation als einer auf der Tradition beruhenden und durch ihr Zusammengehörigkeitsgefühl, ihren Willen verbundenen Gemeinschaft das Recht auf ihre Existenz und ihre natürliche Weiterentwicklung nicht mehr bestritten.

In der ersten Sitzung (Dezember 1915) der neu gegründeten American Society of International Law in Washington wurde eine Declaration of the Rights and Duties of Nations angenommen[98]), deren erste drei Artikel lauteten:

> 1. Every nation has the right to exist, and to protect and to conserve its existence; but this right neither implies the right nor justifies the act of the state to protect itself or to conserve its existence by the commission of unlawful acts against innocent and inoffending states.
>
> 2. Every nation has the right to independance in the sense that it has a right to the poursuit of happiness and is free to develop itself without interference or control from other states, provided that in so doing it does not interfere with or violate the rights of other states.
>
> 3. Every nation is in law and before law the equal of every other nation belonging to the society of nations, and all nations have the right to claim and, according to the Declaration of Independance of the U. S. „to assume, among the Powers of the Earth,

[95]) Vgl. E. Meyer a. a. O. S. 76; R. Redslob a. a. O. S. 31, 416. Stärker betonen die Sprache Fichte, 4. Rede (Insel-Ausg. S. 59 ff.); L. Duguit, Traité de Droit constitutionnel, 2 (2. A. 1923) 6 ff.

[96]) Le Fur a. a. O. S. 7 ff.; Redslob a. a. O. S. 416.

[97]) E. Meyer a. a. O. S. 80; W. Otto, Kulturgesch. des Altert. S. 21.

[98]) American Journal of Intern. Law 1916 S. 211 ff.

the separate and equal station to which the laws of nature and of nature's God entitle them".

Es fragt sich, ob dieses Recht auch den Fall umfaßt, daß Teile der Nation gegen ihren Willen einem fremden Nationalstaat angeschlossen sind, und wie weit es in diesem Falle geht, ob nur auf Achtung vor ihren nationalen Eigentümlichkeiten, insbesondere Religionsübung und Sprache oder auf eine gewisse Selbstverwaltung auf beschränktem Gebiete[99]) oder auf Vereinigung mit der staatlich organisierten Stammnation.

Dieses letztere Recht ist vor dem Weltkriege von Rußland gegenüber der Türkei und Österreich-Ungarn (Panslavismus), von Frankreich gegenüber Deutschland (wegen Elsaß-Lothringen), von Italien gegenüber Österreich (Irredenta) leidenschaftlich bejaht worden. Nicht zum wenigsten durch die Kämpfe um dieses Recht entbrannte der Weltkrieg. Und in dessen letzten Stadien ist das „Selbstbestimmungsrecht der Völker" als eines der hauptsächlichsten Kampfziele der Alliierten verkündet worden.[100])

Daß das Recht einer bereits in einem Nationalstaat organisierten Nation auf Weiterexistenz und Weiterentwicklung ein völkerrechtliches ist, daß dieses Recht ein Grundrecht

---

[99]) „Kulturautonomie", „kulturelle Selbstverwaltung". Auf diese Formel hat sich der Genfer Nationalitätenkongreß vom Okt. 1925 geeinigt. Vgl. Laun in Mitt. d. dtsch. Ges. f. VöR. **7** (1926) 31 ff.; ferner Hans Gerber, Kulturautonomie als Eigenart minderheitenrechtlicher Ordnung usw., 1926; L. Hamburger, Zsch. f. int. R. **38** (1928) S. 234 ff.; C. G. Bruns, Minderheitenrecht, 1928 S. 48; vgl. auch die Verhandlungen des 3. Nationalitätenkongresses in Genf (Aug. 1927) in der Zsch. Nation und Staat (Zsch. f. d. europ. Minoritätenproblem), Wien **1** (1928) 52 ff.

[100]) Kongreßrede Wilsons v. 11. 2. 18: „Second, that peoples and provinces are not to be bartered about from sovereignity to sovereignity as if they were mere chattels and pawns in a game, even the great game, now forever discredited, of the balance of power . . . . fourth, that all well defined national aspirations shall be accorded the utmost satisfaction that can be accorded them without new or perpetuating old elements of discord and antagonism that would be likely in time to break the peace of Europe and consequently of the world. (Urk. z. Friedensvertr. 1. Bd. 1920 S. 3.)

innerhalb der Völkergemeinschaft darstellt, ist niemals bestritten worden.

Anders aber steht es mit dem Recht einer Nation, die entweder ganz oder zum Teil einem fremden Nationalstaat eingefügt ist, also mit dem Recht nationaler Minderheiten (Minoritäten). Der wichtigste Fall ist der, in dem die Minderheit den abgetrennten Teil einer in einem eigenen Staat organisierten Nation bildet.

Die Frage nach dem Recht dieser Minderheiten ist nach dem Weltkriege ebenso bestritten wie früher.[101])

Vor allem die Frage, ob den Minderheiten als solchen ein Recht innerhalb der Völkergemeinschaft zusteht, also die völkerrechtliche Natur dieses Rechtes.

Von französischer Seite ist der Satz vertreten worden, daß als Subjekt des Völkerrechts nur der Staat, nicht die Nation, in Betracht kommen könne, daß der Gedanke eines eigenen Rechtes der Nationalität zur Auflösung des Staates oder zum Kriege führen müsse.[102])

Die Frage ist 1921 von dem Institut de droit international behandelt worden; das letztere hat sie als nicht spruchreif einer Kommission überwiesen[103]).

Indessen kann eigentlich kein Zweifel daran bestehen, daß das Recht der Minoritäten — wie weit diese Rechte gehen, ist eine Frage für sich — dem Völkerrecht angehört, daß es eine der Grundlagen der Völkergemeinschaft betrifft, nicht bloß eine interne Angelegenheit des beherrschenden Staates.

Das ist durch eine Reihe internationaler Verträge anerkannt worden.

---

[101]) Die Literatur zur Minderheitenfrage ist zusammengestellt von Jakob Robinson, Das Minoritätenproblem u. seine Literatur, Heft 6 der Beitr. z. öff. R. u. VöR. des Instit. f. ausländ. öff. Recht in Berlin, 1928. Die wichtigste Literatur gibt die Zusammenstellung von R. Knubben, Subjekte des Völkerrechts, 1928 S. 438, wo allerdings Mancini (Anm. 152) und Redslob (Anm. 85) noch zu nennen gewesen wären.

[102]) René Johannet, Principe des nationalités 1918 S. 413; Le Fur a. a. O. S. 71 ff.

[103]) Annuaire de l'Institut de droit int. 1921 S. 203 ff.

Zunächst durch Art. 62 der Berliner Kongreßakte (1878), der die Interessen der in der Türkei lebenden Minderheiten unter den Schutz der europäischen Mächte stellte, vor allem aber durch die Friedensverträge der Jahre 1919 und 1920 und die darin vorgesehenen Minderheiten-Verträge.

In Art. 86 des Versailler Vertrages wird der Schutz der Minderheiten in der Tschechoslowakei für eine Angelegenheit der alliierten Hauptmächte erklärt, in Art. 93 der Schutz der Minderheiten in Polen, der Vertrag von St. Germain befaßt sich in Art. 57 mit den Minderheiten in der Tschechoslowakei, in Art. 60 mit denen in Rumänien, in Art. 62—69 mit dem Schutz der Minderheiten in Österreich, der Vertrag von Neuilly in Art. 49—57 mit dem Schutz der Minderheiten in Bulgarien, der Vertrag von Trianon in Art. 54—60 mit dem Schutz der Minderheiten in Ungarn, der Vertrag von Sèvres in Art. 140—151 mit den Minderheiten in der Türkei.

In Ergänzung der Friedensverträge sind dann besondere Minoritätenschutzverträge von den alliierten Hauptmächten mit Polen am 28. Juni 1919, mit der Tschechoslowakei und Jugoslawien am 10. September 1919, mit Rumänien am 9. Dezember 1919, mit Griechenland und Armenien am 10. August 1920 geschlossen worden.[104])

Endlich ist in das Genfer Abkommen zwischen Deutschland und Polen betr. die Teilung Oberschlesiens ein besonderer Teil III aufgenommen worden, der den Schutz der deutschen Minderheiten in Polnisch-Oberschlesien und der polnischen Minderheiten in Deutsch-Oberschlesien betrifft.

Art. 69 des Vertrages von St. Germain, Art. 57 des Vertrages von Neuilly, Art. 60 des Vertrages von Trianon und entsprechend Art. 12 des polnischen Minderheitsvertrages, Art. 72 des Genfer Abkommens erklären ausdrücklich, daß die Bestimmungen zum Schutz der Minderheiten constituent des obligations d'interêt international et seront placées sous la garantie de la Société des Nations.

---

[104]) Dazu kommen noch die Erklärungen von Albanien v. 7. 10. 21 und von Litauen v. 12. 5. 22 gegenüber dem Völkerbundrat.

Damit ist ganz klar der völkerrechtliche Charakter des Minderheitenschutzes festgestellt.[105])

Allerdings ist der Minderheitenschutz noch nicht allgemein festgelegt und noch weniger geregelt. Die Siegermächte des Weltkrieges haben einen solchen für die Minderheiten in den Weststaaten (Frankreich, Italien, Belgien) abgelehnt. Aber das kann die Entwicklung des Gedankens nicht aufhalten. Schon auf der 3. Völkerbundsversammlung (1922) ist der Antrag gestellt worden, Grundsätze für den Schutz der Minderheiten in allen Staaten des Völkerbundes auszuarbeiten.[106])

Ebenso wichtig ist eine andere Frage, nämlich die, wer die völkerrechtlichen Ansprüche bzw. Verpflichtungen zum Schutz der Minderheiten gegenüber den Staaten, die solche Verpflichtungen durch Vertrag übernommen haben, geltend machen kann.

Nach den Friedensverträgen und Minderheitenschutzverträgen kann dies nur eine der alliierten Hauptmächte oder ein Staat, der Mitglied des Rates des Völkerbundes ist, jetzt also bezüglich der deutschen Minderheiten in Polen auch Deutschland, nach dem Genfer Abkommen auch Polen wegen der polnischen Minderheiten in Oberschlesien. Die Streitfrage kommt vor die Cour permanente de justice internationale, wie ausdrücklich festgestellt ist.

Es besteht aber kein sachlicher Grund, die Nationen und nationalen Minderheiten als solche von der Geltendmachung ihrer Rechte auszuschließen. Auch die Völkergemeinschaft ist, ebenso wie die Nationen, eine auf natürlicher Bildung und geschichtlicher Entwicklung beruhende Gemeinschaft, die in gemeinsamen Kundgebungen und in der Wahl ihrer Vertreter ihre Integration findet. Eine organisierte Machtentfaltung und eine stabilisierte Machtverteilung fehlt ihr

[105]) Vgl. Carl Georg Bruns, Minderheitenrecht als Völkerrecht, ErgHeft 2 zu Zsch. f. VöR. **14** (1928); Rolf Knubben, Subjekte des Völkerrechts, 1928 S. 452 ff.; grundsätzlich abweichend L. Hamburger, Grundsätzliches z. kulturellen Minderheitenschutz, Zsch. f. int. R. **38** (1928) 215 ff.

[106]) Actes de la 3me assemblée, Séances plénières **1** S. 37, 48, 102, 170 ff.

ebenso wie den nationalen Minderheiten im volksfremden Staat — um so weniger ist ein Grund vorhanden, die Nationen und Volksteile völkerrechtlich von der Geltendmachung ihrer Ansprüche auszuschließen.[107])

Der einzige rechtliche Grund ist die Auffassung, daß nur die Staaten Subjekte völkerrechtlicher Ansprüche sein können. Diese Auffassung ist schon oben (S. 305 ff.) widerlegt worden.[108])

Allerdings bedarf es noch einer Abänderung des Art. 34 des Statuts der Cour permanente, wonach nur „Staaten oder Mitglieder des Völkerbundes"[109]) vor ihr erscheinen können.

Im übrigen sind die Befürchtungen, daß die Zulassung solcher Ansprüche eine Auflösung der Staaten mit nationalen Minderheiten oder Krieg bedeuten würde, unberechtigt. Zunächst würde es höchstens für Ansprüche auf Abtrennung, nicht aber auf Achtung der kulturellen Eigenart gelten. Aber

[107]) Diesen Standpunkt hat schon 1852 die Schrift von Mancini, Della nationalità come fondamento del diritto delle genti eingenommen. Vgl. ferner die Vorschläge des Grafen Apponyi bei Kraus, Das Recht der Minderheiten (Materialiensammlung) 1927 S. 219 ff. Die Entwicklung muß in dieser Linie gefordert werden; eine bloße Ergänzung der bisherigen Minderheitsverträge durch den Abschluß neuer (vgl. K. Junckerstorff, Die Entwicklungskrise des Minderheitenrechts, DJZ. 1928 S. 708 und: Problem der organ. Fortentwickl. des Minderheitenrechts, Zsch. f. öff. R. 7, 1908 S. 600) reicht nicht aus.

[108]) Laun, Mitt. d. dtsch. Ges. f. VöR. 7 (1926) 33 hat darauf hingewiesen, daß durch die Gewährung der Kulturautonomie an die Minderheiten (oben S. 318) ihnen eine Organisation gegeben wird, die ihre Parteifähigkeit erleichtert. An sich verlangt die Vertretung der gemeinsamen Interessen eine Organisation. Während sie sonst besonders geschaffen werden muß, ist sie im Fall der Kulturautonomie schon vorhanden.

Die Bedenken, die L. Hamburger (a. a. O. S. 226 ff.) geltend macht, daß nämlich der Staat ein von seiner Minderheit erstrittenes Urteil nicht ausführen würde, müßten für alle Urteile der Cour permanente gelten. Fernere Bedenken tatsächlicher Art sind von Kraus auf der Dresdener Tagung der Deutschen Ges. f. VöR. 1927 vorgetragen worden; Mitt. 8 (1927) 6 ff.

[109]) Diese Fassung ist wegen der Dominien und Kolonien gewählt, die nicht selbständige Staaten sind, aber nach Art. 1 des Völkerbundvertrages Mitglieder werden können.

auch für jene kann die Verweisung auf den Rechtsweg nur Schutz gegen Eigenmacht und Gewalttat bedeuten, also gerade das Gegenteil von Krieg.

Sehr zutreffend ist gesagt worden[110]): „Die Vorbedingung für die Herstellung einer dauernden internationalen Rechtsordnung ist die nationale Abgrenzung".

Eine friedliche und nicht gewaltsame nationale Abgrenzung ist aber nur möglich, wenn den Nationen und ihren abgetrennten Teilen die Möglichkeit gegeben wird, ihren Anspruch auf Vereinigung auf dem Wege des Rechtes zu verwirklichen.[111])

7.

Endlich ist noch das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht zu erörtern. Diese Frage hat der herkömmlichen Auffassung des Rechts als der Gesamtheit der Rechtsnormen große Schwierigkeiten bereitet, und eine befriedigende Antwort läßt sich von diesem Standpunkt aus kaum finden. Dazu kommt die ganz überwiegend vertretene Meinung, daß der Wille des Staates die Quelle des Rechtes sei: für diese Meinung bleibt nur die Alternative, entweder dem Völkerrecht die Natur eines selbständigen Rechtes zu bestreiten und es also nur als äußeres Staatsrecht anzusehen, das ebenso wie das Landesrecht lediglich auf dem Willen des Staates beruhe[112]) — oder aber

[110]) Ludo M. Hartmann, Die nationale Grenze v. soziol. Standpunkt, in der Festg. f. Max Weber (1922) 1 190.

[111]) Vgl. die Verhandlungen des 3. Nationalitätenkongresses in Genf 1927, in der Zsch. Nation u. Staat 1 (1927) 52 ff.

[112]) Wobei es keinen Unterschied macht, ob man hier der Theorie von der Selbstbindung des Staatswillens huldigt, oder, wie z. B. Triepel, Völkerrecht u. Landesrecht, 1899, S. 70 ff., annimmt, die Rechtssätze des Völkerrechts würden zwar von dem Einzelwillen der Staaten „erzeugt", aber gebunden werde der Einzelwille nicht durch den Willen zur Selbstbindung, sondern durch seine Vereinigung mit den Einzelwillen der anderen Staaten zu einem Gesamtwillen.

anzunehmen, Landesrecht und Völkerrecht verkörperten zwei verschiedene Begriffe des Rechts.[113])

Für die in dieser Schrift vertretene Auffassung, daß Recht nicht die Gesamtheit der Rechtsnormen, sondern die Gesamtheit der Entscheidungen ist, besteht diese ganze Schwierigkeit nicht. Da die Quelle des Rechts für die staatliche Gemeinschaft wie für die Völkergemeinschaft die gleiche ist, nämlich die Verbindung von Rechtsgefühl und praktischer Vernunft, so liegt damit ein einheitlicher Begriff und eine einheitliche Auffassung dem Völkerrecht wie dem Landesrecht zugrunde.

Man darf sich das Verhältnis zwischen ihnen aber nicht unter dem Bilde des Ganzen und des Teils vorstellen. So wenig die staatliche Gemeinschaft einen Teil der Völkergemeinschaft bildet[114]), so wenig ist das Landesrecht ein Teil des Völkerrechts. Beide Gemeinschaften sind wesentlich verschieden, woraus folgt, daß das Recht der einen nicht einen Teil des Rechts der anderen bilden kann, wenn auch beide Rechte aus den gleichen Quellen fließen. Aus diesem gemeinsamen Ursprung folgt aber ein anderer wichtiger Satz: daß das Landesrecht nicht dem Geist des Völkerrechts widersprechen kann. Völkerrechtswidriges Landesrecht kann es nicht geben.

Wenn der letztere Satz dennoch ernstlich noch als Frage gestellt wird, und auch hier gestellt werden muß, so wird sie es im Sinne des Rechts als Rechtsnorm. Rechtsnormen sind, woran erinnert werden muß, Menschenwerk — was die Quellen des Rechts nicht sind — und daher können allerdings landesrechtliche Normen den Rechtsnormen des Völkerrechts widersprechen.

Die Frage nach dem Verhältnis der völkerrechtlichen zu den landesrechtlichen Normen geht aber über diese letzt-

113) Somló, Jur. Grundlehre; K. Wolff, Arch. f. R. u. WPh. **20** 292.

114) Verdross hat in seinem jüngsten Buche, „Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft", 1926, die staatliche Rechtsordnung als „Ausgliederung" der Völkerrechtsordnung aufgefaßt. Dagegen mit Recht Heyland, Jur. Woch. **27** 2262; Hold-Ferneck, A. f. R. u. WPh. **21** 146.

erwähnte Möglichkeit hinaus. Sie zerfällt in die beiden Unterfragen:

1. Wann bindet eine völkerrechtliche Norm den staatlichen Richter?
2. Ist eine gegen völkerrechtliche Normen verstoßende landesrechtliche Norm gültig?

Zu diesen beiden Fragen muß folgendes gesagt werden.

Zu 1. Eine Bindung des Richters durch Normen des Völkerrechts kann auf zwei verschiedenen Gedankenwegen angenommen werden: entweder indem man davon ausgeht, daß die Normen des Völkerrechts schon als solche vom Richter zu beachten seien, oder, indem man davon ausgeht, daß völkerrechtliche Normen erst dann verpflichten, nachdem sie vom Staat als landesrechtliche Normen übernommen (rezipiert) sind, und nun fragt, wann völkerrechtliche Normen als rezipiert anzusehen sind. Der erstere Gedankengang würde, von dieser zweiten Einstellung aus gesehen, voraussetzen, daß alle völkerrechtlichen Normen vom Landesrecht rezipiert sind.

Wir haben bei der Untersuchung der Quellen der Rechtsnormen (oben S. 186 ff.) gefunden, daß sie entweder vom staatlichen Gesetzgeber oder vom Richter oder von der freien Forschung formuliert werden — wobei zwar nicht ihr innerer Wert von der Quelle abhängt, wohl aber ihr äußerer, d. h. das Gewicht der Beachtung, die sie von der die Entscheidung gebenden Stelle fordern.

Von dieser Erkenntnis aus gelangt man zu dem Ergebnis, daß alle völkerrechtlichen Normen vom Richter zu beachten sind, daß aber die Stärke, mit der eine Norm ihre Beachtung fordert, je nach ihrer Quelle verschieden ist. Ist die Norm als landesrechtliche Norm übernommen, so hat sie die gleiche Macht[116]) wie alle anderen landesrechtlichen Normen.

Damit gewinnt die Vorfrage erhöhte Bedeutung: wann sind Normen des Völkerrechts als landesrechtlich rezipiert zu betrachten?

[116]) Wobei also das zu beachten ist, was oben S. 206 ff. über die Bindung des Richters an Normen überhaupt gesagt wurde.

Man wird hier die Normen des allgemeinen Völkerrechts von der vertraglichen Regelung des Verhältnisses zweier bestimmter Staaten durch Staatsvertrag unterscheiden müssen.[117]) Unter Normen des allgemeinen Völkerrechts werden diejenigen verstanden, welche ihrem Geiste und Zweck nach für die ganze Völkergemeinschaft bestimmt und geeignet sind, Normen, welche die Grundlagen des Lebens in der Völkergemeinschaft regeln.

Von diesen Normen sind diejenigen zu sondern, die lediglich die Beziehungen zwischen zwei oder mehreren Staaten und ihren Angehörigen regeln sollen und hier bestimmte Rechte und Pflichten begründen. Diese Normen werden herkömmlich als „besonderes Völkerrecht" (Particular International Law) bezeichnet.

Die Normen des allgemeinen Völkerrechts sind wie die anderen allgemeingültigen Normen aus Entscheidungen durch Abstraktion gebildet worden.[118]) Für sie ist es nicht wesentlich, sondern nur zufällig, wenn sie durch Vertrag festgesetzt worden sind. Verträge, die allgemeines Völkerrecht enthalten, gibt es noch nicht. Seine Normen sind daher bis jetzt nur durch Richterspruch oder durch die freie Forschung gewonnen worden; sie werden, in der Sprache der herrschenden Auffassung, durch die Sätze des Gewohnheitsrechts und die allgemeinen Rechtsgrundsätze[119]) gebildet.

Diese Normen sind, da sie auf den gleichen Rechtsquellen beruhen wie das staatliche Recht, von den Landesgerichten zu beachten, auch wenn eine ausdrückliche Übernahme durch Landesgesetz nicht erfolgt ist.

Das ist in England schon von jeher herrschende Praxis gewesen[120]); in Amerika ist es ebenfalls die allgemeine Auf-

---

[117]) Vgl. Oppenheim, Int. Law 1 (3. A. 1920) 1 ff. Anders Triepel a. a. O. S. 82, der ein allgemeines Völkerrecht (von seinem Standpunkt aus) für unmöglich erklärt.

[118]) Vgl. oben S. 184.

[119]) Vgl. oben S. 294.

[120]) Vgl. die Nachweise bei Triepel a. a. O. S. 138.

fassung[121]), für Deutschland hat es Art. 4 der Reichsverfassung von 1919, für Österreich Art. 9 der Bundesverfassung bestimmt.[122])

Anders steht es mit den Normen des besonderen Völkerrechts, das auf Staatsverträgen beruht und nur durch Staatsverträge begründet werden kann. Hierher gehören namentlich rechtstechnische Vorschriften, die bestimmte Fristen, Befreiungen von sonst geltenden Bestimmungen u. dgl. betreffen.

Diese Normen können von der inneren Rechtsordnung eines Staates keine Beachtung fordern, wenn er sich nicht durch Staatsvertrag zu ihrer Beachtung verpflichtet hat; und es fragt sich weiter, ob in diesem letzteren Falle der Staatsvertrag genügt, oder ob es noch einer besonderen Normsetzung in den Formen des Landesgesetzes bedarf.

In den Vereinigten Staaten bestimmt die Bundesverfassung (Art. 6), daß „all treaties made under the authority of the U. S. shall be the supreme law of the land".

Diese Bestimmung wird dahin ausgelegt, daß sie sich in dieser Allgemeinheit nur an den Gesetzgeber richtet, da-

---

[121]) Vgl Art. 6 der oben (S. 317) erwähnten Erklärung der Amer. Soc of Int. Law: „International Law is at one and the same time both national and international: national in the sense that it is the law of the land and applicable as such to the decision of all questions involving its principles; international in the sense that it is the law of the society of nations and applicable as such to all questions between and among the members of the society of nations involving its principles."

[122]) Über die Auslegung des Art. 4 ist bereits eine reiche Literatur vorhanden; die Meinungen gehen völlig auseinander, je nach der grundsätzlichen Einstellung des Schriftstellers zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht. Vgl. zuletzt G. A. Walz, Die Abänderung völkerrechtsgemäßen Landesrechts (1927) S. 95 ff. und Rudolf A. Métall, Das allgem. Völkerrecht u. das innerstaatl. Verfassungsrecht, Zsch. f. Völkerrecht **14** (1927) 161 ff.; dort auch die bisherige Literatur; dazu Heller, Souveränität S. 123 Anm. 2. Die Entsch. d. RG. v. 6. 6. 28, RGZ. **121** 203, legt Art. 4 in dem Sinne aus, daß durch ihn die Anwendung der Normen des allgemeinen Völkerrechts vorgeschrieben wird.

gegen an die Gerichte und die Staatsangehörigen nur, wenn die Fassung der betreffenden Vertragsbestimmungen ihre unmittelbare Anwendung auf die einzelnen Fälle gestattet, wenn sie, nach dem Ausdruck der amerikanischen Rechtsprechung, self-executing sind.[123]) Anderenfalls bedarf es noch eines besonderen Gesetzes[124]).

Das Deutsche Reich hat von Anfang an die Übung befolgt, die von ihm geschlossenen Staatsverträge nach der Ratifikation durch den Reichstag im Reichsgesetzblatt ohne jede weitere Erklärung zu veröffentlichen.

Diese Übung ist, trotz ihrer einstimmigen Verurteilung durch die Wissenschaft[125]), bis heute fortgesetzt worden.

Auf die Frage, ob damit der Vertrag in allen einzelnen Bestimmungen Reichsgesetz geworden, also jede einzelne Bestimmung innere deutsche Rechtsnorm geworden sei, haben Theorie und Praxis keine einhellige Antwort finden können.

Triepel hat in seiner grundlegenden Arbeit[126]) die Formel aufgestellt, es bestehe die Vermutung, daß der Staat zwar die durch den Vertrag übernommenen Pflichten erfüllen, daß er sich aber nicht stärker binden wolle, als er müsse. Daher sei zu vermuten, daß durch die Publikation im Gesetzblatt alles das Gesetz werde, wozu der Staat verpflichtet, nicht aber, wozu er bloß ermächtigt sei. Danach unterscheidet Triepel „gebotenes" und „erlaubtes" Landesrecht.

Diese Formel ist von der Rechtsprechung nicht übernommen worden. Das Reichsgericht stand zunächst auf dem formalen Standpunkt, daß ein Staatsvertrag durch die Ver-

---

[123]) Foster v. Neilson (1829), 2. Pet. 253, J. B. Scott, Cases on intern. law S. 429; The „Paquete Habana" (1899) 175 U. S. 677 (im Auszug bei Pitt Cobbett, Cases on intern. law, 3. A. 1909, 1 2, Scott, Cases S. 12).

[124]) Whitney v. Robertson (1887), 124 U. S. 190 (abgedr. bei Pitt Cobbett 1 328, Scott Cases S. 458).

[125]) Vgl. die Literatur bei Triepel a. a. O. S. 390.

[126]) Völkerrecht u. Landesrecht, 1899 S. 392 ff.

kündung im Reichsgesetzblatt als solcher ohne weiteres Gesetz werde[127]).

Gegenüber dem Versailler Vertrag erschien diese Haltung nicht mehr angebracht. Angesichts seines alle Gebiete des staatlichen Lebens berührenden Umfanges mußte eine andere Stellungnahme erfolgen[128]).

Das Reichsgericht hat für ihn eine Formel gefunden, die derjenigen der amerikanischen Rechtsprechung ähnelt:

> „Der Versailler Vertrag ist innerdeutsches Recht geworden, auf das sich jeder berufen kann, wenn die einzelne Vorschrift nach Inhalt, Zweck und Fassung, ohne daß es noch völker- oder staatsrechtlicher Akte bedarf, privatrechtliche Wirkungen auszuüben geeignet ist."[129])

Diese Formel war schon vorher in der Literatur vertreten worden[130]), während im übrigen die Auffassungen gerade bezüglich des Versailler Vertrages sehr auseinandergehen[131]). Das Reichswirtschaftsgericht hat die seinige dahin präzisiert[132]), der Versailler Vertrag sei durch die Verkündung als Reichsgesetz nur äußeres, nicht aber inneres Staatsrecht geworden.

Zu 2. Was die zweite, oben (S. 325) gestellte Frage betrifft, ob ein einer völkerrechtlichen Norm widersprechendes Landesgesetz gültig ist, so ist hierzu folgendes zu sagen — wobei übrigens die Vorfrage, ob ein solcher Widerspruch

---

[127]) Vgl. z. B. RG. v. 26. 10. 14, RGZ. **85** 374 (betr. den Unionsvertrag), v. 27. 5. 18, RGZ. **93** 50 (betr. den deutsch-amerik. Vertrag v. 23. 2. 09).

[128]) Vielleicht hat auch namentlich die Bestimmung des Art. 297 i dazu beigetragen, welche den deutschen Reichsangehörigen einen unmittelbaren Anspruch gegen das Reich gewährt hätte, wenn sie inneres deutsches Recht geworden wäre.

[129]) RG. v. 18. 6. 27, RGZ. **117** 285; RG. v. 29. 11. 27, RGZ. **119** 157; RG. v. 29. 3. 28, RGZ. **121** 7. Vgl. auch RG. v. 18. 6. 27, RGZ. **117** 280 (betr. das Genfer Abk. v. 15. 5. 22).

[130]) H. J s a y, Private Rechte u. Interessen im FV., 3. A. 1923 S. 8 ff.

[131]) Vgl. die Zusammenstellung bei J s a y a. a. O.

[132]) Entsch. v. 9. 9. 21, Bankarchiv **21** 210.

wirklich vorliegt, im einzelnen Falle oft schwer zu beantworten ist[133]).

Von dem Standpunkt der herrschenden Auffassung aus, die alle Normen, auch die des Völkerrechts, auf den Willen des Staates zurückführt, ist die gestellte Frage selbstverständlich zu bejahen. Von diesem Standpunkt aus kann das Völkerrecht nicht die Macht haben, die Gültigkeit eines Landesgesetzes zu verhindern oder zu vernichten.[134])

Von der hier vertretenen Auffassung aus liegt die Sache anders. Allerdings kann auch auf dem Boden dieser Auffassung niemals einer völkerrechtlichen Norm als solcher die Kraft zugesprochen werden, einer landesrechtlichen Norm ihre Wirkung zu nehmen. Die Völkergemeinschaft ist der staatlichen ja nicht übergeordnet. Anders aber steht es mit dem Völkerrecht, das nach der hier vertretenen Auffassung (oben S. 292) nicht mit dem Inbegriff der Normen identisch ist, sondern aus dem Rechtsgefühl und der praktischen Vernunft entsteht.

Der Richter, der seine Entscheidung an einer landesrechtlichen Norm kontrolliert, wird durch diese Norm nicht gebunden, wenn sie dem Rechtsgefühl und der praktischen Vernunft widerspricht. Ist die Norm ein Landesgesetz, so muß der Richter besonders sorgfältig prüfen, ob wirklich ein unzweifelhafter Widerspruch vorliegt (oben S. 224). Und hier wird der Umstand, daß eine völkerrechtliche Norm vorliegt, der das Landesgesetz widerspricht, von Bedeutung.

Ist es eine positive Norm, die z. B. durch Vertrag vereinbart, aber nicht aus den Quellen des Rechts geflossen ist, so fällt sie für die Prüfung des Richters nicht in die

---

[133]) Vgl. z. B. W. Hoffmann, Berner Übereinkunft u. Landesgesetz, GRUR. **33** (1928) S. 897. Grundsätzlich ist immer die Auslegung des Landesgesetzes so vorzunehmen, daß sie mit der völkerrechtlichen Norm sich im Einklang befindet; vgl. G. A. Walz, Die Abänderung völkerrechtsgemäßen Landesrechts (1927) S. 14, 56 ff.; dort auch der Nachweis dieses Grundsatzes in der englischen und amerikanischen Rechtsprechung (S. 30, 53).

[134]) Abw. Wilhelm Kaufmann, Die Rechtskraft des internat. Rechts, 1899 S. 91 ff.; vgl. auch D. Anzilotti, Corso di diritto internaz. 1923 S. 33.

Wagschale. Der Richter kann hier zwar feststellen, daß das Landesgesetz dem Staatsvertrag widerspricht, aber daraus folgt für ihn noch nicht die Befugnis, dem Landesgesetz die Folge zu verweigern.

Anders aber ist es, wenn es sich um eine völkerrechtliche Norm handelt, die aus Entscheidungen abgeleitet ist, die ihrerseits den Quellen allen Rechts, Rechtsgefühl und praktischer Vernunft, entstammen. Wenn es sich also um Normen handelt, die die deutsche Reichsverfassung von 1919, Art. 4 als die „allgemein anerkannten Grundsätze des Völkerrechts" bezeichnet (vgl. oben S. 327).

Wenn das Landesgesetz einer solchen Norm widerspricht, dann erscheint der Widerspruch, den das Rechtsgefühl des Richters empfunden, und der ihn daher zur Beanstandung der landesrechtlichen Norm geführt hat, gerechtfertigt, und er kann dem Landesgesetz die Geltung absprechen.

Er kann es mit der Begründung, daß es dem Rechtsgefühl widerstreitet. Daß es einer völkerrechtlichen Norm widerspricht, erscheint nicht als stärkerer Grund.

In diesem Falle kann der deutsche Richter aber auch sagen, daß es verfassungswidrig, weil gegen Art. 4 verstoßend, sei. Eine Begründung, die vielen leichter fällt als die einfache Berufung auf den Widerspruch mit dem Rechtsgefühl, worauf oben (S. 219) schon hingewiesen worden ist.

5. Kapitel.

Die Technik der Entscheidung.

1. Abschnitt.

Juristische Technik.

Die historische Schule hatte gelehrt, daß das Recht ein Erzeugnis des Volksgeistes sei, daß es von selber wachse, wie die Sprache und die Sitte.

Diese Lehre war gegen Ende des 19. Jh. überwunden. Seitdem war der Blick dafür geschärft, daß das Gebäude der Rechtsordnung, wenn nicht ganz, so doch zu einem erheblichen Teile ein Erzeugnis menschlicher Kunst oder besser einer besonderen Technik sei, und die Rechtswissenschaft begann, Wesen und Wirkungsweise dieser Technik, der juristischen Technik, zu untersuchen.

Als erster hat R. v. Jhering in seinem „Geist des Römischen Rechts" (Bd. 2 und 3, §§ 37 ff.) die Technik des Rechts an dem Beispiele des Römischen Rechts im einzelnen aufgezeigt und dargestellt.

Auf der Grundlage, die er geschaffen, hat in ähnlich eingehender Weise neuerdings F. Geny die juristische Technik des modernen Rechts, und zwar des Privatrechts, entwickelt. Er unterscheidet für den Aufbau des Rechts zwei verschiedene geistige Tätigkeiten, die wissenschaftliche Erarbeitung der Gegebenheiten des gesellschaftlichen Lebens und die technische Konstruktion der Mittel, um die wissen-

schaftlich gefundenen Ergebnisse den Bedürfnissen des Verkehrs anzupassen.[1])

Geny behandelt dann eingehend (auf über 500 Seiten) die Mittel, mit denen die juristische Technik arbeitet, die Abstraktionen, die Formen und „realen Kategorien", die Vermutungen und Fiktionen, die Sprache.

Indessen Jhering wie Geny betrachten die juristische Technik nur unter dem Gesichtspunkt der Gewinnung der Normen, sie behandeln neben ihnen nur die Normenelemente, also die juristischen Begriffe, und die Normenkomplexe, also die rechtlichen Institutionen.

Auch die übrigen Arbeiten, die sich mit der juristischen Technik befassen, tun dies unter dem gleichen Gesichtspunkt. So Zitelmann, Kunst der Gesetzgebung (1904); Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft (1911) 558 ff.; Kohler, Bürgerliches Recht, 1. Bd. (1904) S. 138 ff.; E.-H. Perreau, Technique de la jurisprudence, 2 Bde., 1923. Über Brütt, Kunst der Rechtsanwendung, 1907, wird alsbald (unten S. 336) zu sprechen sein.

Die Technik der Entscheidung, insbesondere der Rechtsprechung, ist hier entweder ganz unbeachtet gelassen[2]) oder nur in ganz oberflächlicher Weise berührt[3]).

So bedeutsam jene Untersuchungen für die juristische Arbeitsweise auf dem Gebiet der Normbildung (Gesetz-

---

[1]) F. Geny, Science et technique en droit privé positif, 4 Bde., 1914 ff. Der 2. Bd. (Élaboration scientifique du droit positif, 1915) ist der Darstellung der wissenschaftlichen Erarbeitung der sozialen Gegebenheiten gewidmet, der 3. Bd. (Élaboration technique du droit positif, 1921) der juristischen Technik.

[2]) Geny erwähnt allerdings gelegentlich (3 28) die technique judiciaire, aber auch nur unter dem Gesichtspunkt der Normen, und nur, um sie sofort wieder zu verlassen.

[3]) So z. B. von Kohler, der hier über die „Anwendung" der Rechtssätze auf den Einzelfall nur zu sagen weiß, daß der Jurist dabei von den „unerheblichen Einzelheiten" absehen müsse. Vgl. S. 141: „Die Schwierigkeit, einem Laien verwickelte Rechtsfälle klarzumachen, besteht gerade darin, daß er von einer Menge von unerheblichen Einzelheiten voreingenommen ist, und es schwer wird, ihm klarzumachen, daß die Entscheidung lediglich von dem einen Kernpunkt abhängt und alles andere unerhebliches Beiwerk bildet."

gebung, Vertragsabfassung) sind — über die Technik der Rechtsprechung geben sie keine Aufklärung.

2. Abschnitt.

Die Technik der Rechtsprechung.

1.

Das Problem, das in der Frage nach der Technik der Rechtsprechung liegt, ist bereits früher empfunden worden.

G. Wildhagen, der auf Grund seiner Erfahrungen als Praktiker (vgl. oben S. 64) festgestellt hatte, daß die Methode der Urteilsfindung etwas anderes sei als die Methode der Begründung des gefundenen Urteils[1]), hat auch die Wissenschaft auf die Notwendigkeit hingewiesen, sich mit jenem Problem zu beschäftigen[2]).

Die Rechtswissenschaft ist dieser Aufgabe bis heute nicht gerecht geworden.

Es sind nur wenige Arbeiten, die sich bisher mit der Technik der Rechtsprechung befaßt haben.

Aus der deutschen Literatur sind namentlich K. G. Wurzel, Das juristische Denken (1904), Max Rumpf, Gesetz und Richter (1906) und Lorenz Brütt, Die Kunst der Rechtsanwendung (1907), sowie (in gewissem Umfang)

---

[1]) Der bürg. Rechtsstreit, 1912 S. 63.

[2]) A. a. O. 75: „Hätte die Wissenschaft das in Wahrheit bestehende zeitliche und logische Verhältnis der Rechtsprechung zum sog. geltenden Rechte beachtet, so müßte sie längst an das Problem herangetreten sein, die Grundsätze klarzulegen, von denen die Gerichte bei Erfüllung ihrer Aufgabe, in jedem vorkommenden Streitfalle die Rechtsfrage zu lösen und damit das lebendige Recht zu schaffen, beherrscht werden."

E. Ehrlich, Die jurist. Logik (1918) zu nennen, aus der amerikanischen Roscoe Pound, The Theory of judicial decision, Harvard Law Review 1923 S. 641, 802, 940 und Benjamin N. Cardozo, The Nature of the judicial process, New Haven 1925, aus der englischen William A. Robson, Justice and Administrative Law, 1928 S. 185 ff., aus der französischen Fabreguettes, La logique judiciaire et l'art de juger, 2. A. 1926 S. 497 ff.

Indessen diese Arbeiten haben gerade diejenigen Fragen, welche hier im Vordergrunde stehen, nicht gestellt. Der Grund hierfür wird sogleich zu erörtern sein.

Die Technik der Entscheidung wird durch die Entstehung der Entscheidung bedingt. Daher hängt die Stellung der Probleme für die erstere von dem Standpunkt gegenüber der letzteren ab.

Es ist bereits früher (S. 67 ff.) dargelegt worden, daß die Entscheidung in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle in dem Richter entweder durch die konstruktive Phantasie mit nachfolgender gefühlsmäßiger Wertung oder einheitlich durch die Intuition entsteht, wobei das Rechtsgefühl oder die praktische Vernunft oder meist eine Verbindung von beiden tätig werden; daß danach eine Kontrolle der so entstandenen Entscheidung an der Hand von Normen erfolgt, und daß schließlich die endgültig festgestellte Entscheidung mittels der Normen begründet, d. h. von ihnen abgeleitet wird.

Die Entstehung der Entscheidung vollzieht sich auf irrationalem Wege, die Kontrolle und Begründung erfolgt rational.

Die herrschende Auffassung sieht die Dinge anders. Sie identifiziert die Begründung der Entscheidung mit ihrer Entstehung und will höchstens zugeben, daß der Gedankengang, der bei der Entstehung den gleichen Weg durchlaufen habe, welchen nachher die Begründung festlegt, zunächst oft nicht klar in das Bewußtsein getreten sei („abgekürztes Denken"), so daß also der Unterschied zwischen Entstehung und Be-

gründung höchstens der sei, daß dieser Weg nachträglich in die Heile des Bewußtseins gebracht werde.

Grundsätzlich wird die Auffassung vertreten, daß das Ergebnis der Entscheidung schon von vornherein feststehe, d. h. durch die Normen gegeben sei, so daß der Richter nur die Aufgabe habe, dies Ergebnis aus den Normen abzuleiten; nach dieser Auffassung decken sich Entstehung und Begründung der Entscheidung völlig.

Sogar Vertreter der „soziologischen" Rechtsfindung glauben, daß da, wo keine Norm für den zu entscheidenden Fall vorhanden ist, zunächst der Richter die Norm für den Fall finde, um dann aus ihr die Entscheidung abzuleiten.[3])

Nach der herrschenden Auffassung ist also die Entstehung der Entscheidung nichts anderes als „Rechtsanwendung", d. h. Anwendung des Rechts i. S. der Gesamtheit der Normen.

Von dieser Auffassung aus erschöpft sich daher die Technik der Rechtsprechung in der Anwendung der Normen, und alle Fragen, die sich erst aus der Verschiedenheit von Entstehung und Begründung der Entscheidung ergeben, bleiben ungestellt und unbeantwortet.

Wie sehr die herrschende Auffassung den Blick für die hier liegenden Probleme versperrt hat, zeigt besonders klar die sonst wegen ihrer philosophischen Behandlungsweise des Themas ausgezeichnete Schrift von B r ü t t.

Schon der Titel („Die Kunst der Rechtsanwendung") verkündet, daß für B r ü t t als „Kunst" — die er auch ge-

---

[3]) H. K a n t o r o w i c z, Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre, 1925 S. 5. Die gleiche Grundauffassung vertritt Ernst F u c h s. Nach ihm soll der Richter, der keine gesetzliche oder gewohnheitsrechtliche Norm vorfindet, zunächst aus der Beobachtung des Lebens die „gerechteste und für die Allgemeinheit zweckmäßigste Regel für alle wirklich gleichen Fälle" gewinnen, und auf Grund des so gewonnenen Gesetzes — F u c h s glaubt wirklich an die Möglichkeit, durch eine solche Beobachtung Gesetze „im naturwissenschaftlichen Sinne des Wortes" gewinnen zu können — soll der Richter den Fall entscheiden; Jurist. Kulturkampf, 1912 S. 52 ff., 60. Ebenso Hans W ü s t e n d ö r f e r, Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt, Arch. f. ziv. Prax. **110** (1913) 248.

legentlich (z. B. S. 18) als „Technik" bezeichnet — des Richters nur die „Anwendung" des Rechts, d. h. der Rechtsnormen, in Frage steht. Das hier behandelte Problem lehnt er ausdrücklich als nicht zur Sache gehörig ab (S. 43): „ . . . Die Schilderung der tatsächlich geübten Judikatur gehört in das Gebiet der Richterpsychologie, hat dagegen mit der Darlegung der richtigen Methode der Rechtsanwendung auch nicht das geringste zu tun. Es wäre möglich, daß die Richter bisher völlig abweichend von der richtigen Methode geurteilt hätten. Daraus würde aber nur folgen, daß sie ihr bisheriges Verfahren mit dem richtigen zu vertauschen hätten. . . . So will auch die Methode der Rechtsanwendung nicht etwa den Seelenzustand des urteilenden Richters schildern und ihn begrifflich analysieren, sondern ihm durch Darbietung von Verhaltungsmaßregeln den rechten Weg für eine zutreffende Rechtspraxis weisen."[4])

Max Rumpf hat die hier zugrunde liegenden gegensätzlichen Probleme zwar gefühlsmäßig als solche empfunden und gelegentlich auch berührt, ist aber nicht zu einer klaren Formulierung gelangt.

Die offizielle Wissenschaft des Zivilprozeßrechts weiß von diesen Fragen nichts. Dabei hätte die ZPO. selbst ihr den Anlaß geboten, den Fragen nachzugehen. Allerdings versteht die ZPO. unter den Entscheidungs„gründen" des Urteils (§ 313 Z. 4) nur seine Begründung im Sinne seiner Ableitung aus Normen, und nicht seine Entstehung, aber sie hat doch eine deutliche Vorstellung davon, daß die Entscheidung nicht einfach aus den Normen abgeleitet wird, sondern auf irrationale Quellen zurückgeht, und hat deshalb die Möglichkeit eröffnet, in bestimmten Fällen den Richter wegen solcher irrationaler Quellen auszuschalten. In § 41 ZPO. sind sechs Kategorien von Fällen aufgezählt, in denen der Richter ohne weiteres ausscheidet, § 42 regelt den Fall

[4]) Ebenso S. 102, wo er H. Kantorowicz vorwirft, daß er in seiner Schrift „Der Kampf um die Rechtswissenschaft" (1906) statt einer Methodenlehre eine Psychologie der Rechtsprechung liefere.

der „Befangenheit", in dem die Partei das Recht hat, den Richter abzulehnen.

Hier wäre für die Wissenschaft des Zivilprozesses der Punkt gewesen, von dem aus zunächst eine Phänomenologie der Entscheidung — nicht bloß eine Psychologie des Richters (vgl. oben S. 41) — in Angriff zu nehmen war.[5]) Diese Untersuchungen würden sodann folgerichtig auch zu der Frage der juristischen Technik der Begründung auf phänomenologischer Grundlage geführt haben.

2.

Der hier vertretene Standpunkt, wonach in der großen

[5]) Wir besitzen zwar Monographien über den Richter, aber nicht unter den hier behandelten Gesichtspunkten. Das gilt für die etwas feuilletonistisch, aber mit guter Beobachtung geschriebene von Rechtsanwalt Martin Berad t (Der Richter, 1909) ebenso wie für die neuere von Rudolf Stammler (Der Richter, 1924), der die Aufgaben des Richters rechtsphilosophisch behandelt. Beide versuchen gar nicht, die Psychologie des Richters, geschweige die Phänomenologie der Entscheidung in der hier erwähnten Richtung zu behandeln. Daß auch von der Technik der Begründung in der noch zu erörternden Richtung bei ihnen keine Rede ist, ergibt sich danach von selbst. Auch die bereits genannte von dem damaligen Gerichtsassessor und späteren Landrichter Max Rumpf stammende Schrift „Gesetz und Richter", 1906, enthält nur kurze Bemerkungen über die Psychologie des Richters (S. 81 ff.). Auch nur in dieser Richtung bewegen sich die Ausführungen von M. Alsberg, Das Weltbild des Strafrichters, 1927. Der Aufsatz von Albert Hellwig, Zur Psychologie der richterlichen Urteilsfindung, Gerichtssaal, 82. Bd. 1914 (auch als Sonderabdruck erschienen) enthält zwar einzelne Bemerkungen zur Psychologie des Richters, aber nichts über die Phänomenologie der Entscheidung.

Man kann zusammenfassend sagen, daß diese Frage für die Wissenschaft des Zivilprozesses noch nicht entdeckt ist. Keiner der zahlreichen Aufsätze der Zeitschrift für Zivilprozeß behandelt sie; ebensowenig die beiden umfangreichen Arbeiten von Wilh. Sauer, Grundlagen des Prozeßrechts, 1919, und James Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, 1925.

Mehrzahl der Fälle die Entscheidung aus irrationalen Quellen entsteht, während sie nachträglich rational begründet wird, ist oben (S. 60 ff.) im wesentlichen auf Grund eigener „Anschauung" und fremder Selbstbeobachtung entwickelt worden.

Er würde natürlich erheblich an Durchschlagskraft gewinnen, wenn es möglich wäre, in jedem einzelnen Falle die irrationalen Gründe der Entscheidung offenzulegen.

Es handelt sich je nachdem um das Rechtsgefühl als Quelle der Entscheidung oder um Wertungen der praktischen Vernunft, d. h. Interessenabwägungen, in der Regel um eine Vereinigung von beiden.

Das Rechtsgefühl ist im einzelnen Falle weder der Beobachtung noch infolgedessen einer von außen kommenden Analyse zugänglich. Daher kann, wenn von einer Offenlegung irrationaler Gründe gesprochen wird, damit nur die Offenlegung der einer Beobachtung zugänglichen Interessen gemeint sein, die im Einzelfall in Frage kamen, und um die Ermittlung, welches Interesse dem Richter als das Wertvollere erschienen ist. Es bliebe dann noch die Frage zu beantworten, aus welchem Gefühl oder welcher Erwägung heraus der Richter diese Wertung vorgenommen hat.

Der Weg einer juristischen Psycho-Analyse ist selbstverständlich nicht gangbar. Es bleibt nur die Möglichkeit, aus einer genauen Kenntnis des Tatbestandes des entschiedenen Falles heraus und einer genauen Kenntnis der in Betracht kommenden Interessen, also der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse des Gebietes, auf dem der Fall sich abspielt, den irrationalen Gründen des Urteils nachzugehen. Weiter wäre aber noch die Kenntnis der Persönlichkeit der Richter nötig, sowohl ihrer Individualität wie des Milieus, aus dem sie stammen, und der Geschichte ihrer Entwicklung.

Man sieht schon hieraus, daß, wenn man den Versuch macht, ohne genaue Kenntnis a l l e r dieser Faktoren die irrationalen Gründe einer Entscheidung bloßzulegen, das Ergebnis dieses Versuchs nur einen geringen Anspruch auf Richtigkeit machen kann.

Kennt man einen Teil der Faktoren, so kann der Versuch eine gewisse Beachtung beanspruchen. Mehr aber auch nicht.

Ein Beispiel mag das Gesagte erläutern.

Das BGB. unterscheidet Bestandteile und Zubehör einer Sache.

Bestandteile, die voneinander nicht getrennt werden können, ohne daß der eine oder der andere in seinem Wesen verändert wird (wesentliche Bestandteile), können nicht Gegenstand besonderer Rechte sein (§ 93).

Zubehör sind dagegen bewegliche Sachen, die, ohne Bestandteile einer anderen Sache zu sein, dem wirtschaftlichen Zweck dieser Sache (Hauptsache) zu dienen bestimmt sind und zu ihr in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnis stehen (§ 97).

Es war nun in einer großen Zahl von Fällen streitig geworden, ob Maschinen, die in einem Fabrikraum aufgestellt waren, wesentliche Bestandteile oder Zubehör des Fabrikgrundstücks waren. Die Maschinenfabriken hatten in diesen Fällen die Maschinen auf Abzahlung unter Eigentumsvorbehalt (§ 455 BGB.) oder nur zur Miete geliefert. Im Fall der Zwangsversteigerung des Grundstücks, z. B. wegen Nichtzahlung von Hypotheken, hafteten die gelieferten und noch nicht voll bezahlten Maschinen, wenn sie wesentliche Bestandteile waren, für die Hypothek; wenn sie Zubehör waren, infolge des Eigentumsvorbehaltes nicht. Von der Beantwortung der Frage: Bestandteil oder Zubehör? hing es also ab, ob im Fall der Zahlungsunfähigkeit des Erwerbers die Hypothekengläubiger oder die Maschinenlieferanten leer ausgehen sollten.

Für diese Streitigkeiten waren nebeneinander der 5. und 7. Zivilsenat des Reichsgerichts zuständig.

Bis zum Jahre 1907 hatten beide Senate die Frage übereinstimmend im Sinne einer Bejahung der Bestandteilseigenschaft beantwortet. Der Zweck einer Einrichtung bestimme ihren Charakter. „Sie erhält unter seiner Herrschaft ihre Einheit; Zweck und Mittel zu seiner Verwirklichung geben dem danach gestalteten Objekt die Eigenschaft eines Gan-

zen."[6]) Nach dieser Auffassung waren Maschinen Bestandteile des Fabrikgebäudes. Auf die Art der körperlichen Verbindung komme es gegenüber der Zweckbestimmung nicht an; sogar die bloße Verbindung durch Treibriemen zwischen der auf fremdem Grundstück aufgestellten Lokomobile und der Fabrik wurde für genügend erklärt, um die erstere zum Bestandteil der letzteren zu machen[7]).

Im Jahre 1907 änderte der 5. Zivilsenat seine Auffassung. Er erklärte nun, eine Maschine werde nur dann Bestandteil des Fabrikgebäudes, wenn sie in dem Körper des Gebäudes derart aufgegangen sei, daß nur e i n e einheitliche Sache, nämlich das Gebäude, bestehe.[8])

Der 7. Zivilsenat blieb dagegen bei seiner Ansicht, es komme nicht auf das körperliche Gebäude, sondern nur auf das zweckbestimmte Fabrik-Unternehmen an.[9])

So ergab sich in den Jahren 1907 und 1908 das wenig erbauliche Schauspiel, daß der gleiche Tatbestand von den beiden Senaten nach verschiedenen Normen beurteilt wurde, vom 5. Senat nach § 97, vom 7. Senat nach § 93 BGB.

In einem Heft der Jur. Wochenschrift wurden zwei einander widersprechende Entscheidungen hintereinander abgedruckt[10]).

Der 5. Senat entschied zugunsten der Maschinen-Industrie, der 7. Senat zugunsten der Hypothekengläubiger.

In den Entscheidungsgründen beider Senate finden sich nur die an den Wortlaut der in Betracht kommenden §§ 93, 97 anknüpfenden Erwägungen. Die Interessen der Industrie einerseits, des Realkredits anderseits werden überhaupt nicht erwähnt, geschweige eine Abwägung dieser Interessen vorgenommen und als für die Entscheidung maßgebend erklärt.

Für denjenigen, der nach den irrationalen Gründen der

---

[6]) RG. v. 16. 2. 06 (7. ZS.), RGZ. **62** 406.

[7]) RG. v. 15. 5. 06, Jur. Woch. 1906 S. 417 Nr. 2.

[8]) RG. v. 2. 11. 07 (5. ZS.), RGZ. **67** 30.

[9]) RG. v. 29. 5. 08, RGZ. **69** 150.

[10]) 7. Sen. v. 29. 5. 08, Jur. Woch. 1908 S. 515; 5. Sen. v. 26. 6. 08, Jur. Woch. 1908 S. 517.

Entscheidungen sucht, liegt es trotzdem natürlich nahe, anzunehmen, der 5. Senat habe die Interessen der Industrie für wichtiger gehalten als die der Hypothekengläubiger, der 7. Senat sie dagegen umgekehrt gewertet.

Dafür sprach noch, daß der Umschwung in der Stellung des 5. Senats mit dem Wechsel im Vorsitz zusammenfiel; an die Stelle des bisherigen Senatspräsidenten war ein neuer Senatspräsident getreten, der bis dahin im 1. Zivilsenat tätig gewesen war und aus dieser Tätigkeit die Lebensbedingungen der Industrie kannte.

Auch der weitere Verlauf spricht dafür.

Im Sommer 1908 hatte der Deutsche Juristentag die Frage auf seine Tagesordnung gesetzt. Hier erklärte der Direktor der Bayrischen Hypothekenbank v. Pechmann[11]), es sei ein Irrtum, zu glauben, die Hypothekenbanken hätten ein Interesse daran, daß die Maschinen für die Hypotheken mithafteten, und Eschenbach[12]) erklärte als Direktor einer landwirtschaftlichen Genossenschaft namens der deutschen Landwirtschaft, daß auch die Landwirtschaft ein Interesse an der Wirksamkeit des Eigentumsvorbehalts an Maschinen habe.

Wenn der 7. Zivilsenat in der Folgezeit sich nunmehr dem Standpunkt des 5. Senats anschloß[13]), so darf man vermuten, daß auch er sich nunmehr davon überzeugt hatte, daß das Interesse des Realkredits nicht so bedeutend sei wie das der Maschinenindustrie, und daß dieser irrationale Grund die Änderung der Entscheidungen bewirkt hat; ihre Begründung ergibt nichts von solchen Erwägungen.

Das Beispiel zeigt im übrigen, wie vorsichtig man bei fremden Entscheidungen in der Ermittlung der irrationalen Gründe sein muß.

Auf dem Gebiet der internationalen Rechtsprechung hat Ernst Wolgast den Versuch gemacht, die Plaidoyers und die Sondervoten im Wimbledon-Fall auf ihre irrationalen

---

11) Verhandl. d. D. J. T. 1908, 3. Bd. S. 152.

12) Verh. 3. Bd. S. 149.

13) Vgl. die Entsch. v. 3. 2. 11, Jur. Woch. 1911 S. 317 Nr. 1 und v. 31. 3. 11, Jur. Woch. 1911 S. 532 Nr. 2.

Entstehungsgründe zu analysieren und die Denkweise der beteiligten Richter aus ihrer nationalen Einstellung heraus zu erklären[14]).

Ob dieser Versuch mehr beanspruchen kann, als eine bloße Vermutung zu geben, ist in hohem Grade zweifelhaft.[15])

Geradezu abschreckend aber muß es wirken, wenn bei solchen Versuchen nicht mit vorsichtigem Tasten, sondern mit dem Anspruch unfehlbarer Wahrheitsverkündung vorgegangen wird, wie dies z. B. in den Veröffentlichungen von Ludwig Bendix[16]) geschieht.

Bendix hat in diesen Veröffentlichungen eine größere Zahl von Entscheidungen des Reichsgerichts auf ihre irrationalen Gründe hin geprüft und erklärt, zu dem Ergebnis gekommen zu sein, daß bei den meisten die „staatspolitische" Einstellung des Reichsgerichts zugunsten des alten Obrigkeitsstaats und die Abneigung gegen republikanisch-demokratische Grundsätze die Entscheidung bestimmt habe; andere erklärt er aus „der Eigentümlichkeit des richterlichen Denkens, die Gerechtigkeit als ein Mittleres zwischen zwei Gegensätzen zu suchen und beiden Parteien Recht und Unrecht zu geben". Gegen diese ganz willkürlichen Unterstellungen ist bereits von richterlicher Seite Widerspruch erhoben worden[17]). Hier kann nur wiederholt werden, daß

---

[14]) Ernst Wolgast, Der Wimbledonprozeß vor dem Völkerbundsgerichtshof, Berlin 1926, S. 113 ff.

[15]) Vgl. die Besprechung von Paul Guggenheim, Zsch. f. Völkerrecht **14** (1928) 625.

[16]) Bendix, Die irrationalen Kräfte der strafrichterlichen Urteilstätigkeit in „Die Justiz", 1. Jg. (1926) S. 397 ff. u. fortlaufend; der Beschluß der Verein. Zivilsenate v. 31. 3. 25, Leipz. Zsch. **19** (1925) 1309 ff.; Die irrationalen Kräfte der zivilrichterlichen Urteilstätigkeit, Dresden 1927.

[17]) Von OLGPräsident Levin in Jur. Woch. 1927 S. 2614, der nach dem Vorwort von Bendix (S. VII) die Anregung zu seinem jüngsten Buche gegeben habe. Die „Gegenkritik" von Ernst Fuchs („Die Justiz" **3** [1928] 285) geht an den Absichten von Bendix im wesentlichen vorbei. Fuchs nimmt an, Bendix habe lediglich gegen den Einfluß der „römisch-rechtlichen Überlieferung" auf die Urteile des RG. kämpfen wollen, also im

regelmäßig, und namentlich, wenn es sich um eine einzelne Entscheidung handelt, eine genauere Kenntnis des Tatbestandes und des ganzen Drum und Dran erforderlich ist, als sie aus der Mitteilung der amtlichen Entscheidungs-Sammlung gewonnen werden kann.

Vor allem aber: soll eine solche Untersuchung eine wissenschaftliche sein, so muß sie voraussetzungslos erfolgen. Sie darf nicht an ihren Gegenstand mit einer schon vorgefaßten Meinung über die „wahren Gründe" der Entscheidung herantreten, um zu versuchen, diese vorgefaßte Meinung lediglich bestätigt zu finden.

3.

Für die Entstehung der Entscheidung kommt keine besondere Technik, ja, überhaupt keine Technik in Frage. Die Entscheidung steigt aus den Quellen des Rechts auf, zunächst sogar regelmäßig unter der Schwelle des Bewußtseins.

Von einer Technik der Rechtsprechung können wir nur im Sinne einer Technik der Begründung der Entscheidung sprechen. Nur für sie bedarf es unter Umständen einer besonderen Kunst, einer konstruktiven Geschicklichkeit, in schwierigen Fällen sogar eines genialen Einfalls.

Unter Umständen, d. h. also nicht immer. In allen den-

---

selben Sinne wie die verdienstlichen eigenen Schriften von Fuchs. Daß das aber für Bendix nicht das Wesentliche ist, faßt dieser selbst klar in seinem Schlußwort (S. 224 ff.) zusammen. Aus diesem Mißverständnis von Fuchs erklärt sich auch, daß er den von Bendix gewählten Ausdruck „irrationale Kräfte" als identisch mit dem bezeichnet, was Fuchs „soziologische Gründe" nennt. Hier tut er Bendix Unrecht. B. meint wirklich die „irrationalen" Entstehungsgründe des richterlichen Urteils, im selben Sinne, wie der Text dieser Arbeit: nur daß er glaubt, diese Gründe meistens einfach in der staatspolitischen Einstellung der Richter finden zu können.

jenigen Fällen, in denen der Tatbestand des zu entscheidenden Einzelfalles sich zwanglos[18]) dem Tatbestand einer Norm unterordnen läßt, und in denen die von der Norm gesetzte Rechtsfolge sich mit der vom Richter gefundenen Entscheidung deckt — in allen diesen Fällen bedarf es keiner Kunst, um die Entscheidung mit dieser Norm zu begründen. Für diese Fälle ist von einer besonderen Technik der Begründung nicht zu reden.

Anders ist es, wenn sich für die Entscheidung, die der Richter gefunden hat, nicht ohne weiteres eine Norm finden läßt, aus der sie abgeleitet werden könnte.

Diese Fälle zerfallen in drei Gruppen:

1. Es ist eine Norm vorhanden, unter deren Tatbestand sich zwar der Sachverhalt des zu entscheidenden Falles ohne Schwierigkeit unterordnen ließe, während die Rechtsfolge der Norm nicht mit der Entscheidung des Richters übereinstimmt;

2. es sind mehrere Normen vorhanden, unter deren Tatbestände sich der Fall unterbringen ließe, während nur bei einer Norm die Rechtsfolge mit der Entscheidung übereinstimmt;

3. es ist keine Norm vorhanden, deren Tatbestand auf den des Falles paßt.

Für die Fälle der ersten Gruppe ist es also zunächst erforderlich, um eine mit dem Rechtsgefühl des Richters übereinstimmende Norm „anwenden", d. h. zur Begründung verwenden zu können, die gegebene Norm auszuschalten.

Die Technik der Ausschaltung, die entweder am Tatbestand der Norm oder am Sachverhalt des konkreten Falles

---

[18]) Diese Zwanglosigkeit wird durch eine Eigenschaft vieler Rechtsbegriffe ermöglicht, auf die zuerst Wurzel hingewiesen hat, nämlich ihre Unschärfe; er nennt sie „Ventilbegriffe" (Jur. Denken, S. 86). Vgl. dazu ferner Rud. Müller-Erzbach, Die Relativität der Begriffe u. ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes, Jherings Jahrb. **61** (1912) 343 ff.

den Hebel ansetzt, soll unter 4—6 (S. 346 ff.) behandelt werden.[19])

Ist die Norm auf diese Weise ausgeschaltet, so liegt der Fall genau wie die Fälle der dritten Gruppe: es ist keine Norm vorhanden, und es bedarf der Bildung einer neuen Norm durch den Richter. Hierüber vgl. unter 7.

Endlich die zweite Gruppe: das Vorhandensein mehrerer Normen; diese Fälle werden unter 8 behandelt.

4.

Die Technik der Ausschaltung einer vorhandenen Norm, nämlich derjenigen Norm, die prima facie den zu entscheidenden Fall zu regeln scheint, kann zunächst am Tatbestand der Norm angreifen.

Der Tatbestand der Norm ist abstrakt gefaßt, der Sachverhalt des lebendigen Falles aber ein kontinuierlicher Strom lebendiger Vorgänge und Zuständlichkeiten (ein heterogenes Kontinuum).[20]) Das bedeutet, daß der Tatbestand der Norm von allen individuellen Gegebenheiten entblößt ist und nur begriffliche Merkmale enthält.

Der Richter, der es ablehnt, diese Norm anzuwenden,

---

[19]) Es gibt noch eine andere Möglichkeit, nämlich nicht am Tatbestand der auszuschaltenden Norm anzusetzen, sondern an der Rechtsfolge. Ein berühmtes Beispiel ist das Urteil der Porzia im „Kaufmann von Venedig"; hier wird durch eine rabulistische Auslegung der durch die Norm gesetzten Rechtsfolge die dem Rechtsgefühl des Richters entsprechende Entscheidung zwar nicht unmittelbar gegeben, aber mittelbar erzwungen. Vgl. dazu J. Kohler, Shakespeare in der Jurisprudenz, 2. A. (1919) S. 42. Diese „Technik" durch Auslegungskunststücke ist unpraktisch geworden. „Ein Porzia-Urteil versteht heute niemand mehr", sagt mit Recht Max Rümelin, Gesetz, Rechtsprechung u. Volksbetätigung usw., A. f. ziv. Pr. N.F. 2 (1924) 293.

[20]) Vgl. oben S. 166.

kann also eine „Konstruktion“[21]) vornehmen, die entweder den Tatbestand der Norm derart gestaltet, daß er nicht mehr auf den konkreten Sachverhalt des Falles paßt, oder die den Sachverhalt des Falles zu einem solchen „Tatbestand“ gestaltet, daß der letztere nicht unter die Begriffe des gesetzten Norm-Tatbestandes unterzubringen ist. Auf die letztere Technik wird unter 5 eingegangen werden.

Die Konstruktion, die sich an dem Tatbestand der Norm betätigt, heißt „Auslegung“ („Interpretation“). Darüber, daß eine „Auslegung“ des Gesetzes dem Richter erlaubt ist, besteht kein Zweifel. Nur über die Richtung und die Grenzen der Auslegung gehen die Meinungen der Theorie auseinander. Je nachdem sie das Gesetz als ein Erzeugnis einer bestimmten Zeit auffaßt (historische Auslegung) oder ihm eine selbständige Existenz zugesteht (objektive Auslegung)[22]), hält sie den Richter an die Absicht des historischen Gesetzgebers gebunden oder gestattet ihm, es nach den Bedürfnissen der Gegenwart, d. h. letzten Endes nach seinem eigenen Rechtsgefühl auszulegen. Dabei wirkt die Lehre der historischen Schule nach, die das Gesetz als Erzeugnis und Ausdruck des Volksbewußtseins auffaßte.

Die Praxis kümmert sich im Grunde wenig um diese Theorien. Sie hält sich für berechtigt, das Gesetz so „auszulegen“, d. h. seinen Tatbestand so aufzufassen und, wenn nötig, entsprechend umzugestalten, daß das Ergebnis dem

---

[21]) Das Wort „Konstruktion“ wird hier im weitesten Sinne gebraucht. Im übrigen ist es eines der unsichersten Begriffe. Fast jeder Schriftsteller gebraucht ihn anders; vgl. Windscheid, Pandekten, 7. A. 1891, **1** 60; Jhering, Geist d. Röm. R. II 2 (4. A. 1880) 357, 370; L. Brütt, Kunst d. Rechtsanwendung, 1907 S. 90; E. Ehrlich, Soziologie des Rechts, 1913 S. 249 ff. und: Jurist. Logik, 1918 S. 252; M. Rumpf, Gesetz u. Richter S. 85; H. Otto, Die Gewißheit des Richterspruchs, 1915 S. 19; M. Rümelin, B. Windscheid usw., 1907 S. 43 und Zur Lehre v. d. jurist. Konstruktion, Arch. f. R. u. WPh. **16** (1922) 343 ff.; R. Müller-Erzbach, Jherings Jahrb. **53** (1908) 350; Stammler, Theorie d. Rechtswiss. (1911) S. 336; Triepel, Staatsrecht u. Politik, 1927 S. 21 ff.

[22]) Vgl. oben S. 134 Anm. 121.

Rechtsgefühl des Richters und dem praktischen Bedürfnis entspricht — auch wenn dabei der gesetzlichen Formulierung des Tatbestandes Gewalt angetan wird.

Jeder praktische Jurist weiß dies aus eigener häufiger Erfahrung. Für denjenigen, der Belege aus der Literatur wünscht, seien unten in der Anmerkung[23]) einige Stimmen zusammengestellt.

Ein Beispiel ist oben (S. 340) bereits erwähnt worden: § 93 BGB. gibt eine Regel für Bestandteile einer „Sache". Das Reichsgericht, das Maschinen, die in einem Fabrikgebäude aufgestellt waren, unter die Regel des § 93 unterbringen wollte, hat um deswillen das Wort „Sache" in § 93 dahin ausgelegt, daß es nicht die körperliche Sacheinheit,

---

[23]) Aus der deutschen Literatur: Fr. Adickes, Zur Lehre v. d. Rechtsquellen, 1872 S. 78: „daß es eine wesentliche Aufgabe der Rechtswissenschaft ist, den Ausbruch des Konflikts (zwischen Gesetz und materiellem Recht) so lange als irgend tunlich durch Interpretation und sonstige Hilfsmittel hinauszuschieben . . ."; J. Kohler, Bürg. Recht, **1** (1904) 93; K. G. Wurzel, Jur. Denken (1904) 40, 60 ff. (er spricht hier von einer „Projektion" der Rechtsbegriffe in die Wirklichkeit); M. Rumpf, Gesetz und Richter S. 77 ff.: „Ein sicheres Kriterium dafür, wann man sich über den Wortlaut des Gesetzes hinwegsetzen . . . darf, gibt es leider nicht. . . . Sie sind unentbehrlich für eine gesunde Fortentwicklung des Rechts, solche Richterpersönlichkeiten. Nicht als ob nur sie den „Schneid" aufbringen könnten, dem Gesetz die Stirn zu bieten, sondern weil sie in gleichem Maße genügend Willenskraft besitzen, um ein gar zu grauenhaftes gesetzesgemäßes Auslegungsergebnis durch ein offenes Umbiegen des Gesetzeswortes zu vermeiden. . . ." Reichsgerichtsrat Czolbe, Deutsche Richter-Zeitung 1924 S. 18: Der Richter „darf sich dem Wortlaute und dem Wortsinn der Gesetze nicht blindlings beugen und fügen, sie sind nur Werkzeug, und er ist der Herr und Meister, der sie einer gerechten und dem Empfinden der beteiligten Berufs- und Erwerbskreise entsprechenden Rechtsfindung dienstbar zu machen berufen ist."

Aus der französischen Literatur: F. Geny, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 1. A. (1899) S. 224; 2. A. (1919) **1** 255 ff. Aus der englischen Literatur: W. M. Geldart, Elements of English Law S. 28, 29; aus der amerikanischen: Roscoe Pound, The theory of judicial decision, Harvard Law Review **36** (1923) 941.

sondern eine durch einen Zweck zu einer Einheit verbundene Sachgesamtheit bedeute.[24])

Diese Auslegung tat dem Wort des Gesetzes sicherlich Gewalt an und ist später auch vom Reichsgericht aufgegeben worden.

Ein anderes Beispiel: § 824 BGB. verpflichtet denjenigen zum Schadenersatz, der der Wahrheit zuwider Behauptungen tatsächlicher Art über einen anderen verbreitet, die geeignet sind, für diesen geschäftliche Nachteile herbeizuführen. Theorie und Praxis hatten daraus auf Grund des gleichen Tatbestandes auch den Anspruch auf Unterlassung hergeleitet.

Im Jahre 1911 kam der 6. Zivilsenat des RG. auf die Auslegung, zu den Tatbestandsmerkmalen des § 824 gehöre noch das weitere, negative Merkmal, daß keine Strafverfolgung wegen der streitigen Behauptungen gegeben sei, und verneinte die Anwendbarkeit des § 824, wenn eine Privatklage wegen Beleidigung möglich sei.[25]) Bei dieser Auslegung ist der 6. Zivilsenat bis zu seiner Auflösung geblieben, obwohl das Schrifttum fast einhellig gegen diese Auslegung Widerspruch erhoben hatte[26]).

Der § 136 (früher § 137) GVG. verlangt eine Entscheidung der Vereinigten Zivilsenate, wenn „ein Zivilsenat von der Entscheidung eines anderen Zivilsenats abweichen will". Das RG. hat den Tatbestand dieser Norm in der künstlichsten Weise ausgelegt, um die Norm nicht anwenden zu müssen[27]); z. B. dahin, daß der früher entscheidende Senat selbst von anderen abgewichen sei[28]) oder umgekehrt selbst gar nicht habe abweichen wollen[29]), oder daß er inzwischen aufgelöst sei[30]), oder daß inzwischen eine freiere Auslegung der ZPO. beim RG. Platz gegriffen habe[31]).

---

[24]) RGZ. **62** 406; **69** 150.

[25]) RGZ. **77** 217; **82** 59; **88** 130; **91** 266; **95** 339, jetzt dagegen RGZ. **115** 74; **116** 15.

[26]) Nur Neukamp, der damals Mitglied des 6. ZS. war, hat dessen Rechtsprechung verteidigt: Jur. Woch. **15** 113.

[27]) Vgl. E. Fuchs, Horror pleni, in Leipz. Zsch. **21** (1927) 83 ff.

[28]) RGSt. **45** 88.

[29]) RGZ. **113** 136.

[30]) RGZ. **108** 60.

[31]) RGZ. **102** 278.

Die Rechtsprechung des 2. Zivilsenats des Reichsgerichts hat neuerdings noch eine andere Methode gefunden, um eine Norm auszuschalten, die zwar für den Tatbestand des zu entscheidenden Falles gegeben ist, aber mit der vom Richter gefundenen Entscheidung nicht übereinstimmt.

Es ist dies die Berufung auf ein „Recht höherer Ordnung". Darunter verstehen die in Betracht kommenden Entscheidungen des Reichsgerichts eine Norm, deren Tatbestand auf die guten Sitten verweist, wie § 1 UWG., § 826 BGB.[32]) Vgl. hierzu oben S. 217.

Daß dies keine Norm i. e. S., sondern eine Blankettnorm ist, wurde schon früher dargelegt (oben S. 175). Das Reichsgericht verwendet sie aber zur Begründung der Entscheidung, wie wenn sie eine Norm wäre, und zwar eine Norm, durch welche die besondere zur Regelung des Falles bestimmte Norm ausgeschaltet wird.

5.

Die zweite Möglichkeit einer „Konstruktion"[33]) betrifft den Sachverhalt des zu entscheidenden Falles. Dieser Sachverhalt besteht, anders als der Tatbestand einer Norm, nicht aus wenigen, und dazu rein begrifflich gefaßten Umständen, sondern zeigt den ganzen Reichtum des Lebens. Er steht auch nicht, wie der Tatbestand der Norm, isoliert da, sondern ist in alle denkbaren Zusammenhänge des wirtschaftlichen, des gesellschaftlichen

---

[32]) RG. v. 4. 11. 19, RGZ. **97** 93; RG. v. 19. 6. 25 (Goldina) RGZ. **111** 192; RG. v. 29. 10. 26 (Grammofox) RGZ. **114** 360; RG. v. 6. 7. 26 Gew. Rsch. **31** 482; RG. v. 14. 12. 26, Gew. Rsch. **32** 124.

[33]) Für die Gestaltung des „Tatbestandes" des zu entscheidenden Falles ist die Bezeichnung als „Konstruktion" nicht üblich. Ich sehe aber keinen Grund, sie nicht auch darauf anzuwenden. So auch H. Wüstendörfer, A. f. ziv. Prax. **110** (1913) 228; E. Huber, Recht u. Rechtsverwirklichung S. 392.

Lebens eingebettet, er hat häufig keinen bestimmten Anfang und regelmäßig kein bestimmtes Ende.

Um aus einem solchen Sachverhalt überhaupt einen „Tatbestand" zu machen, der sich dem aus Begriffen gebildeten Tatbestand der Norm unterordnen läßt, muß er ebenfalls begrifflich bestimmt, rationalisiert werden (vgl. oben S. 167). Aber das allein genügt nicht. Er muß ferner des größten Teiles seiner individuellen Züge entkleidet, es müssen also aus ihm eine Reihe von Vorgängen und Zuständlichkeiten ausgeschieden werden, damit er auf eine möglichst knappe Formel gebracht werden kann, wenn die Abstraktion auch nicht bis zu dem Grade getrieben wird wie in der Norm.

Die Auswahl der auszuscheidenden und der beizubehaltenden Elemente des „Tatbestandes" erfolgt lediglich unter dem Gesichtspunkt der bereits (durch das Rechtsgefühl und die praktische Vernunft) gefundenen Entscheidung. Der Sachverhalt wird also im Hinblick auf die „anzuwendende", d. h. zur Begründung zu verwendende, Norm zum „Tatbestand" gestaltet, zurechtgemacht.

Die Übung in dieser spezifisch juristischen Denkoperation ist so groß, daß manche Juristen den lebendigen Sachverhalt überhaupt nicht mehr so zu sehen vermögen, wie er wirklich ist, sondern schon sofort mehr oder weniger einen begrifflich zugestutzten und also abstrakten „Tatbestand".

Da die Gestaltung des Sachverhaltes zum „Tatbestand" von der Entscheidung d. h. dem Rechtsgefühl und dem Nützlichkeitsgefühl des Richters bestimmt wird, so ist damit schon gesagt, daß sich diese Gestaltung nicht in denknotwendig bestimmter, für jeden Beurteiler gleicher Weise vollzieht. Vielmehr wird sie immer subjektiv von der Persönlichkeit des Richters beeinflußt. Von ihr hängt es ab, welche der zahlreichen Vorgänge und Zusammenhänge des Falles in den „Tatbestand" aufgenommen oder weggelassen werden, welche also, nach der üblichen Terminologie, „wesentlich" oder „unwesentlich" sind.[34])

[34]) Vgl. Rümpf, Gesetz u. Richter S. 81 ff.

Handelt es sich, wie hier, darum, die Anwendung einer Norm auf den konkreten Fall auszuschalten, so wird dessen „Tatbestand" so gestaltet, daß er Merkmale erhält, die im Tatbestand der Norm fehlen, oder umgekehrt, daß aus ihm Elemente entfernt oder geändert werden, die im Tatbestand der Norm enthalten sind.

Diese gestaltende Tätigkeit des Richters macht sich schon bei der Beweisaufnahme, der Zeugenvernehmung, der Sachverständigenvernehmung, dem richterlichen Augenschein geltend.

In England vernehmen die Anwälte die Zeugen, und zwar zunächst derjenige, der ihn benannt hat, worauf der andere das Recht des Kreuzverhörs hat. Suggestive Fragen sind unzulässig.

In Deutschland vernimmt der Richter die Zeugen, in der Idee die bessere Methode, da der Richter kein persönliches Interesse daran hat, aus dem Zeugen eine bestimmte Antwort herauszufragen. Indessen ist das auch nur in der Idee richtig. In Wirklichkeit hat sich der Richter regelmäßig auf Grund der Akten schon ein Bild des „Tatbestandes" im Hinblick auf die anzuwendende oder abzulehnende Norm gemacht — also schon ein Vor-Urteil gefällt — und versucht nun, von den Zeugen dieses Bild bestätigt zu erhalten.[35])

Diese Gestaltung setzt sich bei der Würdigung der niedergelegten Aussagen fort. Auch diese Würdigung steht unter dem Einflusse der Norm, welcher der „Tatbestand" entzogen oder unterworfen werden soll.[36])

Daß der „Tatbestand", wie er in der Begründung der Entscheidung wiedergegeben wird, von der Wirklichkeit abweicht und abweichen muß, ist nach der Natur der Sache

[35]) Von der Psychologie der Aussage haben oft genug die vernehmenden Richter keine genügende Kenntnis oder wenden sie nicht an. Die Klage, die E. Fuchs vor 20 Jahren in seiner Schrift „Recht u. Wahrheit in unserer heut. Justiz", 1908 S. 137 ff. erhoben hat, ist leider auch heute noch berechtigt. Vgl. hierzu M. Alsberg, Zur Lage der Strafrechtspflege, Archiv f. Kriminologie 82 (1928) 99 ff.

[36]) Dabei wirkt auch hier der in Anm. 35 erwähnte Mangel mit.

selbstverständlich. Aber die Abweichung ist nicht nur eine solche, die sich aus der Notwendigkeit ergibt, den „Tatbestand" begrifflich zu fassen, sondern wird darüber hinaus noch durch die Persönlichkeit des Richters bestimmt.[37])

Die Feststellung dieser Abweichung bedeutet nicht etwa einen Vorwurf. Die Gestaltung des „Tatbestandes" erfolgt, oft halb unbewußt, im Dienste des Rechtsgefühls und der praktischen Vernunft, um eine Norm auszuschalten, deren Anwendung als ungerecht und unzweckmäßig empfunden wird.

Ein anderes Mittel, um einen konkreten Sachverhalt der prima facie für ihn bestimmten Norm zu entziehen, ist die Fiktion. Die Bedeutsamkeit dieses Mittels erfordert eine besondere Betrachtung (unten 6). Alle diese Hilfsmittel werden indessen von dem deutschen Richter nur dann angewendet, wenn es sich um die Ausschaltung gesetzlicher Normen handelt.

Sind es richterliche Normen, von denen der Richter abweichen will, so wird in Deutschland die Abweichung ganz offen erklärt.[38])

Erst recht natürlich, wenn es sich um Normen handelt, welche die freie Forschung entwickelt hat.

Gesetzlichen Normen gegenüber wird dagegen die offene

[37]) Vgl. hierzu Oberlandesgerichtsrat H. Otto, Die Gewißheit des Richterspruchs 1915 S. 20; Lobe betont (Deutsche Richter-Zeitung 1912 S. 134), die Gerichte hätten die Methode, den Sachverhalt unter typische juristische Formeln zu bringen; der (damalige) Reichsgerichtsrat Hagens fragt, ob der deutsche Richter „sich nicht zu sehr gewöhnt habe, den lebenden Tatbestand in das Prokrustesbett des juristischen Schemas hineinzuzwängen" (DJZ. 1908 S. 1233); Wildhagen, Der bürg. Rechtsstreit (1912) S. 73 spricht von der „Anpassung" des Sachverhalts an die anzuwendenden Rechtssätze; vgl. ferner Landgerichtsrat E. Holländer, Richterfreih. u. Richterwillkür in „Die Justiz" **2** (1927) 296 ff. Aus der anglo-amerikanischen Literatur sei Roscoe Pound, The theory of judicial decision, Harvard Law Review, **36** (1923) 641 ff. erwähnt. Er beklagt (S. 941), daß manchmal wegen der Formulierung des Rechtssatzes Einzelheiten des Falles ignoriert werden.

[38]) Vgl. z. B. RG. v. 22. 5. 25, Mark. u. Wettb. **24** 229; RG. v. 29. 10. 26, Mark. u. Wettb. **26** 109; RG. v. 20. 9. 27, Jur. Woch. **28** 347 Nr. 13; RG. v. 14. 10. 27, RGZ. **118** 201.

Ablehnung vermieden, und mit gutem Grunde[39]). Die Technik ist hier so weit ausgebildet, daß der Richter stets einen Weg finden kann, um den Widerspruch zwischen seiner Entscheidung und der prima facie entgegenstehenden Norm auf andere Weise als durch offene Ablehnung aufzuheben, d. h. diese Norm auszuschalten und eine andere Norm zur Begründung zu wählen.[40]) Sehr zutreffend sagt Mügel[41]): „Ein Richter, der das ganze Rüstzeug der Rechtswissenschaft mitbringt, wird nicht leicht in die Lage kommen, zu erklären, daß er die Entscheidung, die sein Rechtsgefühl fordert, nicht wissenschaftlich begründen könne."

In aller Regel geschieht dies, ohne daß das Gericht zugibt, die rechtliche Begründung sei erst mit Mühe gesucht worden, sondern so, daß sie als sich ohne weiteres darbietend erscheint[42]).

6.

Die Rolle, welche die Fiktionen im Recht spielen, ist schon oft behandelt worden.

Ch. Wolff[43]) hat sich mit der kurzen Bemerkung begnügt, daß die Fiktionen in der Rechtswissenschaft, wie in allen anderen Wissenschaften, der Erforschung und dem Beweis der Wahrheit dienten.

---

[39]) Oben S. 224.

[40]) Vgl. H. Wüstendörfer, Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt, A. f. ziv. Pr. **110** (1913) 353.

[41]) Deutsche Richter-Zeitung 1924 S. 217.

[42]) Ganz selten finden sich Sätze, wie die von Sontag (DJZ. 1928 S. 757) aus einem OLG.-Urteil mitgeteilten: „Die Verurteilung der beklagten A.-G. zur Rückgabe des Grundbesitzes des Klägers an diesen würde eine Katastrophe für die Gesellschaft und die an ihr Interessierten bedeuten. Das Obsiegen des Klägers darf daher nur dann in Kauf genommen werden, wenn es rechtlich unvermeidlich ist."

[43]) Jus Gentium, Halle 1749, § 21 S. 15.

Der erste, der sich eingehender mit ihnen beschäftigt hat, war Jhering[44]). Er fand in ihnen ein Mittel der juristischen Technik der Römer, das eine Parallele zu dem von ihnen gebrauchten Mittel der „Schleichwege" bildete.

Im gleichen Sinne hat Geny die Fiktionen ausführlich als Mittel der juristischen Technik des modernen Rechts dargestellt[45]). Für das anglo-amerikanische Recht vgl. die Bemerkungen von Roscoe Pound[46]).

Jhering ebenso wie Geny und Pound haben die Fiktionen lediglich als Mittel der Technik des Gesetzgebers untersucht. Die Bedeutung dieser Funktion ist heute sehr gering: im älteren Recht dienten sie als Kunstgriff, um die Starrheit der Normen zu überwinden[47]), in der heutigen Gesetzestechnik dagegen lediglich der Abkürzung des Ausdrucks[48]) und alle Sätze von Normen, die sich dieser Ausdrucksweise bedienen, könnten ohne große Mühe mit dem gleichen Erfolge auch anders gefaßt werden.

Die große Bedeutung, welche die Fiktionen auf dem Gebiet des Rechtslebens haben, ist erst durch einen Nichtjuristen der Rechtswissenschaft offenbart worden.

Im Jahre 1911 erschien das Werk Vaihingers[49]) über die Fiktionen und hat die ganze Frage auf eine völlig neue Grundlage gestellt oder sie eigentlich neu gestellt.

Nach Vaihinger sind die Fiktionen Kunstgriffe des logischen Denkens, mit denen das Denken, das sich in der Welt der Wirklichkeit zu orientieren bestrebt ist, diesen seinen Zweck auf einem Umwege d. h. mittels Hilfsbegriffen zu erreichen sucht. Diese Hilfsbegriffe werden gar nicht

---

[44]) Geist des R. R. 3 (4. A.) 301 ff.

[45]) Science et technique, 3. Teil: Élaboration technique (1921) S. 360—447.

[46]) Spirit of the common law, 1921 S. 166 ff.

[47]) Beispiele bei Jhering a. a. O. S. 303 ff.

[48]) Z. B. §§ 149, 150, 162, 177, 212, 214, 215 BGB.; § 377 HGB.; §§ 2, 21, 24 PatG.

[49]) Hans Vaihinger, Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit, 1. A. 1911, 9. u. 10. A. 1927.

als einer Wirklichkeit entsprechend ausgegeben, sondern offen als nichtwirkliche zugegeben.

Vaihinger selbst hat seine Lehre für die Fiktionen im Rechtsleben natürlich nicht bis ins einzelne ausgebaut, sondern nur die Beispiele für juristische Fiktionen, die er bei Kant und in der Rechtswissenschaft vorfand[50]), in seine Darstellung übernommen. Diese Beispiele waren im wesentlichen — abgesehen von den grundlegenden Fiktionen des Staatsvertrages und der Willensfreiheit — die schon erwähnten Fiktionen, mit denen der Gesetzgeber arbeitet.

Die grundlegend neue Erkenntnis Vaihingers für die Betrachtung und Behandlung des Rechts fruchtbar zu machen, wäre die Aufgabe der Juristen gewesen. Sie haben sie bisher nicht gelöst.

Wohl hat Vaihinger Zustimmung[51]) neben Ablehnung[52]) gefunden, aber mit der einen allein ist es so wenig getan wie mit der anderen.

Was not täte, wäre, auf der Grundlage, die Vaihinger gelegt hat, die Methode des juristischen Denkens kritisch nachzuprüfen.

Im Rahmen dieser Arbeit ist eine eingehende Darstellung der Fiktionen als Mittel der juristischen Technik nicht mög-

---

[50]) Das Buch Vaihingers ist, obwohl erst 1911 veröffentlicht, in den Jahren 1876—78 entstanden.

[51]) Krückmann, Arch. f. ziv. Prax. **114** (1916) 143 ff. und Wahrheit u. Unwahrheit im Recht, Annalen d. Philosophie **1** (1919) 113 ff. hat eine größere Zahl von Beispielen zur Unterstützung der Lehre von V. zusammengestellt, aber ohne einen Schritt über das hinauszukommen, was V. selbst schon gesagt hat. Geny zitiert zwar in seiner oben S. 355 Anm. 45 angeführten Arbeit Vaihinger, ist aber auf seine Gedanken nicht eingegangen.

[52]) Ablehnend: H. A. Fischer, Fiktionen u. Bilder in der Rechtswiss., Arch. f. ziv. Prax. **117** (1918) 143 ff. Auch Kelsen, Zur Theorie d. jurist. Fiktionen, Annalen d. Phil. **1** (1919) 630 ff. lehnt die Ergebnisse Vaihingers ab; zustimmend zu Kelsen: Max Salomon, Die Rechtswissenschaft u. die Theorie des Als Ob, Arch. f. R. u. WPh. **13** (1920) 227. Vgl. auch Stammler, Theorie der Rechtswiss. (1911) S. 328; A. Reinach, Aprior. Grundlagen des bürg. R., Jahrb. f. Phil. u. phän. Forschung **1** (1913) S. 833.

lich. Sie beschränkt sich daher auf die nachfolgenden Ausführungen.

Wie schon erwähnt, hat die juristische Literatur bisher lediglich die Fiktionen betrachtet, mit denen die Normen, insbesondere des Gesetzgebers, arbeiten. Auf die Fiktionen in der Technik der Begründung richterlicher Entscheidungen ist sie nicht eingegangen.

Dabei ist für sie die Lehre Vaihingers von besonderer Bedeutung, obwohl Vaihinger selbst gerade diese Fiktionen nicht behandelt hat.

Die Fiktionen sind nach Vaihinger Hilfsmittel des logischen Denkens zu einem praktischen Zweck, und zwar mit dem Bewußtsein der Fiktivität. Die Fiktionen werden daher nach Erreichung ihres Zweckes aus dem Denkvorgang wieder ausgeschaltet.

Es ist oben (S. 161 ff.) dargelegt worden, welche Bedeutung die Normen für die Regelung des Gemeinschaftslebens, also für die Entscheidungen haben. Sie dienen der Kontrolle der Entscheidungen und ihrer Rationalisierung zwecks Erhöhung ihrer Berechenbarkeit.

Hier findet sich nun schon die erste und grundlegende Fiktion als Mittel der Technik der Entscheidungen: die Fiktion von der Lückenlosigkeit der Normen — oder, wie die herrschende Ausdrucksweise sagt, von der Lückenlosigkeit des Rechts.

Über die Frage, ob diese Lückenlosigkeit wirklich besteht, ist sehr ernstlich gestritten worden[53]), obwohl recht eigentlich gar nicht darüber gestritten werden kann. Dieser Streit ist nur möglich gewesen, weil verkannt worden ist, daß es sich hier um eine Fiktion handelt, die für die Zwecke der Rechtsordnung des heutigen Wirtschaftssystems notwendig erscheint. Würde man nicht von dieser Fiktion ausgehen, so könnte die Forderung, jede Entscheidung von einer Norm abzuleiten, gar nicht gestellt werden.

---

[53]) Vgl. Bergbohm, Jurisprud. u. Rechtsphil. (1892) 367.

Eine zweite Fiktion ist die, daß jede gesetzliche Norm alle Einzelfälle angemessen regelt, welche unter ihren abstrakten Tatbestand untergebracht werden können.[54])

Diese Fiktion war ebenfalls notwendig, wenn die Forderung gestellt werden sollte, alle Entscheidungen von einer vorhandenen gesetzlichen Norm abzuleiten.

Indessen gerade für diese Fiktion ist zu beachten, daß sie nach Erreichung ihres Zweckes wieder ausgeschaltet werden muß. Es handelt sich um eine Fiktion, nicht um ein Dogma.[55]) Nachdem der Zweck erreicht und gesichert ist, die Normen zur Kontrolle der Rechtsprechung einzuführen, muß diese Fiktion wieder verschwinden. Daß damit noch nicht die völlige Ungebundenheit des Richters gegenüber den gesetzlichen Normen gegeben ist, wurde oben (S. 224) ausgeführt.

Von den Fiktionen, mittels deren die Rechtsprechung zur Begründung der Entscheidung neue Normen bildet (z. B. mit Hilfe der Analogie, die ihrerseits auf einer Fiktion beruht), soll an dieser Stelle nicht gesprochen werden.[56])

Dagegen sind hier noch die Fiktionen zu behandeln, mit deren Hilfe der Richter eine von ihm abgelehnte Norm für den „Tatbestand" des zu entscheidenden Falles ausschaltet, auf den sie prima facie „anwendbar" erscheint.

Das geschieht in der Weise, daß durch eine Fiktion dem „Tatbestand" ein Umstand hinzugefügt wird, der den so ergänzten Tatbestand der Norm entzieht. Hierher gehört namentlich die fiktive Annahme einer „stillschweigenden" Vereinbarung.

Ein Beispiel:

§ 833 BGB. bestimmte (bis zu seiner Änderung durch Ges. v. 30. Mai 1908), daß der Halter eines Tieres für den von diesem verursachten Schaden hafte.

---

[54]) Vgl. hierzu auch Eugen Ehrlich, Jurist. Logik, 1918 S. 149 ff.

[55]) Vgl. über den Unterschied Vaihinger a. a. O. Kap. XXVII.

[56]) Vgl. darüber unten S. 362.

Ein Landwirt traf auf der Landstraße einen müden Wanderer und nahm ihn auf dessen Bitte zu sich auf den Wagen, das Pferd ging später ohne Schuld des Fahrers durch, und der Fahrgast wurde tödlich verletzt. Seine Erben klagten gegen den Landwirt, und er wurde auf Grund des § 833 verurteilt.[57])

Das Urteil erregte allgemeinen Widerspruch, und als einige Jahre später sich der gleiche Fall ereignete, griffen die Gerichte zu der Fiktion, es sei zwischen dem Tierhalter und dem Wanderer ein „stillschweigender Vertrag" abgeschlossen worden, durch den die Haftung des ersteren ausgeschlossen worden sei, um so der Anwendung des § 833 zu entgehen[58]).

Die Fiktion der stillschweigenden Vereinbarung spielt auf dem ganzen weiten Gebiet der nachgiebigen Normen eine große Rolle, um die Norm für einen bestimmten Fall auszuschalten[59]).

Gegen die Verwendung von Fiktionen in der Rechtsprechung ist oft Widerspruch erhoben worden[60]). Allein mit Unrecht. Dieser Widerspruch verkennt das Wesen und die Bedeutung der Fiktionen, namentlich für das praktische Leben. Sie sind immer dann berechtigt, wenn sie zu einem praktischen, billigenswerten Ziele führen, das auf anderem Wege für das logische Denken nicht zu erreichen ist.

Sie dienen ganz allgemein dazu, Widersprüche zu beseitigen, die unsere Seele nicht zu ertragen vermag.[61]) Sie dienen in der Rechtsprechung dazu, den Widerspruch zwischen dem Rechtsgefühl und der praktischen Vernunft einerseits und der Norm anderseits aufzuheben.

---

[57]) RG. v. 26. 2. 03, RGZ. **54** 73.

[58]) RG. v. 18. 3. 07, RGZ. **65** 313.

[59]) Beispiele bei Düringer-Hachenburg, HGB. **4** (2. A.) S. 363, 808; Gierke, Vereine ohne Rechtsfäh. 2. A. (1902) S. 12, 15.

[60]) Kelsen, Ann. d. Phil. **1** 648: Die Fiktion führe nie zum Recht, sondern höchstens zu dem, was der Anwendende für nützlich halte. Und, wie zu ergänzen: für gerecht.

[61]) Vgl. hierzu auch E. Barthel, Gibt es fiktionsfreie Erkenntnis? Preuß. Jahrb. **207** (1927) 61 ff.

Ist in der hier geschilderten Weise die Norm ausgeschaltet, welche der vom Richter gefundenen Entscheidung entgegensteht, so handelt es sich nunmehr darum, eine neue Norm zu finden, mit der die Entscheidung begründet werden kann. Die gleiche Aufgabe besteht da, wo von vornherein keine passende Norm für den zu entscheidenden Fall vorhanden ist.

Hier ist nun die Möglichkeit denkbar, daß eine Norm vorhanden ist, deren Tatbestand zwar prima facie nicht mit dem Sachverhalt des zu entscheidenden Falles übereinstimmt, während die Rechtsfolge mit der Entscheidung übereinstimmt, die begründet werden soll.

Hier kann eine „Anpassung" der Norm an den Sachverhalt oder des Sachverhalts an die Norm versucht werden.

Die Technik ist die gleiche, wie sie oben (Z. 4, 5) für die Ausschaltung einer Norm geschildert worden ist.

Es kann der Tatbestand der Norm, deren Anwendung gewünscht wird, so konstruiert („ausgelegt") werden, daß sich der Sachverhalt des zu entscheidenden Falles darunter unterbringen läßt[62]), oder der Sachverhalt des Falles wird zu einem solchen „Tatbestand" gestaltet, daß er unter die Norm paßt, oder es wird mit Hilfe einer Fiktion der „Tatbestand" entsprechend ergänzt.

Ausschaltung und „Anpassung" einer Norm verwenden die gleichen technischen Hilfsmittel.

Ist eine „anpassungsfähige" Norm nicht vorhanden, so muß der Richter eine passende Norm neu bilden.

Über die Bildung neuer Normen durch den Richter ist früher (S. 240 ff.) schon gesprochen worden. Sie ist ihrem Wesen nach nicht verschieden von der Normbildung durch

---

[62]) Vgl. z. B. RG. v. 12. 5. 26, Jur. Woch. 1926 S. 1665 Nr. 5, über die Auslegung des Begriffes „Verbreitung" in Lit. UG. § 11 I 1. Vgl. ferner Fr. List, Technik u. Gesetzesauslegung in Bl. f. Funkrecht 1 (1927) 65 ff. Hier spricht K. G. Wurzel, Das jurist. Denken (1904) S. 43, 60 ff. von einer „Projektion".

den Gesetzgeber[63]) und durch die Wissenschaft. Sie unterscheidet sich ihrem Tatbestande nach dadurch, daß der Richter von der Entscheidung des vorliegenden konkreten Falles ausgeht und die Norm aus ihm ableitet, während der Gesetzgeber und der freie Forscher von einer Reihe vorgestellter Fälle ausgehen, für diese die Entscheidungen fällen und aus ihnen die Norm ableiten.

Indessen ist dieser Unterschied kein solcher des Wesens. Denn auch der Richter kann sich nicht damit begnügen, den ihm vorliegenden Fall zur Grundlage der Norm zu machen, sondern er muß, wenn er die Norm so gebildet hat, sie noch auf ihre praktische Brauchbarkeit an der Hand einer Reihe vorgestellter Fälle prüfen.

In dieser Beziehung ist der Richter ungünstiger gestellt als der Gesetzgeber. Das Reichsjustizministerium macht, bevor es neue gesetzliche Normen wirtschaftlichen Inhalts Reichsrat und Reichstag vorlegt, von der Möglichkeit Gebrauch, die betroffenen Wirtschaftskreise zu hören, um über die voraussichtlichen Folgen der neuen Regelung ein möglichst klares Bild zu gewinnen. Weiter wird, bevor der Gesetzesentwurf an den Reichstag gelangt, der Reichswirtschaftsrat gehört, der aus den Vertretern des Wirtschaftslebens zusammengesetzt ist.[64])

Beide Möglichkeiten hat der Richter nicht. Daraus folgt für ihn die Mahnung zu besonderer Vorsicht, um nicht schonungsbedürftige Interessen zu verletzen.

In dieser Beziehung sind gegen das Reichsgericht gelegentlich nicht ohne Grund Vorwürfe erhoben worden, so z. B. gegen die von ihm neu aufgestellte Norm, betreffend die Löschung nicht benutzter Vorratszeichen,[65]) gegen seine Norm, betreffend das Verbot der Benutzung des Familien-

---

[63]) Vgl. Art. 1 des Schweiz. ZGB.

[64]) Vgl. oben S. 205.

[65]) Vgl. Julius L. Seligsohn, GRUR. **32** (1927) 636 ff. und Festgabe f. d. RPA. 1927 S. 213 ff.; H. Jsay, GRUR. **33** (1928) 77 ff. (hier auch andere Fälle unrichtig gebildeter Normen).

namens, falls eine neue Gesellschaftsfirma mit ihm gebildet wird, die mit einer älteren verwechselbar ist[66]).

Im übrigen besteht aber zwischen Gesetzgeber und Richter kein Unterschied[67]). Namentlich muß auch der Richter als Normbildner sich der Einheit des Normensystems bewußt sein und daher auf die Widerspruchslosigkeit seiner neuen Norm gegenüber vorhandenen Normen, insbesondere gesetzlichen Normen, achten. Diese Einheit ist zwar, wie andere regulative Ideen, keine Wirklichkeit, kein Dogma, sondern eine Fiktion, ist aber für die Erreichung des praktischen Zweckes der Normen notwendig und daher zu beachten. Sie gehört zu den für die Technik der Rechtsprechung — übrigens auch der Gesetzgebung und der Rechtswissenschaft — bedeutungsvollen Fiktionen.

Aus dieser Vorstellung der Einheit des Normensystems heraus wird der Richter bei der Bildung der Norm möglichst versuchen, sich an andere Normen für ähnliche Fälle anzulehnen. Die neue Norm wird dann als auf dem Wege der Analogie entstanden ausgegeben. Oder der Richter geht auf allgemeinere Rechtsgrundsätze zurück und stellt die neue Norm als von ihnen auf logischem Wege abgeleitet hin.

Das ist aber hier nur eine technische Ausdrucksweise. In Wahrheit ist die Norm induktiv, nicht deduktiv gewonnen.

Es soll damit nicht bestritten werden, daß auch das Umgekehrte vorkommt, d. h. daß eine neue Norm wirklich rein deduktiv gebildet wird.

Diese Rechtsprechung steht auf derselben Stufe wie diejenige, welche die Entscheidung rein deduktiv aus der Norm gewinnt[68]). Sie ist keine Schaffung lebendigen Rechts, son-

---

[66]) Vgl. aus der umfangreichen Literatur: Kirchberger, Jur. Woch. 1925 S. 2106 u. MuW. 27./28. Jg. S. 118; Breit, Jur. Woch. 1926 S. 1422; H. Jsay, GRUR. **33** (1928) 74.

[67]) Roscoe Pound, Law and Morals, 1924, S. 51 hat als Unterschied hervorgehoben, der Gesetzgeber gebe eine Regel nur für die Zukunft, der Richter auch für die Vergangenheit, nämlich für den entschiedenen Fall. Das ist nur formal eine Unterscheidung, nicht aber sachlich.

[68]) Oben S. 66.

dern ein Produkt rein logischen Denkens mit all seiner Blutarmut und Lebensfremdheit.

Die Normenbildung durch den Richter ist in den Ländern des anglo-amerikanischen Rechts eingehend behandelt worden[69]), während die deutsche Literatur hierüber wenig enthält. Das erklärt sich aus der erhöhten Bedeutung, welche die richterlichen Normen — im Verhältnis zu den Gesetzen — im englischen Recht gegenüber den kontinentalen Rechten haben.[70])

Für die Ableitung einer Norm aus der gefundenen Entscheidung gilt ganz allgemein folgendes.

Wie früher dargelegt, entsteht die Entscheidung aus dem Rechtsgefühl allein oder in Verbindung mit der praktischen Vernunft, wobei aber regelmäßig der Anteil der einen Quelle größer ist als der der anderen.

Die Ableitung der Norm aus einer Entscheidung, die rein durch das Rechtsgefühl gefunden wird, ist sehr viel schwieriger als aus einer Entscheidung, die im wesentlichen der praktischen Vernunft entstammt.

Der Grund ist leicht einzusehen. Die Norm ist etwas Rationales, Normbildung bedeutet Rationalisierung der Entscheidung. Die von der praktischen Vernunft gefällte Entscheidung ist der Rationalisierung erheblich leichter zugänglich als eine Entscheidung des Rechtsgefühls; das letztere ist gänzlich irrational, während die praktische Vernunft, die es regelmäßig mit der Wertung kollidierender Interessen zu tun hat, auch rationale Elemente enthält (oben S. 122). Wenn auch der Vorgang der Wertung selbst kein rein rationaler ist, so lassen sich doch seine Ergebnisse regelmäßig rational erfassen.

Auch in den Fällen, in denen Rechtsgefühl und praktische Vernunft vereinigt mitsprechen, in denen aber

---

[69]) Vgl. Roscoe Pound, The Spirit of the Common Law, 1921 S. 166 ff.; derselbe, The theory of judicial decision, Harvard Law Review, **36** (1923) 946 ff.; derselbe, Law and Morals 1924 S. 50 ff.; Benjamin N. Cardozo, The Nature of the Judicial Prozess, 1925 S. 21 ff.

[70]) Vgl. oben S. 170.

zwischen beiden sich ein Widerspruch erhebt[71]), ist es häufig nicht leicht, eine rationale Formel, d. h. eine Norm für die Entscheidung zu finden.

Ein Beispiel bildet die Frage des Nachbaus ungeschützter Maschinen. Hier stehen auf der einen Seite die Interessen fast der gesamten Maschinenindustrie, die für die praktische Vernunft den Ausschlag geben, auf der anderen Seite das Rechtsgefühl, das sich gegen jede mühelose Ausnutzung fremder Arbeit wendet.

Es ist daher trotz vielfältigen Suchens bis heute noch nicht gelungen, eine allseitig anerkannte Norm für die Behandlung dieser Fälle zu finden.[72])

Ein anderes Beispiel bildet die Frage des Schutzes unbenutzter Warenzeichen, auf die früher (oben S. 142) schon eingegangen worden ist.

Der Gesetzgeber ist sich dieser Schwierigkeit bewußt gewesen und hat es daher vorgezogen, für eine Reihe von Fällen von der Aufstellung einer Norm abzusehen, und sich hier mit einer Blankettnorm begnügt, d. h. einer Norm ohne Tatbestand, bei welcher die Ausfüllung des Tatbestandes dem Richter überlassen ist (§§ 138, 242, 826 BGB., § 1 UWG.).

Über derartige Blankettnormen vgl. oben S. 203.

Indessen darf der Richter sich auch hier nicht damit begnügen, lediglich die Entscheidung zu geben, ohne sie mit einer Norm zu begründen. Vielmehr gilt auch für diese Fälle dasjenige, was früher allgemein über die Bedeutung der Norm für die Entscheidung gesagt worden ist (oben S. 161 ff.).

Daraus folgt, daß auch in diesen Fällen, insbesondere in den Fällen des Wirtschaftskampfes, auf die sich § 1 UWG. und § 826 BGB. beziehen, vom Richter eine Norm zu

[71]) Oben S. 142.

[72]) Vgl. die Entsch. d. OLG. Dresden v. 8. 5. 23, Mark. u. Wettb. **24** 45; Entsch. d. KG. v. 3. 12. 24, Mark. u. Wettb. **24** 109. Aus der Literatur: Benjamin, Gew. Rsch. **30** 36, 111; Osterrieth, Gew. Rsch. **30** 131; Jsay, Gew. Rsch. **31** 253 u. **33** 71; Jul. Seligsohn, Gew. Rsch. **31** 240; Callmann, Gew. Rsch. **33** 251, 430; Wertheimer, Gew. Rsch. **33** 526; Krausse, MuW. **27/28** 560.

bilden ist; wobei daran erinnert sei, daß der § 1 UWG. als „Blankettnorm" ebensowenig zur „Begründung" einer Entscheidung geeignet ist wie der § 826 BGB. (vgl. oben S. 203).

Das Reichsgericht hat z. B. in der Frage der unbenutzten Warenzeichen, in der Frage der Benutzung des Familiennamens zur Firmenbildung den Anforderungen, die an eine „Norm" zu stellen sind, nicht ausreichend Beachtung geschenkt.[73]) Daher ist auf diesen Gebieten ein Mangel der Rechtssicherheit zu beklagen, der sich nicht aus der Natur der hier zu stellenden Fragen ergibt.

8.

Viel einfacher ist die Technik der Rechtsprechung, im Falle mehrere Normen vorhanden sind, unter deren Tatbestände der zu entscheidende Fall ohne große Schwierigkeit untergebracht werden kann.

So z. B. die Fälle, in denen Geld in ein Unternehmen nicht gegen feste Zinsen, sondern gegen Beteiligung am Reingewinn hingegeben worden ist; hier kann fraglich sein, ob es sich um ein partiarisches Darlehn oder einen Gesellschaftsvertrag handelt, ob also § 607 oder die §§ 705 ff. BGB. anwendbar sind.[74]) Darüber, daß beides Gegensätze sind, herrscht Einigkeit.[75])

Hierher gehören ferner die Fälle, in denen es streitig ist, ob die Grundsätze des Kauf- oder des Kommissionsvertrags Anwendung finden[76]). An sich hat hier der Richter die

---

[73]) Vgl. H. Isay, Die Gefährdung des gewerblichen Rechtsschutzes durch die Anwendung des § 1 UWG., Gew. Rsch. **33** (1928) 71 ff.

[74]) Vgl. RG. v. 17. 5. 27, Jur. Woch. **27** 2415 Nr. 4.

[75]) Crome, Partiar. Rechtsgeschäfte S. 376; Hoeniger, Gemischte Verträge S. 292; Staub, HGB. 12. A. (1926) § 335 Anm. 22 S. 675; Stoll, Fußnote Jur. Woch. **27** 2415.

[76]) RG. v. 24. 1. 25, RGZ. **110** 119.

Wahl, welche der beiden Normen er „anwenden" will. Er wird natürlich diejenige wählen, deren Rechtsfolge mit der von ihm gefundenen Entscheidung übereinstimmt, und danach den Sachverhalt des Falles so gestalten, daß er unter den „Tatbestand" der gewählten Norm untergebracht werden kann.

Über die Technik der Gestaltung des „Tatbestandes" vgl. oben Z. 5 S. 352.

Zu der hier besprochenen Gruppe von Fällen gehört im Grunde auch der, daß der Tatbestand einer Norm so unsicher gefaßt ist, daß der zu entscheidende Sachverhalt mit der gleichen Leichtigkeit unter diesen Tatbestand untergebracht wie von ihm ausgeschlossen werden kann. Auch hier entscheidet der Richter lediglich nach der Rechtsfolge und gestaltet erst danach den „Tatbestand" des konkreten Falles entweder als mit dem Tatbestand der Norm übereinstimmend oder als von ihm abweichend.

Auch hier handelt es sich um mehrere Normen mit verschiedenem Tatbestande, nur daß die beiden Tatbestände erst aus der positiven Fassung durch Auslegung entwickelt werden.

Als Beispiel sei die Norm des Patentrechts über die Bindung des Richters an Verzichte des Anmelders und Einschränkungen des Patentamts im Erteilungsverfahren genannt.

Das Reichsgericht hat ihren Tatbestand dahin formuliert, daß es sich um einen ausdrücklichen Verzicht oder eine unzweideutige Einschränkung handeln müsse.[77]) Wann aber eine solche Ausdrücklichkeit oder Unzweideutigkeit anzunehmen ist, erscheint in jedem einzelnen Falle so zweifelhaft, daß die verschiedenen Instanzen die Frage verschieden beantworten[78]). In Wahrheit wird hier die Antwort je nach der gewünschten Rechtsfolge gegeben.

Ebenso liegt es mit den Normen, deren Tatbestand einen dolus eventualis fordert. Sein Begriff ist der einer Bewußt-

---

[77]) Vgl. H. J s a y, Patentgesetz, 4. A. 1926 § 4 Anm. 29.

[78]) RG. v. 21. 3. 17, Bl. f. PatW. **31** 219; RG. v. 4. 11. 25, Jur. Woch. **26** 558 Nr. 2; RG. v. 7. 6. 26, Gew. Rsch. **31** 438.

seinszuständlichkeit, die einerseits im Handelnden Zweifel läßt, ob eine Rechtsverletzung durch die Handlung eintreten werde, anderseits mit der Verletzung einverstanden ist.

Auch hier wird die Antwort, ob eine solche innere Bewußtseinszuständlichkeit anzunehmen ist oder nicht, danach gegeben, welche Rechtsfolge der Entscheidende setzen will. Will er den Beklagten zum Schadenersatz verurteilen, so trifft er in den Entscheidungsgründen die Feststellung des dolus eventualis mit formelhaften Worten,[79]) lehnt er die Schadenersatzpflicht ab, so wird das Gegenteil „festgestellt" — nicht etwa umgekehrt.

3. Abschnitt.

Die Kunst des Rechtsanwalts.

Aus den Erörterungen über die Technik der Rechtsprechung ergeben sich endlich auch wichtige Folgerungen für die Kunst des Rechtsanwalts, der zur Mitwirkung bei der Rechtsprechung berufen ist.

Bevor darauf eingegangen wird, ist zunächst eine klare Einsicht in die Stellung der Rechtsanwaltschaft erforderlich.

In der neuesten Darstellung, die sich, aus anwaltlicher Feder stammend,[1]) mit dem Wesen und den Lebensbedingungen der Rechtsanwaltschaft befaßt, wird deren Wesen in ihrer Eigenschaft als freier Beruf gesehen.

Diese Auffassung schiebt eine sekundäre Erscheinung in den Vordergrund.

Die Anwaltschaft ist allerdings ein freier Beruf, und sie ist es nicht zufällig, sondern notwendig. Aber ihr innerstes Wesen wird damit nicht getroffen. Auch Ärzte, Künstler,

---

[79]) Vgl. die Entscheidungen bei H. Isay, Patentges. § 35 Anm. 7.

[1]) Sigbert Feuchtwanger, Die freien Berufe, im besonderen: Die Anwaltschaft 1922.

Schriftsteller, Ingenieure usw. bilden einen freien Beruf[2]) — aber trotz dieser Gemeinsamkeit ist das Wesen aller dieser Berufe von dem der Anwaltschaft völlig verschieden.

Das Wesen der Anwaltschaft muß nicht allein vom Recht her, sondern zugleich vom Staate her begriffen werden, und zwar für einen geschichtlich bestimmten Staat in einer zeitlich bestimmten Periode.

Die Anwaltschaft im heutigen Sinne ist ein Produkt der Entwicklung, die auf den Schutz der Individualsphäre gegenüber der Macht des Staates gerichtet war.[3]) Die Anwaltschaft als Beruf erscheint als die Schützerin jener Sphäre gegenüber dem Staat.[4]) Dies ist ihr innerstes Wesen.[5])

Um dies zu können, braucht sie die gleichen Rechtskenntnisse wie die Organe der richterlichen Gewalt, und um dem Staate völlig unabhängig gegenüberstehen zu können, muß sie ein freier Beruf sein. Sie ist also nicht ein freier Beruf, weil dies ihr eigenstes Wesen wäre, sondern umgekehrt: sie muß als freier Beruf ausgeübt werden, um ihr eigenstes Wesen erfüllen zu können.

Indessen wenn die Anwaltschaft auch die Vertreterin individueller Interessen ist, so ist sie doch nicht deren Dienerin. Sie steht den Individual-Interessen nicht wie ein gedungener Landsknecht, sondern als freier Kämpfer für das Recht gegenüber. Sie kämpft für die Rechte des Einzelnen, aber nur für seine Rechte, nicht etwa blindlings für seine Interessen.

So wirkt sie bei der Rechtspflege mit, als getreuer Ekkehart des Rechts und der Rechte der Einzelpersönlichkeit.

Unter diesem Gesichtspunkt ist nun von der Kunst des Anwalts zu reden. Damit ist schon von vornherein klar, daß diese Kunst stets im Dienste des Rechtes stehen muß, daß also dasjenige, was die Spottschriften der Reformations-

[2]) Feuchtwanger stellt sie auch (S. 28) neben die Anwälte.

[3]) Vgl. oben S. 270.

[4]) Vgl. H. Jsay, Leipz. Zsch. **17** (1923) 117; Dix in seinem Bericht f. d. Stuttgarter Anwaltstag 1927, Verhandlungsbericht S. 10.

[5]) So schon Edmund Benedikt, Die Advokatur unserer Zeit, 4. A. 1912 S. 80 ff.

zeit und die Flugblätter gegen die Anwälte unter Advokaten-Kunst verstanden, nämlich Rabulistik[6]), nichts mit dem gemein hat, was hier als Kunst des Anwalts behandelt werden soll.

Die deutsche juristische Literatur besitzt ein umfangreiches Werk über „Die Kunst des Rechtsanwalts" aus der Feder eines Anwalts.[7]) Darüber, wie der Anwalt die Rechte seiner Partei zur Erwirkung einer ihr Recht anerkennenden Entscheidung vertreten muß, findet sich in dem Buche trotz seines Umfanges keine Silbe.

Das ist nicht weiter verwunderlich. Denn es setzt die Einsicht in die Entstehung der Entscheidung und ihr Verhältnis zur Begründung voraus. Für den, der das Recht nur in den Normen erblickt und die Begründung der Entscheidung für ihre Entstehung ansieht, ist eine Antwort auf die Frage nach der Kunst des Rechtsanwalts nicht zu finden.

Die erste Aufgabe des Anwalts ist es, selbst die Entscheidung zu finden. Hier steht er nicht anders da als der Richter. Alles, was früher über die Findung der richterlichen Entscheidung gesagt ist, gilt auch für die Lösung dieser Aufgabe durch den Anwalt.

Auch für sie gilt also, daß die Entscheidung aus den tiefsten Quellen der sittlichen Persönlichkeit entspringt, daß sie nicht einfach durch handwerksmäßige Ableitung von einer Norm gefunden werden kann, da eine Norm nicht die Persönlichkeit zu ersetzen vermag. Nur eine gerechte Persönlichkeit kann eine gerechte Entscheidung finden.

Aus dieser obersten Regel aller anwaltlichen Tätigkeit ergeben sich ohne weiteres zunächst die Anforderungen an die Person des Anwalts wie an die Art seiner Berufsausübung.

Die zweite Aufgabe des Anwalts ist es, um die Rechte seines Klienten zu vertreten, auf die Entstehung der Ent-

---

[6]) Vgl. H. Jsay, Die Berliner Anwaltschaft, Festg. f. d. 26. DJT., Berlin 1902 S. 105.

[7]) Richard Finger, Die Kunst des Rechtsanwalts, 4. A. 1928 (423 S.).

scheidung bei dem Gericht einzuwirken. Auf die Entstehung; von der Einwirkung auf ihre Begründung wird später zu reden sein.

Die Entscheidung entsteht, wie oben (S. 60) dargelegt worden ist, aus zwei Quellen: dem Rechtsgefühl und der praktischen Vernunft.

Das erstere ist völlig irrational, ist reines Gefühl. Die Aufgabe des Anwalts ist es also, auf dieses Gefühl zu wirken, und nur auf dieses Gefühl.[8]) Auf logische, auf rationale Erwägungen spricht das Rechtsgefühl des Richters nicht an.

Daher handelt es sich für den Anwalt darum, alle tatsächlichen Umstände und Beziehungen des Falles hervorzuheben, welche das Rechtsgefühl zu beeinflussen geeignet sind.

Die Erziehung der Juristen, welche von der wirklichen Entstehung der Entscheidung nichts wissen und sie als von Normen abgeleitet entstanden ansehen, hat dahin geführt, daß sie als junge Anwälte die lebendigen Umstände des Falles in den Hintergrund treten lassen und die von ihnen in Betracht gezogenen Normen und deren „Tatbestände" in den Vordergrund schieben. Ja, die lebendige Schilderung des Sachverhalts und seiner Zusammenhänge wird sogar von vielen als bloße „Stimmungsmache" und daher fast als ungehörig betrachtet.

Selbstverständlich wäre es ungehörig, Tatsachen vorzutragen, die gar keine Bedeutung für die Entscheidung des Falles haben, bloß weil sie auf den Gegner ein ungünstiges Licht werfen. Die Grenzen sind hier nicht selten unsicher; dann muß, wie auch sonst oft genug, das Taktgefühl des Anwalts entscheiden.

Das Gesagte gilt in noch höherem Grade für den mündlichen als für den schriftlichen Vortrag.

---

[8]) Es ist daher nicht genau, wenn Benedikt, Advokatur S. 33, hier von der Beeinflussung fremden Willens spricht.

Zwischen beiden besteht der große Unterschied, daß die Schriftsätze vom Richter in aller Ruhe und, was noch wichtiger ist, in der Abgeschiedenheit des Arbeitszimmers gelesen werden, daß hier der geheimnisvolle seelische Kontakt fehlt, den das gesprochene Wort zwischen Redner und Hörer herstellt. Während die schriftliche Darlegung vom Leser zu wiederholten Malen gelesen wird oder wenigstens gelesen werden kann, hat die Rede nur eine begrenzte Zeit zur Verfügung, um das Gefühl des Hörers zum Schwingen zu bringen. Dafür hat sie aber ganz andere Ausdrucksmittel als das geschriebene Wort; ihr stehen Klang, Rhythmus, Modulation, ihr stehen Miene und Geste zur Verfügung. Aus ihr spricht die Seele, die Persönlichkeit des Redners unmittelbar zur Seele des Hörers, während das geschriebene Wort sich in erster Reihe an den Verstand wendet. Das geschriebene Wort ist etwas Starres, die Rede dagegen ein lebendiger Strom des Erlebens, der nicht nur den Redner selbst, sondern auch den Hörer unmittelbar erfaßt, in dem sich dem Redner alle Ausdrucksformen des Gefühls, Bilder und Gleichnisse, zur Verfügung stellen, und der daher besonders geeignet ist, sich an das Gefühl des Hörers, an sein Rechtsgefühl, zu wenden, und es zum Mitschwingen zu bringen.[9])

Die Gerichtsordnungen aller Länder haben wohl gewußt, weshalb sie die mündliche Anhörung der Parteien fordern und gerade in ihr das wichtigste Palladium eines wirklichen Rechtsschutzes erblicken.

Etwas anders liegt die Sache, soweit die zweite Quelle der Entscheidungen, die praktische Vernunft, in Betracht

---

[9]) Daher können die Niederschriften von Reden niemals die Rede selbst ersetzen; beide stehen unter völlig verschiedenen Wirkungsgesetzen. Das ist gerade in der Einleitung, die E. Benedikt seiner Veröffentlichung von „Zwölf Gerichtsreden" (1912) vorausgeschickt hat, in meisterhafter Weise dargelegt, und die Lektüre dieser Reden selber bestätigt es. Vgl. auch das Urteil von Th. Mommsen über die Veröffentlichung der Gerichtsreden Ciceros; Römische Geschichte, 3. Bd. S. 618 ff.

kommt. Hier spricht ein anderes Gefühl, das Nützlichkeitsgefühl mit, und dieses ist rationalen Überlegungen zugänglich (oben S. 140).

Aber auch hier spielen die Tatsachen für die Einwirkung auf dieses Gefühl die Hauptrolle; es handelt sich um die Wertung von Interessen, und dafür ist die Kenntnis der ganzen tatsächlichen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Vorgänge, Zuständlichkeiten und Zusammenhänge des in Frage kommenden Falles erforderlich. Der Anwalt, der hier seiner Aufgabe gerecht werden will, muß diese Kenntnis dem Gericht vermitteln, und so auf die praktische Vernunft des Richters wirken.

Daß diese Kenntnis infolge der Differenzierung der modernen Lebens- und Wirtschaftsgebiete oft nur durch die Spezialisierung der anwaltlichen Berufstätigkeit in ausreichendem Maße erworben werden kann, ist eine Frage für sich, auf die hier nicht weiter eingegangen werden soll.

Auch für die Einwirkung auf die praktische Vernunft als Quelle der Entscheidung ist also, wie für die Einwirkung auf das Rechtsgefühl der Vortrag, insbesondere der mündliche Vortrag, der Tatsachen durch den Anwalt die Hauptsache.

In den anglo-amerikanischen Lehrbüchern der Anwaltskunst wird das denn auch besonders betont.[10])

Die Anordnung des Stoffes derart, daß das Interesse des

---

[10]) Vgl. z. B. Jos. W. Donovan, Modern Jury Trials and Advocates, The Art of winning cases etc., New York (5. A.) 1924, p. IX: „The law undoubtedly is a learned profession. Much that goes to make up success at the bar, however, rests in the instinctive knowledge of the relation and consequence of facts rather then recollection of legal formulae. Nine-tenth of the problems of the practitioner are problems of fact, and the ability of a lawyer is measured largely by his success in dealing with facts." Es seien ferner genannt: R. Harris, Hints on Advocacy, 16. A. 1926; H. Hardwicke, Art of Winning Cases, 2. A. 1903; E. A. Parry, The Seven Lamps of Advocacy, 1923.

Lesers und Hörers gefesselt wird, ist natürlich zu einem erheblichen Teil Sache der Begabung und nicht schlechthin von jedem erlernbar. Immerhin ist es schon wichtig, wenn der junge Anwalt erfährt, daß es hierauf ankommt, und zwar in höherem Grade ankommt als auf juristische Ausführungen.

Zu einem erfolgreichen Vortrag gehört ferner eine Art sechsten Sinnes, ein instinktives Gefühl dafür, was auf das Gericht Eindruck gemacht hat und was nicht, und was daher in neuer Gruppierung noch einmal wiederholt werden muß.

Erst an letzter Stelle spielen in dem Vortrag des Anwalts die Rechtsnormen eine Rolle. Aber damit soll nicht gesagt sein, daß ihre Behandlung entbehrlich oder auch nur unwichtig wäre.

Das ergibt sich aus dem, was früher (S. 161) über die Bedeutung der Normen für die Entscheidung gesagt worden ist.

Zunächst daraus, daß der Richter verpflichtet ist, seine Entscheidung an Normen zu kontrollieren. Auch zu dieser Kontrolle muß der Vortrag des Anwalts beitragen, indem er darlegt, daß die von ihm geforderte Entscheidung sich auch gegenüber der Kontrolle an der Hand der Normen rechtfertigt.

Sodann aber, weil die Entscheidung durch Ableitung von einer Norm begründet werden muß.

Der Anwalt, der durch den Vortrag des Sachverhalts auf die Entstehung des Urteils einzuwirken versucht hat, muß auch an die Begründung der Entscheidung denken. Was würde es seiner Partei nützen, wenn die richtige Entscheidung so unzureichend begründet wäre, daß sie von der oberen Instanz hinterher aufgehoben würde?

Der Anwalt muß also seinerseits für die von ihm geforderte Entscheidung die schlüssige Begründung geben, d. h. angeben, von welchen Normen die Entscheidung abgeleitet gedacht werden kann, also die „Konstruktion" eines von Normen abgeleiteten Gedankenganges, der zu der Entscheidung führt.

An sich ist diese Begründung zwar Sache des Gerichts. Jura novit curia. Die österreichische Prozeßordnung von 1895 schreibt daher vor, daß in die Schriftsätze der Anwälte keine Rechtsausführungen aufgenommen werden sollen. Indessen trägt eine solche Bestimmung den Anforderungen der Praxis nicht genügend Rechnung. Da es Aufgabe des Anwalts ist, für die richtige Entscheidung zugunsten seiner Partei zu kämpfen, und dazu auch die Begründung der Entscheidung gehört, so wird der Anwalt sich nicht nehmen lassen und nicht nehmen lassen können, auch diese Begründung vorzutragen.

Namen-Verzeichnis.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

Abraham, H. F. 137, 176.
Adickes 79, 81, 86, 120, 231, 348.
Allen 194.
Allfeld 136.
Alsberg 338, 352.
Anschütz 196, 221.
Anzilotti 330.
Aristoteles 118, 119, 155.
Aubéry 105.
Austin 194, 230, 233, 165.

Bacon 193, 259.
Bähr 62, 79, 274.
Barthel 359.
Bauch 7.
Bekker 293.
Bendix 254, 343.
Benedikt 368, 370, 371.
Benjamin 136, 364.
Bentham 56, 108, 127, 169, 194, 195, 289.
Beradt 338.
Bergbohm 80, 232, 357.
Bergson 69, 70, 71, 73, 75, 87, 92.
Berolzheimer 92, 94.
Bertrand 272.
Bierling 11, 12, 80, 188, 227.
Binder 2, 46, 108, 119, 126, 128, 129, 130, 189, 229, 251, 268, 284
Binding 12, 13, 31.
Bode 88.
Bodinus 262, 290.
Bozi 188.
Breit 143, 176, 362.
Brodmann 124.
Bruck, E. T. 100.
Bruns 318, 321.
Brütt 11, 12, 13, 14, 31, 54, 80, 94, 148, 152, 333, 334, 336, 347.
Bülow 16, 24, 33.

Callmann 364.
Cardozo 65, 169, 245, 335, 363.
Carter 1, 234.
Cathrein 189, 288, 293, 299.
Cobbett Pitt 328.
Cohen, H., 6, 12, 14, 47, 48, 87, 99, 100, 253.
Cohn, A. G. 219.
Condorcet 283.
Cosack 80, 148, 150, 215, 224.
Crome 237, 365.
Czolbe 64, 348.

Danz 134, 138, 223, 237.
Deegener 252.
Degen 63.
Dernburg 80, 237.
Dicey 103, 104, 163, 273, 274, 276.
Dickinson 274.
Dillon 30, 65, 194.
Dix 368.
Dove 237.
Donovan 372.
Duguit 120, 265, 316, 317.
Düringer 24, 63, 138, 162, 164, 176, 242, 243.
Düringer-Hachenburg 359.
Dwelshauvers 74, 113.

Ehrenberg 190.
Ehrlich 16, 29, 31, 33, 146, 191, 232, 237, 269, 335, 347, 358.
Elsenhans 42.

Eisele 196.
Elster 52, 176.
Endemann 237.
Enneccerus 148, 239.
Eschenbach 342.
Eulenburg 7, 187.

Fabre 72.
Fabreguettes 335.
Fauchille 302.
Faust, A. 40.
Fehr 36, 120, 134, 179, 254.
Feuchtwanger 367, 368.
Fichte 106, 107, 315, 316, 317.
Finger 369.
Fischer, H. A. 356.
Flechtheim 124, 125, 239.
Fleiner 158.
Fleischmann 299, 302, 308.
Forsyth 17.
Frankenstein 297.
Friedländer, H. 125.
Fries 106.
Fuchs, E. 35, 64, 85, 138, 145, 150, 162, 188, 214, 336, 343, 349, 352.
Le Fur 316, 317, 319.

Gareis 85, 116.
Geiler 36, 37, 125, 238.
Geldart 171, 172, 348.
Geny 41, 69, 70, 79, 88, 94, 126, 152 161, 182, 205, 225, 230, 234, 240, 247, 253, 332, 333, 348, 355, 356.
Gerber 318.
Gierke, O. 80, 101, 113, 233, 256, 259, 260, 359.
Gmelin 63, 138, 214.
Gmür 4, 32, 65, 134, 148, 175, 234, 243.
Gneist 274, 275.
Goethe 69.
Goldbaum W. 144, 176, 244.
Goldschmidt J. 137, 212, 219, 222, 224, 254, 338.
Görres 275, 276.
Graf-Dietherr 262.
Gray 152, 194, 234.
Grotius 185, 296, 304, 314.
Guggenheim 343.

Hachenburg 124, 125.
Hagens 66, 67, 143, 353.
Hallbauer 63.
Hamburger 309, 318, 321, 322.
Hamel 74.
Hamilton 306.
Hänel 196.
Hardwicke 372.
Haring 192.
Harris 372.
Hartmann, E. v. 71, 73, 74, 97.
Hartmann, L. M. 323.
Hartmann, N. 40, 42, 50, 55, 57.
Heck 46, 76, 85, 134, 136, 148, 268.
Hegel 40, 42, 98, 100, 107, 108, 128, 257, 287, 289.
Heilfron 175.
Heinemann 126.
Heller 32, 35, 47, 50, 103, 162, 186, 196, 197, 198, 200, 258, 262, 263, 264, 268, 281, 287, 288, 290, 291, 295, 308, 327.
Hellwig 338.
Henderson 177.
Hensel 272.
Herodot 165, 190.
Herzfelder 125.
Hettner 214, 220.
Heusler 192.
Heyland 286, 324.
Hill 300.
v. Hippel 212, 265, 268.
Hobbes 105.
Hoffmann W. 330.
Hölder 237.
Hold-Ferneck 10, 50, 286, 290, 299, 302, 324.
Holland 194, 230, 234.
Holländer 353.
Holldack 36.

Holstein 220.
Hoeniger 365.
Huber, E. 86, 118, 133, 145, 149, 152, 153, 161, 162, 189, 234, 240, 243, 245, 249, 290, 350.
Huber, F. 180.
Hughes 146.
v. Humboldt, W. 261.
Husserl, E. 41, 42, 46, 50, 51, 52, 59, 68, 88.
Husserl, G. 32, 45, 47, 54, 82, 227, 228, 286.

Jngarden 71, 88.
Jsay, E. 297, 308.
Jsay, H. 125, 135, 136, 143, 144, 152, 176, 182, 188, 203, 211, 219, 239, 244, 254, 296, 297, 307, 308, 329, 361, 362, 364, 365, 366, 367, 368, 369.
Jsay, R. 124, 125, 135.
Jsele 126.

Jacobi, E. 19.
Jahrreiß 170.
Jellinek, G. 55, 127, 196, 218, 227, 271, 301.
Jellinek, W. 158, 214, 264, 275, 277.
Jhering 54, 79, 85, 121, 147, 148, 157, 253, 264, 332, 333, 347, 355.
Joerges 175.
Johannet 319.
Junck 242.
Junckerstorff 322.
Jung, E. 29, 85.

Kann 179.
Kant 1, 40, 42, 47, 105, 106, 127, 130, 188, 257, 264, 283, 289.
Kantorowicz 64, 162, 195, 214, 223, 336, 337.
Kaufmann, E. 26, 156, 157, 159, 162, 172, 189, 212, 215, 222, 226, 252, 253, 258, 265, 268, 286, 288, 289.
Kaufmann, F. 31, 46, 49, 151, 185.
Kaufmann, W. 229, 307, 330.
Kelsen 2, 11, 32, 46, 48, 49, 55, 185, 227, 234, 254, 266, 284, 286, 290, 356, 359.
Kirchberger 143, 362.
v. Kirchmann 159.
Kiß 32, 119, 234.
Klee 213, 218.
Klein, F. 15, 76, 86, 88, 89.
Knubben 263, 287, 301, 302, 305, 308, 319, 321.
Kohler 52, 53, 65, 134, 168, 175, 182, 333, 346, 348.
Koellreutter 276.
König 71.
Korkounov 238.
Kornfeld, S. 112.
Krabbe 5, 6, 261, 263, 264, 279.
Kraus, H. 322.
Kraus, O. 259.
Krauße 364.
Krückmann 23, 356.
Kunz 46, 95, 266, 286, 287, 290, 295, 299, 300, 301, 302, 303.
Kuttner 228.

Laband 156, 196, 293.
La Fontaine 70.
Lapradelle 292.
Larenz 2.
Lask 42, 51, 167, 257, 264.
Lassar 277.
Laun 115, 134, 158, 211, 252, 318, 322.
Le Fur 316, 317, 319.
Leibholz 221, 222, 226.
Leibniz 77.
Lessing 69.
Lewin 343.
Liebert 51.
Liefschütz 141.
List 360.
Liszt 286, 293.
Liszt-Fleischmann 299, 302.
Litt 41, 42, 43, 47, 74, 98, 114, 254.

Lobe 176, 182, 214, 353.
Locher 23.
Loening 86, 265.
Lotze 50.
Lowell 105, 273, 275.

Macchiavelli 258, 288.
Maier, H. 11, 12, 31, 35, 85, 87, 151, 154, 164.
Mancini 319, 322.
Marschall v. Bieberstein 120, 211.
Martius 308.
Mausbach 293.
Mayer, M. E. 12, 13, 31.
Mayer, O. 158.
Mazeaud 239.
Meinecke 106, 313, 315.
Melanchthon 159.
Mendelssohn Bartholdy 193, 273.
Merkl 32, 185, 286.
Métall 294, 309, 327.
Meyer, E. 99, 100, 282, 316, 317.
Mezger 48.
Mittelstaedt 242.
Mommsen 371.
Montesquieu 20, 78, 195.
Moore 292.
Morstein Marx 214.
Mügel 64, 207, 214, 354.
Müller 254.
Müller-Erzbach 134, 345, 347.
Müller-Freienfels 34, 39, 68, 74, 87.
Münch 116.

Neukamp 349.
Neumeyer 297.
Nord, W. 141.
Novalis 315.
Nußbaum 41, 141, 180.

Oertmann 175, 236, 237, 264.
Oppenheim 291, 299, 305, 326.
Oppenheimer, F. 269.
Osterrieth 136, 364.
Ostwald 188.
Otto, H. 145, 347, 353.
Otto, W. 100, 104, 313, 317.

Pagenstecher 161.
Parry 372.
v. Pechmann 342.
Perreau 333.
Pfotenhauer 128.
Pinner 124, 125.
Platon 129, 190, 199, 211.
Politis 17, 292.
Pollock 1.
Portalis 195.
Pound, R. 30, 65, 103, 163, 170, 193, 194, 195, 241, 242, 265, 335, 348, 353, 355, 362, 363.
Puchta 230.
Pufendorf 314

Rabel 25, 295.
Radbruch 1, 12, 32, 36, 46, 87, 264, 265.
Redslob 314, 315, 316, 317, 319.
Regelsberger 32, 80, 134, 150.
Reichel 20, 29, 65, 67, 76, 80, 81, 93, 94, 132, 134, 149, 152, 153, 161, 214, 216, 223, 231, 234, 237, 244, 252, 264, 265.
Reinach 42, 43, 54, 80, 185, 247, 356.
Richter, H. 295.
Richter, W. 259.
Rickert 26, 27, 41, 42, 51, 166.
Rietschel 100.
Riezler 2, 85, 89, 231.
Robinson 319.
Robson 17, 161, 164, 169, 173, 180, 193, 273, 274, 335.
Rosenstock 152, 254.
Rousseau 78, 105, 106, 112, 114, 195, 265, 314.
Rümelin, M. 35, 70, 76, 80, 86, 91, 92, 117, 118, 134, 148, 161, 164, 176, 178, 212, 215, 221, 223, 226, 254, 280, 346, 347.
Rumpf, M. 126, 188, 334, 337, 338, 347, 348, 351.

Runde 78.
Russell 180.

Saleilles 238.
Salomon, M. 189, 264, 356.
Salvioli 308.
Sander 284.
Satter 297.
Sauer, W. 36, 338.
Sauerländer 189.
Schätzel 308.
Scheler 7, 40, 41, 42, 51, 54, 55, 56, 57, 58, 68, 70, 73, 77, 82, 92, 93, 98, 99, 111, 113, 114, 115, 129, 144, 159, 258.
Schelling 107.
Schiller 74, 283.
Schindler, D. 154, 172, 295.
Schlegel 315.
Schlegelberger 205.
Schmidt, B. 230.
Schmitt, C. 19, 33, 103, 164, 198, 200, 211, 221, 265, 270, 271, 272, 275, 276, 277, 278, 279, 281, 282, 283, 284, 287.
Schneider 63, 162, 164, 174.
Schönfeld 1.
Schopenhauer 34.
Schreier 46, 151.
Scott 328.
Seidler 218.
Seligsohn, Jul. 136, 143, 239, 361, 364.
Simmel 164.
Simons 214.
Smend 47, 109, 115, 156, 198, 199, 201, 202, 203, 209, 212, 225, 253, 255, 258, 260, 268, 271, 272.
Smoschewer 215, 216.
Snell 163.
Sohm 253.
Somló 10, 12, 13, 31, 32, 55, 153, 218, 233, 240, 251, 253, 258, 264, 291, 302, 324.
Sontag 354.
Spann 110, 128, 130.
Spengler 167, 254.
Spiropoulos 295.
Spranger 51.
Stammler 1, 11, 35, 36, 94, 129, 145, 161, 204, 333, 338, 347, 356.
Staub-Pinner 124, 125, 365.
Stein, E. 113.
Stein-Jonas 179.
Stier-Somlo 13, 158, 300, 302.
Stoll 22, 137, 176, 214, 264, 278, 279, 280, 365.
Stroux 119.
Strupp 183, 286, 291, 293, 295, 298, 300, 302.
Strutz 110.
Sturm 85.
Stutz 253.

Tacitus 190.
Taine 105.
Tanon 238.
Tarde 238.
Tatarin-Tarnheyden 259, 260, 267 268, 290.
Tezner 158.
Thoma 221, 276.
Thon 12, 13.
Tönnies 113, 252, 300.
Triepel 95, 156, 212, 214, 264, 268, 288, 289, 291, 323, 326, 328, 347.
Tröltsch 103, 112.
v. Tuhr 11.

Unger 32, 62, 64, 75, 76, 243.

Vaihinger 164, 188, 355, 356, 357, 358.
Vattel 285, 305.
Verdroß 95, 185, 251, 262, 286, 292, 295, 299, 301, 302, 324.
Vierhaus 62, 164.
Voßler 88.

Waldecker 31, 211, 214, 258.
Walz 2, 46, 288, 315, 327, 330.

Warschauer 188.
Weber, Marianne 74.
Weber, Max 27, 74, 100, 102, 115, 162, 165, 166, 169, 172, 174, 236, 252, 258, 259.
Weck 146.
Wehberg 292.
Weinmann 242.
Wenger 104, 168.
Wenzel 1, 10, 12, 185, 186, 196, 197, 198, 253.
Wertheimer 364.
Wielikowsky 12, 48, 88, 92.
Wieruszowski 176.
Wilamowitz-Moellendorff 112.
Wildhagen 24, 64, 66, 67, 244, 334, 353.
Wilson 318.
Windelband 8, 50, 100, 106, 111, 128, 315.
Windscheid 80, 233, 347.
Windscheid-Kipp 230.
Wlassak 17.
Wolff, Ch. 285, 304, 354.
Wolff, K., 1, 264, 265, 324.
Wolff, M. 201.
Wolgast 286, 342, 343.
Wolzendorff 192, 262.
Wundt 188.
Wurzel 152, 153, 334, 345, 348, 360.
Wüstendörfer 134, 214, 225, 336, 350, 354.

Zacharias 27, 63, 243.
Zitelmann 11, 12, 80, 148, 150, 178, 223, 247, 296, 333.

Brandenburgische Buchdruckerei uud Verlagsanstalt G. m. b. H., Berlin-Schöneberg, Mühlenstraße 9.

Jautologja i.5.3.

kucc i.10.

pakistan=prawo i.10.220.

prawne normy i.5. Ze-boTo normy, ale nie wszystkie zyjące!

prawnicze prawne i.5. i pan ma 19.

samochody=25mln