

I, III 56

Wiener Staats- u. Rechtswissenschaftliche Studien

(Neue Folge der Wiener Staatswissenschaftlichen Studien)

Herausgegeben in Verbindung mit
Hans Mayer und **Othmar Spann**

von

Hans Kelsen

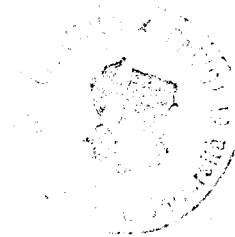
Band XIII

Theorie der Rechtsquellen

Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage
dogmenhistorischer Untersuchungen

Von

Alf Ross



Leipzig und Wien
FRANZ DEUTICKE

1929

Verlags-Nr. 3260

VERLAG VON FRANZ DEUTICKE IN LEIPZIG UND WIEN

Wiener staatswissenschaftliche Studien

Herausgegeben von

Edmund Bernatzik und Eugen von Philippovich in Wien

Vierter Band.

- I. Heft: **Nawlaaky, Hans**, Die Frauen im österreichischen Staatsdienst. 1902. Preis M 8,—.
- II. Heft: **Misses, Ludwig von**, Die Entwicklung des gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisses in Galizien (1772—1848). 1902. Preis M 5,—.
- III. Heft: **Adler, Max**, Die Anfänge der merkantilistischen Gewerbepolitik in Österreich 1903. Preis M 4,60.

Fünfter Band.

- I. Heft: **Horáček, Dr. Cyrill**, Das Ausgedinge. Eine agrarpolitische Studie mit besonderer Berücksichtigung der böhmischen Länder. 1904. Preis M 8,—.
- II. Heft: **Příbram, Dr. Karl**, Der Lohnschutz des gewerblichen Arbeiters nach österreichischem Recht. 1904. Preis M 5,—.
- III. Heft: **Kraus, Siegmund**, Kinderarbeit und gesetzlicher Kinderschutz in Österreich. 1904. Preis M 4,20.

Sechster Band.

- I. Heft: **Hawelka, Dr. Fritz**, Studien zum österreichischen Friedhofsrecht. 1904. Preis M 2,50.
- II. Heft: **Malláth, Graf Josef**, Studien über die Landarbeiterfrage in Ungarn. 1905. Preis M 5,—.
- III. Heft: **Kelsen, Hans**, Die Staatslehre des Dante Alighieri. 1905. Preis M 5,—.

Siebenter Band.

- I. Heft: **Cronbach, Else**, Die österreichische Spitzenhausindustrie. 1907. Preis M 6,—.
- II. Heft: **Lemberger, Hedwig**, Die Wiener Wäscheindustrie. 1907. Preis M 6,—.
- III. Heft: **Lann, Dr. Rudolf von**, Das Recht zum Gewerbebetrieb. 1908. Preis M 6,—.

Achter Band.

- I. Heft: **Fellner, Dr. Friedrich**, Die Zahlungsbilanz Ungarns. 1908. Preis M 6,—.
- II. Heft: **Garr, Max**, Parlament und Presse. 1908. Preis M 2,50.
- III. Heft: **Wilfling, Dr. August**, Der administrative Waffengebrauch der öffentlichen Wachorgane und des Heeres. Unter besonderer Berücksichtigung der Rechte Österreichs, Preußens, der deutschen Mittelstaaten, Englands, Frankreichs und Italiens rechtsvergleichend dargestellt. 1909. Preis M 10,—.

Neunter Band.

- I. Heft: **Mildschub, Dr. Willibald**, Mietzinse und Eodenwerte in Prag in den Jahren 1869—1902. Mit einer Einleitung über: Die Theorie der städtischen Grundrente von Prof. Dr. Friedrich Freiherr von Wieser. 1909. Preis M 8,—.
- II. Heft: **Garr, Max**, Die Inseratensteuer. 1909. Preis M 2,50.
- III. Heft: **Hawelka, Dr. Fritz**, Die Rechte an öffentlichen Wegen in Österreich. 1910. Preis M 6,—.

Zehnter Band.

- I. Heft: **Amonn, Prof. Alfred**, Objekt und Grundbegriffe der theoretischen Nationalökonomie. 1911. 1. Aufl. vergriffen.
- II. Heft: **Turba, Prof. Dr. G.**, Die Grundlagen der pragmatischen Sanktion I. Ungarn. Mit 6 Tafeln. 1911. Preis M 10,—.
- III. Heft: **Garr, Dr. Max**, Die wirtschaftlichen Grundlagen des modernen Zeitungswesens. 1912. Preis M 3,—.

Elfter Band.

- I. Heft: **Turba, Prof. Dr. G.**, Die Grundlagen der pragmatischen Sanktion II. Die Hausgesetze. Mit 30 Tafeln. 1912. Preis M 10,—.
- II. Heft: **Pitamic, Dr. Leonidas**, Das Recht des Abgeordneten auf Diäten. 1913. Preis M 5,—.
- III. Heft: **Weyr, Prof. Dr. Franz**, Rahmengesetze. Studien aus dem österreichischen Verfassungsrechte. 1913. Preis M 3,—.

I, III 56

Wiener Staats- u. Rechtswissenschaftliche Studien

(Neue Folge der Wiener Staatswissenschaftlichen Studien)

Herausgegeben in Verbindung mit
Hans Mayer und Othmar Spann

von

Hans Kelsen

Band XIII

Theorie der Rechtsquellen

Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage
dogmenhistorischer Untersuchungen

von

Alf Ross

J.W.C. 1535

Leipzig und Wien.
Franz Deuticke
1929.

Herrn Professor Dr. juris
HANS K E L S E N

in Dankbarkeit.

Verlags-Nr. 3260

*Das Leben ist kurz; die Wahrheit
aber lebt lange und wirkt ferne.
Sagen wir die Wahrheit.*

Schopenhauer.

Vorwort.

Die Wissenschaften sind ein Werk der Generationen. Jedes Geschlecht muß an der Stelle seine Arbeit aufnehmen, wo es sie findet. Hochmut und Täuschung wäre es, wenn jemand glaubte, sich über diese Tatsache hinwegsetzen und alles von vorne anfangen zu können. Selbst das Werk, das neue Bahnen bricht, ist nur das Glied einer Kette und erhält seinen Platz in der Reihe, wenn einmal seine Geschichte geschrieben wird. Auch ein solches Werk wird früher oder später im Massengrab der Bibliotheken seine Ruhe finden und seine letzte Mission erfüllen: den Boden für neue Gewächse zu bilden. Das ist das Los des Menschengeschlechtes: durch andere empor zu steigen, damit wieder andere durch uns empor steigen können.

Aus diesem innigen Gefühl der Zusammengehörigkeit mit der Vergangenheit heraus sind die hier vorliegenden Untersuchungen über die Theorie der Rechtsquellen entstanden. Sie sind, sowohl was Problemstellung als auch Lösungsversuch betrifft, aus historischen Studien natürlich hervorgewachsen, und ich möchte gerne, daß man in ihnen nur eine organische Fortsetzung der Tradition und nicht etwas radikal Neues sehe. Ist es richtig, daß sich das wissenschaftliche Denken zu allen Zeiten wie eine durch das historisch Gegebene logisch bestimmte Gegenrede entwickelt, so liegt hierin vielleicht auch die Erklärung einer merkwürdigen optischen Täuschung. Bei dogmengeschichtlicher Forschung sieht es aus, als ob die historische Entwicklung nicht bloß eine kontinuierliche Linie sei, sondern zugleich einen schaffenden Prozeß enthalte, der Problemstellung und Problemlösung immanent zur Reife bringt. Ich hatte das Gefühl, als ob meine Aufgabe bloß darin bestanden habe, einen Gedanken zu Ende zu denken oder aus gegebenen Prämissen einen Schlußsatz zu ziehen. Ich will damit aber nicht sagen, daß die Rechtstheorie nun zu einem Abschluß gebracht worden sei. Im Gegenteil: die Rechtstheorie ist noch jetzt in erster Entwicklung begriffen, und die Gedanken, die ich in diesem Buche niedergelegt habe, werden hoffentlich bald veraltet sein.

Im historischen Teil vorliegender Arbeit habe ich zu zeigen versucht, auf welche Weise die spezifisch rechtstheoretische Problemstellung auf dem Wege von der historischen Schule zum Positivismus hervorgewachsen ist und sich von der Zusammenkoppelung mit Politik

und Soziologie zu befreien versucht hat. Aber dem gewöhnlichen Positivismus, wie ihn Juristen ohne philosophische Bildung geschaffen haben, fehlt jede kritische Grundlegung. In seiner Hilflosigkeit kann er nur seinem Willen, die Positivität des Rechtes zu behaupten, durch armselige Tautologien Ausdruck geben (Bergbohm). Er wird deshalb mit Recht als der naive Positivismus bezeichnet. Er ist im Grunde genommen ein verflachtes Nebenprodukt des unkritischen Empirismus, der in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts die französisch-englische Philosophie und das ganze populärwissenschaftliche Denken beherrschte. Hier setzt Kelsens normlogische Rechtslehre ein. Sie begründet eine neue Epoche in der Geschichte des Rechtsdenkens, indem sie den ersten Versuch einer kritischen Grundlegung des Positivismus macht.

Dem herrschenden juristischen Positivismus fehlt nicht bloß Tiefe und Fundament, sondern er leidet in seinem Aufbau selbst an einem verborgenen Fehler. Trotz allen guten Willens ist es ihm niemals gelungen, die naturrechtliche Problemstellung zu überwinden. Ohne es zu wissen, trägt er in seinem Innern verborgen den Erbfeind mit sich. Durch die Lehre von den streng „positiven“ Auslegungsmethoden und Prinzipien der Rechtsanwendung stellt er tatsächlich praktische Forderungen an die Gestaltung des Rechtes und ist also nicht mehr Theorie. Versteht man unter Naturrecht im weitesten Sinne jedes unter der Maske der Theorie eingeschmuggeltes, praktisches Postulat, so kann eine solche Lehre mit Recht naturrechtlich genannt werden. Vom Naturrecht im engeren Sinne und vom Freirecht unterscheidet sie sich dadurch, daß diese Postulate nicht ideal oder material, sondern (angeblich) formallogisch sind. Das macht es ihr schwierig, um nicht zu sagen unmöglich, die soziale Realität des Rechtes zu begreifen. Sollte es mir geglückt sein, in vorliegender Arbeit einigermaßen den Weg zu einer kritischen Bestimmung der sozialrealen Positivität des Rechtes und damit zu einer Überwindung des letzten naturrechtlichen Einschlages des Positivismus zu bahnen, so würde ich darin ihre größte Bedeutung sehen.

Die historische Methode muß durch eine kritische ergänzt werden. Es ist wichtig, daß diese, je mehr man sich von der bloß historischen der aktuellen Diskussion nähert, hauptsächlich als eine immanent-kritische Methode auftritt. Begnügt man sich damit, von seinem eigenen Gesichtspunkt aus eine entgegengesetzte Auffassung zu bekämpfen, so hat man in Wirklichkeit nichts anderes getan, als seinen eigenen Standpunkt noch einmal hervorgehoben. Ein neues Argument als Stütze dieses Standpunktes liegt nicht in der Kritik. Der Forscher dagegen, der sich erst zur endgültigen Beibehaltung seiner Ansicht ent-

schließt, wenn alle anderen, dieser systematisch beigeordneten, kritisch durchgeprüft sind, schafft dadurch ein neues selbständiges Argument für seine Lehre, nämlich dasjenige, welches darin liegt, daß alle anderen Wege verschlossen sind. Die immanente Kritik ist zugleich ein Instrument der Wahrheitsforschung selbst. Dazu kommt, daß sie allein imstande ist, eine verstehende und fruchtbare Diskussion zu fördern. Eine transzendente Kritik läßt sich immer damit erledigen, daß man ihren Ausgangspunkt abtut (durch eine neue transzendente Kritik!), aber eine immanente Kritik muß man entweder widerlegen oder sich vor ihr beugen. Nur durch die immanente Methode darf man hoffen, die Rahmen des Partikularismus zu sprengen und der chaotischen Zersplitterung der modernen Literatur entgegenzuwirken. Natürlich ist es leichter, sich in einem Kreis von Glaubensgenossen niederzulassen, sich in bequemer Selbstzufriedenheit in eine Sekte zurückzuziehen und entweder die übrige Welt ihren Gang gehen zu lassen oder sie mit Hilfe der Waffen abzufertigen, welche uns eine leichterworbene, transzendente Kritik immer zur Verfügung stellen kann. Aber auf diese Weise droht der Wissenschaft die Gefahr, ihre Universalität zu verlieren und sich in monadenhafte Mannigfaltigkeit aufzulösen.

Deshalb habe ich in meinen historischen Untersuchungen danach gestrebt, dieses Ideal der immanent-kritischen Methode zu verwirklichen, wenn es auch zweifelhaft ist, inwieweit mir dies gelungen ist. Denn es ist klar, daß diese Methode größere Anforderungen an die Phantasie und Einfühlungsfähigkeit des Forschers stellt als die transzendente. Es gilt hier, die natürliche Borniertheit des Individuums zu überwinden und, wie Kant an einer Stelle sagt, in die Haut seines Widersachers zu kriechen. Aber das ist nicht immer leicht.

* * *

Vorliegende Arbeit ist als die Frucht einer Studienreise entstanden, die ich in den Jahren 1923—26 mit Unterstützung des Stampeschen Reisestipendiums (Universität Kopenhagen) durch Frankreich, Österreich und England unternommen habe. Von entscheidender Bedeutung wurde für mich der Eindruck, den ich während meines Aufenthaltes in Wien von Herrn Professor Hans Kelsens fesselnder Forscherpersönlichkeit erhielt. Dank der von ihm empfangenen Inspiration faßte ich den Plan zu vorliegender Abhandlung und bei ihrer Ausarbeitung war mir der Gedanke an Herrn Professor Kelsens aufmunternde Anregung oftmals die beste Hilfe. Auch Herrn Professor Alfred v. Verdross (Wien) bin ich für die vielen Anregungen, die mir durch seinen Unterricht zuteil geworden sind, zu Dank verpflichtet.

Zu Beginn des Jahres 1926 konnte ich meine Arbeit abschließen. Daß es mir nun geglückt ist, diese als akademische Abhandlung vorzulegen, ist vor allem dem entgegenkommenden Interesse zuzuschreiben, das Herr Professor Axel Hägerström (Uppsala) für meine Studien bekundet hat. Nur dieses Interesse hat mir Kräfte zur Überwindung der Schwierigkeiten gegeben, die für mich mit der Erwerbung des Doktorgrades außerhalb meines Vaterlandes verbunden waren. Ich spreche dafür Herrn Professor Hägerström meinen innigsten Dank aus.

Äußere Umstände privater Natur haben mich gehindert, irgendwelche Änderungen meiner Abhandlung wie sie seit ihrem Abschlusse zu Anfang des Jahres 1926 vorliegt, vorzunehmen. Ich bitte daher den Leser sich dessen — mit Rücksicht auf die behandelte Literatur — beim Lesen crinnern zu wollen. Dieser Umstand ist um so mehr bedauerlich, als sich seit Abschluß meiner Arbeit meine Anschauungen in gewissen Punkten geändert haben. Ich gebe daher meine Abhandlung in vorliegender Form mit gewissen Bedenken heraus. Da jedoch die Veränderung mehr die Formulierung meiner Gedanken als diese selbst betrifft und sich deshalb eine Umarbeitung nicht auf einzelne Punkte beschränken, sondern eine vollständige Neuschreibung erfordern müßte, habe ich geglaubt, mich darüber hinwegsetzen zu können.

Das Finnesche Stipendium (Kopenhagen) hat zum Drucke des historischen Teiles dieser Abhandlung beigetragen. Ich spreche dafür meinen Dank aus.

Uppsala, den 8. April 1929.

Alf Ross.

Art des Zitierens. Um in den Anmerkungen weniger ausführliches Zitieren zu ermöglichen, ist Seite 439 ein erschöpfendes, ausführliches Verzeichnis der benützten Literatur angegeben, auf das, soweit nötig, hingewiesen wird. Oft ist eine Arbeit nur mit Angabe ihrer Nummer in der Literaturliste in eckigen Klammern zitiert. Z. B.: [334 c] 472 bedeutet: Alfred v. Verdross, Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers, Juristische Blätter, Wien, 1916, Seite 472.

Römische Ziffern geben die Kapitelnummer an, die folgende arabische Zahl die Unternummer.

a. a. O. = am angegebenen Orte. Dieser Hinweis bezieht sich immer auf die unmittelbar vorausgehende Anmerkung. Enthält diese denselben Hinweis, so bezieht sich dieser ebenfalls auf die unmittelbar vorausgehende Anmerkung usw.

Inhalt.

I. Buch.

Historische Darstellung der Theorie der Rechtsquellen nach 1800.

I. Abschnitt: Französische Doktrin.

	Seite
Kap. I. Einleitung.	
1. Das Problem des positiven Rechts in Frankreich nicht gestellt	3
2. Die sich daraus für die Darstellung ergebende doppelte Schwierigkeit; Mittel, sie zu überwinden	7
3. Systematische Entwicklung einer positiven, soziologischen und naturrechtlichen Methode als notwendige Voraussetzung für ein Verständnis der französischen Theorie	7
Kap. II. Die französische Naturrechtsdoktrin, soweit sie für das Verständnis der französischen positiven Theorie von Bedeutung ist.	
1. Das Naturrecht der Revolution	15
2. Späteres metaphysisches Naturrecht	16
3.—7. Umriß der Geschichte der naturrechtlichen Doktrin	
3. Die Kommentatoren	18
4. Die soziologische Schule	19
5. Der Solidarismus. — Duguit	20
6. La renaissance du droit naturel	23
7. Der Einfluß des Krieges	24
8. Die Vermengung des Naturrechts mit positivem Recht	28
9. Bewertung des Naturrechts als Ethik	31
Kap. III. Die Theorie des positiven Rechts.	
1. Die Rechtsquellentheorie der Revolution. — Montesquieu. Gesetz und Richter. <i>Référé législatif</i> und <i>Tribunal de Cassation</i>	34
2. Code Napoléon. — Der Einfluß Bonapartes und Portalis'. Zerfall der Ideale der Revolution. Code civil art. 4	37
3. Die ersten Kommentatoren und <i>l'école de l'exégèse</i> . — Die Interpretationsmethode. Montesquiens Einfluß	41
4. <i>L'école nouvelle</i> . Die Geschichte der Bewegung. Saleilles und Genys Richtungen. Ihre Rechtsquellentheorie: Publizisten und Zivilisten; das Gemeinsame. Die beiden Fundamentalfehler: Das Dogma von der prä-judexialen Rechtsordnung und der Dualismus im Rechtsbegriff	44
5.—7. Ein Beispiel aus der naturrechtlichen Richtung: Genys Rechtsquellenlehre.	
5. Das Recht als ein wissenschaftliches Produkt	52
6. Geny und die gewöhnlichen Fundamentalfehler	55
7. Die einzelnen Quellen	58

	Seite
8.—9. Ein Beispiel aus der soziologischen Richtung: Lambert.	
8. Die soziologische Rechtspolitik	63
9. Die Gewohnheitsrechtslehre	66
Exkursus. Näheres zur Beleuchtung des Dualismus im französischen Rechtsbegriff	71

2. Abschnitt: Die englische Doktrin.

Kap. IV.

1. Einleitung. Das Verhältnis zwischen englischem und kontinentalem Rechtsdenken	75
2. „Old English view as stated by Blackstone“	81
3.—6. Austins Rechtslehre.	
3. Austins Bedeutung	83
4. Austins Rechtsbegriff. Der Souveränitätsbegriff	87
5. Austins Rechtsquellenlehre	91
6. Fortsetzung. Besonders von dem sogenannten Gewohnheitsrecht (judge-made law)	98
7. Austins Nachfolger	97
8. Fortsetzung. Besonders von der Theorie des Gewohnheitsrechts. Kiß' Kritik der englischen Theorie	101
Exkursus A. Vom Rechtsbegriff in der englischen Literatur nach Austin	109
Exkursus B. Vom Case-law und Equity	117

3. Abschnitt: Die deutsche Doktrin.

Kap. V. Die historische Schule.

1. Einleitung. Über die Notwendigkeit fernere dogmenhistorischer Untersuchungen	128
2. Darstellung der Rechtsquellenlehre der historischen Schule	131
3.—16. Interpretation der Rechtsquellenlehre der historischen Schule.	
3. Die theoretische Bedeutung der Rechtsquellenlehre. Die Aufgabe enthält zwei Probleme:	137
4. Welche war die Problemstellung und Methode der historischen Schule?	138
5.—14. Welche war die Bedeutung der Lehre vom Volksgeist?	
5. Übersicht über die drei Punkte der Beweisführung:	142
6.—11. Argumente, die von dem romantischen Grundgepräge der Zeit geholt sind.	
6. Problemstellung: das Gegebene und die Methode	143
7. Romantik als geistesmorphologischer Grundtypus	145
8. Die romantische Naturphilosophie	148
9. Die historischen Vorgänger. Herder	150
10. Die romantische Geschichtsphilosophie	151
11. Die Bedeutung der Romantik für das Verständnis der Theorien Savignys und Puchtas	152
12. Argumente, aus der Bedeutung der Interpretationshypothese für das Verständnis der Systeme Savignys und Puchtas	156

	Seite
13. Literarische Argumente von besonderem Gewicht	161
14. Kritische Bemerkungen	162
15. Der praktische Charakter der Rechtsquellenlehre	164
16. Zusammenfassende Charakteristik	167

Kap. VI. Der Positivismus.

1.—5. Historischer Übergang von der Romantik zum naturalistischen Positivismus.	
1. Die Entwicklung wird an drei Punkten verfolgt, nämlich in Bezug auf	169
2. a) Die Lehre von dem Entstehen des Rechtes als Grundlage für eine rechtspolitische Theorie. Diese Lehre bildet das Zentrum in einem dreifachen Schulkampf	170
3.—4. b) Die Lehre von der Entstehung des Rechtes als Grundlage für das Wirklichkeitsproblem des Rechtes.	
3. Kritik innerhalb der historischen Schule	174
4. Kritik außerhalb der historischen Schule	175
5. c) Die Lehre von der Anwendung des Rechts	179
6. Charakteristik der positivistischen Rechtsquellenlehre	180

Kap. VII. Das Freirecht und die reine Rechtslehre.

1. Vergleichung mit dem französischen „combat pour la méthode“	184
2. Schema für die Geschichte der freirechtlichen Bewegung	186
3. Die Bedeutung des Freirechts für die Rechtsquellenlehre	188
4. Die reine Rechtslehre	191

II. Buch.

Systematische Darstellung der Theorie der Rechtsquellen.

1. Abschnitt: Das Positivitätsproblem des Rechtes.

Kap. VIII. Einleitung: Aufgabe und Methode.

× 1. Die induktive Methode	195
2. Reflexion über den vorwissenschaftlichen Rechtsbegriff. — „Die besinnliche Methode“	199
3. Die kritisch-transzendentallogische Methode	200
4. Max Salomons Rechtsproblematik	203
5. v. Kirchmann. — Freirecht und Positivismus	206
6. Übersicht über die Theorien:	212
a) das Recht als ethisches Sollen	213
b) das Recht als Natur-Sein	216
c) das Recht als spezifisch rechtliches Sollen	218

Kap. IX. Das Recht als Natur-Sein.

1. Kernfeld	219
2. Ehrlich	224

Kap. X. Das Recht als Sollen sui generis und als Kultur-Sein.

	Seite
1. Kelsens Lehre vom Recht als einem reinen Sollen	229
2. Die Lehre der südwestdeutschen Richtung vom Recht als einem Kultur-Sein	232
3.—8. Kritik der Kultur-Seins-Theorien	234
3. Kritik des Kulturbegriffes	242
4. Kritik der Bestimmung des Rechtes als eines Teils der Kulturwirklichkeit	242
5.—7. Bestimmung der wirklichen Bedeutung des Kulturbegriffs in den behandelten Theorien	246
5. Er konstituiert nicht den Begriff des Rechts	250
6. Er begründet nicht die Geltung des Rechts	254
7. Er involviert ein verkleidetes Naturrecht	257
8. Resumé	258
9. Kritik der Lehre von dem Recht als einem reinen Sollen	263
10. Konsequenzen	263

Kap. XI. Das Recht als ein Normsystem als Ausdruck für eine soziale Handlungstotalität.

1. Der Begriff der Norm	270
2. Der Begriff der rechtlichen Normen	275
3. Norm und Wirklichkeit	278
4. Bestimmung der Positivität des Rechts	279
5. Schluß	288

2. Abschnitt: Das Rechtsquellenproblem.**Kap. XII. Der Begriff der Rechtsquelle.**

1. Die formale Bedeutung des Rechtsquellenbegriffes	290
2. Konsequenzen hinsichtlich verschiedener vermeintlicher Rechtsquellen	292
3.—8. Reale Definition des Rechtsquellenbegriffes auf Grundlage:	296
3. des herrschenden Positivismus	303
4. der normlogischen Jurisprudenz	305
5. der soziologischen Theorien	307
6. der kulturphilosophischen Theorien	307
7. der naturrechtlichen Theorien	308
8. der hier vertretenen Auffassung	311
9. Die Delegationsnorm	312
10. Die Begriffe: abgeleitete Quelle, unselbständige Quelle und extrasystematisches Recht	312

Kap. XIII. Das Verhältnis zwischen den einzelnen Stufen innerhalb der Stufenfolge des Rechts.

1. Einleitung und Problemstellung	316
2. Methode: Kritik der naturrechtlichen, positivrechtlichen, psychologischen und soziologischen Methode (die freirechtlichen Theorien). Die Frage ist rechtstheoretisch	318

3. Kritik der methoderichtigen Syllogismustheorie (die herrschende Lehre, Verdroß, Merkl, Somló)	325
4. Das Verhältnis zwischen Gesetz und Richter ist ein Zusammenordnungsverhältnis auf Grundlage des Systems; die rechtschaffende Tätigkeit des Richters	331
5. Die Lehre von der Auslegung: Auslegungstheorien und Kritik des Auslegungsbegriffes	334
6. Die bedingten Auslegungsprinzipien; das notwendige Auslegungsprinzip; die Grenze zwischen Gesetz und Urteil; die doktrinaire Interpretation fällt außerhalb des Rahmens der Rechtswissenschaft	337
7. Die Lehre von den Rechtslücken; Analyse des Lückenbegriffes	340
8. Kritik der Lückentheorien; Zitelmann	342
9. Der Begriff Rechtslücke als reiner Rechtsbegriff vor und nach der Rechtsanwendung	347

Kap. XIV. Die Verfassung.

1. Problemstellung und Methode	350
2. Schwierigkeiten bei der Definition des Begriffes der Verfassung auf positivistischer Grundlage. Jellinek und Somló	351
3. Der Begriff der Verfassung auf normlogischer Grundlage; Kritik der Lehre Kelsens von der Verfassung in rechtlogischem und positivrechtlichem Sinne	355
4. Oberster Abschluß der Stufenfolge des rechtlichen Systems. Die wirkliche Bedeutung der Grundnorm Kelsens. Die positive Verfassung als Grundnorm	359
5. Die äußerste Grenze der rechtlichen Erkenntnis; der letzte Grund des Rechtssystems ist ein Glaube, der sich auf ein logisches Mißverständnis gründet	365
6. Revolution und Grundnorm	366
7. Die „ewige“ Verfassung	369
8. Die Scheidung zwischen formaler und materialer Verfassung ist zu verwerfen	369

Kap. XV. Gesetz und Verordnung.

1. Problemstellung und Methode (Wenzel)	371
2. Das Gesetz als Typus und das Gesetz als normlogischer Begriff	375
3. Enthält das Gesetz stets eine generelle Norm?	378
4.—12. Über die Scheidung zwischen Gesetz in formalem und in materialem Sinne	380
4. Einleitung und Übersicht	380
5. Darstellung der Genesis, des Inhalts und der Entwicklung der herrschenden Lehre (Laband)	382
6. Rechtstheoretisches Interpretationsschema	392
7. Problemstellung und Methode der Kritik	395
8. Rechtstheoretische Kritik der herrschenden Lehre	396
9. Positivrechtliche Kritik der herrschenden Lehre: a) der vorrevolutionäre Rechtsstand	400
10. Fortsetzung: b) der nachrevolutionäre Rechtsstand	407
11. Speziell über die Verordnungslehre	410
12. Resumé	413
13. Über die Scheidung zwischen Gesetzinhalt und Gesetzbefehl	414
14. Über den Inhalt des Gesetzes (Wenzel)	416

**Kap. XVI. Rechtsprechung, Verordnung, Kontrakt, Gewohnheitsrecht,
Natur der Sache, Wissenschaft, Rechtsgefühl, Analogie, Geist des
Gesetzes, Auslegung u. a. m.**

1. Rechtsprechung	423
2. Verordnung und Kontrakt	424
X 3.—6. Gewohnheitsrecht.	
3. Gewohnheitsrecht als Ausdruck für ein voraussetzungsweise entstan- denes Recht	425
4. Entwicklung der Gewohnheitsrechtstheorien: a) in Deutschland	426
5. Fortsetzung. b) in Frankreich	433
6. Fortsetzung. c) in England	434
7. Natur der Sache, Wissenschaft, Rechtsgefühl u. a.; Analogie, Geist des Ge- setzes u. dgl.; Auslegung	436
Literatur	439
Namenregister	454

ERSTES BUCH.

HISTORISCHE DARSTELLUNG DER
THEORIE DER RECHTSQUELLEN
NACH 1800.

ERSTER ABSCHNITT. FRANZÖSISCHE DOKTRIN¹⁾.

Kapitel I. Einleitung.

1. Das Problem des positiven Rechts in Frankreich nicht gestellt.
2. Die sich daraus für die Darstellung ergebende doppelte Schwierigkeit; Mittel, sie zu überwinden.
3. Systematische Entwicklung einer positiven, soziologischen und naturrechtlichen Methode als notwendige Voraussetzung für ein Verständnis der französischen Theorie.

1. Das Problem der Quellen des positiven Rechts wird man nicht mit voller Klarheit stellen können, solange nicht das positive Recht selber Problem geworden ist. Erst wenn man gefragt hat, was es denn eigentlich besagt, daß ein Rechtssystem Geltung hat, drängt sich die nächste Frage unabweisbar auf: woran man erkennen kann, daß eine gewisse Regel geltendes Recht ist.

Damit haben wir einen der wichtigsten Gründe aufgezeigt, die der Entwicklung einer Theorie der Rechtsquellen in Frankreich im Wege gestanden haben. Das positive Recht als solches wurde niemals zum Problem gemacht. Von altersher haben die rechtsphilosophischen Unter-

1) Bibliographie:

1. Werke naturrechtlichen Charakters:

a) Katholische Doktrin: Valensin, Traité de droit naturel; Boistel, Cours de droit naturel I-II, 1899; Vareilles-Sommières, Les principes fondamentaux du droit 1889; Rothe, Traité du droit naturel I-II, 1885, 1893.

b) Andere: Ehrhardt, La notion du droit et le Christianisme 1908; Accollas, L'idée du droit 1886; Fouillée, L'idée moderne du droit, 7. ed. 1913; Beaussire, Les principes du droit 1888; Franck, Philosophie du droit civile 1886; Beudant, Le droit individuel et l'Etat, 3. ed. 1920; Charmont, La renaissance du droit naturel 1910; Platon, Pour le droit naturel 1911; Richard, L'idée du droit 1898; Lermnier, Philosophie du droit 1831; Jouffroy, Cours de droit naturel 1833; Belime, Philosophie du droit 1843; Oudot, Philosophie du droit

suchungen einen rechtsethischen und nicht einen rechtstheoretischen Charakter gehabt. Man hat viel Mühe darauf verwandt, zu bestimmen, wie das Recht sein soll, geringe oder gar keine darauf, zu untersuchen, was es denn eigentlich bedeutet, daß Recht ist, und wie und innerhalb welcher Grenzen diese Existenz sich erkennen läßt. Man hat zahlreiche, bandstarke Werke über das Naturrecht geschrieben, das positive Recht als solches hat man als etwas Selbstverständliches und Unproblematisches angesehen — oder vielmehr übersehen. Was Frankreich anbetrifft, so ist jedenfalls die allgemeine englische Auffassung,

1846; Conscience et science du devoir 1856; Renouvier, Science de la morale 1869; Pinard, La philosophie du droit 1908; Hauriou, Le droit naturel et l'Allemagne. Le Correspondant 1918.

2. Rechtsphilosophische Werke verschiedenen Charakters:

a) Vorzugsweise soziologische: Cruet, La vie du droit et l'impuissance des lois 1908; Le Roy, La loi 1908; Davy, Le droit, l'idéalisme et l'expérience 1922; La foie jurée 1922; Mirinesco, L'idée du droit et l'école anglaise 1905 (Thèse); Heupgen, L'idée du droit 1892 (Discours); Letourneau, L'évolution juridique; Tarde, Les transformations du droit, 8. ed. 1922; Durkheim, Cours de science sociale. Revue de l'enseignement 1888; Courcelle-Seneuil, Etudes sur la science sociale 1862; Bordier, Vie des Sociétés 1887.

b) Besonders mit Hinblick auf die Rechtsquellen: Geny, Méthode d'interprétation 1899, 2. ed. 1919; Lambert, Etudes de droit commun législatif (vom Gewohnheitsrecht pp. 111—804) 1903. Glasson, Sources du droit, Seances et travaux de l'Académie des Sciences morales et politiques. Compte rendu 1900; Esmein, La coutume doit-elle être reconnue comme source du droit civil français? Bulletin de la Société d'Etudes législatives 1905; Esmein, Jurisprudence et la doctrine. Revue trimestrielle de droit civil 1902; Brocher de la Fléchère, Le droit coutumier et la philosophie du droit. Revue de droit international et de législation comparée, 1877; Charmont, Sources du droit positif à l'époque actuelle. Revue de métaphysique et de morale 1906; La coutume contre la loi, an der selben Stelle 1917; Valette, Du rôle de la coutume 1907 (Thèse); Lefebvre, La coutume comme source formelle 1906 (Thèse).

c) Andere: Bonnetcase, La Thémis 1914; La Notion du droit en France aux dix-neuvième siècle 1919; Tourtoulon, Principes philosophiques de l'histoire du droit 1908; van Bemmel, Notions fondamentales du droit civil (holländisch) 1892; Les méthodes juridiques 1911; Grouber, Une théorie psychologique du droit, Revue trimestrielle de droit civil 1911; Lerminier, Introduction générale à l'histoire du droit 1830; Charmont et Chausse, Les interprètes du code civil. Livre du centenaire I. 1904; Saleilles, Le Code civil et la méthode historique, am gleichen Orte. Capitane, Introduction à l'étude du droit civil 4. ed. 1923; Renard, Le droit, la justice et la volonté 1924; Picard, Les constances du droit 1921; Le droit pur 1908; Eschbach, Introduction générale à l'étude du droit 1856; Duguit, L'Etat, le droit objectif et la loi positive, 1901; Les transformations générales du droit privé 1920; Souveraineté et liberté 1922; Les transformations du droit public 1913; Traité de droit constitutionnel 2. ed. 1921; Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'Etat I. II. 1920;

kontinentales Rechtsdenken sei identisch mit spekulativ-ethisch-metaphysischem Naturrecht, nicht ganz unberechtigt²⁾. Die Rechtswirklichkeit wird auf die gleiche Weise bestimmt, wie der naive erkenntnistheoretische Realismus die Naturwirklichkeit bestimmt: das Wirkliche ist das faktisch Existierende, das wir durch die Wahrnehmung als uns umgebend vorfinden.

Als Beispiel dafür läßt sich anführen, daß Gaston May in der neuesten französischen „Introduction à la science du droit“ das positive Recht definiert als „le droit existant actuellement chez un peuple déterminé“³⁾. In einem ähnlichen Werke neueren Datums erklärt Capitane ausdrücklich: „l'expression Droit positif est facile à définir. Elle s'applique au Droit qui est en vigueur chez un peuple déterminé“⁴⁾. Das sind die neuesten französischen Definitionen der Positivität des Rechts⁵⁾. Weitere Betrachtungen widmet man diesem Problem nicht. Selbst Geny, der die Lehre von den Rechtsquellen eingehend studiert hat, betrachtet das Gesetz als eine letzte Selbstverständlichkeit. Er cha-

Le Fur, L'Etat fédéral et confédérations d'Etats 1896; Delisle, Traité de l'interprétation juridique 1849; Rolin, Prolégomènes à la science du droit 1911; Geny, Science et technique en droit privé positif tome I. 1914; II. 1915; III. 1921; IV. 1925; Lévy-Ullmann, La définition du droit 1917; Ripert, Droit naturel et positivisme juridique 1918; Van der Eycken, Méthode positive 1907; Anthony, La force et le droit; Bonnetcase, L'Ecole de l'exégèse 1919; Jossierand, La force et le droit (Conférence) 1917; Saleilles, Ecole historique et droit naturel. Revue trimestrielle etc. 1902; Courcelle-Seneuil, De la déclaration des droits de l'homme, Seances et travaux etc. 1890. Laskine, Les transformations du droit au XIX. e siècle, Rev. de métaphysique et morale 1914; Ruysen, La force et le droit, an derselben Stelle 1914; Michoud, La personnalité et les droits subjectif de l'Etat dans la doctrine française contemporaine. Festschrift Otto Gierke 1911; Berthélemy, Le fondement de l'autorité public. Rev. de dr. publ. 1915; Ripert, Le droit en Allemagne et la guerre actuelle. Rev. int. de l'enseign. 1915; De l'exercice de la souveraineté. Rev. du dr. publ. 1904; L'ordre hiérarchique et la responsabilité, an derselben Stelle 1914; Michoud, La responsabilité de l'Etat, an derselben Stelle 1895; Artur, Séparation des pouvoirs et des fonctions, an derselben Stelle 1900; Demogue, Notions fondamentales du droit privé 1911; Hauriou, La science sociale traditionnelle 1896; Le mouvement sociale 1899; Philosophie du droit et science sociale, Rev. du droit publ. 1899; Principes du droit public, 2. ed. 1916; Le droit et l'Allemagne. Le Correspondant Sept. 1918; Gaston May, Introduction à la science du droit, 2. ed. 1925; Ernest Roguin, La règle de droit, Lausanne 1889; La science juridique pure I-III, Paris-Lausanne 1923.

²⁾ Salmond, s. IV, 1.

³⁾ May, Introduction, 57, von mir hervorgehoben.

⁴⁾ Introduction, 32, von mir hervorgehoben.

⁵⁾ S. auch Beudant, Cours, 20: „La définition du droit positif est connu: c'est l'ensemble et la collection des lois en vigueur“ jf. Planiol, Traité, 2; Aubry et Rau, Cours, 3 o. m. a.

rakterisiert es als „l'œuvre du pouvoir compétent“⁶⁾ und erklärt, daß es zwecklos sei, weiter zu fragen, weshalb das Gesetz Geltung hat. Dieselbe Frage untersucht er dagegen eingehend, sofern sie die Gewohnheit angeht⁷⁾. Diese Definitionen des positiven Rechts als des faktisch existierenden Rechts übersehen, daß die Anwendung der Kategorie Existenz auf ein System von Normen ein Fundamentalproblem darstellt; und wenn Geny das Gesetz als den Willen der kompetenten Macht bestimmt, so vergißt er, daß die Kompetenz keine sinnlich wahrnehmbare Tatsache, vielmehr selber ein normativer Begriff ist und so wiederum das Rechtsproblem voraussetzt, das gelöst werden sollte^{7a)}.

So liegt in Frankreich tatsächlich nicht ein einziges Werk vor, das die Theorie der Rechtsquellen aus der Theorie des positiven Rechtes entwickelte. Das gilt in besonderem Maße von dem Hauptwerk auf diesem Gebiete, François Genys „Méthode d'Interprétation“. Dieses Werk — ein Hauptwerk jedenfalls mit Rücksicht auf seinen Umfang — hat sicher einen wertvollen und befreienden Einfluß auf die Praxis ausgeübt, sonderlich auf die doktrinaire Interpretation, die im Begriff war, sich in einer lebensfremden, abstrakt-logischen Paragraphenmathematik und Konstruktionskunst zu verlieren. Doch ebenso wie die Naturrechtsdoktrinen der Aufklärungszeit hat das Werk seine unbestreitbare politische Bedeutung auf Kosten seines theoretischen Wahrheitsgehaltes erkaufte. Wie schon der Titel vermuten läßt, ist Genys Buch derart von Rechtspolitik durchsetzt, daß es kaum möglich ist, herauszusondern, was als Theorie des positiven Rechts wertvoll ist, und was ein mehr oder minder verstecktes politisches Postulat darstellt. Von weit größerer theoretischer Bedeutung sind Ed. Lamberts vortreffliche, ausführliche Untersuchungen über das Gewohnheitsrecht⁸⁾. Doch mußten diese wegen des Rahmens, dem sie eingefügt sind, fragmentarisch bleiben. Lambert hat nämlich nicht direkt die Theorie der Rechtsquellen im Auge, er behandelt vielmehr die Lehre vom Gewohnheitsrecht nur soweit sie in einem anderen Zusammenhang von Bedeutung ist⁹⁾. Der reinste positive Beitrag zur

⁶⁾ Méthode, 115, vgl. 243, 248.

⁷⁾ Méthode, 334.

^{7a)} Mit diesem Hinweise auf die kompetente Macht nimmt Geny eine ähnliche Stellung ein, wie Bergbohm, dessen realistische Rechtsauffassung in denselben Begriff auslief.

⁸⁾ „Etudes“, 111—804.

⁹⁾ Lamberts Untersuchungen sind in erster Linie rechtspolitischen Charakters. Seine Lehre vom Gewohnheitsrecht setzt es sich deshalb zum Ziele, zu zeigen, daß dieses nicht, wie allgemein angenommen, eine unbewußte Rechtsbildung, sondern zu einem großen Teil bewußt hervorgebracht ist, vom Richter geschaffenes Recht, so daß die rechtspolitischen Forderungen deshalb auch hier Anwendung finden.

Theorie der Rechtsquellen findet sich vielleicht in Carré de Malbergs ausgezeichneteter „Contribution à la théorie générale de l'État“. Die Aufgabe und die Umgrenzung des Werkes bewirkt indessen, daß es sich auch hier nur um ein Bruchstück handeln kann.

2. Aus den oben unter no. 1 geschilderten Verhältnissen erstet eine doppelte Schwierigkeit beim Studium der Quellentheorie in Frankreich. Zum ersten gibt es nur eine spärliche Literatur, die dieses Thema direkt zum Gegenstande hat¹⁰⁾. Es muß daher zum großen Teil indirekt studiert werden. Dies ist möglich, wenn man nicht nur die wissenschaftliche Lehre zum Gegenstande seiner Untersuchungen macht, sondern zugleich gewisse charakteristische Züge in der Gesetzgebung, in der Praxis, in der doktrinen Interpretationsmethode — ja in all den stillschweigenden Voraussetzungen, die all diesen Phänomenen zu Grunde liegen und sozusagen die juristische Atmosphäre einer Zeit ausmachen¹¹⁾. Es wird sich zeigen, daß es auf dieser Grundlage möglich ist, eine — wenngleich eher unbewußt vorausgesetzte, als bewußte — Rechtsquellenlehre herauszulösen.

Zum andern ist das Material, das so auf dem einen oder anderen Wege zusammengetragen wird, derart von politischen Elementen durchsetzt, daß wir uns vor eine neue Ausscheidungsaufgabe gestellt sehen, wenn wir die Lehre von den Quellen des positiven Rechts herausfinden wollen. Wir müssen alles ausscheiden, was als Politik bestimmen möchte, wie das Recht sein soll, um als letztes Produkt die Vorstellungen übrig zu behalten, die man sich von dem positiven Recht, dem Recht, das ist, bildet. Diese letzte Aufgabe zwingt uns, kurz den Unterschied zwischen positiver, naturrechtlicher und soziologischer Methode zu skizzieren.

3. Bei Juristen findet sich nicht selten die Auffassung, von Naturrecht zu sprechen müsse man von vornherein als verfehlt ablehnen. Da man es für ausgemacht hält, daß es nur ein Recht, das positive, gibt, glaubt man, alles, was den Namen Naturrecht führt, für abwegig erklären zu müssen. Gar oft indessen ist dieser Streit nur ein Streiten um Worte. Man will für die naturrechtlichen Sätze den Namen Recht nicht gelten lassen. Nun hat dieser Standpunkt im Interesse einer Klarstellung der Begriffe zweifellos seine Berechtigung. Damit ist aber noch keineswegs die materielle Frage gelöst, ob eine selbständige naturrechtliche Problemstellung und Methode möglich ist oder nicht. Die Frage, ob ein ethisches Idealrecht möglich ist oder nicht, ob man allge-

¹⁰⁾ S. Anm. 1.

¹¹⁾ Dieser Umstand zeigt, daß die Theorie der Rechtsquellen nicht ohne Verbindung mit dem praktischen Rechtsleben ist.

meingültig bestimmen kann, wie das Recht sein soll, geht den positiven Juristen an und für sich gar nichts an. Was er behaupten kann und muß, ist nur die Integrität des positiven Rechts. Er muß sich dagegen verwahren, daß das Naturrecht irgendwie in die Domäne des positiven Rechts übergreift, er muß es ablehnen, daß positive Probleme als gelöst gelten sollen, wenn man mehr oder weniger maskierte naturrechtliche Methoden zur Anwendung bringt. Nicht das Naturrecht selbst als rein ideales Problem, sondern seine methodische Vermengung mit dem positiven Recht und seinen Problemen ist abzulehnen. Die Aufgabe ist daher, sich zunächst einmal den methodischen Unterschied klarzumachen.

Im üblichen, ungenauen Sprachgebrauch versteht man unter Rechtswissenschaft eine jede wissenschaftliche Lehre, die auf die eine oder andere Weise die Probleme berührt, die man gemeinhin als rechtliche qualifiziert. In Wirklichkeit aber gibt es doch nicht eine homogene Wissenschaft, die Rechtswissenschaft, sondern mehrere verschiedene, untereinander heterogene Wissenschaften. Die Methode, das, was die Struktur einer Wissenschaft charakterisiert, ist nämlich verschieden. Später werde ich hierauf ausführlicher zu sprechen kommen. Für jetzt soll nur als notwendige Grundlage für die historische Entwicklung ein etwas vergrößertes Résumé gegeben werden.

Man kann drei Arten von Betrachtungsweisen rechtlicher Probleme, drei Arten Rechtswissenschaft unterscheiden.

a) Die positive oder dogmatische Rechtswissenschaft, die Rechtsdogmatik. Diese ist eine normative, d. h. normbeschreibende Wissenschaft¹²⁾. Wir gehen dabei davon aus, daß das Recht aus Normen be-

¹²⁾ Es muß sofort hinzugefügt werden, daß die Aufgabe aller Wissenschaft Erkenntnis ist, d. h. objektive, eindeutige Determination, und daß es deshalb verkehrt ist, wie Somló (Juristische Grundlehre p. 22) und viele andere, von einer „normsetzenden“ Normwissenschaft im Gegensatz zu einer bloß „normdarstellenden“ zu sprechen. Da man doch an der Forderung festhält, daß auch die Resultate einer solchen Wissenschaft objektive, eindeutige Determination sein sollen, und da dieses Kennzeichen eben ausdrückt, was man sonst unter einer erkennenden im Gegensatz zu einer schaffenden Tätigkeit versteht, so kann nur von einer Festsetzung „existierender“ Normen die Rede sein. Sofern man mit normsetzender Normwissenschaft nur sagen will, daß die Existenz der Norm ausschließlich von intellektuell-apriorischen Faktoren (der Logik) bestimmt wird, kann man mit Felix Kaufmann (Logik und Rechtswissenschaft, 62) darauf hinweisen, daß „es normative Wahrheiten, ein normatives a priori nicht gibt“. Er nennt den Begriff einer normsetzenden Wissenschaft mit Recht Unsinn. Das Gleiche gilt von Genys Lehre, die Rechtswissenschaft besitze „une activité proprement productive“, und sie komme nur in Betracht „tant qu'elle crée véritablement du nouveau“ (Méthode II. vgl. 145—146, 231—233 und I. 5).

steht. Was das bedeutet, können wir hier nicht näher ausführen. Wir müssen uns damit begnügen, festzustellen, daß eine Norm nicht ein Naturphänomen ist. Eine Norm läßt sich nicht mit einem Sinneswerkzeug oder einem Instrument wahrnehmbar machen; innerhalb des naturwissenschaftlichen Relationssystems kann sie nicht bestimmt werden. Die positive Rechtswissenschaft hat die Aufgabe, die Gültigkeit oder Existenz (Sein, Wirklichkeit) einer gewissen Normart — der rechtlichen Normen — zu bestimmen. Da nun eine Norm, wie gesagt, kein Naturphänomen ist, so muß die Kategorie Existenz (das Sein) hier anders bestimmt werden, als innerhalb der naturwissenschaftlichen Erkenntnis, wo der Begriff zuerst als eine der modalen Formen des Denkens entwickelt wurde. Formal ist die Bedeutung die gleiche: sie ist der Ausdruck für eine objektiv eindeutige Determination innerhalb eines Systems, die Einordnung eines einzelnen Gliedes in eine gewisse Gültigkeitsreihe. In diesem weiteren formalen Sinne kann man sagen, daß alle Erkenntnis darauf abzielt, eine Existenz, ein Sein, eine Wirklichkeit zu bestimmen. Hiermit wird nur der objektiv gültige Charakter der Erkenntnis ausgedrückt. Auch die Wissenschaft, die — wie z. B. die positive Rechtswissenschaft — darauf abzielt, eine Norm, ein Sollen, zu erkennen, zielt doch darauf ab, zu bestimmen, daß diese Norm ist, daß ein gewisses Verhältnis gesollt ist, darauf also, das Sein eines Sollens zu bestimmen. Unsere Erkenntnis zerfällt hiernach in ebensoviele Hauptgruppen, wie sich Systeme zu einer eindeutigen Determination angeben und anwenden lassen. Jedes dieser Systeme bestimmt sein besonderes Sein, seine besondere Wirklichkeit, Existenz. Hiermit soll indessen noch nicht die Frage entschieden sein, wie weit letzten Endes eine gewisse Verbindung zwischen diesen verschiedenen Systemen und den ihnen entsprechenden Seinsarten besteht (vgl. X, 10).

b) Die soziologisch-explikative Rechtswissenschaft, die Rechtssoziologie. Hierunter versteht man die Kausal-Naturwissenschaft, die gewisse menschliche Handlungen als determiniert innerhalb eines naturwissenschaftlichen Funktionszusammenhanges zu fassen sucht. Es handelt sich um die menschlichen Handlungen, die von einem gewissen Rechtssystem aus als rechtsetzende oder rechtunterworfenen (geforderte oder verbotene) relevant sind. Die Rechtssoziologie lehrt nicht, daß, und woran erkannt werden kann, daß ein gewisses Rechtssystem existiert, gilt. Sie sucht von einem größeren soziologischen (naturwissenschaftlichen) Zusammenhang aus zu verstehen, weshalb ein konkretes Rechtssystem unter gegebenen Umständen vorliegt, und welchen Einfluß dieser Rechtszustand seinerseits wieder auf andere soziologische Verhältnisse ausübt. Die Rechtssoziologie sucht z. B. herauszufinden,

welche Verbindung zwischen der Rechtsordnung eines Gemeinwesens und seiner ökonomischen Struktur besteht. Welche Wirkung eine religiöse Anschauung auf eine Gesetzgebung müßte ausüben können. Welche sozialen Umschichtungen eine Änderung in der Grundbuchgesetzgebung etwa verursachen kann. Besonders interessant ist das soziologische Problem, unter welchen Bedingungen die faktische Befolgung einer Rechtsanordnung zu erwarten ist. Diese Bedingungen umgrenzen das soziologische Machtgebiet des Gesetzgebers. Bei allen diesen Fragen darf man aber nicht vergessen, daß nicht das Recht selber, die Normen, sich als Glieder in die Kausalreihe einfügen, vielmehr die rechtlich relevanten sozialen Handlungen: die rechtsetzenden und die rechtunterworfenen Handlungen. Rechtssoziologie setzt also logisch eine Rechtsdogmatik voraus, die feststellt, welche Handlungen rechtlich relevant sind.

c) Die politische Rechtswissenschaft, die Rechtspolitik. Hierunter ist eine normative Wissenschaft zu verstehen, die festzustellen sucht, wie das Recht (unter gegebenen Umständen) von einem gewissen normativen Gesichtspunkt aus sein soll (muß). Da die Frage, wie es etwas „sein soll“ keine absolute Bedeutung hat, vielmehr nur eine relative hinsichtlich einer gewissen Normart (in weiterem Sinne), so zerfällt die Rechtspolitik notwendigerweise in ebensoviele Disziplinen, wie verschiedene normative Gesichtspunkte (in weiterem Sinne) zur Anwendung kommen. Es gibt nicht nur ein Ideal, das Ideal, denn dieser Begriff läßt sich nur relativ für eine gewisse Normart bestimmen. Eine Verkennung dieser Wahrheit führt zum Glauben an ein einzelnes Idealrecht, das alle andere Rechtspolitik überflüssig macht. Selbst wenn man (vgl. weiter unten) die Möglichkeit eines absolut gültigen, ethischen Rechtsideals annehmen will, so hat man damit noch keineswegs eine soziologische Rechtstechnologie unmöglich oder überflüssig gemacht. Selbst wenn es geglückt ist, die Frage zu lösen, wie der Gesetzgeber in Übereinstimmung mit einem ethischen Ideal das Recht gestalten soll, so ist damit das andere Problem, welches Recht er zur Anwendung bringen soll, um eine von ihm willkürlich festgesetzte, soziologische Wirkung zu erzielen, noch keineswegs gelöst oder aus dem Wege geräumt. Die beiden Fragen haben nichts miteinander zu tun. Faktisch werden die beiden politischen Disziplinen bei dem Gesetzgeber im gleichen Umfang Anwendung finden, wie er faktisch in Übereinstimmung mit einem (vermeintlich) absoluten ethischen Ideal oder ohne Rücksicht darauf einen gewissen sozialen Effekt herbeizuführen wünscht.

Rechtspolitik ist also eine normative, d. h. eine normdarstellende Wissenschaft. Die Normen aber, die sie bestimmt, sind nicht die rechtlichen. Welche denn also? An und für sich ist keine Vorausbegrenzung

möglich. Jede Normart, deren Forderungen sich sinngemäß auf die rechtsetzenden menschlichen Handlungen als solche anwenden lassen, kann eine besondere rechtspolitische Norm begründen. Daß die normative Forderung auf diese Handlungen als rechtsetzende angewendet wird, besagt, daß der Inhalt dieser Forderung sich auf den durch diese Akte hervorgebrachten Rechtszustand richten muß. Die eventuelle Bedeutung der Handlungen in anderer Hinsicht ist irrelevant. Jede Rechtspolitik setzt also voraus, daß ein gewisser Zustand — wenn auch nur ein vorgestellter — als rechtlich erkannt ist. Sie setzt also logisch eine Rechtstheorie voraus, d. h. eine Lehre, die sich damit befaßt, was es besagt, und wie erkannt werden kann, daß etwas geltendes Recht ist. Hier sollen zwei rechtspolitische Disziplinen erwähnt werden.

I. Die ethischen Normen begründen die rechtspolitische Disziplin, die man Rechtsethik oder Naturrecht im engeren Sinne nennen kann¹³). Ob wir die hierauf gegründeten Normen Recht nennen wollen, oder nicht, ist, wie gesagt, ein Streit um Worte. Zweckmäßig ist es, sie nicht so zu nennen. Das materiell Wichtige aber ist, daß sie sich durch die Sanktion — die die prinzipielle Normcharakteristik ist — fundamental von den rechtlichen Normen im eigentlichen Sinne unterscheiden. Benennt man sie Recht, so wird man methodische Verwirrung, Vermengung moralischer und juristischer Gesichtspunkte verursachen. Die französische Rechtstheorie ist reich an Beispielen.

II. Die unechten oder technischen Normen begründen eine andere rechtspolitische Disziplin, die Rechtstechnologie. Unter einer unechten oder technischen Norm ist eine Handlungsregel zu verstehen, deren Bestimmung über einen kausal-naturwissenschaftlichen Gesichtspunkt nicht hinausführt, indem sie aussagt, daß eine gewisse Handlung aus naturwissenschaftlich-funktionellen Gründen notwendig ist, falls ein gewisses anderes naturwissenschaftlich determinierbares Verhältnis realisiert oder nicht realisiert werden soll, so z. B. die Handlungsregel, die besagt, daß man eine Pflanze wässern muß, wenn sie gedeihen soll. Diese Regel ist nur eine Anwendung des entsprechenden naturwissenschaftlichen Gesetzes, das besagt, daß ein gewisses Quantum Wasser für das Leben der Pflanze notwendig ist. Diese Abhängigkeit drückt man ungenau aus, wenn man sagt, daß die Handlung notwendig ist als

¹³) Hiermit soll indessen nicht die Frage entschieden sein, wieweit die Rechtsethik eine Anwendung der ethischen Normen auf das Recht ist (die übliche Auffassung); oder eine eigene Begründung besitzt, die wieder entweder so gedacht werden kann, daß die rechtlichen Normen in Parallelität zu den ethischen stehen (Stammler), oder daß sie eine eigene Stufe im Verhältnis zu diesen innerhalb einer gewissen Stufenfolge repräsentieren (Max Salomon).

Mittei (Ursache) zu einem gewissen Zweck (Wirkung). Die Ausdrucksweise ist ungenau, weil der Zusammenhang zwischen den beiden Faktoren nicht ein kausaler zu sein braucht, sondern in jedem beliebigen anderen naturwissenschaftlichen Funktionalzusammenhang bestehen kann.

Die Rechtstechnologie ist eine Anwendung der Rechtssoziologie. Sie bestimmt, welche rechtsetzende menschliche Handlung man unter gegebenen Umständen wählen muß, um gewisse soziologische Folgen, gewisse Veränderungen in den rechtsdeterminierten Handlungen hervorzurufen. Sie gibt z. B. an, welche Rechtsregeln man unter gegebenen Umständen aufstellen muß, um den Realkredit und seine ökonomische Bedeutung zu vergrößern.

Außer diesen drei Hauptgruppen der Rechtswissenschaft könnte man eine vierte nennen: die Rechtsgeschichte. Ihre Theorie soll nicht weiter erörtert werden, da sie für unsere Darstellung ohne Belang ist.

Dagegen soll die wissenschaftstheoretische Grundlage besprochen werden, die jede der drei Hauptarten voraussetzt.

Die positive Rechtswissenschaft setzt logisch eine Rechtstheorie voraus. Sie hat die Aufgabe, nachzuweisen, in welchem Umfang eine Erkenntnis positiven Rechts möglich ist.

Die Rechtssoziologie gründet sich auf die allgemeine Soziologie und damit wieder auf die naturwissenschaftliche Erkenntnistheorie.

Die Rechtspolitik setzt eine Theorie der betreffenden Normart voraus. So beruht die Möglichkeit einer Rechtsethik auf der Möglichkeit einer Ethik. Ihre Struktur muß in jedem Punkte der Struktur der Ethik folgen. Es ist daher ein schwerer Vorwurf gegen eine Naturrechtstheorie — wie z. B. die französische — wenn man beweisen kann, daß sie fundamental gegen grundlegende Prinzipien der ethischen Philosophie verstößt.

Die Rechtstechnologie beruht auf der Rechtssoziologie. Sie ist keine echte normative Wissenschaft, da von ihr gilt, was wir oben unter „b“ gesagt haben¹⁴⁾.

Man wird vielleicht gegen diese Einteilung einwenden, daß Rechtssoziologie und Rechtsethik sich gegenseitig ausschließen. Man wird vielleicht meinen, daß es in demselben Maße unmöglich ist, rechtsetzenden Handlungen moralische Forderungen unterzuschieben, wie es möglich ist, sie als kausalbestimmt anzusehen. Das ist nicht richtig. Diese Überlegung

¹⁴⁾ Man kann gegen die hier vorgenommene Dreiteilung einwenden, daß es richtiger sein würde, mit Rücksicht auf die Einheit der Methode die Rechtstechnologie zusammen mit der Rechtssoziologie zu gruppieren. Das kann sehr richtig sein. Wenn es hier dennoch nicht geschieht, so deshalb nicht, weil die praktischen Ziele der Rechtstechnologie es natürlich machen, sie unter die Rechtspolitik einzureihen.

läuft auf die populäre Vorstellung aus, nach der Ethik und Determinismus einander ausschließen. Hat man erst mit Cohen eingesehen, daß der Streit um Determinismus oder Indeterminismus die Ethik nichts angeht und seinem Wesen nach mittelalterlich ist, so hat man keinen Grund, darüber weitere Worte zu verlieren. Die Ethik setzt nicht die metaphysische Freiheit des Handelns voraus, sondern nur ihre psychologische Bewußtheit¹⁵⁾.

Das Naturrecht im weiteren Sinne umfaßt eine Kombination von Rechtsethik und Rechtssoziologie, teils eine Rechtsethik, in der Regel spekulativ-metaphysischen Charakters, teils die Lehre, daß das Recht von dem Rechtsgeber bewußt und frei geschaffen wird. Diese letzte Problemstellung, die fragt, wie das Recht geschaffen wird, leitet die Theorie formell zur Rechtssoziologie, wenn auch die gegebene Lösung materiell eine Verleugnung des soziologischen Gedankengangs selber bedeutet. Für das Verständnis einer Reihe von historischen Phänomenen ist es von Wichtigkeit, daß man wohl beachtet, daß das, was historisch den Streitpunkt in den naturrechtlichen Systemen gebildet hat, zu einem großen Teil nicht ihre rein ethischen, sondern ihre soziologischen Ele-

¹⁵⁾ Es ist eine interessante Aufgabe, eine psychologische Erklärung für die populäre Verknüpfung von Moral und Indeterminismus zu geben. Sie läßt sich vermutlich darin finden, daß ein Drang besteht, das Leiden zu justifizieren. Das nackte Faktum des Leidens ohne Verbindung mit menschlichen Zielen und Bestrebungen wird als „sinnlos“ empfunden, als die eigentliche Tragik der Menschheit. Wenn dagegen ein Mensch ein Leiden „freiwillig“ auf sich nimmt, d. h. um ein Ziel zu erreichen, das er höher wertet, als das Freisein vom Leiden, dann scheint diesem der Stachel genommen. Das Faktum des Leidens wird durch die Voraussetzung eines überwiegenden Wertes justifiziert. Nicht also die Ursachbestimmtheit des Leidens, sondern seine Zwecklosigkeit wird „sinnlos“ genannt. Das Entscheidende bei der Justifizierung des Leidens liegt also umgekehrt nicht darin, daß man die Ursachlosigkeit der Handlung postuliert, sondern darin, daß man ihre Zweckbestimmtheit fordert, d. h. verlangt, daß sie aus einem Motivationsprozeß hervorgegangen ist, in dem die Vorstellung vom Leiden Element gewesen ist. — Da das populäre Bewußtsein bei Moral vorzugsweise an Verantwortung, Schuld, Strafleiden denkt, so findet obiges Raisonement hier Anwendung. Das Strafleiden ist justifiziert, wenn es aus einem Motivationsprozeß, wie erwähnt, hervorgegangen ist. Es ist noch rätselhaft, warum diese Forderung eines Motivationsprozesses, einer Zweckbestimmtheit im populären Gedankengang als Forderung einer Ursachlosigkeit der Handlung (Indeterminismus) ausgedrückt wird. Der Grund ist vielleicht der, daß man den ursprünglich normativen Charakter des Denkens auf einen später kausalen überleitet. Geradeso wie Schuld voraussetzt, daß die normative Zurechnung bei der Person des Leidenden haltmacht, verlangt man, daß auch die kausale Ursachreihe dort aufhört, d. h. daß die Handlung indeterminiert ist. Das hängt mit dem äußerst interessanten Problem zusammen, in welchem Grade normatives Denken in der Geschichte der Menschheit einem kausalen vorausgegangen ist.

mente sind. Die historische Schule in Deutschland, die soziologische Schule in Frankreich sind in erster Linie nicht eine Reaktion gegen ein ethisches System, sondern gegen die (anti)soziologische Lehre von dem Ursprung des Rechts als einer freien und willkürlichen Äußerung des Willens eines Souveräns. Was den Rationalismus der Aufklärungszeit charakterisiert, ist nicht so sehr die Besonderheit des ethischen Ideals, als der Glaube, es stehe in der Macht eines bewußten, freien menschlichen Willens, irgend einmal dieses Ideal zu realisieren.

Ob man, statt von drei Gruppen der Rechtswissenschaft zu sprechen, es vorzieht, den Namen Rechtswissenschaft der Rechtstheorie und Rechtsdogmatik vorzubehalten, das ist nur eine Frage der Terminologie. Eine solche Terminologie bringt richtig zum Ausdruck, daß nur die beiden genannten Disziplinen auf einer spezifisch juristischen Methode beruhen. Die Rechtssoziologie ist nur ein Zweig innerhalb der Naturwissenschaften. Die verschiedenen Arten der Rechtspolitik fallen unter andere, nicht-rechtliche, normative Wissenschaften. Wie wir gesehen haben, wird sowohl die Anwendung der soziologischen Betrachtungsweise, wie die der nicht-rechtlichen, normativen Betrachtungsarten auf rechtliche Phänomene von einer Rechtstheorie bedingt. Diese begründet und bezeichnet das spezifisch Rechtliche. Wenn man das bedenkt, dann ist die Terminologie im übrigen natürlich gleichgültig. Aus dem erwähnten Unterschied folgt, daß der positive Jurist als solcher keine Veranlassung hat, das Naturrecht oder die Rechtssoziologie zu bekämpfen. Seine Aufgabe besteht vielmehr darin, die Selbständigkeit des positiven Rechts gegenüber diesen beiden anderen Disziplinen zu betonen.

Erst mit diesem methodischen Seziermesser ausgerüstet, werden wir imstande sein, den größten Teil der französischen Rechtsphilosophie zu verstehen und kritisch zu würdigen. Allzuoft verdeckt hier eine äußere Eleganz des Stiles eine innere methodische Verwirrung. Wir werden jetzt alles verschleiende Gewebe fortschneiden und den Nerv aller Rechtsphilosophie: die Theorie des positiven Rechts bloßlegen können. Im Kapitel II werden wir diese Operation an der französischen Naturrechtsdoktrin vornehmen. Als reines Naturrecht ist sie für uns ohne Interesse. Wir beschäftigen uns mit ihr nur soweit, wie es möglich ist, Elemente rechtstheoretischen Charakters herauszulösen.

Kapitel II.

Die französische Naturrechtsdoktrin, soweit sie für das Verständnis der französischen positiven Theorie von Bedeutung ist¹⁾.

1. Das Naturrecht der Revolution.
2. Späteres metaphysisches Naturrecht.
- 3.—7. Umriß der Geschichte der naturrechtlichen Doktrin.
 3. Die Kommentatoren.
 4. Die soziologische Schule.
 5. Der Solidarismus. — Duguit.
 6. La renaissance du droit naturel.
 7. Der Einfluß des Krieges.
8. Die Vermengung des Naturrechts mit positivem Recht.
9. Würdigung des Naturrechts als Ethik.

1. Ein Studium des Ursprungs der naturrechtlichen Doktrin in der Philosophie des 17. und 18. Jahrhunderts geht über den Rahmen dieser Arbeit hinaus. Wir nehmen die französische Revolution zum Ausgangspunkt. Es ist allgemein bekannt, daß diese Epoche von Anfang bis zu Ende von naturrechtlichen Gedankengängen durchdrungen ist. Von Rousseaus Philosophie und den aufschießenden Freiheits- und Gleichheitsidealen genährt, lebt man des festen Glaubens an ein ewiges, unveränderliches Idealrecht, das Gott in die menschliche Natur gelegt hat, und das durch die menschliche Vernunft erkannt wird. Es ist ein Idealrecht, das sich leicht wird realisieren lassen, wenn die Souveränität von dem Fürsten seinem rechtmäßigen Inhaber, dem Volke, zurückgegeben wird. Dann wird eine neue Ära in der Geschichte der Menschheit anheben. Man verehrt die Vernunft als eine Göttin und gibt einem Prinzip einen höheren Wert, als den Kolonien. „Périssent les colonies plutôt qu'un principe!“ lautet ein bekannter Ausruf. In der Erklärung der Menschenrechte findet dieser Glaube seinen monumentalen Ausdruck. Durch seinen unverkennbaren Einfluß auf den Code Napoléon hat er dazu beigetragen, dem französischen Recht bis zu unseren Tagen sein Gepräge zu geben. In dem Kommissionsentwurf zum Code Napoléon erscheint er unter allen Artikeln als sein Panier und wird in folgende schöne Worte gekleidet: „Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives: il n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes.“ Da ist das Glaubensbekenntnis der Revolution.

¹⁾ Bibliographie s. I. Anm. 1. no. 1.

Die Ideale, die diesen Glauben tragen, sind die liberalen Freiheits- und Gleichheitsideale, wie sie bei Kant ihre prägnante Synthese fanden. In praktisch-politischer Hinsicht bedeuten sie eine Reaktion gegen die absolutistische Monarchie, gegen die Reste des Feudalwesens (die Privilegien) und gegen das Zunftwesen und zugleich eine eifrige Betonung der individuellen Bewegungsfreiheit auf allen Gebieten. In theoretischer Hinsicht fanden sie ihren Ausdruck in der Lehre von der eminenten Würde und Unverletzbarkeit der menschlichen Person, in der Behauptung angeborener, absoluter, subjektiver Rechte, die die Freiheit des Individuums gegenüber der Staatsmacht garantieren. Die Lehre von dem *contrat social* hat gerade dieses Ziel: den primären und absoluten Charakter der subjektiven Rechte gegenüber der Staatsmacht zum Ausdruck zu bringen. Nach Rousseau hat das Naturrecht in Frankreich keinen hervorragenden Theoretiker gefunden. Die nähere Ausführung der Lehre verläuft mitunter in der Spur des älteren Naturrechts als eines wahrhaften Naturgesetzes²⁾. Gemeinhin wird aber doch das Naturrecht als ein *droit rationel*, das sich auf die Vernunft gründet, dargestellt, oder auch als Gottes Gesetz, das man durch das Gewissen erkennt. Allen Verfassern gemeinsam ist, daß sie gewisse letzte Prinzipien postulieren, die nicht kritisch begründet werden, sondern metaphysischen Charakters sind. Die meisten berufen sich auf Gott als die letzte Basis für das Naturrecht. „La loi naturelle“, sagt Toullier, „c'est la volonté de Dieu, . . . c'est une loi que Dieu a donné à tous les hommes et qu'ils peuvent connaître par les seules lumières de leur raison“³⁾.

2. Der Glaube der Revolution an ein Naturrecht ist seitdem in Frankreich niemals ganz verloren gegangen. Gerade in unseren Tagen scheint es besonders en vogue zu sein. Bonnacase, der die Geschichte des Naturrechts im 19. Jahrhundert geschrieben hat, erwähnt nicht weniger als 73 Verfassern, die dem Naturrecht in der einen oder anderen Form ihre Zustimmung gegeben haben⁴⁾. Die Hauptrichtung blieb metaphysisch, wie zur Zeit der Revolution. Kants kritische Philosophie übte wohl einen gewissen Einfluß aus. Aber Bonnacase — selber ein gläubiger Metaphysiker — kann doch feststellen, daß die metaphysische Doktrin im 19. Jahrhundert geherrscht hat, und daß sie wahrscheinlich auch die

²⁾ Unter den neueren Versuchen in diesem Stile ist der von Beudants in „Le droit individuel et l'Etat“ zu nennen. Ebenfalls Duguits Rechtslehre in ihrer älteren Form (*règle de droit = règle de fait*) und der entsprechende primitive Solidarismus, vgl. unten no. 5.

³⁾ Toullier [325] 5. — Gleichfalls sich auf Gott berufend z. B.: Oudot [236] 57—58; Eschbach [90] 17; La Bigne de Villeneuve [25] 2; Laurent, Principes 51; außerdem die ganze katholische Doktrin, s. I, Anm. 1, no. 1a.

⁴⁾ *Notion du droit*, 50, Anm. 1.

Zukunft behalten wird⁵⁾. Bonnacases Darstellung und Theorie kann deshalb als typisch für viele andere in Frankreich gelten. „Les métaphysiciens du droit“ sagt Bonnacase, „ont fait de la notion de Droit une notion métaphysique participant de la notion d'absolu. . . . Le Droit en soi leur a donc apparu comme extérieur à nous et revêtu des caractères que la raison prête de toute nécessité à cet ensemble des notions qu'on appelle les notions premières. . . . Ou le Droit ne sera pas, ou il se présentera à notre raison comme un élément organique du Monde social participant de la notion d'absolu, revêtant comme elle une caractère universel, éternel et immuable, commandant directement et impérieusement le respect et la protection de la personnalité tant individuelle que collective“⁶⁾. Wie man sehen wird, sind es im wesentlichen dieselben Ideale, die sich hinter Bonnacases Metaphysik verbergen, wie hinter der der Revolution. Nur daß auch seine Lehre das Gepräge der Hinwendung von einer individualistischen zu einer kollektiv orientierten Moral trägt, die die neuere französische Moraltheorie charakterisiert.

Anhänger der metaphysischen Doktrin sind in erster Linie die katholischen Naturrechtslehrer, unter denen man als Repräsentanten besonders Oudot, Rothe, Boistel, de Vareilles-Sommières nennen kann⁷⁾. Die neueste Arbeit in diesem Genre ist Valensins „*Traité de droit naturel*“ (mit einem „*nihil obstat*“ von den *censores deputati* versehen), der gläubig der scholastischen Philosophie des heiligen Thomas von Aquino folgt.

Ihm nahe verwandt ist François Genys mit ungeheurem Fleiß geschriebenes Werk: „*Science et technique en droit privé positif*.“ Nur daß der Verfasser es mit großer Gewandtheit versteht, seiner religiösen Metaphysik ein quasi-wissenschaftliches Gepräge zu geben. Er bekennt sich als Anhänger der „*philosophie nouvelle*“⁸⁾. Damit meint er offenbar die philosophischen Modeströmungen antirationalistischen Charakters, die sich als Philosophie des Lebens oder der Aktivität bezeichnen. Unter dieser gemeinsamen Benennung vereinigt er ohne kleinliches Unterscheidungsbestreben Bergsons und Le Roys Intuitionismus und James' Pragmatismus mit Poincarés unendlich fernstehender kritischer Philosophie. Selbstverständlich ist ihm die Bergsonsche Intuition ein billiges philosophisches Mittel, um mit einem feinen Wort jede subjektiv-metaphysische Willkür zu verdecken.

Unter den vielen anderen Anhängern des metaphysischen Naturrechts sind vielleicht Beudant und Charmont die bekanntesten, beide

⁵⁾ *Notion du droit*, 86 f. und 218.

⁶⁾ *Notion du droit*, bzw. 95, 185—186, 209.

⁷⁾ S. I, Anm. 1, no. 1a.

⁸⁾ *Science et technique*, I, 75 f.

angesehene Juristen. Aber es würde zu weit führen, darauf näher einzugehen.

3. Das metaphysische Naturrecht hat indessen nicht die Alleinherrschaft in der französischen Literatur gehabt. Ich will hier versuchen, den Umriß der Geschichte des französischen Naturrechts nach der Revolution zu zeichnen. Daraus wird sich ergeben, daß das Naturrecht zu den verschiedenen Zeiten eine verschiedene Rolle gespielt hat.

Das Inkrafttreten des Code Napoléon führte eine durchgreifende Änderung in der Bedeutung mit sich, die den naturrechtlichen Theorien beigemessen wurde. Während diese zur Zeit der Revolution und des Entstehens des Code eine hervorragende, aktive Rolle gespielt hatte, traten sie nun, wo das Resultat vorlag, im juristischen Interesse stark zurück. Der Grund war einfach der, daß man nun glaubte, das Recht wäre endlich gefunden und seine Fixierung käme dem Rechtsideal so nahe, wie nur irgend möglich. Man hatte also keine praktische Veranlassung mehr, Rechtspolitik zu treiben. Man begnügte sich im allgemeinen damit, in einigen wenigen Linien ein höheres Recht, ein Naturrecht, anzuerkennen, und ging im übrigen nicht näher darauf ein. Dies gilt nicht allein von den ersten Kommentatoren (bis etwa zum Beginn der Regierung Louis Philippes), die im wesentlichen ihre Aufgabe darin sahen, analytisch die exakte Bedeutung und den Geltungsbereich des Textes festzustellen. Es gilt nicht weniger von der späteren Gruppe der Kommentatoren (bis gegen den Schluß des Jahrhunderts), die man „l'école de l'exégèse“ genannt hat, und die auf der Basis formal logischen Rasonnements und juridischer Konstruktionen versuchten, den Rechtsstoff synthetisch darzustellen und den Willen des Gesetzgebers zu rekonstruieren, wo dieser fehlte oder nicht klar war⁹⁾. Diese Schule, die durch Namen, wie Aubry et Rau, Demolombe, Laurent, Marcadé, Demante-Colmet de Santerre und Valette repräsentiert wird, ist der vollgültigste Ausdruck für die französische Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert. Für die naturrechtlichen Probleme hatte sie kein Interesse. Dieser Mangel an aktuellem Interesse muß auch erklären, daß die deutsche historische Schule auf das gleichzeitige Frankreich einen so geringen Einfluß ausübte. Wohl war die Zeitschrift „Thémis“ (1819 bis 1831), die Athanase Jourdan gründete, besonders in der Richtung Savignys und seiner Schule orientiert, sie behielt aber doch zu einem großen Teil ein naturrechtliches Gepräge¹⁰⁾.

⁹⁾ Vgl. hiermit Charmont et Chausse, Les interprètes du Code civil, Livre du Centenaire, p. 139, vgl. 140 f. und 152 f.

¹⁰⁾ Über die Geschichte dieser Zeitschrift siehe Bonnacase, La Thémis. Bonnacase bekämpft eifrig die übliche Vorstellung, daß die Thémis ein Organ der

4. Außerhalb des Kreises der Juristen entstand eine Reaktion gegen das metaphysische Naturrecht. Die soziologische Schule, von Auguste Comte begründet, von Männern, wie Bordier, Courcelle-Seneuil und Tarde weitergeführt, und in Durkheims Meisterwerken völlig neu erstanden, bedeutet, ebenso wie die historische Schule in Deutschland, eine Reaktion gegen metaphysisch-naturrechtliche Rechts- und Staatsauffassung. Schon im Jahre 1852 läßt Comte in seinem „Catéchisme positiviste“ den „prêtre de l'humanité“ zu „la femme“ sagen: „Il est vrai, ma fille, que le positivisme ne reconnaît à personne d'autre droit que celui de toujours faire son devoir La notion du droit doit disparaître du domaine politique, comme la notion du cause du domaine philosophique. Tout droit humaine est donc absurde autant qu'immoral“¹¹⁾. Hiermit wird nur gesagt, was für eine moderne normative Betrachtungsweise als einleuchtend feststeht: daß man nicht von subjektiven Rechten sprechen kann, die von einem objektiven Normsystem unabhängig wären, und daß dieses notwendigerweise und in erster Linie Pflichten normiert, da das subjektive Recht sich nur als ein konstruktives Element zur Bestimmung der Pflicht betrachten läßt.

Wie erwähnt, ist die soziologische Schule in erster Reihe doch nicht eine Reaktion gegen das naturrechtliche, ethische Ideal, sondern gegen die Lehre vom Recht (und dem Staate) als freiem und willkürlichen Menschenwerk. Was die Ethik angeht, so hat innerhalb der Schule nie Einigkeit geherrscht und man darf wohl sagen, daß Durkheims und Lévy-Bruhls Morallehre noch nicht völlig die notwendigen Konsequenzen aus der wissenschaftstheoretischen Grundlage der Soziologie gezogen haben¹²⁾. Dagegen hat zu allen Zeiten darüber Einigkeit geherrscht, daß man Recht und Staat nicht als willkürliche, frei erfundene Schöpfungen betrachtete, sondern als eine Wirklichkeit, die von objektiven, soziologischen Gesetzen determiniert wird.

In diesem Zusammenhang interessiert uns der Einfluß der Schule auf die Rechtsethik. Courcelle-Seneuil kämpft erbittert gegen das über-

historischen Schule in Frankreich war. Er hebt hervor, daß die Leiter in hohem Maße naturrechtlich beeinflusst waren, 246 ff., vgl. 248 f.; daß das römische Recht in dem Programm der Zeitschrift eine untergeordnete Rolle spielte, 246, vgl. 163 bis 169, ferner daß sie nicht Savignys Abneigung gegen eine Kodifikation teilt, 256. Die Wahrheit ist wohl, daß die von B. hervorgehobenen Unterschiede zu einem großen Teil notwendigerweise aus den Umständen folgen mußten. Die historische Schule konnte in Frankreich nicht dieselbe Form annehmen, wie in Deutschland. Die Zeitschrift ist zweifellos in der Richtung der deutschen Rechtswissenschaft orientiert.

¹¹⁾ Compté: Catéchisme positiviste 2. ed. 1874, 296—298.

¹²⁾ S. unten III, 8, mit Anm. 103.

lieferte metaphysische Naturrecht. An seine Stelle setzt er — sicher unter Spencers Einfluß — ein utilitaristisches Ideal¹³⁾. Andere — gleichfalls unter Einfluß des Spencer-Darvinschen Evolutionismus — betrachten die Rechtsidee als ein Entwicklungsprodukt und studieren ihre Genesis und Entwicklung¹⁴⁾. Auch Tarde bekämpft das Naturrecht, aber nur in seiner konkret-ausführlichen Form. Er nimmt an, daß es gewisse oberste unveränderliche Prinzipien gibt, eine gewisse „vérité morale“, eine „sublimité morale, une et identique, où s'orienté comme vers un pôle toute âme généreuse de tous les coins de la terre“¹⁵⁾. Insofern steht er den modernen Vertretern des Naturrechts nahe.

5. Gegen Ende des Jahrhunderts nahm die soziologische Moralauffassung in etwas popularisierter Gestalt einen neuen Aufschwung. Unter dem Schlagwort „le solidarisme“ entstand eine Bewegung, die von Léon Bourgeois im Jahre 1896 mit einem Buche über „la solidarité“ inau-guriert wurde. Die Bewegung stand sicher in Verbindung mit dem Bedürfnis des Laicismus nach einer Moraltheorie. Ihre Prätension war ursprünglich, eine imperativistische Moraltheorie zu schaffen, die ausschließlich auf der physischen Tatsache der Solidarität und eine rein naturwissenschaftliche Methode basiert war. „Sur cette vérité [die Solidarität als faktische Tatsache]“, schrieb Payot, „la morale est bâtie comme sur un indéstructible lit de rochers“¹⁶⁾. Wenn wir uns nun dessen erinnern, was oben I, 3 über den Unterschied zwischen normativer und naturwissenschaftlicher Erkenntnis gesagt worden ist, dann werden wir sogleich einsehen, daß dieser Versuch von vornherein methodisch unmöglich ist. Jeder Gedankengang, der von physischen Tatsachen ausgeht und eine naturwissenschaftliche Methode benutzt, wird niemals um den damit bezeichneten Kreis herumkommen. Die Resultate können notwendigerweise nicht darüber hinausgehen, daß eine gewisse faktische Naturwirklichkeit festgestellt, gewisse faktische Naturgesetze konstatiert werden. Sie werden niemals eine Norm, eine Pflicht für die Menschen begründen können. Wäre man auch imstande, klarzu-machen, daß eine gewisse Handlungsweise für das Bestehen des menschlichen Lebens faktisch notwendig ist, so hat doch diese Aussage einen ganz anderen Inhalt, als der Satz, daß diese Handlungsweise Pflicht ist. Die letztere Aussage ist nur unter der Voraussetzung möglich, daß es

¹³⁾ Etudes, 150 und 205—206.

¹⁴⁾ Letourneau, L'Evolution juridique 1891; Mirinisco, L'idée de droit 1905 (Thèse); Heupgen, L'idée du droit Bruxelles 1892 (Discours).

¹⁵⁾ Transformations, 195.

¹⁶⁾ Zitiert nach Charmont [55 c] 144.

Pflicht ist, das Leben zu bewahren. Diese Voraussetzung aber macht keine naturwissenschaftliche Wahrheit aus.

So sah man denn auch bald die Unmöglichkeit ein, auf rein faktisch naturwissenschaftlicher Grundlage eine Norm aufzustellen. In den Jahren 1901—1902 hielten auf den Écoles des Hautes Études sociales hervorragende französische Moralphilosophen eine Reihe Vorlesungen zur Beleuchtung des Problems der Solidarität. Man war sich im allgemeinen darüber einig, daß man mit Solidarität, wenn man sie als Grundlage für eine Handlungsnorm ansieht, ein Ideal postuliert¹⁷⁾. Léon Bourgeois gab selber seinen früheren Irrtum zu. Besonders Émile Boutroux's Ausführungen sind von großem Gewichte. Nichts destoweniger kam im selben Jahre (1901) ein eigentümliches und bedeutendes juristisches Werk heraus, das mit großem Talent und großer Energie noch einmal versuchte, den in Wirklichkeit paradoxen Gedanken durchzuführen, eine soziale Handlungsnorm, *la règle de droit objectif*, in einem sozialen Faktum zu begründen. Dies war Léon Duguits „L'État, le droit objectif et la loi positive“. Duguits Gedanke fußt auf Comtes Positivismus und Solidarismus in ihrer schon damals veralteten Form als eine rein naturwissenschaftliche Lehre. Er ist der erste französische Jurist, der ernstlich den Gedanken Comtes, daß der Begriff subjektives Recht aus der Domäne der Politik verschwinden muß, zur Durchführung bringt. Er will eine rein objektive Rechtsethik schaffen. Unglücklicherweise wählte er als Grundlage dafür eine Moraltheorie, die bereits damals allgemein aufgegeben war, und die eklatanteste Verkennung des Unterschiedes zwischen naturwissenschaftlicher und normativer Erkenntnis bedeutet.

Später hat Duguit viele Bücher geschrieben. Formell hält er ständig an seiner ersten Lehre fest, es läßt sich aber leicht zeigen, daß in seinem letzten großen Werk „Traité du droit constitutionnel“ von seiner ursprünglichen Lehre nur noch die Schale übrig geblieben ist. Der Kern ist jetzt in Übereinstimmung mit der herrschenden soziologischen Richtung

¹⁷⁾ Die Vorlesungen sind unter folgendem Titel herausgegeben: „Essai d'une Philosophie de la Solidarité. Conférences et Discours (Présidées par Léon Bourgeois et Alfred Croiset). Ecole des Hautes Etudes sociales 1901—1902. Paris Alcan 1902. An den Verhandlungen nahmen u. a. teil: Belot, Bourgeois, Boutroux, Croiset, Darlu, Gide, Léon, Malapert — um nur einige der bekanntesten zu nennen. S. besonders B o u r g e o i s p. 10—11 vgl. p. 2; Croiset p. 6f.; p. 7: „il est donc évident, que le mot de solidarité a pris ici un sens tout nouveau, et que la solidarité morale diffère profondément, malgré l'identité de termes, de la solidarité biologique ou juridique“; Boutroux 277: „on devait donc nécessairement concevoir, au dessus de la solidarité donné, une solidarité idéale, qui en serait le prolongement et le perfectionnement“ vgl. Boutroux, Science et Religion (Paris 1922) p. 157—163, wo der Solidarismus richtig als ein Ausläufer von Häckels Monismus erkannt wird.

eine historisch-relative Morallehre. La conscience juridique du peuple ist der höchste Maßstab — ganz so wie für die historische Schule hundert Jahre früher¹⁸⁾. Doch erkennt Duguit in Übereinstimmung mit der Lehre des heiligen Thomas von Aquino einen Rechtfertigungs begriff mit gewissen ewigen und unveränderlichen Elementen an. Er gibt selber zu, daß man ihn insofern einen Anhänger eines *droit naturel* nennen kann. Und so reicht Duguit in seinem Alter der Metaphysik, die er sein ganzes Leben lang mit so unermüdlicher Energie bekämpft, die Hand¹⁹⁾. Das erklärt sich aus einer Wendung, die in den letzten Jahren

¹⁸⁾ Wenn man die Rechtsregel eine „*règle de fait*“ nennt, so will man sie als naturnotwendig auf die Tatsache der Solidarität begründet bestimmen. Unter der Voraussetzung, daß man leben will, muß sie gefolgert werden, da man nur in einer Gemeinschaft leben kann. *L'Etat*, 84—85. Wie aus dem Text hervorgeht, muß dieser Standpunkt schon aus dem Grunde verlassen werden, weil die Solidarität als Grundlage für eine Handlungsnorm ein Ideal ist, keine Tatsache. Aber der Verfasser entfernt sich noch weiter von seinem Ausgangspunkt, insofern, als er das Recht nicht auf einen objektiven Solidaritätsbegriff basiert, der mit einem gegebenen Gemeinwesen gegeben ist, sondern auf eine kollektive Vorstellung von dieser Solidarität. Bereits in „*L'Etat*“ taucht dieser Gedanke auf. So wird auf p. 282 aus der Solidarität als solcher abgeleitet, daß der Staat das kapitalistische Eigentumsrecht nicht anerkennen soll, ein Standpunkt, der p. 293 verlassen wird, unter Hinweis auf die herrschende kollektive Auffassung, die das Privateigentumsrecht als notwendig ansieht; s. auch pp. 152, 194, 204—207, 423, 428, 557. Dieser Gesichtspunkt herrscht vor in „*Traité*“ I. Wohl bewahrt man noch die alte Lehre dem Buchstaben nach, vgl. p. 11, 12, 16, 46, aber der Geist ist ein anderer. Das Recht wird nun ausschließlich von „*la conscience juridique*“ im Volke aus bestimmt: „*C'est l'état de conscience, précédemment décrit, qui est finalement la source créatrice du droit*“ (44 vgl. viele andere Stellen). Den Zusammenhang sucht man zu wahren, indem man den Begriff „*équilibre*“ oder „*ordre social*“ einführt. Die Rechtsregel wird dem Naturgesetz an die Seite gestellt, das in einem Organismus herrscht: wird es gebrochen, dann tritt ein „*désordre*“, eine kollektive Reaktion ein. Man wird indessen bemerken, daß die kollektive Reaktion nicht einem Naturgesetz folgt, sondern kollektiv-normativen Charakters ist. Die Gleichsetzung ist falsch. Die nominelle Übereinstimmung zwischen D.s alter und neuer Lehre ist möglich auf Grund einer Äquivokation in der Bezeichnung „*fait*“. Das kollektive „*fait moral*“, auf das D. sich stützt, ist wohl als psychischer Akt eine Tatsache, aber der Inhalt des Aktes ist ein Ideal, eine Norm. Als Akt unterscheidet er sich nicht von allen anderen. Allein auf den spezifischen Charakter des Inhalts als Inhalt, als Rechtfertigungsideal, kann D. das Recht begründen, das dann natürlich nicht den Charakter einer „*règle de fait*“ hat. Vgl. hierzu Boutroux (Émile), *Science et Religion*, Paris 1922 (Flammation) p. 163. Es ist klar, daß alle die Forderungen, die aus dem kollektiven Ideal abgeleitet werden, z. B. die Religionsfreiheit, nicht als physische Existenzbedingungen für ein Gemeinwesen aufgefaßt werden können. D.s Standpunkt ist hiernach identisch mit dem der historischen Schule.

¹⁹⁾ *Traité* 50 f., sp. 52, 73. Ob man mit den Metaphysikern eine unveränderliche „*justice en soi*“ behaupten will, die in der menschlichen Natur begründet,

sich in der französischen Rechtsphilosophie vollzogen hat, und von der später die Rede sein soll. (no. 7.)

6. Wie man aus obigem ersieht, machte sich in Frankreich etwa um die Jahrhundertwende bis gegen den Ausbruch des Krieges eine ständig wachsende anti-metaphysische, soziologische Bewegung geltend. Wohl schien auch das Naturrecht Fortschritte zu machen. Man sprach sogar von einer „*renaissance du droit naturel*“²⁰⁾. Aber dieses *droit naturel nouvel* war von dem alten Naturrecht weit verschieden. Im Gegensatz zu diesem verzichtete das neue Naturrecht darauf, konkrete, juristische Lösungen von seinem Ideal aus zu deduzieren. „*Le droit naturel proprement dit*“, hatte Oudot seinerzeit geschrieben, „*est la collection des règles du juste et de l'injuste qu'il est souhaitable de voir immédiatement transformer en lois positives*“²¹⁾. Ein solches konkretes, detailliertes vorbildliches Recht wird jetzt verworfen, man begnügt sich damit, „*une idée directrice*“ anzugeben. Ja, von einzelnen abgesehen, die, wie Beudant, die Unveränderlichkeit der abstrakten Idee festhalten²²⁾, geht man sogar so weit, anzuerkennen, daß diese Idee in Bezug auf Ort und Zeit variabel ist. Saleilles führt das von Stammler übernommene Schlagwort „*droit naturel au contenu variable*“ ein²³⁾. Während sich aber in Stammers Lehre ein invariables Element, die Form, fand, verschwindet dieses gänzlich in Saleilles' Wiedergabe. Saleilles' Naturrecht besteht in Wirklichkeit nur darin, daß er sich auf die Analogie, „*la conscience collective*“ und „*droit comparé*“ als subsidiäre Rechtsquellen beruft²⁴⁾. Seine Absicht mit diesem Naturrecht ist, einer abstrakt-logischen Interpretationsmethode entgegenzuwirken, den Richter, wenn die Worte des Gesetzes versagen, auf die erwähnten extra-legalen — aber doch empirisch-positiven — Quellen zu verweisen. Sein Naturrecht ist also sehr, sehr weit von einem absoluten, metaphysischen Idealrecht entfernt. Charmont sagt, „*l'idée du droit naturel est donc autrement conçue qu'elle ne l'était jadis: elle s'appuie sur une autre base; en même temps, elle subit certaines transformations. Elle se concilie avec l'idée d'évolution, avec l'idée d'utilité. Elle perd son caractère absolu immuable, elle n'a qu'un contenu*

ist, und von Gewissen erkannt wird, oder ob man wie Duguit sich auf das Rechtfertigungsgefühl als ein Faktum berufen will, es aber als „*un élément permanent de la nature humaine*“ (50), so wie der heilige Thomas es analysierte, postuliert — dürfte ein und dasselbe sein. Auch hier (vgl. Anm. 18) verschleiert die fehlende Scheidung zwischen einem psychischen Akt und seinem Inhalt, die Erkenntnis dieser Wahrheit.

²⁰⁾ Charmont, *La renaissance du droit naturel*.

²¹⁾ Philosophie, 67.

²²⁾ *Le droit individuel*, 29, 36.

²³⁾ *Ecole historique et droit naturel*, 97.

²⁴⁾ A. a. O. bzw. p. 106, 108, 109.

variable“²⁵⁾. Demogue erklärt freilich in seinem monumentalen Werk „Notions fondamentales du droit privé“, daß ein Idealrecht existiert. „Cet idéal qu'il s'agit de définir, que nous cherchons audessus des innombrables complications mouvantes des faits, c'est le but même de la vie.“ Er denkt dabei indessen nicht nur an eine subjektive Würdigung. „C'est le but de la vie envisagé objectivement, but qui doit exister en dehors de nous. . . .“ Wir scheinen uns hier also mitten in der krassesten Metaphysik zu befinden. Aber unmittelbar darauf heißt es: „ce problème d'ordre objectif nous ne pouvons l'aborder que par nos idées subjectives, je dirai même volontiers par nos sentiments . . .“²⁶⁾. Damit wird in Wirklichkeit eingeräumt, daß das besprochene objektive Ideal wissenschaftlich unerkennbar und also eben nicht objektiv ist. Abgesehen von dieser wissenschaftstheoretischen Unkorrektheit, die sich aus dem Drange nach einem metaphysischen Glaubensbekenntnis erklärt, ist Demogues hübsches Buch im übrigen von einem tiefdringenden realistischen Geiste getragen. Man darf deshalb wohl das erwähnte absolute Rechtsideal als rudimentäres Überbleibsel ansehen, das von den überwundenen metaphysischen Systemen übernommen wurde, ohne im übrigen mit Demogues eigener Lehre organisch zusammenzuhängen.

Indem „le droit naturel nouvel“ die Variabilität des Ideales anerkennt, hat er sich vollständig von einer metaphysischen Grundlage entfernt und steht faktisch auf demselben Standpunkt, wie die realistische Soziologie. Von zwei verschiedenen Seiten fand so eine wertvolle Annäherung, ja ein Zusammentreffen statt. Die Soziologie nahm ursprünglich ihren Ausgangspunkt in einem „reinen Faktum“ — räumte aber nun ein, daß sich hinter diesem ein Ideal verbarg, das durch die Würdigung eines gegebenen Gemeinwesens bestimmt wird. Das Naturrecht hatte seinen Ausgangspunkt in einer „reinen Idealität“, einem absolut-metaphysischen Idealrecht genommen — gab aber nun den positiv-relativen Charakter des Ideals zu. Von zwei verschiedenen Ausgangspunkten aus traf man sich am gleichen Ziel: der Behauptung eines positiven, relativen Ideals auf soziologisch-kollektiver Grundlage.

Zum Schluß soll davon gesprochen werden, wie die letzten Jahre eine Störung in diesem Entwicklungsgang gebracht haben.

7. Bereits vor dem Kriege war man geneigt, den französischen „Idealismus“, d. h. die französische Naturrechtsdoktrin der deutschen „Machttheorie“ gegenüberzustellen²⁷⁾. Der Krieg gab dieser Neigung

²⁵⁾ Renaissance du droit nat., 217—218.

²⁶⁾ [69a], 26 und 29.

²⁷⁾ Z. B. Beudant, der in „Le droit individuel“ p. 244 einen Passus von Danten zitiert, „qu'aucun lecteur français ne lira sans un douloureux frémissement“, nach dem das Recht durch die Macht definiert wird.

neue Nahrung. „C'est la notion de Droit, manifestation de l'Absolu qui a animé les gouvernements alliés, soutenu dans l'épreuve les populations des régions envahies, guidé les combattants“, schrieb Bonnacase²⁸⁾. So entstand auf nationaler Grundlage der Drang, wieder stärker eine absolute Rechtsidee zu betonen. Man betrachtete die vorausgehende, realistisch orientierte Periode als einen vorübergehenden Verfall unter deutschem Einfluß und sah im Kriege eine Prüfung, die den französischen Idealismus zu neuem Leben erwecken sollte. „(C'est) le droit naturel qui fut parfois si décrié auquel nous ramèment par un incoercible dégoût les abonimations du réalisme allemand“²⁹⁾. Es entstand eine ganze kleine Literatur, die darauf ausging, den französischen Idealismus zu verherrlichen und den Schaden nachzuweisen, den die deutsche Rechtsphilosophie angerichtet hätte³⁰⁾. Man machte den deutschen Professor für den Krieg verantwortlich. Selbst Émile Boutroux lieferte einen Beitrag dazu in einer Konferenz der „Société des dames françaises“³¹⁾. Es ist hier nicht der Ort, darauf einzugehen, inwiefern eine moralische Wahrheit in diesen Angriffen lag: Wir wollen die Dinge hier von einem rein rechtswissenschaftlichen Gesichtspunkt aus betrachten. Wir wollen zeigen, daß die Schlüsse, die man von französischer Seite aus dem moralischen Unwillen gegenüber Deutschland zog, rechtswissenschaftlich ganz unhaltbar sind.

Die Wirkungen bestanden vor allem darin, daß man aufs neue zur Lehre eines absoluten, metaphysischen Naturrechts zurückkehrte — in dessen Namen die alliierten Mächte den Krieg geführt hatten. Bonnacase betont, wie oben geschildert, eifriger denn je ein droit absolu auf metaphysischer Grundlage. Hauriou, der bisher hervorragende Werke auf soziologischer Grundlage geschrieben hatte, entwickelt in einem Artikel, der sich gegen die deutsche Rechtslehre richtet, eine absolute Naturrechtsdoktrin. Die maßhaltende Formulierung: „droit naturel au

²⁸⁾ Notion du droit, 219; vgl. 3, 45—46. Kant wird als „Etatist“ geschmäht, p. 67, vgl. Duguit „Le droit et l'Etat“ 1917, 40 f.

²⁹⁾ Jossierand, La force et le droit, Conférence Lyon 1917, p. 27—28, zitiert nach Bonnacase, Notion, 212.

³⁰⁾ Hauriou, Le droit naturel et l'Allemagne, Le Correspondant 1918 (Sept.); Ripert, Le droit en Allemagne et la guerre, Rev. international et de l'enseignement 1915; Berthélemy, Le fondement de l'autorité politique, Rev. de droit public 1915; Joseph Barthélemy, La responsabilité des professeurs allemandes de droit public, Bull. de la Soc. de législation comparé 1916; Jossierand, La force et le droit, Conférence 1917; Polier, Pour la défense de notre idéalisme juridique, Rev. des nations latines, 1918.

³¹⁾ Émile Boutroux, Germanisme et Humanité. Rev. international de l'enseignement 1915, 241 f. und 344 f. Germanisme = „une barbarie savante et une science barbare“ (350).

contenu variable“ wird verworfen. „Il existe un idéal de justice universel et immuable“. Er begnügt sich indessen nicht mit einem droit rationnel, sondern greift ganz auf die älteste Naturrechtslehre zurück, le droit naturel im engeren Sinne. Das Recht entspringt aus der Natur des Menschen. Er sucht der klassischen Lehre einen moderneren Zuschnitt zu geben, indem er sie auf die Anthropologie gründet. (!) L'espèce humaine, homo sapiens, wird durch die sapientia, d. h. das Vorhandensein moralischer Fähigkeiten konstituiert. Als Grundlage also dient ein moralisches Gefühl, ein moralischer Instinkt, oder wie man nun diese subjektive Offenbarungsform ewiger Wahrheiten nennen mag, und damit die Metaphysik³²⁾.

Berthélemy schmählt die Lehre von der Personifikation des Staates als eine deutsche Staatsverherrlichung³³⁾. Ripert schildert die deutsche historische Schule als nationalistisch im Gegensatz zum universellen Naturrecht³⁴⁾. Selbst Duguit, der Naturrechtsgegner an sich, bekennt sich, wie erwähnt, zu Naturrecht und Metaphysik. Von orthodox soziologischer Seite übernimmt es Davy, mit Hilfe einer vertieften Soziologie den französischen Idealismus zu retten³⁵⁾.

Es ist nicht schwer — wird aber längerer Ausführungen bedürfen — die Summe rechtswissenschaftlicher Irrtümer aufzuweisen, auf denen diese Angriffe und Schlußfolgerungen beruhen. Die Hauptsache ist, daß die Gegenüberstellung von „Idealismus“ und „Machttheorie“ selber rechtswissenschaftlich falsch ist. Das folgt einfach schon daraus, daß der französische Idealismus eine rechtsethische Lehre ist, die deutsche Machttheorie aber eine Rechtstheorie als Basis für eine positive Rechtswissenschaft. Für ein genaueres Verständnis verweisen wir auf unsere obigen Ausführungen (I, 3). Damit ist nicht gesagt, daß sich nicht hinter der deutschen Rechtstheorie eventuell eine moralische Lehre, oder genauer der Mangel einer solchen verbarg. Das hat aber mit der deutschen Theorie, wie sie vorliegt, als *Théorie des positiven Rechts*, nichts zu tun. Als solche kann die deutsche Machttheorie mit der französischen Naturrechtslehre nicht kollidieren. Sie beschäftigen sich nicht mit den gleichen Problemen. Man kann sogar behaupten, daß auch die französische Auffassung einem Machtprinzip huldigt, soweit man aus der Naturrechtsdoktrin eine Theorie

³²⁾ Haurion, *Le droit nat. et l'Allemagne*. Le Correspondant, Sept. 1918. 913 f.; 913, 933, 938, 939.

³³⁾ In Anm. 30 a. O. 671 vgl. 680—681.

³⁴⁾ In Anm. 30 a. O. 173 f.

³⁵⁾ *Le droit, l'idéalisme et l'expérience*, 33 f., vgl. Conclusion 161 f.

des positiven Rechts heraussondern kann. Duguits Lehre von „les gouvernants“ als „les plus forts“ ist ein Beispiel hierfür³⁶⁾.

Es ist für die Umstände, unter denen die französische Polemik entstand, charakteristisch, daß die einzelnen Verfasser zwar alle darin einig sind, die deutsche Auffassung in Gegensatz zur französischen zu stellen, daß die Polemik im ganzen genommen aber voller Inkonsequenzen ist. Es entbehrt nicht der Komik, wenn man konstatieren muß, daß das, was der eine Verfasser als deutsch schmählt, oft für einen anderen eine echt französische Theorie oder notorisch alten französischen Ursprungs ist. Umgekehrt kann es auch geschehen, daß das, was man als französischen Idealismus verherrlicht, früher und besser in Deutschland gesagt worden ist.

So kann man feststellen, daß die Theorie von der Personifikation des Staates, die Berthélemy als deutsch brandmarkt, seinen echten französischen Ursprung in Rousseaus Lehre von der Souveränität der Nation hat; und daß Michoud erklärt, die Personifikationslehre sei in der modernen französischen Staatstheorie vorherrschend³⁷⁾. Außerdem ist Berthélemys eigener Versuch, die verpflichtende Kraft des Rechtes durch einen „consentiment général“³⁸⁾ zu begründen, früher und mit viel größerer Tüchtigkeit von dem Deutschen Bierling durchgeführt worden, besonders in der Fassung seiner Lehre, wie sie in dem Werke „Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe“ vorliegt. Was Ripert anbetrifft, so soll bemerkt werden, daß der „Nationalismus“ der deutschen historischen Schule, d. h. ihr historischer Relativismus in aller modernen französischen Soziologie der tragende Gedanke ist. Bonnacase kann man daran erinnern, daß l'école de l'exégèse — die „au XIX: e siècle a symbolisé en France la science du droit“ — nach seiner eigenen Darstellung eine bedeutsame Ähnlichkeit mit der geschmähten deutschen Schule hat. Die genannte französische Schule hat, sagt er, den Gesetzgeber vergöttlicht, und „déifier le législateur c'est après tout déifier l'État“³⁹⁾. Alle erwähnten Verfasser kann man fragen, weshalb sie in rechtswissenschaftlicher Hinsicht ihre Anklage mehr gegen die deutsche als gegen die englische Theorie richten, die seit Austins Zeit, d. h. in dem letzten Jahrhundert, ebenso wie die deutsche einer Machttheorie als Grundlage für das positive Recht gehuldigt hat.

³⁶⁾ *L'Etat*, 227 f., vgl. 10, 97, 186, 242, 261.

³⁷⁾ *La personnalité et les droits subjectifs de l'Etat*, 495—496.

³⁸⁾ In Anm. 30 a. O. 668; 670: „en definitive c'est dans l'assentiment général que la légalité présumée des actes de l'autorité trouve sa justification“.

³⁹⁾ *Notion du droit*, 67.

Es gibt Gründe genug, die die hier behandelten Irrtümer verständlich machen. Wie zu Beginn dieses Teiles erwähnt, hat die Theorie des positiven Rechts niemals in Frankreich ein eigentliches Problem gebildet. Es ist daher zu verstehen, daß man die positive deutsche Rechtstheorie für eine Rechtsethik, d. h. für die Verleugnung einer solchen gehalten hat. Man hat auch wohl Grund zu glauben, daß die Haltung der französischen Theorie vorübergehend ist. In der *Revue de métaphysique et morale* hat Ruysen bereits im Jahre 1915 einen klugen und sympathischen Artikel über „la force et le droit“ geschrieben. Im Vorwort zur neusten französischen Staatslehre hat Carré de Malberg Gesichtspunkte, die den hier dargestellten analog sind, vertreten. — Im Jahre 1814 schrieb v. Savigny in einer durch die politischen Verhältnisse erregten Gemütsverfassung seine berühmte Streitschrift mit einer einseitigen, ungerechten Kritik des französischen Code civil. Später hat er seinen Fehler eingesehen und sich leidenschaftslos über die französische Rechtswissenschaft geäußert.

8. Wie oben unter no. 3 besprochen, ist die naturrechtliche Problemstellung und Methode an und für sich legitim. Aber, wohl verstanden, nur solange, wie sie innerhalb des Gebietes der Rechtspolitik Anwendung findet und streng von der Theorie des positiven Rechts gesondert bleibt. Es liegt indessen — wie Salmond⁴⁰⁾ nachgewiesen hat — eine große Gefahr in der Äquivokation *droit als droit positif* und *droit naturel*. Zahllos sind daher auch die Irrtümer, die diese Äquivokation in der französischen Literatur erzeugt hat. So ist die oben erwähnte begeisterte Huldigung vor dem französischen Rechtsideal im Gegensatz zur deutschen Machtlehre ohne diesen Hintergrund undenkbar. Die so entstehenden Verwirrungen beruhen alle auf einer Vermischung positiven Rechts mit Naturrecht. Man begeht den fundamentalen Fehler, die Existenz eines Objekts mit seinem Ideal zu verwechseln, das in Bezug auf eine gewisse Normart bestimmt ist. Oder, wie Stammler sagen würde, man verwechselt den Begriff des Rechtes mit seiner Idee. Der Sprachgebrauch ist im Französischen so lose, daß Bonnacase ein ganzes Buch über „la notion de droit“ schreiben konnte, in dem sich auch nicht ein Wort über den Begriff des Rechts findet.

Diese Verwechslung schreibt sich, abgesehen von der erwähnten Äquivokation, von einem psychologischen Umstande her, der sich in dem Entwicklungsprozeß der Normwissenschaften geltend zu machen scheint. Die normativen Begriffe werden nämlich zuerst mit besonderem Hinblick auf die moralische Domäne, das zuerst entdeckte Ursprungsgebiet der

⁴⁰⁾ S. IV, 1.

Normen, gebildet. Dann sucht man die so gefundenen spezifisch moralischen Begriffe auf andere normative Gebiete zu übernehmen. Das muß wegen der Verschiedenheit der Verhältnisse zu Verwicklungen führen, so z. B. rücksichtlich des Geltungsbegriffes. Der Entwurf zum Code civil erklärte „le droit naturel“ für „la source de toutes les lois positives“. Damit soll in erster Linie gesagt sein, daß die positiven Gesetze ihren moralisch bindenden Charakter aus ihrer Übereinstimmung mit „le droit naturel“ herleiten. Infolge der obenerwähnten Begriffstransfusion greift nun dieser moralische Begriff auf das juristische Gebiet über. Man übersieht dabei, daß ein juristischer Geltungsbegriff existiert, der ebenso spezifisch ist, wie der moralische. Da ist es denn nicht zu verwundern, daß man in der französischen Literatur allgemein den Begriff des positiven Rechts mit der Idee des Rechtes vermenget und die Geltung des Rechtes mit seiner ethischen Justifikation identifiziert. Oft wird das positive Recht als eine sanktionierte Festsetzung, als eine Ergänzung oder eine mit Rücksicht auf die Umstände abweichende Interpretation des Naturrechts bestimmt. „Les lois divines, naturelles ou positives, se sont bornés à tracer, une ou deux fois pour toutes, les grandes lignes de la conduite humaine. Dieu n'a pas jugé bon d'intervenir sans cesse . . .“ Deshalb hat man auch eine menschliche Gesetzgebung zur Ergänzung der göttlichen nötig. „Des autorités humaines, auxquelles il a conféré le pouvoir législatif, ont été chargés de ces soins“⁴¹⁾. (Vareilles-Sommières.) In einer neuen französischen Einleitung zur Rechtswissenschaft wird das Verhältnis so dargestellt, daß das positive Recht eine „interprétation du droit naturel“ sei, die durch verschiedene positive Umstände modifiziert wird. Das wird dadurch illustriert, daß man sagt, le droit positif werde durch le droit naturel definiert, wie eine mathematische Kurve durch ihre Asymptote⁴²⁾. Der Fehler bei diesen Definitionen, für die sich eine Menge Beispiele⁴³⁾ anführen lassen, liegt darin, daß sie die Wahrheit verschleiern, daß das positive Recht noch so verwerflich sein kann, ohne daß es darum seinen Charakter als positives Recht verlöre. Das gilt, ob nun das Ideal, das das Naturrecht bestimmt, metaphysisch oder historisch relativ ist, wie in der modernen soziologischen Schule. So z. B. wenn Duguit⁴⁴⁾

⁴¹⁾ Vareilles-Sommières, *Principes fondamentaux*, 34.

⁴²⁾ Renard, *Le droit, la justice et la volonté*, 97, 95.

⁴³⁾ Z. B. Bonnacase, *Notion du droit*, 9; Valensin, *Traité*, 166 f.; Boistel, *Cours*, 3; Rothe, *Traité*, 64; Acolias, *L'idée du droit*, 29; Beaussire, *Principes*, 63—64; Franck, *Philosophie*, 1. Diese Verwechslung zieht sich auch durch Duguits und Genys Werke.

⁴⁴⁾ S. oben Anm. 18.

in seinem neuesten Werk „*Traité de droit constitutionnel*“ den Begriff des positiven Rechts mit dem historisch-relativen Ideal: „*la conscience juridique du peuple*“ vermengt. Außer dem hier behandelten naturrechtlichen Einschlag macht sich in diesem Gedankengang ein anderer Methodensynkretismus geltend. „*La conscience juridique du peuple*“ wird nicht nur als Ideal angesehen, sondern auch als Faktum, als wirkende, soziologische Ursache der Existenz des Rechtes. Duguits Standpunkt entspricht genau dem der deutschen historischen Schule. Die Geschichte wiederholt sich. Freilich sucht Duguit seine Abweichung von der deutschen historischen Schule zu betonen, indem er behauptet, daß er im Gegensatz zu dieser der „*conscience collective*“ keine selbständige, reale Existenz beimißt. Das Volksbewußtsein wird nicht in einem „*Volksg Geist*“ hypostasiert, sondern soll nur Ausdruck für das sein, was die große Masse eines Volkes meint. Aber abgesehen davon, daß er sich in diesem Punkt im Gegensatz zur soziologischen Schule befindet, auf die er sich sonst beruft⁴⁵⁾, ist diese Ablehnung leeres Gerede. Indem Duguit sich auf ein kollektives Bewußtsein zur eindeutigen Bestimmung des Rechtes beruft, akzeptiert er damit die praktische Konsequenz der verworfenen Lehre: daß nämlich stets in der großen Masse eines Volkes Einigkeit und Harmonie zwischen den individuellen Idealen herrscht, so daß es möglich ist, von einem gemeinsamen Ideal zu sprechen. Dies ist die praktische Bedeutung der Theorie vom „*Volksg Geist*“. Die Aufrechterhaltung dieser Konsequenz impliziert faktisch, wenn nicht auf metaphysischer, so doch auf soziologisch-funktioneller Grundlage eine Volksgeisttheorie.

Mit einem schiefen Rechtsbegriff als Ausgangspunkt müssen notwendigerweise auch die anderen Teile der Rechtstheorie mehr oder weniger verfehlt sein. So besonders die Lehre von den Rechtsquellen. Das Naturrecht übernimmt hier die Rolle, das positive Recht zu ergänzen. Der Grundgedanke in aller modernen französischen Quellenlehre (soweit sie nicht, wie in älterer Zeit, glaubt, sich auf das Gesetz beschränken zu können) ist, subsidiär nach dem Gesetz (und der Gewohnheit) verschiedene, naturrechtliche supplierende Quellen aufweisen zu können. Diese Auffassung, die falsch sein muß, da sie einen formal einheitlichen Rechtsbegriff zerspaltet, führt zu vielen Irrtümern und nutzlosem Streit. Dies soll eingehend im nächsten Kapitel dargestellt werden.

Schließlich soll erwähnt werden, daß die psychologische Triebfeder in Duguits Rechtslehre, sein Kampf gegen die Souveränität der Staatsmacht, erst dann psychologisch verständlich wird — aber auch allen

⁴⁵⁾ Auf diese Inkonsequenz macht der Soziologe Davy aufmerksam: *Le droit*, etc., 100.

wissenschaftlichen Wert verliert —, wenn man sie auf dem Hintergrunde der üblichen Verwechslung von Rechtstheorie und Rechtsethik sieht. Duguits Abscheu von der Lehre von der Souveränität der Staatsmacht ist ausschließlich darauf zurückzuführen, daß er diese Lehre als eine rechtsethische Theorie zur Rechtfertigung der moralisch bindenden Kraft des Rechtes versteht⁴⁶⁾. Seine Opposition hiergegen kann sehr richtig und verständlich sein. Sie verliert jeden Sinn, wenn sie sich ohne Unterschied gegen die Souveränitätslehre von rein positiv-theoretischem Charakter richtet, eine Theorie von der juristisch bindenden Kraft des positiven Rechts. Hier ist seine Lehre, wie so oft, wenn der methodische Unterschied vergessen wird: Scheinprobleme und Scheinkämpfe. Ein Kampf gegen Windmühlen: schön, aber nutzlos.

9. Dieses Kapitel soll mit einer kurzen Untersuchung des Wertes des französischen Naturrechts als Rechtsethik beschlossen werden, d. h. also ohne Hinblick auf ihr Verhältnis zum positiven Recht. Eine solche Bewertung kommt der Ethik zu. Der Jurist als solcher hat in dieser Frage keine Kompetenz. Die Untersuchung soll sich hier deshalb nur darauf richten, ob das französische Naturrecht in seinen Hauptlinien mit den tragenden Grundprinzipien in der neueren (französischen) Moralphilosophie und Erkenntnistheorie übereinstimmt. Was nun zunächst die historisch-relative, soziologisch orientierte Naturrechtslehre anbetrifft, so ist diese bis auf weiteres durch eine enge Anlehnung an die moderne französische Wissenschaft und Philosophie legitimiert. (Durkheims Richtung ganz besonders.) Dagegen gründet sich das metaphysische Naturrecht (unter Genys Führung) auf ethische und erkenntnistheoretische Prinzipien, die in eklatantem Gegensatz zur modernen französischen Philosophie stehen, ja zum europäischen Gedankengang seit Kant^{47—48)}. Es kann sich nur auf katholische oder modern-mystische Modephilosophie

⁴⁶⁾ D. bekämpft die deutsche Theorie, daß das Recht vom Staate ausgeht: *L'Etat*, 106 f., 114, 117—118, 120. „*La science du droit public n'est digne [!] de ce nom que si elle établit le fondement d'une règle supérieure à l'Etat lui-même . . .*“ (614—615). Es zeigt sich deutlich, daß diese Auffassung moralisch ist, nicht rechtlich. Vgl. *Souveraineté et Liberté et Transformations du droit public* 12 f. Dies erklärt auch, daß Souveränität für D. ein Begriff von derselben Ordnung ist, wie das naturrechtliche, individuelle, subjektive Recht. In der individualistischen Theorie, sagt D., herrschten zwei Begriffe vor: „*l'idée du souveraineté de l'Etat ayant pour titulaire originaire la nation personnifiée, et l'idée du droit naturel, inaliénable et imprescriptible de l'individu, s'opposant au droit souverain de l'Etat*“ (a. a. O. p. 12).

⁴⁷⁾ Geny gibt zu (*Méthode d'Interprétation*, II. 101), daß seine Ideen sind „*en désaccord avec les tendances, développées par toute la philosophie allemande moderne, et accentuées encore dans le positivisme anglo-saxon*“. Er hätte hinzufügen können, daß sie auch im Gegensatz zur herrschenden französischen Philosophie

(Intuitionismus) stützen. Man blättere Parodis „Le problème morale et la pensée contemporaine“ durch oder lese Brunschwicgs kluge Arbeiten; man denke an Namen wie Durkheim, Lévy-Bruhl, Henri Poincaré, Goblot, Meyersson, Boutroux, Boyet, Belot, Fouillée, um nur aufs Geratewohl einige der bekanntesten Namen zu nennen: bei keinem wird man den geringsten Anhalt für eine solche Lehre finden. Es heißt, das kritische Grundprinzip materialistisch verkennen, wenn man die rechtlichen Prinzipien als absolut, als an sich existierend postuliert. Wie überall, wo man eine übersystematische Erkenntnis postuliert, ist man genötigt, die Existenz eines inneren, nicht-intellektuellen Organs zum unmittelbaren Anschauen des Ewigen anzunehmen. Die Absolute Existenz sprengt jedes System. Das unmittelbare Anschauen entzieht sich jeder Begründung und Kontrolle. Es ist innere Offenbarung, die sich prinzipiell nicht von der äußeren unterscheidet, wenn Gottes Stimme vom Himmel zu dem Menschen spricht. Beide lassen der subjektiven Willkür unbegrenzten Spielraum. Welche Beweise könnte Geny gegen mich zu Felde führen, wenn ich die Formen seines Naturrechts akzeptierte, ihre Fundamentalsätze aber mit einem Inhalt erfüllte, der zu dem seinen in direktem Widerspruch steht? Ich brauchte mich ja nur, ebenso wie er selbst, darauf berufen, daß „la conscience“, „l'intuition“, „mon sentiment intime“, „des forces psychologiques plus obscures, subconscience, croyance, sentiment“⁴⁹⁾ oder wie nun Geny die Offenbarungsformen, die sich jeder objektiven Kontrolle entziehen, nennen mag, es mir so offenbart hätten.

Man kann mehr oder weniger von der Möglichkeit einer absoluten Ethik überzeugt sein. Man kann achtungswerte Versuche machen, eine solche objektiv zu begründen. Sowohl in Deutschland, wie in Frankreich hat man großzügige Versuche in dieser Richtung unternommen. Die metaphysische Doktrin bedeutet nichts anderes, als daß man jedes wissenschaftlich-philosophische Raisonement einfach leugnet, um sich einem religiös-metaphysischen Glaubenspostulat in die Arme zu werfen.

Diese Metaphysik pflegt sich mit dem Namen Idealismus zu schmücken. Wir wollen den vielleicht bedeutendsten jetzt lebenden fran-

stehen. Geny hält es indessen für unnötig, sich hiergegen zu verteidigen, denn seine Ideale „rencontrent une autorité, dont on ne contestera ni la clarté ni la puissance, dans notre grand Montesquieu“; was eine etwas leichte Art sein dürfte, sich mit der modernen Philosophie abzufinden.

⁴⁸⁾ Es muß wohl zugegeben werden, daß auch Kant zu der Erkenntnis des kategorischen Imperativs durch eine Art intellektueller Intuition, das Gewissen, gelangt. Aber im Gegensatz zu den französischen Naturrechtstheorien ist Kants Imperativ ein bloß formales Prinzip (oder in jedem Fall als ein solches gemeint). Es postuliert keinen absoluten Code, „le bien en soi“.

⁴⁹⁾ Science et Technique, II. 361.

zösischen Philosophen, Léon Brunschwicg, sprechen lassen, um den Idealismus, der das Absolute postuliert, näher zu charakterisieren:

„La thèse idéaliste ne signifie rien autre chose, sinon que la science moderne ne se place pas dans l'être absolu, identique avec lui-même, mais qu'elle se meut dans la pensée, à travers des négations et des éliminations qui, seules, lui permettent une approximation croissante de la réalité.

„Ainsi entendu, l'idéalisme n'a rien de commun avec la doctrine metaphysique que certaine savante ont coutume de discuter et de réfuter, parce qu'ils interprètent l'idéalisme par opposition — mais aussi par analogie — avec le réalisme métaphysique. . . . L'idéalisme rationnel ne saurait donc se confondre avec l'idéalisme subjectif des métaphysiciens. . . . Celui qui croit à la création du monde, à l'immortalité de l'âme, à la sanction divine est appelé, il s'appelle lui-même spiritualiste; en fait il est guidé dans toutes ces convictions par l'imagination matérialiste. . . . Plus clairement encore apparaîtra devant le problème moral le devoir du sens commun. . . . Supposer que la certitude de l'ordre moral implique l'existence d'une règle universelle, c'est se condamner soit au scepticisme qui paralyse, soit à un dogmatisme qui refuse de discuter, ce qui est encore une façon de douter, et la plus incurable. Le vrai sens commun renonce à l'idole du bien en soi, entité abstraite interposée entre l'agent et l'acte; il ne met pas la valeur morale dans un acte matériel, mais là où seulement elle peut être, dans la vie spirituelle“⁵⁰⁾.

⁵⁰⁾ L'Idéalisme contemporain, 2. ed. Paris 1921, p. 4, 5, 6, 37.

Kapitel III.

Die Theorie des positiven Rechts.

1. Die Rechtsquellentheorie der Revolution. — Montesquieu. Gesetz und Richter. *Réferé législatif* und *Tribunal de Cassation*.
2. Code Napoléon. — Bonapartes und Portalis' Einfluß. Der Zerfall der Revolutionsideale. Code civil art. 4.
3. Die ersten Kommentatoren und *l'école de l'exégèse* — Interpretationsmethoden. Montesquieus Einfluß.
4. *L'école nouvelle*. Die Geschichte der Bewegung. Salcilles und Genys Richtungen. Ihre Rechtsquellentheorie: Publizisten und Zivilisten, das Gemeinsame. Die beiden Grundirrtümer: Das Dogma von der prä-judexiellen Rechtsordnung und dem Dualismus im Rechtsbegriff.
- 5.—7. Ein Beispiel von der naturrechtlichen Richtung: Genys Rechtsquellenlehre.
 5. Das Recht als ein wissenschaftliches Produkt.
 6. Geny und die beiden allgemeinen Grundirrtümer.
 7. Die einzelnen Quellen.
- 8.—9. Ein Beispiel von der soziologischen Richtung: Lambert.
 8. Die soziologische Rechtspolitik.
 9. Die Gewohnheitslehre.

Excursus. Näheres zur Beleuchtung des Dualismus im französischen Rechtsbegriff.

1. Man kann kurz die Rechtsquellenlehre der Revolution in dem Glauben an das Gesetz als einzige Rechtsquelle zusammenfassen; im Glauben an das Gesetz — den allmächtigen Willen des souveränen Volks als den einzigen rechtschaffenden Faktor, der alles Recht umfaßt. Die Revolution übernimmt vom Absolutismus den Souveränitätsbegriff, und setzt nur das Volk an die Stelle des Fürsten¹⁾. Insofern ist die Theorie des positiven Rechts wirklich positiv, d. h. ohne daß die herrschenden naturrechtlichen Vorstellungen einen Einfluß auf sie ausübten, wenn man auch einräumen muß, daß im Souveränitätsbegriff, wenn er auf das Volk angewendet wird, eine Tendenz zu Justifikation liegt. Es ist kein Widerspruch, daß die Rechtsauffassung der Revolution gleichzeitig naturrechtlich und positiv ist. In rechtsethischer Hinsicht herrscht der Glaube an ein metaphysisches, absolutes und konkret vollständiges Naturrecht. In rechtstheoretischer Hinsicht faßt man das positive Recht als den Willen des Souveräns auf. In rechtssoziologischer Hinsicht endlich denkt man sich das Recht frei und willkürlich, als ein

¹⁾ Vgl. Duguit, *L'Etat*, 328 f. Beudant, *Le droit individuel*, 156, 162.

Produkt des freien Willens entstanden. Eben deshalb wird das Rechtsideal von so großer Bedeutung. Es kommt nur auf den guten Willen und etwas gesunde Vernunft an. Wenn die Souveränität auf das Volk übergeht, wird eine neue Ära beginnen. . . .

Als Korrelat zur Vorstellung von der Allmacht des Gesetzes entspricht die Vorstellung von der rechtlichen Abhängigkeit des Richters. Die Rolle des Richters in der zivilisierten Republik ist keine andere als die eines Sprachrohrs für das Gesetz.

Diese Vorstellung geht auf Montesquieus Lehre von der Scheidung der drei Gewalten zurück. Hiernach ist es natürlich, dem Richter jede rechtschaffende Macht abzuerkennen. „Plus le gouvernement approche de la république plus la manière de juger devient fixe; . . . dans le gouvernement républicain, il est de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi. . . . Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer les paroles ni la rigueur“²⁾.

Hieraus folgt die Abneigung der Revolution gegen Gewohnheitsrecht und Jurisprudenz. Auf dem Hintergrunde der vielen verschnörkelten Gewohnheiten mehr oder minder feudalen Charakters, auf dem Hintergrunde einer oft willkürlichen und bestochenen Jurisprudenz unter dem ancien régime versteht man psychologisch die Sehnsucht der neuen Männer nach dem Gesetze als dem gelobten Lande. In einem der Tribunalgutachten zu dem Projekt des Code civil heißt es, voller Ungeduld, daß der Code nicht reinen Tisch mit allen alten Gewohnheiten gemacht hatte: „Les Français, indignés de n'avoir pas une législation nationale, fatigués des lois romaines, étrangères à leurs mœurs et à la plupart de leurs relations, d'un amas de coutumes et d'usages bizarrement incohérents, . . . des funestes effets de la jurisprudence diverse dans les tribunaux, variables suivant les circonstances, et toujours d'un arbitraire effrayant, demandaient à grands cris, depuis plusieurs siècles, un code complet et uniforme.“ Als Universalmittel gegen alle diese Mißstände empfiehlt man das Gesetz: „Il faut un régulateur général et commun des jugements; ce régulateur est la loi, qui seule peut être regardée comme l'expression certaine de l'équité; le juge doit être esclave de la loi“³⁾. Der Richter ein unbeseeltes Wesen! Der Richter ein Sklave des Gesetzes! Das ist der Schlüssel zur ersehnten Gleichheit.

L'Assemblée Constituante bemächtigte sich dieser Lehre von dem Gesetze und der Stellung des Richters und führte sie mit doktrinärer

²⁾ *Esprit des Lois*. Livre 6. chap. III. og liv. 11. chap. 6.

³⁾ Tribunal de Lyon; se Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*. Paris 1836 f. tome IV. 27, 35.

Rigorsität durch. Man braucht nur einige der Verhandlungen der Versammlung durchzulesen, besonders die über die Konstitution und die Erklärung der Menschenrechte, um sich davon zu überzeugen, daß alle Mitglieder (mit einer einzigen Ausnahme)⁴⁾ von diesem Geiste beherrscht waren. Thouret verlangte, die Konstitution solle erklären „que le pouvoir judiciaire et essentiellement distinct de pouvoir législatif . . . et que la fonction des juges n'est que d'appliquer la loi et leur devoir de se conformer au sens littéral, sans s'en écarter, ni se permettre de l'interpréter“⁵⁾. Den gleichen Standpunkt nahm Berggasse⁶⁾ in einem Bericht über le pouvoir judiciaire ein. Robespierre erklärte kategorisch: „Ce mot de jurisprudence des tribunaux . . . doit être effacé de notre langue. Dans un état qui a une constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi“⁷⁾.

Die gesetzgebende Versammlung gelangte zwar nicht dazu, einen Code durchzuführen, aber durch die Einführung des *référé législatif* und durch die Einsetzung des *Tribunal de Cassation* gab sie auf unzweideutige Weise einen legalen Ausdruck⁸⁾.

Durch das Dekret über die Organisation des Gerichtshofes vom 16. bis 24. August 1790, das die Lehre von der Scheidung der Gewalten streng durchführt, wurde bestimmt (art. 12, tit. II.), daß nicht nur der Richter nicht berechtigt ist, Vorschriften zu erlassen, sondern darüber hinaus, daß er nicht befugt ist, das Gesetz zu interpretieren. Hält er eine Interpretation für notwendig, dann soll er sich an die gesetzgebende Macht wenden. Dieses „*référé facultatif*“ wurde durch ein Dekret vom 27. November bis 1. Dezember 1790 (art. 21, Abschn. 2.) dahin erweitert, daß es im Falle eines Streites zwischen verschiedenen Gerichtshöfen obligatorisch sein sollte.

Le Tribunal de Cassation (der spätere *Cours de Cassation*) wurde durch das letztgenannte Dekret von 1790 eingesetzt. Seine Aufgabe wurde darin als genaue Überwachung des Textes des Gesetzes festgelegt. Das Tribunal sollte alle Urteile annullieren, die eine „*contravention expresse au texte de la loi*“ enthielten, aber es wird ihm verboten, „*sous aucun prétexte et en aucun cas de connaître du fond des affaires*.“ So hatte auch dieses Institut die Voraussetzung zur Grundlage, daß des Richters einzige Aufgabe die ist, strenge dem Text des Gesetzes zu

⁴⁾ Barnave, s. Archives parlementaires 1^{ière} série, XV. 410.

⁵⁾ A. a. O. 1^{ière} série, VIII. 330—331.

⁶⁾ A. a. O. 1^{ère} série, VIII. 440 f., sp. 446 (art. 9).

⁷⁾ A. a. O. 1^{ière} série, XX. 516.

⁸⁾ Vgl. zum folgenden Geny, *Méthode*, 77 f., 84 f. Carré de Malberg, *Contribution*, 719 f.

folgen. Noch charakteristischer aber ist es vielleicht, daß *le Tribunal de Cassation* selbst nicht als ein Gerichtshof aufgefaßt wurde, vielmehr als ein Ausläufer der gesetzgebenden Macht. Als Repräsentant der gesetzgebenden Macht sollte er darüber wachen, daß die Gerichtshöfe sich keine irgendwie eigenmächtige Interpretation erlaubten. Bereits im 1. Artikel des Dekretes findet sich folgende bezeichnende Wendung: „Il y aura un tribunal de cassation établi auprès du corps législatif.“ Mit aller Deutlichkeit bringt Robespierre diesen Gedanken bei den Verhandlungen in der gesetzgebenden Versammlung zum Ausdruck. „Il est donc nécessaire“, sagt er, „d'avoir une surveillance qui ramène les tribunaux aux principes de législation. Ce pouvoir de surveillance fera-t-il partie du pouvoir judiciaire? Non, puisque c'est le pouvoir judiciaire qu'on surveille. Sera-ce le pouvoir exécutif? Non, il deviendrait maître de la loi . . . Ce droit de surveillance est donc une dépendance du pouvoir législatif“⁹⁾.

Diese beiden Institutionen, *le référé législatif* und *le Tribunal de Cassation* ergänzen einander auf eine eigentümliche Weise und geben zusammen ein unverkennbares Bild von der Rechtsquellentheorie der Revolution. Das Gesetz, die Gesetzgebungsmacht ist eine Quelle allen Rechtes. Die Aufgabe des Richters besteht darin, passiv, wie „ein lebloses Ding“, als „Sklave des Gesetzes“, das Gesetz ohne irgend eine Art von Interpretation anzuwenden. Sollten die Verhältnisse ihn einmal ausnahmsweise zu aktivem Auftreten zwingen, dann muß er sich erst an den Gesetzgeber wenden. Im übrigen wacht dieser durch *le Tribunal de Cassation* darüber, daß der Richter sich genau an den Text des Gesetzes hält. Für Gewohnheit oder Jurisprudenz als Rechtsquelle bleibt danach kein Platz. Eine in doktrinärer Hinsicht noch weiter gehende Rechtsquellentheorie, die sich auf den Glauben an die Omnipotenz des Gesetzes gründet, läßt sich kaum denken: vox populi — das Gesetz — vox dei.

2. Durch ein Dekret vom 5. Juli 1790 hatte *l'Assemblée Constituante* bestimmt, „que les lois civiles seraient revues et réformées par les législateurs, et qu'il serait fait un code général de lois simples, claires et appropriées à la constitution.“ Wie erwähnt fand die Versammlung keine Gelegenheit, selber diesen verheißungsvollen Paragraphen durchzuführen. Nicht besser erging es ihrer Nachfolgerin, der *Assemblée législative*. Erst in der *Convention nationale* wurde die Arbeit begonnen¹⁰⁾. Unter dem Nationalkonvent, später unter dem Direktorium und den Kommissionen, die den Übergang zum Konsulat vorbereiteten, wurden nacheinander

⁹⁾ A. a. O. 1^{ière} série, XX. 336.

¹⁰⁾ Über die Entstehung des Code civil s. Fenet in Anm. 3 a. O. t. I.

nicht weniger als vier Vorschläge zum Code civil ausgearbeitet und vorgelegt. Drei wurden von Cambacérés und eins von Jaqueminot ausgearbeitet, ohne daß es indessen glückte, eine Einigkeit über Plan, Abfassungsform oder Inhalt zu erzielen. Der erste Vorschlag wurde als zu weitläufig abgelehnt, man wollte ihn kürzer und philosophischer. Dafür wurde der zweite Vorschlag wieder zu philosophisch. Liest man diesen dünnleibigen Entwurf¹¹⁾ durch, der mehr an ein Inhaltsverzeichnis, als an ein Gesetz erinnert, dann kann man sich darüber wundern, daß das Ergebnis schließlich ein Werk wie der Code civil wurde. In der Zwischenzeit hatte sich eine Systemänderung vollzogen. Bonaparte, *le premier consul*, hatte die Arbeit in seine Hand genommen. Sein größtes Verdienst liegt vielleicht darin, daß er die richtigen Männer gewählt hatte. Am 24. Thermidor (des Jahres 8) setzte er eine Dreimännerkommission ein, deren führender Geist Portalis war. Er arbeitete den Entwurf aus, der zur endlichen Abfassung des code civil führte. Man muß aber einräumen, daß der Code Napoléon ebensowenig ein Werk der französischen Revolution im eigentlichen Sinne wurde, wie man Bonaparte oder Portalis Revolutionsideologen nennen könnte¹²⁾. So ist er denn auch der Ausdruck einer anderen Rechtsquellenlehre.

Portalis übte einen entscheidenden Einfluß auf die Verhandlungen aus. Sein berühmter *Discours préliminaire*¹³⁾ verblüfft in gleichem Maße durch seinen schönen Stil, der ihn literarischen Meisterwerken an die Seite stellt, wie durch die überraschende Weise, in der er das Beste der historisch-soziologischen Schule vorwegnimmt. In rechtsethischer Hinsicht teilt er wohl noch die Vorstellungen der Revolution von einem Naturrecht und insofern ist er ein Naturrechtsvertreter. In soziologischer Hinsicht aber huldigt er nicht mehr dem rationellen Optimismus, sondern bringt in seinen Reden einen klugen, vorsichtigen, historischen Moderatismus zum Ausdruck¹⁴⁾. Portalis wendet sich gegen die enttäuschten Revolutionäre, die beklagen, „de ne pas rencontrer aucune grande conception“ im Projekt

¹¹⁾ F e n e t a. a. O. I. 110f. Die 297 Paragraphen des Entwurfes füllen 30 gedruckte Seiten; ein Paragraph ist oft nur eine Linie.

¹²⁾ Bonnacase beklagt dieses Faktum, *Thémis*, 70: „La genèse de ce Code a trop duré; les événements politiques assagirent peu à peu les esprits et c'est en quelque sorte un code conservateur qui a finalement été octroyé à la France“ — wozu vielleicht bemerkt werden kann, daß der Code civil kaum die Restauration überlebt hätte, wenn er ein vollgültiger Ausdruck für die Ideale von 1789 gewesen wäre.

¹³⁾ F e n e t, *Recueil*, I. 463 f.; s. ferner VI. 33, 243, 344 u. a.

¹⁴⁾ Ein Beispiel dafür, wie unrichtig es ist, von einer Rechtswissenschaft und den Bezeichnungen „historische Schule“ und „Naturrecht“ als eindeutigen, ausschließenden Begriffen zu sprechen.

des Code civil: „Il serait à désirer que l'on put attacher quelque idée précise à ce qu'on entend par grande conception. Veut-on exprimer par ce mot quelque nouveauté bien hardie quelque institution à la manière des Solon et des Lycourgue? Mais ne nous y trompons pas, législateurs; une nouveauté hardie n'est souvent qu'une erreur brillante donc l'éclat subit ressemble à celui de la poudre qui frappe le lieu même qu'elle éclaire. Gardons nous donc de confondre le génie qui crée avec l'esprit novateur qui bouleverse ou dénature . . . l'esprit de modération est le véritable esprit du législateur“^{15a)}. An einer anderen Stelle spricht er die berühmten Worte, die man als Motto über die historische Schule setzen könnte: „C'est à l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons. Les codes des peuples se font avec le temps, mais à proprement parler, on ne les fait pas“^{15b)}.

Es ist für uns von besonderer Wichtigkeit, daß auch Portalis' Rechtslehre und damit seine Quellentheorie von der Revolution verschieden ist. Er sieht nicht das Gesetz als einzige Rechtsquelle an. Er räumt auch dem Gewohnheitsrecht einen Platz ein, und, was noch wichtiger ist, er begreift, daß dem Richter notwendigerweise eine gewisse selbständige, rechtschaffende Tätigkeit zukommen muß. In dem *livre préliminaire* des Entwurfes^{15c)}, (das später fortgelassen wurde), wurden „coutumes et usages“ ausdrücklich als Rechtsquellen anerkannt, indessen erst nach dem Gesetz (art. 4 und 5 tit. I.). Über die Stellung des Richters wurde zum erstenmal bestimmt, daß ihm das Recht zukäme, das Gesetz zu interpretieren, wenn es auch strenge Regeln dafür gab, wie diese Interpretation vor sich gehen sollte (art. 2—10, tit. V.). Man ging noch weiter und bestimmte, daß „dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est un ministre d'équité“ (art. 11.), und endlich, daß „le juge qui refuse ou qui diffère de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, se rend coupable d'abus de pouvoir ou de déni de justice“ (art. 12, tit. V.).

Wie man sieht, eine völlige Änderung der Auffassung vom Richter! Nicht mehr „l'esclave de la loi“, sondern „ministre d'équité“.

Portalis wendet sich in seinen Reden gegen den Glauben, daß es möglich sei, ein Rechtssystem in die Paragraphen eines Gesetzes zu pressen. „Tout prévoir“, sagt er, „est un but qu'il est impossible d'atteindre. . . . Il est donc nécessaire une foule de circonstances dans lesquelles un juge se trouve sans loi. Il faut donc laisser alors au juge la faculté de suppléer à la loi par les lumières naturelles de la droiture et du bon

¹⁵⁾ a) — g) F e n e t, *Recueil*, bzw. a) VI. 38 und 42; b) I. 476. Die Hervorhebung, original; c) II. 3 f.; d) I. 467 und VI. 359; e) V. 92, 456, 459—460; f) VI. 150, vgl. 150—170; g) I. 474 und V. 456.

sens. Rien ne serait plus puéril que de vouloir prendre des précautions suffisantes pour qu'un juge n'eut jamais qu'un texte précis à appliquer^{15d)}.

Natürlich ging Portalis Aufgabe der Revolutionsideale nicht ohne Protest ab. Wir haben bereits oben (p. 35) Lyon-Tribunalets enttäuschten Protest zitiert, der sich dagegen richtete, daß das Gewohnheitsrecht stets statthaft sei, sowie gegen die freie Stellung des Richters. Mehrere andere schließen sich an, so Mitglieder der Gerichtshöfe von Paris und Rouen^{15e)}. Am charakteristischsten ist vielleicht Tribun Mailliarats zornbebender Protest im Tribunal. „Tribuns“, ruft er, „il est dans ce projet de loi une disposition plus absolue, plus abusive, plus funeste encore, sur laquelle je dois appeler toute votre attention“^{15f)}. Er wendet sich damit, indem er sich auf Montesquieu beruft, gegen den Art. 6 des revidierten Entwurfes (der oben besprochene Art. 12, Code civil Art. 4.).

Gewiß wurde der erste Teil der besprochenen Bestimmungen über das Gewohnheitsrecht und die Aufgabe des Richters in der endgültigen Fassung des Code civil fortgelassen. Das lag aber nicht an einer Fassungsänderung. Man strich das ganze livre préliminaire wegen seines abstrakt-philosophischen Charakters, der für ein Gesetzbuch nicht passe. Aber der besonders umstrittene Artikel, der Art. 12, tit. V., des ursprünglichen Vorschlags, der Art. 6 des revidierten Vorschlags, wurde doch im Code civil als dessen 4. Artikel beibehalten.

Es muß zugestanden werden, daß der Code civil nicht mit derselben Klarheit, wie sein Entwurf, das Gepräge der veränderten Auffassung trägt. Der Art. 4 ist aber doch das historische Endergebnis einer Entwicklung, die sich von der Rechtsquellenlehre der Revolution entfernt. Es soll zum Schluß gezeigt werden, wie es nach der Einführung des Code den beiden oben besprochenen Institutionen, *le référé législatif* und *le Tribunal de Cassation* erging, die auf der Theorie von der unbedingten Alleinherrschaft des Gesetzes beruhten.

Le référé législatif muß durch den Art. 4 des Code civil als aufgehoben gelten. Dieser Artikel war gerade dazu bestimmt, das Referenzsystem aufzuheben, dessen schädliche Folgen man einmütig verurteilte^{15g)}. Er trägt in sich die Voraussetzung, daß der Richter berechtigt ist, das Gesetz zu interpretieren. Sein natürliches — wenn nicht notwendiges — Verständnis muß weiter dazu führen, daß der Richter in einem Falle, wo das Gesetz schweigt, berechtigt und verpflichtet ist, auf eigene Hand ein Urteil zu fällen. Daß dies historisch der Sinn des Artikels war, das ergibt sich klar aus dem Entwurf, in dem er, wie oben angeführt, unmittelbar hinter einem Artikel stand,

der im Falle eines Schweigens des Gesetzes den Richter zu einem „ministre d'équité“ machte¹⁶⁾.

Le Tribunal de Cassation erfuhr wohl nicht eine direkte Veränderung durch den Code civil. Aber eine Macht, die stärker war, als Paragraphen, führte eine solche Veränderung herbei. Die Kompetenz des Tribunals war durch ein Dekret vom 27. November bis 1. Dezember 1790 sehr streng auf Fälle beschränkt, in denen „une contravention expresse au texte de la loi“ vorlag, aber die Voraussetzungen für diese Bestimmung waren sozusagen zerfallen. Die Voraussetzung war nämlich, daß die Aufgabe des Richters nur in einer mechanischen Gesetzesanwendung bestand, dergestalt, daß die Mission des Tribunals, die Einheit des Rechtssystems zu sichern, völlig dadurch erfüllt wurde, daß „l'unité de la loi“ überwacht wurde. Sollte diese Mission jetzt erfüllt werden, wo man nicht mehr die selbständige Rolle der Interpretation und Jurisprudenz übersehen konnte, dann mußte die Aufgabe des Tribunals a fortiori darauf ausgehen, „l'unité de la jurisprudence“ zu sichern. So sieht man denn auch, daß eine Kassation nicht allein auf Grund einer violation formelle de la loi, sondern auch auf Grund einer fausse interprétation de la loi erfolgte¹⁷⁾. Diese Wandlung wurde dadurch ermöglicht, daß es keine höhere Instanz gab, die es in ihrer Macht hatte, das Vorgehen des Tribunals zu korrigieren. Diese eigenmächtige Kompetenzentwicklung hatte eine andere Umgehung des konstituierenden Dekrets zur Folge, die Umgehung nämlich des ausdrücklichen Verbotes, „du fond des affaires“ zu urteilen (vgl. oben p. 36). Denn, wie man leicht einsehen kann, es ist nicht möglich, eine Kassation einer extra-legalen Jurisprudenz vorzunehmen, ohne sich über die materielle Grundlage der Sache zu unterrichten. Formell wurde indessen die Illusion aufrechterhalten, als würde die Materie der Sache nicht beurteilt. Durch ein Gesetz vom 1. April 1837 erlangte diese Entwicklung eine gewisse Legitimation. Dieses Gesetz bestimmte im Art. 2, daß nach einer zweiten Kassation, die sich auf dieselben Motive gründet, wie die erste, die untergeordneten Gerichtshöfe verpflichtet sind, der Entscheidung des Tribunals Folge zu leisten. Damit wurde dem *Cours de Cassation* ein positiver Einfluß auf die Jurisprudenz eingeräumt, der offenbar über die Prinzipien der *Constituante* hinausgeht.

3. Der Code civil bedeutete so einen guten Schritt auf eine gesündere Rechtsquellentheorie hin. Aber, eigentümlich genug, sein

¹⁶⁾ Der Art. 4 des Code civil wurde in Deutschland mißverständlich als ein klassischer Ausdruck für „die logische Geschlossenheit des Rechts“ aufgefaßt. So Radbruch, Grundzüge, 187—188.

¹⁷⁾ Vgl. Geny, *Méthode d'Interprétation*, I. 92 f.

Charakter als Kodifikation sollte später in Frankreich einen Einfluß ausüben, der im Gegensatz zu dem stand, was die Redakteure sich gedacht hatten. Als Kodifikation bewirkte er, daß die Lehre von dem Gesetze als einzige Rechtsquelle wieder mit neuer Stärke auftauchte. Diesmal inkarniert die Rechtsquellentheorie sich in der herrschenden Interpretationslehre. In der ersten Zeit nach der Einführung des Code, unter den ersten Kommentatoren (bis rund gerechnet 1840) spürte man diese Tendenz noch nicht. Männer wie Toullier, Merlin, Proudhon, Delvincourt, Duranton und Troplong sahen wohl vor allem ihre Aufgabe darin, die exakte Bedeutung und Reichweite des Textes analytisch zu bestimmen. Aber sie hielten das Rechtssystem durch diese Gesetzesanalyse nicht für erschöpft¹⁸⁾. Sie rechneten mit dem modifizierenden oder supplierenden Einfluß der Gewohnheiten oder der Jurisprudenz. „J'ai cherché les principes de la théorie“ schrieb Toullier, der erste Kommentator des Code civil, „et j'ai tâché de les puiser, non seulement dans l'histoire, dans la comparaison de nos nouvelles lois avec les anciennes, avec les lois romaines, et même quelquefois avec les législations voisines, mais encore . . . dans le sein de la vraie philosophie du droit . . . j'ai donc pensé, qu'un professeur en droit ne doit pas se borner à expliquer la loi . . .“¹⁹⁾.

Aber mit dem nächsten Geschlecht und bis gegen das Ende des Jahrhunderts entstand eine Gruppe von Kommentatoren²⁰⁾, die man oft unter dem Namen der école de l'exégèse zusammenfaßt, und die eine ganz andere Anschauung von der Interpretationsmethode und der Rechtsquellentheorie bildeten und festlegten. In Ermanglung einer Kenntnis aus erster Hand, die eine Kenntnis des größten Teils der positiven französischen Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert voraussetzen würde — verweisen wir auf François Genys „Exposé analytique de la méthode traditionnelle“ in seiner „Méthode d'interprétation“ I. 17—60, auf den das Folgende sich bezieht²¹⁾.

Diese Interpretationsmethode beruht auf zwei Hauptgedanken, die man so wiedergeben kann: 1. Unter der Herrschaft einer kodifizierten Gesetzgebung muß jede juristische Entscheidung direkt oder indirekt sich an das geschriebene Gesetz anlehnen, das die einzige konstitutionelle

¹⁸⁾ Vgl. Charmont et Chausse, Les interprètes du Code civil. Livre de Centenaire, 140 f., vgl. 139; Geny, Méthode d'interprétation, I. 23—24.

¹⁹⁾ Toullier, Le droit civil français suivant l'ordre du Code 1811 t. I, préface; cit. nach Bonnecase, Thémis, 111—112.

²⁰⁾ Vgl. oben p. 18, wo die bekanntesten Repräsentanten erwähnt sind.

²¹⁾ S. auch Charmont et Chausse, Les interprètes 152 f.; Lambert, Etudes, 16 f., 820 f.

Rechtsquelle ist. 2. Die Umwandlung der Gesetze in Rechtsentscheidungen erfolgt unter Anwendung einer formellen, deduktiven Logik, die von gewissen abstrakten Rechts(inhalts)begriffen als Elementen für eine juristische Konstruktion ausgeht.

Als erste Konsequenz ergibt sich hieraus, daß der Ausgangspunkt für die Rechtsanwendung eine Interpretation *stricto sensu* des Gesetzestextes ist. Ist der Text klar und betrifft er direkt den vorliegenden Fall, dann beschränkt sich die Auslegung auf eine grammatikalische Interpretation. Ist der Text dagegen unklar oder betrifft er den gegebenen Fall nur indirekt, dann erfolgt eine logische Ausdeutung. Diese beschränkt sich auf die formalen Schlüsse *e contrario*, *a majori ad minus*, *a minori ad majus* und *a pari*; im übrigen werden Vorarbeiten und dergleichen herangezogen, um den Willen des Gesetzgebers klarzustellen.

Als eine zweite Konsequenz ergibt sich, daß Gewohnheit, Billigkeit, die Natur der Sache und dergleichen nicht in Betracht kommen können. Nur einzelne Autoren, die der Schule nicht angehören, machen mit dem Gewohnheitsrecht eine Ausnahme²²⁾.

Schließlich folgt aus dem Ausgangspunkt, daß da, wo das Gesetz nicht direkt oder durch eine allgemeine logische Auslegung Anwendung finden kann, die Entscheidung durch eine juristische Konstruktion auf Grund des Gesetzes und der juristischen Begriffe gesucht werden muß. Einzelne Juristen, wie Blondeau, Demolombe und Huc²³⁾ sind sogar weitergegangen und haben behauptet, daß in diesem als äußerst selten angesehenen Falle der Richter den Anspruch ablehnen muß, da er im Gesetz keine Stütze findet. Diese Auffassung läßt sich wohl mit dem Wortlaut des Art. 4 des Code civil in Einklang bringen, insofern als die Freisprechung auch eine Beurteilung der Materie der Sache ist. Sie steht aber ganz augenscheinlich im Widerspruch zu der historischen Auffassung, die, wie wir gezeigt haben, hinter diesem Artikel liegt. Die juristische Konstruktion erfolgt durch eine doppelte Funktion. Zuerst wird aus einer oder mehreren in dem Gesetz vorliegenden Lösungen ein „höheres“ Prinzip induziert; dann werden die verlangten Lösungen aus diesem Prinzip deduziert.

Durch diese Auffassung erhielt das Gesetz seine alte Bedeutung wieder. Das Recht ist das Gesetz. Der Jurist ist ein Geometriker. Das Urteil ein Syllogismus. Liard verleiht dieser Auffassung einen klaren Ausdruck: „Le droit c'est la loi écrite. Partant leur [d. h. der juristischen Fakultäten] tâche est d'apprendre à interpréter la loi. Il en

²²⁾ S. Geny, Méthode, I. 37—38.

²³⁾ Blondeau in „L'Académie des sciences morales et politiques“ 1841. Demolombe, Cours, I no. 113; Huc, Commentaires, I no. 179; vgl. Geny [108a] I. 39.

résulte que leur méthode est déductive. Les articles du code sont autant de théorèmes dont il s'agit de montrer la liaison et de tirer les conséquences. Le juriste pur est un géomètre . . . " ²⁴⁾. Man erkennt hierin die „Begriffsjurisprudenz“ wieder, die Ihering kritisierte und verspottete.

Wenn man daran denkt, daß diese ganze Interpretationsmethode auf dem Dogma beruht, daß jede juristische Lösung entweder direkt im Gesetz oder in dem Willen des Gesetzgebers, wie sich dieser durch den im Gesetz liegenden latenten Keim rekonstruieren läßt, gefunden werden muß, und wenn man daran denkt, daß dieses Dogma historisch seinen Ursprung in der energischen Durchführung der Lehre von der Trennung der Gewalten in der Revolutionszeit hat, so sieht man, daß man mit Recht sagen kann, daß diese Rechtsquellenlehre deren Mittelpunkt der Wille des Gesetzgebers ist, sich als eine Konsequenz von Montesquieus Lehre darstellt.

4. Gegen das Ende des Jahrhunderts begann eine Reaktion gegen diese Interpretationsmethode sich geltend zu machen. Eine ständig größer werdende Kluft zwischen Praxis und Theorie gab den Anstoß zu der neuen Bewegung. Die Praxis hatte, in enger Berührung mit den hervortretenden Forderungen des sozialen Lebens, oft die Rechtsfrage durch eine biegsame Auslegung in einer Weise gelöst, die unzweifelhaft dem Resultat widersprach, das eine formal-logische Interpretation ergeben haben würde. Die Theorie war indessen noch immer davon überzeugt, daß der Gesetzgeber im Jahre 1804 alles vorausgesehen und alles geordnet hätte. Sie erkannte keine anderen Quellen an, als den Code civil und lehrte die daraus sich ergebenden Resultate, unbekümmert darum, wie weit sie von der Praxis befolgt wurden oder nicht. Man blickte auf sie mit einer gewissen ignorierenden Überlegenheit ²⁵⁾; wenn man sie einmal ausnahmsweise erwähnte, dann geschah das nur, um damit eine richtige oder falsche Anwendung der Theorie zu illustrieren. Noch im Jahre 1903 konnte Lambert von diesem Schisma schreiben: „L'éloignement entre la théorie juridique et la pratique s'accroît très vite. Le droit enseigné à l'école et exposé dans les ouvrages de doctrine diffère de plus en plus du droit appliqué au Palais“ ²⁶⁾.

²⁴⁾ L'Enseignement supérieur en France de 1789 à 1893 t. II (1894) 397.

²⁵⁾ Esmein, *La jurisprudence et la doctrine*, 9—10: „C'étaient presque deux soeurs rivales, jalouses l'une de l'autre. La doctrine en particulier, surtout dans les chaires de l'Ecole, faisait un peu la fière et ne se compromettait pas volontiers dans le commerce de la jurisprudence. Ne possédait-elle pas la vérité désintéressée, la pureté des principes, la rigueur de la méthode? que lui fallait-il de plus?“

²⁶⁾ *Etudes*, 17.

Es begreift sich, daß ein solcher Zustand auf die Dauer unhaltbar war. Es mußte der Theorie allmählich klar werden, wie ohnmächtig sie bei dieser vornehmen Zurückgezogenheit werden mußte. Bereits unter Männern, die man sonst zur école de l'exégèse rechnen muß, begannen mehr praktische Gesichtspunkte sich geltend zu machen. Valette gab, besonders in seinen Vorlesungen, häufiger Hinweise auf die Praxis ²⁷⁾. Marcadé faßte den Gedanken seiner Kommentare zur Praxis (die sogenannten annotations), die später so fruchtbar das Zusammenarbeiten von Praxis und Theorie förderten ²⁸⁾. Im Jahre 1877 schrieb Brocher de la Fléchère einen Artikel, in dem er die bedeutungsvolle Rolle des Gewohnheitsrechtes betonte ²⁹⁾.

Erst in den Neunzigerjahren gewann die Bewegung an Einfluß. Saleilles gab den Anstoß dazu. Zu wiederholten Malen ergriff er das Wort, um die historische Methode zu rühmen. Darunter verstand er eine fruchtbare, schöpferische Interpretationsmethode, die sich auf Beobachtung der Forderungen und Gesetze des sozialen Lebens gründete. Später betonte er auch die Rolle des Naturrechts aber in historisch-relativistischem Geiste. Von Stammler entlehnte er das Schlagwort „droit naturel au contenu variable“. Andere schlossen sich ihm an. François Genys groß angelegtes Werk „Méthode d'interprétation“, das im Jahre 1899 herauskam, lenkte die Bewegung in eine neue Bahn. Geny systematisiert und synthetisiert die verschiedenen Tendenzen und macht „le combat pour la méthode“ zu einer bewußten Aktion. Er macht den Versuch, eine theoretische Interpretations- und Quellenlehre zu einem Fundament für die praktischen Forderungen zu gestalten. Im Jahre 1902 eröffnete Esmein die „Revue trimestrielle de droit civil“ mit einer Art Manifest, in dem er auf die Notwendigkeit aufmerksam machte, daß die französische Doktrin die Jurisprudenz zum Gegenstand eines eingehenden Studiums mache ³⁰⁾. Im Jahre darauf wies Lambert in seinen ausgezeichneten Untersuchungen über das Gewohnheitsrecht nach, daß dieses zum großen Teil durch die rechtsschaffende Tätigkeit des Richters entsteht. Im übrigen wies er auf das „droit comparé“ hin und nannte es das wichtigste Instrument einer fruchtbaren Rechtspolitik ³¹⁾. Bei dem Jahrhundertfeste des Code civil im Jahre 1904 trat der Präsident des Cours de cassation Ballot-Beaupré mit

²⁷⁾ Esmein, *La jurisprudence et la doctrine*, 10.

²⁸⁾ Charmont et Chausse, *Les interprètes du Code civil. Livre de centenaire*, 164.

²⁹⁾ *Le droit coutumier et la philosophie du droit*,

³⁰⁾ „*La jurisprudence et la doctrine*“.

³¹⁾ *Etudes*; s. hierüber unter no. 8 und 9.

der ganzen Autorität seiner Stellung für eine freiere Interpretationsmethode ein³²⁾. Im „livre de centenaire“ betonte Saleilles, daß die französische Praxis stets seit Einführung des Code civil und trotz seines Einflusses eine historisch-soziale Ausdeutungsweise befolgt hat³³⁾. Von nun an sind die Beiträge zahlreiche, die in Reden, Abhandlungen, Thesen und hier und da in größeren Werken erscheinen und den Kampf für „la méthode nouvelle“ beleuchten. Es ist unmöglich, hier näher darauf einzugehen. Erwähnen wollen wir nur Le Roys und Cruets vortreffliche Untersuchungen, die die Ohnmacht des Gesetzes gegenüber soziologischen Kräften nachweisen, d. h. die Unmöglichkeit, durch Paragraphen souverän die sozialen Verhältnisse beherrschen zu können³⁴⁾.

Man muß zugeben, daß die Bewegung in ihrer Kritik der lebensfremden Auslegungsweise der alten Schule siegreich gewesen ist. Es findet sich heutzutage in Frankreich kaum ein Jurist, der es wagte, seine Theorie mit souveräner Verachtung des praktischen Rechtslebens zu „konstruieren“. In Planiols „Traité élémentaire de droit civil“ findet man ein schönes Beispiel für ein Werk im neuen Stile, das in fruchtbarem Anschluß an die Rechtspraxis aufgebaut ist.

Man kann innerhalb der „école nouvelle“ zwei verschiedene Richtungen unterscheiden: eine historisch-soziologische und eine naturrechtliche.

Die erste wird besonders von Saleilles vertreten³⁵⁾. Er verlangt einerseits eine historisch-soziologische Interpretation, andererseits betont er ein Naturrecht mit wechselndem Inhalt. Im selben Augenblick, wo das Naturrechtsideal jeden absoluten Inhalt verliert, um nach Ort und Zeit mit der „conscience collective“ zu wechseln, wird das so umgeformte Naturrecht in Wirklichkeit identisch mit der Lehre der historischen Schule. Nur mit dem Unterschiede, daß die historische Schule in der Bestimmung des Rechtes durch den Volksgeist nicht bloß eine politische Maxime sah, sondern — unter dem Einfluß einer romantischen Geschichtsphilosophie — eine merkwürdige Vermischung einer politischen Maxime und einer historischen Notwendigkeit. Wenn gleich Saleilles selbst sich als Anhänger eines relativistischen Naturrechts bekennt, wird es deshalb doch richtiger sein, ihn, in Übereinstimmung mit der gebräuchlichen groben Klassifikation, in die historisch-soziologische Schule einzureihen. Saleilles bestreitet denn auch

³²⁾ S. Geny, Science et technique, I. 29—30.

³³⁾ Le Code civil et la méthode historique. Livre de centenaire, I. 95 ff.

³⁴⁾ Cruet, La vie du droit et l'impuissance des lois; Le-Roy, La loi. Über die Literatur s. im übrigen Geny, Science et technique, I. 31—33 mit Anm.

³⁵⁾ S. besonders Ecole historique et droit naturel, vgl. oben p. 23.

dem Richter das Recht, einem „Naturrecht“ zu folgen, wenn es sich nicht in einer der drei folgenden Formen objektiviert hat: entweder in Rechtsregeln, die in Analogie mit dem positiven Recht aufgestellt sind, oder in „la conscience collective“, einem soziologischen Begriff, der der „Volksüberzeugung“ entspricht, oder endlich im „droit comparé“, d. h. den Hinweisen auf einen Zusammenhang zwischen gegebenen sozialen Verhältnissen und der rechtlichen Ordnung, die aus einer vergleichenden Rechtswissenschaft geholt werden³⁶⁾. Wenn Saleilles eine solche Lehre als Naturrecht bezeichnet, so läßt sich das nur als eine Reaktion gegen eine Interpretationslehre verstehen, die keine anderen Quellen kannte, als das Gesetz. In Anlehnung an Saleilles hat Lambert die rechtspolitische Bedeutung der vergleichenden Rechtswissenschaft nachgewiesen.

Die andere Richtung wird von François Geny repräsentiert. Seine Lehre, die weiter unten näher besprochen werden soll, hält sich nicht an historisch-objektivierte Quellen, sondern sucht direkt in metaphysisch-ethischen Prinzipien eine Grundlage für eine Interpretationsmethode. Das ist unverfälschtes Naturrecht. Seine Anhänger gehören einem Kreise von metaphysischen Naturrechtlern an, die alle mehr oder weniger dieses Naturrecht als subsidiäre Rechtsquelle ansehen.

Dies war, in großen Zügen, der äußere Verlauf der Reformbewegung und die Forderungen, die sie erhob. Welches war nun die veränderte Rechtsquellentheorie, die dieser Bewegung zugrunde lag, und die durch sie in der neueren französischen Jurisprudenz zur Herrschaft gelangen sollte?

Es ist in dieser Hinsicht wichtig, zu bemerken, daß der Kampf für die neue Methode, wie es sich aus der Natur der Sache wohl verstehen läßt, so gut wie ausschließlich auf zivilistischer Grundlage geführt wurde. Die Publizisten sind nur in geringem Grade davon berührt worden. Ihre Rechtsquellenlehre gründet sich denn auch unverändert auf das Axiom des 19. Jahrhunderts von dem Gesetze als einziger Rechtsquelle und dem Richter als seinem passiven Vollstrecker. Die jurisdiktionelle Funktion wird im Gegensatz zur legislativen als rechtsprechende (jurisdictio) gegenüber der rechtschaffenden (legislatio) beschrieben. „Juger c'est dire le droit“, sagt Artur, „... le juge ne doit prendre aucune liberté avec la loi qu'il est chargé d'appliquer. Il lui faut sans doute du discernement et souvent une intelligence très déliée pour en pénétrer le sens exact, dans son contact avec les faites: une fois le sens de la loi déterminé, son rôle se borne à en faire une

³⁶⁾ Ecole historique et droit nat., bzw. 106, 108, 109.

application mécanique“³⁷⁾. Dieselbe Auffassung finden wir bei Berthélemy: „L'arrêt de la justice ne vaut que par la loi: il en est la traduction fidèle. Le juge n'ajoute rien à la loi, il en dit le sens, il en précise la signification“³⁸⁾. Es ließen sich weitere Beispiele³⁹⁾ anführen, doch ist das überflüssig, die gegebenen illustrieren die herrschende Auffassung. Nur ganz wenige haben mit diesem doppelten Dogma gebrochen. Carré de Malberg bricht mit ihm insofern, als er anerkennt, daß die Aufgabe des Richters, falls das Gesetz eine Lücke aufweist, wirklich rechtschaffend, rechtsergänzend ist. Mit Rücksicht auf das Dogma von der Trennung der Gewalten aber, macht er nur den Vorbehalt, daß diese Rechtsschöpfung nur in dem vorliegenden Falle konkret ist, so daß die Praxis denn noch nicht als Rechtsquelle mitzählen kann⁴⁰⁾. Duguits Bruch mit dem Dogma liegt wo anders: er lehrt, daß der Richter nicht nur das Gesetz, sondern auch la règle de droit objective (d. h. ein Naturrecht, das sich auf la conscience collective gründet), anwendet. Er hält ausdrücklich daran fest, daß die Funktion des Richters nicht rechtschaffend ist, und auch er kann so Montesquieus Lehre getrost beibehalten⁴¹⁾.

Innerhalb der Zivilisten ist die Stellung eine andere. Aus teuer erkaufter Erfahrung hat man gelernt, daß es nicht angängig ist, das Gesetz als einzige Rechtsquelle zu betrachten. Indessen zieht man daraus nicht den Schluß, daß der Jurisprudenz eine rechtschaffende Kraft als Rechtsquelle zukommt. Man schließt vielmehr, daß es aus logischer Notwendigkeit noch andere Rechtsquellen neben dem Gesetz geben muß, um die Entscheidung des Richters zu determinieren. Dies ist die psychologische Triebfeder in dem Kampf der neuen Richtung für eine Rechtsquellenlehre. Geny gibt dieser Schlußfolgerung einen prägnanten Ausdruck: „Puisque la loi écrite . . . ne plus suffise aux besoins de l'organisation juridique . . . il faut donc, en dehors et au dessus de la loi, chercher un principe ou un ensemble de principes, qui

³⁷⁾ Artur, Séparation des pouvoirs et des fonctions, 226 und 227.

³⁸⁾ De l'exercice de la souveraineté, 210.

³⁹⁾ S. Carré de Malberg, Contribution, 700, wo ähnliche Zitate von Moreau und Michoud angeführt werden.

⁴⁰⁾ Contribution, 699 f., besonders 707, 716, 745.

⁴¹⁾ Traité, 83: „Leurs [les juges] décisions apparaîtront à l'observateur superficiel comme la création d'une norme juridique nouvelle. Il n'en est rien. Les juges ne sont que des interprètes; ils ont mis au jour une règle de droit, il est vrai; mais cette règle est antérieure à leurs décisions; elle s'imposait à eux; elle tire sa force obligatoire, non pas de la formule répétée par le juge, mais des consciences individuelles plus ou moins obscures dans lesquelles elle s'est élaborée“. Die Verwechslung eines soziologisch-naturrechtlichen Gesichtspunktes mit einem positiven fällt in die Augen, vgl. 95.

permette d'en suppléer les lacunes. Bref par la seule force des négations auxquelles on s'accorde, se trouve invinciblement affirmée l'existence d'une inconnue, restant à découvrir encore“⁴²⁾. Daß das fehlende Glied durch die Rechtsanwendung selber sollte ergänzt werden können, daß diese teilweise rechtlich indeterminiert sollte sein können, ist ein Gedanke, der überhaupt nicht beachtet wird. Wieder einmal verhindert Montesquieus Prinzip die rechte Erkenntnis.

Die Publizisten und die Zivilisten stimmen also darin überein, daß sie, mögen sie nun eine Rechtsquelle außerhalb des Gesetzes anerkennen oder nicht, jedenfalls, gestützt auf das Prinzip von der Trennung der Gewalten, daran festhalten, daß die Jurisprudenz nicht als Rechtsquelle gelten kann. Das besagt, daß man eine vollständige, prä-judexiell existierende Rechtsordnung voraussetzt, die sozusagen über dem Richter schwebt, und aus der dieser nur seine Lösungen herzuleiten braucht. Das schließt die Voraussetzung ein, daß die Entscheidung des Richters stets rechtlich determiniert ist, d. h. daß Rechtsquelle dasselbe bedeutet, wie Quelle einer Richterentscheidung.

Hierin liegt der erste Fundamentalfehler, den die moderne französische Rechtstheorie begeht⁴³⁾. Man kann ihn das Dogma von der vollständigen prä-judexiellen Rechtsordnung nennen. Man ist noch von der Fiktion gebunden, die Austin bereits zu Beginn des 19. Jahrhunderts aus der englischen Doktrin ausjätete. In der Vorstellung befangen, daß der Richter stets ein schon existierendes Recht anwendet, kann man nicht das rechte Verständnis für das Wesen der jurisdiktionellen Funktion und damit für einen wichtigen Punkt in der

⁴²⁾ Science et technique, I. 39. Genau derselbe Gesichtspunkt wird wiedergefunden bei Saleilles, Ecole historique et droit naturel, 102. „Le juge n'a mission que de constater et rechercher les éléments impératifs de ses jugements; et ces éléments impératifs ne peut être qu'extérieurs à lui, et ne peuvent se trouver dans la réalité objective de lois existant en dehors de la pensée de celui qui les applique. Le juge n'a pouvoir que de l'objectif; c'est la définition même de sa fonction“. Da diese Verfasser bei den Gesetzen, die der Richter anwenden soll, nicht ausschließlich an das positive Gesetz denken, so ist ihre Stellung mit der Duguits identisch. S. Anm. 41.

⁴³⁾ Ganz Vereinzelt können ausgenommen werden, die die rechtschaffende Rolle der Jurisprudenz erkannt haben. So Capitant, Introduction, 57, der anerkennt, daß der Richter Recht schafft, nicht nur konkret, sondern durch einsartige Wiederholung auch abstrakt. Die Jurisprudenz ist Rechtsquelle; Lambert, Etudes, 802; ganz gewiß sind seine Untersuchungen soziologische, aber ein positiver Gesichtspunkt mischt sich zweifellos hinein, s. darüber unten no. 8; Carré de Malberg erkennt wohl die konkrete rechtsetzende Funktion der Praxis, er bestreitet ihr aber die Eigenschaft einer abstrakten Rechtsquelle, s. darüber p. 48.

Rechtsquellenlehre gewinnen. Man kann wohl praktisch eine ganze Menge politischer Motive finden, um diese Fiktion aufrechtzuerhalten, aber sie haben mit der Theorie nichts zu schaffen. — Sagen wir die Wahrheit: eine Fiktion ist eine Fiktion.

Ein anderer Fehler liegt in der Methode, mit der die Lehre vom Gesetz (und den anderen Rechtsquellen) aufgebaut wird. Wie oben gezeigt, ist die Frage, was es bedeutet, und woran man erkennen kann, daß eine Norm existiert oder Geltung hat, eine Frage sui generis, die eine eigene Methode, die normative oder positive, verlangt. Die Frage ist eine ganz andere, als die natur-kausal-wissenschaftliche, die man in der Rechtssoziologie stellt, und die nicht-rechtlich normative, die man in der Rechtsethik (Rechtspolitik) stellt. Sie kann daher weder mit einer soziologischen noch mit einer naturrechtlichen Methode gelöst werden.

Im besten Falle⁴⁴⁾ begnügt sich nun die französische Theorie damit, positivistisch das positive Recht als die Anordnungen zu bestimmen, die von der gesetzgebenden Macht, von der kompetenten Behörde oder dergleichen ausgehen. Diese Antwort ist harmlos, aber auch nichtssagend.

Soweit man überhaupt auf die Theorie der Rechtsquellen näher eingeht, so geschieht das — im Widerstreit mit der Natur des Problems — auf Grund einer soziologischen oder naturrechtlichen Methode. Das muß notwendigerweise zu Verwicklungen führen.

Die augenscheinlichste Konsequenz dieses Methodensynkretismus ist eine Disharmonie, ein Dualismus im Rechtsbegriffe. Es gibt nämlich eine Rechtsquelle, deren Positivität — d. h. deren normative Gültigkeit als eine Sache für sich, unabhängig von ihren sozialen Ursachen und naturrechtlichem Ideal — besonders einleuchtend ist. Das ist das Gesetz. Möge man daher einen soziologischen oder einen naturrechtlichen Rechtsbegriff als Ausgangspunkt angenommen haben: man kann nicht umhin, das Gesetz (das positive Recht) als Recht an sich, unabhängig von dem angenommenen Rechtsbegriff, anzuerkennen. So sieht man sich genötigt, zwei Arten Recht ohne inneren Zusammenhang anzunehmen, was eine unzulässige Disharmonie im Rechtsbegriffe bedeutet⁴⁵⁾. Diese Disharmonie wird auf die Rechtsquellenlehre übertragen. Da die Positivität der anderen Quellen nicht so anschaulich ist, wie die des Gesetzes, so benutzt man getrost den nicht-positiven Rechtsbegriff zur Bestimmung der extra-legalen Quellen. Das Resultat ist, daß der gesamte Rechtsbegriff in zwei völlig disparate Teile zerfällt: einerseits das Gesetz, dessen Geltung man als etwas Gegebenes und Unproblematisches hinnimmt (nichtssagender Positivis-

⁴⁴⁾ Beispiele hierfür sind oben I, 1 gegeben.

⁴⁵⁾ S. hierüber Excursus.

mus)⁴⁶⁾, andererseits das extra-legale Recht, das sich auf soziologische oder naturrechtliche Betrachtungen gründet (Methodensynkretismus). Abgesehen von der Wertlosigkeit, die jenen, und der methodischen Unmöglichkeit, die diesen Teil der Rechtsbestimmung charakterisiert, ist die Disparität selber, die zwischen diesen beiden Teilen herrscht, ein Beweis für die Unhaltbarkeit dieses Standpunktes.

Was besonders die Richtung anbetrifft, die den nicht-positiven Rechtsbegriff auf „la conscience collective“ gründet — ob man diesen Begriff nun soziologisch als eine wirkende Naturkraft auffaßt, oder naturrechtlich als ein relatives Rechtsideal — so entsteht auf diese Weise eine weitgehende Gleichheit mit der deutschen historischen Schule. Eine Gleichheit, die nicht auf eine äußere Beeinflussung zurückzuführen ist, sondern auf innere, strukturelle Gleichläufigkeit des Gedankenganges. In beiden Fällen findet man dieselbe Schwierigkeit, die Positivität des Gesetzes mit einem Rechtsbegriff zu vereinen, der sich auf ein Kollektivideal gründet. Die historische Schule half sich damit, daß sie als eine Fiktion behauptete, daß der Gesetzgeber stets die Volksüberzeugung repräsentiert. Die französische Theorie spricht von einer Präsump⁴⁷⁾. Da man diese Präsump⁴⁷⁾ aber wohl als unabweisbar ansehen muß, so ist das nur ein anderer — minder ehrlicher — Ausdruck für eine Fiktion.

Bei diesen beiden fundamentalen Fehlern des Ausgangspunktes, teils der unrichtigen Auffassung von der Stellung des Richters, teils der inadäquaten Methode, ist es nicht nötig, im einzelnen zu verfolgen, wie die Rechtsquellenlehre ausgestaltet wird. In der Regel wird neben dem Gesetze die Gewohnheit als Rechtsquelle anerkannt; bei der weit überwiegenden Mehrzahl der Verfasser wird sie in der üblichen römisch-germanischen Form als durch ein objektives und ein subjektives Element konstituiert dargestellt (opinio necessitatis in einer ihrer Formen)⁴⁸⁾;

⁴⁶⁾ Mitunter wird unter der Voraussetzung, daß das positive Recht faktisch gilt, eine Erklärung — d. h. eine ethische Justifikation — hinzugefügt, weshalb es gilt. May, Introduction, 40: „Lorsque les membres de la société politique ont choisi et désigné l'autorité spécialement investie du pouvoir de faire la loi, ils ont par avance consenti à admettre cette loi comme règle de leur relations“; 39: „l'autorité de la coutume vient du fait, que chacun l'approuve en l'observant“. Wie die Ausführungen Berthélemys, s. II, 7 mit Anm. 28, führen diese zu einer Anerkennungstheorie in ihrer primitivsten Form (der Kontraktstheorie) zurück.

⁴⁷⁾ Duguit, Traité, 88; Berthélemy, De l'exercice de la souveraineté, 9, s. unten Excursus mit Anm. 128; Haurion, Les idées de M. Duguit, Recueil de législation de Toulouse, 1911, 22; vgl. übrigens Excursus.

⁴⁸⁾ Aubry et Rau, Cours, 3, (conscience collective); Beudant, Cours, 61; van Bemmelen, Notions fondamentales, 29 (jugement commun); Esmein, La coutume etc., 533 (consentement tacite de la population); Brocher de la

einige ältere einzelne Verfasser schließen sich an die Anerkennungstheorie an⁴⁹⁾. Nur Lambert hat eine ausgezeichnete Darstellung von dem Gewohnheitsrecht als (teilweis) durch die Jurisprudenz geschaffen, gegeben. Die Lehre soll unten unter no. 8 besprochen werden.

Im übrigen führt man das Naturrecht und die Soziologie als subsidiäre Rechtsquellen an. Im folgenden soll das näher erläutert werden.

Zu diesem Zweck wollen wir in no. 5 eine Besprechung und Kritik des einzigen französischen Werkes geben, das versucht, eine zusammenhängende Rechtsquellentheorie zu entwickeln: François Genys „Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif.“ Wie erwähnt, nimmt Geny innerhalb der modernen Reformbestrebungen den Platz eines Hauptrepräsentanten einer metaphysisch-naturrechtlichen Rechtstheorie ein.

5. Der Ausgangspunkt und die psychologische Triebfeder für Genys Werk ist eine Kritik der herrschenden logisch-formellen Interpretationsmethode, die sich auf das Gesetz als einzige Quelle gründet. Das Leitmotiv für diese Kritik ist das Unzulängliche jeder auf das Gesetz sich stützenden juristischen Lösung. Die Aufgabe seiner eigenen Theorie ist daher die andere supplierende Quellen zu finden⁵⁰⁾.

Als solche extra-legalen Quellen führt Geny die Gewohnheit und die Autorität an (d. h. Rechtspraxis und Doktrin), dazu — als wichtigste — die Wissenschaft, la libre recherche scientifique. Zuerst wollen wir einmal sehen, wie der Verfasser sich die Wissenschaft als Rechtsquelle vorstellt.

Genys Gedanke ist, daß vor dem Gesetz ein höheres Recht existiert, das eigentliche Recht, das direkt von der menschlichen Vernunft und der Natur der Verhältnisse stammt. Das Gesetz ist nur ein unvollständiger, empirischer Ausdruck für dieses höhere Recht⁵¹⁾. Aber

Fléchère. Le droit coutumier etc., 581 (les règles sur lesquelles tout le monde est d'accord, oeuvre vraiment nationale . . .); Capitant, Introduction, 46—47 (opinio necessitatis, en accord parfait avec les nécessités de la vie pratique); Picard, Constances du droit, 121, 123; May, Introduction, 35 (sentiment juridique populaire); Geny, Méthode, I, 361 f.; Planiol (244), 3.

⁴⁹⁾ S. die Übersicht XVI, 6.

⁵⁰⁾ Méthode, II, 221, 404; Science et technique, 39.

⁵¹⁾ Geny drückt seinen „pensée maitresse“ folgendermaßen aus: „Même sous sa forme positive, le droit nous apparaît comme un ensemble de règles, issues de la nature de choses, et devant être dégagées, au moyen d'une interprétation, plus au moins libre, des éléments sociaux, qu'il a pour objet d'ordonner en vue du bien commun. Directement inspiré par la justice et l'utilité générale, son essence le place donc fort au-dessus des sources formelles, qui n'en sont que les révélations empiriques, destinées seulement à diriger les jugements humains de façon plus précise, mais, en soi, toujours incomplètes et imparfaites“ Méthode, II, 221.

ebenso, wie das Gesetz seine Kraft und Geltung von diesem anderen Recht holt, tritt dieses supplierend hinzu, wenn das positive Recht aufhört. Das überempirische Recht ist gleichsam ein Hintergrund, vor dem das Muster des Gesetzes sichtbar wird und wieder verschwindet. Diesem allein kommt der Name Recht zu.

Es ist die Aufgabe der Wissenschaft, dieses überpositive Recht zu erforschen, indem sie in die intimen Tiefen des menschlichen Gewissens und der menschlichen Vernunft, wie auch in die fundamentalen Zusammenhänge der Dinge eindringt, die ewigen Prinzipien der Rechtfertigkeit zu entschleiern und sichtbar zu machen, und so das Recht zu schaffen. So besitzt die Wissenschaft also „une activité proprement productive“⁵²⁾, die sich in der „élaboration scientifique du droit“ entfaltet⁵³⁾. Dieses von der Wissenschaft geschaffene Recht tritt supplierend ein, wenn das Gesetz aufhört⁵⁴⁾. Als die wichtigste subsidiäre Quelle nennt Geny daher „le libre recherche scientifique“. „Le champ des investigations se précise et se complète. D'une part, interroger la raison et la conscience, pour découvrir en notre nature intime les bases mêmes de la justice; d'autre part s'adresser aux phénomènes sociaux, pour saisir les lois de leur harmonie et les principes d'ordre qu'ils requièrent“⁵⁵⁾.

Aber diese wissenschaftliche Aufgabe, das höchste Recht zu schaffen, ist schwierig. Der übliche Begriff von Wissenschaft (als auf der Autonomie der Vernunft begründet), reicht nicht aus. Die Rechtswissenschaft als eine autoritäre Disziplin „avec tendances essentiellement pratiques“ beruht auf einer „fusion intime de pensée et d'action“⁵⁶⁾. Tiefere Kräfte treten helfend hinzu: l'intuition et la croyance. „En d'autres termes, la science, quelque peu défaillante [!] en ces matières, s'y trouve renforcée, sinon même remplacée, par cette révélation obscure [!], émanée des profondeurs les plus mystérieuses de l'âme qu'on appelle la croyance, et qui, se rencontrant à la base de toute activité, semble,

⁵²⁾ Méthode II, 11; Die Aufgabe der Rechtswissenschaft wird bestimmt I, 5: Regeln aufzustellen, „qui soient de nature, en satisfaisant notre intime sentiment de justice, à maintenir entre tous les intérêts, avec la sécurité essentielle, l'harmonie désirable, conformément à la fin assignée par Dieu à l'humanité“; vgl. auch II, 145—146, 231—233, 98—100.

⁵³⁾ Untertitel zu Science et Technique II.

⁵⁴⁾ Science et technique — das bedeutet eben den Teil des Rechtes, der durch einen schöpfenden wissenschaftlichen Prozeß gefunden werden kann, und den Teil, der eine mehr willkürliche Durchführung des wissenschaftlich Gegebenen ist: le donné und le construit. Vgl. Science et technique, I, 97.

⁵⁵⁾ [108 a] II, 92.

⁵⁶⁾ A. a. O. II, 233.

en même temps, indispensable et suffisante pour procurer les directions, sans lesquelles l'homme ne saurait assurer sa marche dans le sens de sa complète destinée⁵⁷⁾. Wissenschaft oder Glaube, ganz gleich, der Unterschied ist unwesentlich. Der Glaube ist eine Quelle der Sicherheit, und was ist die Wissenschaft wohl anderes⁵⁸⁾?

Tief muß die so ausgerüstete Wissenschaft forschen, um der Menschheit und der Natur die ewige Rechtfertigungsnorm abzurufen. „Pour obtenir de façon décisive avec une plénitude assurée et une fermeté convaincante, le principe des normes directrices de l'activité morale ou juridique, il faut avoir pris parti sur la conception générale de l'Univers, sur l'essence et la nature de l'homme, sur le mystère de son origine et de son existence en ce monde, sur l'énigme de sa destinée⁵⁹⁾. Der Begriff des Universums! Die Essenz und Natur des Menschen! Das Mysterium seines Ursprungs! Das Rätsel seiner Bestimmung! Das Geheimnis des heiligen Pentagramms in der Kabbala! kann man ohne weiteres hinzufügen, ohne den Übergang zu merken. Von Gott selber muß die Wissenschaft diese höchste Norm holen: „Telle est la règle morale, émanée de Dieu, qui l'impose à l'homme, sous des sanctions d'ordres divers, et en vue de la destinée qu'il a ouverte tant au monde qu'aux individus. Et, suivant son objet propre, cette règle morale . . . prend parfois le caractère de règle juridique . . . dont la source suprême réside toujours en l'autorité divine“⁶⁰⁾.

Diese Prometeusaufgabe hat Geny durchgeführt und er hat das wissenschaftlich Gegebene im Rechte (science en droit, le donné) auf vier Grundformen reduziert: les données réelles, historiques, rationnelles et idéales⁶¹⁾. In diesem Zusammenhang sind besonders die beiden letzten von Interesse.

Der Unterschied ist höchst unklar, aber es ist wohl am ehesten so gedacht, daß das, was notwendigerweise aus den logischen Forderungen der Vernunft folgt, von dem gesondert wird, was mehr auf einem Gefühl beruht, das ein Ideal formt. So erfährt man, daß das Verbot der Blutschande zwischen Verwandten gleicher Linie und die Forderung, daß die Ehe eine stabile und permanente Vereinigung ist, aus les données rationnelles folgt. Wohingegen die Erweiterung des Blutschandebegriffes auf andere Fälle, ebenso wie das Princip der Mono-

⁵⁷⁾ A. a. O. I. 187.

⁵⁸⁾ A. a. O. II. 99; vgl. [108 b] II. 85, „science ou non d'ailleurs, qu'importe! Avant tout il faut vivre“.

⁵⁹⁾ [108 b] II. 354.

⁶⁰⁾ A. a. O. II. 360—361.

⁶¹⁾ A. a. O. II. 371 ff.

gamie und die fundamentale Unauflöslichkeit der Ehe aus les données idéales folgt⁶²⁾. Wie man sieht, ist die Sonderung ganz willkürlich. Die Forderung, daß die Ehe „stabil und permanent“ sein soll, ist natürlich ebensogut ein Ideal wie eins der anderen. Zusammen bilden sie, wie gesagt, das Resultat der wissenschaftlichen Erkenntnis des Rechtes.

Unter einer Voraussetzung ließe sich gegen alles dies nichts einwenden, nämlich, wenn man die Bezeichnungen Wissenschaft und wissenschaftlich verwandelt in Magie und magisch, dergestalt, daß der Name der fundamentalen Rechtsquelle „le libre recherche magique“ lautet⁶³⁾. Die Auffassung der Wissenschaft als einer schaffenden Kraft, die aus „den mystischsten Tiefen der Seele“ quillt, ist magisch. Durch mystische Spekulationen und okkulte Kräfte greift die Magie schaffend in den Weltprozeß ein. Zu jeder Zeit gibt es sowohl Magier wie Wissenschaftsmänner. Man muß nur dagegen Protest erheben, daß die Magie sich den Namen Wissenschaft entleiht. Ihre Aufgabe ist bescheidener. Wissenschaft ist Erkenntnis, d. h. Bestimmung eines Seins. Produktion ist Handlung. Kaufmann benennt die Lehre von einer schaffenden Wissenschaft mit dem richtigen Namen: Nonsense⁶⁴⁾.

6. Der leitende Gedanke in Genys Werk ist die Vorstellung von einer schaffenden Wissenschaft und einem subsidiären Idealrecht als ihrem Produkt. Wollten wir ein zusammenhängendes Referat von der Durchführung dieses Gedankenganges geben, so würde das über den Rahmen dieser Skizze hinausgehen. Wir wollen uns darauf beschränken, zu zeigen, wie die oben (unter no. 4) besprochenen beiden Grundfehler, die man in aller neueren französischen Quellentheorie findet, sich in Genys Lehre eben durch diesen leitenden Gedanken widerspiegeln.

Daß erstens alles Recht identisch ist mit Prämissen für eine Gerichtsentscheidung, bildet das Leitmotiv in allen Untersuchungen Genys. Er geht davon aus, daß das Gesetz „unzulänglich“ ist, und schließt, daß man also andere subsidiäre Rechtsquellen finden muß. Das Dogma von der präjudexiellen Existenz des Rechtes wurde oben auf p. 49 eben durch ein Zitat Genys illustriert. Man kann weiter hinzufügen, daß Geny ausdrücklich unter Berufung auf das Prinzip von der Trennung der Gewalten, bestreitet, daß die Praxis eine Rechtsquelle ist⁶⁵⁾.

⁶²⁾ A. a. O. II. 382, 386.

⁶³⁾ Eine gute Kritik Genys „wissenschaftlicher“ Rechtsfindung bei Davy, „Le droit, l'idéalisme et l'expérience, 105 f., besonders 116—117.

⁶⁴⁾ Vgl. oben I, Anm. 12.

⁶⁵⁾ [108 a] II. 35.

Auch was die Methode betrifft, ist Genys Auffassung für den üblichen Methodensynkretismus typisch. Geny wendet zur Lösung des Problems der Rechtsquellen sowohl eine naturrechtliche, wie auch eine soziologische Methode an. An einer Stelle fragt er, ob das Rechtsquellenproblem (speziell die Kompetenz des Gesetzgebers) sich durch die inhaltsmäßigen Bestimmungen des positiven Rechts, des Gesetzes, hierüber lösen läßt. Die Frage wird mit Recht in verneinendem Sinne beantwortet. „La compétence du législateur“ heißt es, „s'établit d'après des règles supérieures de toute arbitraire . . . que seules la nature des choses et la raison imposent, en les révélant“⁶⁶). In diesen beiden Momenten, la nature des choses und la raison, auf die das ganze Werk hindurch von Anfang bis zu Ende Bezug genommen wird, liegt eine Hindeutung auf eine soziologische, beziehungsweise naturrechtliche Methode. Geny entgeht auch nicht dem aus diesem Methodensynkretismus folgenden erwähnten Dualismus im Rechtsbegriffe. Auf der einen Seite gelangt er durch seine naturrechtliche Methode dazu, ein supra-legales Naturrecht, das eigentliche Recht zu postulieren, von dem das Gesetz nur eine unvollkommene Ausdrucksform ist⁶⁷). Auf der anderen Seite erkennt er die unbedingte Geltung des Gesetzes an und bestimmt seinen Begriff naiv-positivistisch als „l'œuvre du pouvoir compétent“⁶⁸). Er bestreitet ausdrücklich, daß es einen Zweck habe, weiter darüber zu spekulieren, warum es Geltung hat⁶⁹). Die Existenzbedingungen der anderen Rechtsquellen dagegen werden von naturrechtlichen Betrachtungen über das Nützliche, Rechtfertigte, Zweckmäßige, Natürliche (soziologischer Gesichtspunkt) aus bestimmt, indem man sie als Rechtsquellen ansieht. So besteht eine Diskrepanz zwischen dem unerklärten Positivismus (denn wer ist kompetent? Das läßt sich weder mit Fernglas, noch mit Mikroskop entscheiden) und der idealen Bestimmung der anderen Rechtsquellen.

Dieser Dualismus kommt auch im Rechtsquellenbegriff zum Ausdruck. Es wird zwischen zwei Arten Quellen unterschieden: teils solchen, die als „sources formelles“ charakterisiert werden, teils solchen, die diese Qualifikation nicht haben. Von den ersten heißt es, sie seien „injonctions d'autorité compétente formées, extérieur à l'interprète, et ayant qualité pour commander à son jugement“⁷⁰). Unter Quelle ohne besondere Qualifikation wird „direction du jugement pour l'inter-

⁶⁶) A. a. O. I. 106.

⁶⁷) S. oben bei Anm. 52.

⁶⁸) [108 a] I. 115, vgl. 243, 248.

⁶⁹) A. a. O. I. 242—244; hierzu oben p. 6.

⁷⁰) A. a. O. I. 238. Der Wortlaut des Zitates wurde gekürzt und etwas verändert.

prète“ verstanden⁷¹). Dieser Unterschied bei den Rechtsquellen bezieht sich auf den erwähnten Unterschied im Wesen des Rechtes und beruht also darauf, ob man das Recht als autoritären Ursprungs ansieht oder nicht. Um einer Verwechslung mit germanischem Sprachgebrauch vorzubeugen, werde ich mir die Freiheit nehmen, Genys „sources formelles“ autoritäre Quellen zu benennen. Geny versucht, dieser Scheidung eine Bedeutung beizumessen, die, recht besehen, gar keinen Sinn hat. Es heißt, daß die autoritären Quellen eine „force obligatoire absolue“ besitzen, während den anderen nur eine „direction moins impérieuse“ zukommt⁷²). Diese Scheidung ist sinnlos. Denn entweder ist eine Norm verbindend oder nicht. Gradunterschiede gibt es nicht, wohl aber Artunterschiede. Eine Norm kann von verschiedenen normativen Gesichtspunkten aus verbindend sein. Das ist es wohl auch, was der Scheidung zugrunde liegt: die nicht-autoritären Quellen sind in Wirklichkeit keine Rechtsquellen, sondern moralische Direktiven, die sich auf eine metaphysische Moraltheorie gründen.

Aber was noch wichtiger ist: Geny rubriziert die von ihm angeführten Rechtsquellen bei der Scheidung in autoritäre und nicht-autoritäre in einer Weise ein, die der Definition widerspricht, die er selber von dieser Scheidung gegeben hat. Es leuchtet ein, daß das Gesetz, das Werk der kompetenten Behörde, unter die autoritären Quellen gehört. Es ist aber ganz unverständlich, wie man auch die Gewohnheit zu ihnen rechnen kann⁷³). Das Gewohnheitsrecht entstammt nach Genys Darstellung dem unbestimmten Kreise der Ausübenden, Interessierten, Rechtsunterworfenen. Es scheint unverständlich, wie man hierin eine „autorité ayant qualité pour commander“ erblicken kann, besonders, da die doktrinaire Meinung an einer andern Stelle als autoritäre Rechtsquelle mit der Begründung abgelehnt wird, daß dem Gelehrten kein „caractère de publicité et pour ainsi dire, d'authenticité“ eigne⁷⁴). Ein solcher Charakter kann, scheint es, viel weniger den „Ausübenden“ eignen, als den Gelehrten. Diese oberflächliche Inkonsequenz im System, die sich ganz einfach beseitigen läßt, indem man der Gewohnheit den Titel einer autoritären Quelle nimmt, verrät inzwischen den tiefer liegenden Grundfehler: Geny hat den Drang gefühlt, das Gewohnheitsrecht mit einer ähnlichen Positivität auszustatten, wie das Gesetz, nämlich mit der sogenannten „force obligatoire absolue“ (d. h. juridique), und hat da, obgleich sich das keineswegs mit seiner nicht-positiven

⁷¹) A. a. O. II. 3.

⁷²) A. a. O. II. 2—3.

⁷³) Besonders da die Gestattungstheorie abgelehnt wird, a. St. I. 364—365.

⁷⁴) A. a. O. II. 54.

Rechtsdefinition, speziell mit der Definition des Gewohnheitsrechts, vereinigen läßt, ohne weiteres die Gewohnheit unter die autoritären Quellen eingereiht. Sicher hat die weniger präzise Terminologie „sources formelles“ dazu beigetragen, diese Manipulation möglich zu machen.

Der Dualismus, der so notwendigerweise in Genys Rechtsbegriff entstehen muß, weil er keiner positiven Methode folgt, kann wiederum entweder überwiegend soziologischen oder naturrechtlichen Charakters sein. Die soziologische Verwechslung tritt besonders zutage, wenn die faktische Gewohnheit — als eine wichtige soziologische, rechtschaffende Ursache — für eine Rechtsquelle ausgegeben wird. Das hängt mit der unten im englisch-historischen Teil näher behandelten Scheidung zwischen materiellen und formellen Rechtsquellen zusammen. Austin zeigte, daß die sogenannten materiellen Quellen, d. h. Quellen des Rechtsinhaltes, wie Religion, Gewohnheiten, moralische Vorstellungen, Ursachen sind, die bewirken können, daß ein gegebenes Recht mit gegebenem Inhalt zur Existenz gelangt. Sie sind dagegen nicht mehr Rechtsquellen, d. h. Erkenntnisgrund dafür, daß etwas als Recht Geltung hat, als eine kaiserliche Laune, die auf die Abfassung eines Gesetzes Einfluß gewinnen mußte. Ganz dasselbe gilt von gewissen nicht-autoritären Quellen Genys (Gewohnheit, Doktrin), die als faktische Verhältnisse Einfluß auf die Entscheidung des Richters haben können, und, nach des Verfassers Meinung haben müssen. Von Rechtsquellen aber, einem Erkenntnisgrunde für Recht, ist hier nicht die Rede.

Die naturrechtliche Anmaßung zeigt sich besonders, wenn Geny freie, „wissenschaftliche“ Spekulationen über das „Rechtfertigte“, „Nützliche“, „Zweckmäßige“, „Natürliche“ als Rechtsquellen anführt.

Glücklich — vielleicht — der Staat, dessen Rechtsordnung ein Bild der Theorien des Verfassers wäre. Man kann aber doch nicht umhin, zu glauben, daß dem Verfasser niemals ein Zweifel gekommen ist, ob denn auch die Rechtswirklichkeit dem entspricht, was er sich so als das Rechtfertigste und Vernünftigste ausgedacht hat. Aber das hängt vielleicht damit zusammen, daß Geny niemals verstanden hat, daß das Problem der Rechtsquellen eine Frage einer gewissen Rechtswirklichkeit ist, und daß er im übrigen ein Mann ist, dem es natürlicher ist, zu glauben, als zu zweifeln. Um ein Zitat des Verfassers selbst anzuwenden: „Science ou non d'ailleurs, qu'importe! Avant tout il faut vivre“⁷⁵⁾.

7. Unter den einzelnen Quellen nennt Geny zuerst und vor allem das Gesetz als autoritäre Rechtsquelle. Dieser Begriff wird positivistisch als der Wille der kompetenten Macht bestimmt. Wir wollen

⁷⁵⁾ Science et technique, II. 85.

nun näher darauf eingehen, wie Geny die Stellung des Gesetzes im Verhältnis zu den übrigen Quellen bestimmt.

Das Gesetz, heißt es, ist eine menschliche Willensäußerung, die sich in eine sprachliche Form kleidet⁷⁶⁾. Hieraus leitet Geny ab, daß das einzige rationale Deutungsprinzip in Übereinstimmung mit der gesunden Vernunft und dem „raison d'être“ des Gesetzes das ist, daß man das Gesetz im Einklang mit dem Willen des Gesetzgebers auslegt⁷⁷⁾. Abgesehen davon, daß man, wie so oft bei rationalen Prinzipien, die von dem einen oder anderen Begriffe abgeleitet werden, schwer einsehen kann, welcher Art ihre Notwendigkeit ist, da eine entgegengesetzte Lösung faktisch wohl ebenso möglich ist, soll bemerkt werden, daß es überhaupt nicht möglich ist, dem Begriffe „der Wille des Gesetzgebers“ als psychischer Realität eine solche Formulierung zu geben, daß sie ein denkbare Auslegungsprinzip abgibt.

Geny weist selber die Möglichkeit zurück, daß man mit dem erwähnten Begriffe den vermuteten Willen meint. Dieser führt über den Willen als psychologische Realität zu einem selbständigen normativen Gesichtspunkt, von dem aus bestimmt wird, was als des Gesetzgebers vermuteter Wille angesehen werden soll. Geny meint einen realen Willen⁷⁸⁾. Abgesehen davon, daß man in unserer Zeit kaum von einem einzelnen gesetzgebenden Willen sprechen kann, da der Gesetzgeber ja nicht eine psycho-physische Person ist, hat diese Auffassung noch andere Schwierigkeiten im Gefolge. Wenn man meint, das Gesetz dürfe nur in den Fällen Anwendung finden, die auf den Reichstagsverhandlungen während seiner Entstehung vorausgesehen wurden, dann gelangt man augenscheinlich zu gar zu unzureichenden Resultaten. Die einzige haltbare Formulierung des Willens des Gesetzgebers ist die, daß er bestimmt, daß der formulierte Gesetzentwurf Gesetz sein soll. Dieser Wille aber sagt nichts aus, setzt vielmehr ein außer ihm liegendes Deutungsprinzip voraus. Geny sieht sich denn auch gezwungen, seinem eigenen Prinzip untreu zu werden. Wenn er als Auslegungsdatum die „harmonie nécessaire“ hervorhebt, die zutage tritt, wenn man den einzelnen Satz des Gesetzes als Teil eines Ganzen betrachtet, so bedeutet dieses Moment augenscheinlich eine Idealforderung, die von einem existierenden, wirklichen Willen unabhängig ist⁷⁹⁾.

Weiter wird die Gewohnheit als Rechtsquelle genannt. Wir haben oben darauf hingewiesen, daß die Gewohnheit unter die autori-

⁷⁶⁾ Méthode, I. 116.

⁷⁷⁾ A. a. O. I. 263.

⁷⁸⁾ A. a. O. I. 313.

⁷⁹⁾ A. a. O. I. 285.

tären Quellen eingereiht wird, obgleich keine Autorität angegeben wird, von der sie ausgeht. Die Behandlungsweise ist daher auch nicht positivistisch, wie hinsichtlich des Gesetzes. Hier begegnen wir dem ersten deutlichen Beispiel einer naturrechtlichen Rechtsquellenmethode. Obgleich man der Gewohnheit dieselbe absolut-bindende Kraft wie dem Gesetze beimißt, obgleich man wie auf ein Faktum sich darauf beruft, daß das Gewohnheitsrecht Rechtsquelle gewesen ist und noch immer ist, werden doch die Existenzbedingungen dieses Faktums aus idealen Überlegungen über soziale und ethische Vorteile bei einem Gewohnheitsrecht hergeleitet, d. h. aus einer Justifikation des Gewohnheitsrechtes. Um dies zu „begründen“ führt man drei Argumente an. Sie gehen zum Teil darauf aus, daß es mit Rücksicht auf eine gewisse Stabilität, Sicherheit und Gleichheit im Rechtsleben wünschenswert ist, zum andern Teil darauf, daß es einem tiefen menschlichen Gefühl entspricht, zum Teil endlich darauf, daß das Gewohnheitsrecht besonders wünschenswert ist, weil es angeblich die vortreffliche Eigenschaft hat, alle beteiligten Interessen zu befriedigen⁸⁰⁾. Wir wollen hier nicht bei den materiellen Fehlern verweilen, die diese Argumente enthalten. Wir wollen nur darauf aufmerksam machen, daß in diesen Argumenten, ihrer Form nach, ausgesprochen wird, daß das Gewohnheitsrecht von gewissen Bewertungsmomenten aus das Gewohnheitsrecht wünschenswert ist. Das Gewohnheitsrecht wird justifiziert, wie Geny es zu wiederholten Malen ausdrückt⁸¹⁾. Wie kann man aber aus dieser Wertqualifikation schließen, daß das Gewohnheitsrecht auch faktisch existiert, Rechtsquelle ist? oder gar daraus seine Existenzbedingungen deduzieren? Das aber tut Geny. Seine Resultate müssen daher wegen seines Ausgangspunktes jeglichen Wirklichkeitswertes entbehren.

⁸⁰⁾ 1. Die Gewohnheit, heißt es, beruht auf „une véritable nécessité sociale permanente La sécurité indispensable aux intérêts privés, et la stabilité nécessaire de droits individuels, non moins que la besoin d'égalité, qui fait le fonds de toute justice, exigent qu'une règle, accrédité par un long usage, avec le caractère d'obligation juridique, s'impose, à l'égalité d'une loi . . .“

2. „Ce résultat fait écho à un sentiment profond de la nature humaine, qui enveloppe, d'un respect mêlé de crainte, la coutume des ancêtres et redoute de la changer“.

3. „Il satisfait tous les intérêts, qui sont en jeu dans l'organisation juridique positive . . . La coutume supposant, par définition, l'assentiment des intéressés, y compris ceux qui souffrent éventuellement de la règle qu'elle établit, pareille reconnaissance générale, essentiellement volontaire, constitue le signe décisif de la valeur intrinsèque de cette règle et la meilleure garantie de l'équilibre qu'elle assure entre les intérêts qui y sont engagés“. Méthode. I. 345—346.

⁸¹⁾ A. a. O. I. 344, 348 u. a

Im übrigen ist Genys Lehre vom Gewohnheitsrecht nur eine Wiederholung der üblichen römisch-germanischen. Die Existenzbedingungen werden zusammengefaßt: in einem materiellen Element, langem, konstantem Gebrauche, und in einem psychologischen, *opinio necessitatis*⁸²⁾. Die Bestimmung des letzteren Begriffes muß notwendigerweise dieselben Schwierigkeiten machen, wie sonst. Lambert hat nachgewiesen, daß Geny zwischen einer Glaubens- und einer Willensformulierung hin- und herschwankt⁸³⁾. Das soll hier nicht weiter verfolgt werden.

An dritter Stelle nennt er *autorité* und *tradition* als Rechtsquellen. Damit meint er eine doktrinaire Auffassung und Rechtspraxis, die als *tradition* bezeichnet wird, wenn sie älter, als *autorité*, wenn sie jünger ist, als der Code civil⁸⁴⁾. Die Begriffsbildung selber verschleiert so den positiv wichtigen Unterschied, der sich aus der besonderen Autorität des Richters herschreibt, der aber von Genys naturrechtlich-idealem Gesichtspunkt aus für irrelevant befunden wird⁸⁵⁾. Der Ausgangspunkt ist auch in diesem Falle eine Justifikation. Doch werden Nützlichkeitsrücksichten nicht als überragend genug angesehen, um diese Quellen als autoritäre begründen zu können. Man glaubt die Frage auf dieser Basis allein nicht lösen zu können⁸⁶⁾. Der Tradition wird eine *force obligatoire* abgesprochen, da sie älter ist, als die Kodifikation⁸⁷⁾. Auch den modernen Autoritäten kommt eine bindende Kraft zu. Soweit es die Gerichtspraxis anlangt, wird auf das Prinzip von der Trennung der Gewalten hingewiesen, das verbietet, in der Jurisprudenz eine Rechtsquelle zu sehen⁸⁸⁾. Das Unrichtige an diesem Argument wurde oben eingehend klargelegt. Soweit es die doktrinaire Auffassung angeht, wird die Begründung gegeben, daß den Gelehrten ein Charakter der „authenticité“ nicht zukommt⁸⁹⁾. Das ist ein Gesichtspunkt, der, wie erwähnt, konsequent dazu führen müßte, auch der Gewohnheit die Qualität einer autoritären Quelle abzusprechen. Im übrigen werden *tradition* und *autorité* als Quellen allgemeiner Ordnung angesehen.

Als vierte und letzte, als große supplierende Rechtsquelle, wird „le libre recherche scientifique“ genannt. Oben unter no. 5 haben wir eingehend nachgewiesen, wie unrichtig es ist, diese angebliche Quelle als ein wissenschaftliches Produkt auszugeben. Sie bedeutet in

⁸²⁾ A. a. O. I. 356.

⁸³⁾ Etudes, 133.

⁸⁴⁾ Méthode, II. 12.

⁸⁵⁾ A. a. O. II. 9.

⁸⁶⁾ A. a. O. II. 32.

⁸⁷⁾ A. a. O. II. 18.

⁸⁸⁾ A. a. O. II. 35.

⁸⁹⁾ A. a. O. II. 54.

Wahrheit nichts anderes, als eine Sammlung moralischer Postulate subjektiv-metaphysischen Charakters. Sie verdient insofern keine ins einzelne gehende Besprechung. Für den Juristen ist alles gesagt, wenn wir auf den Methodensynkretismus und die Begriffsverwirrung hinweisen, die darin liegt, daß man diese Moralpostulate für Recht ausgibt.

Um der Vollständigkeit willen wollen wir indessen doch kurz auf diesen Teil von Genys Lehre eingehen. Seine Absicht ist, ein soziologisch-realistisches Element mit einem naturrechtlich-idealen in einer Synthese zu vereinen. In der „Méthode d'Interprétation“ wird der Ausgangspunkt im soziologischen Element gewählt. Die freie Rechtschaffung beginnt mit dem Begriff „la nature des choses“, der sich auf das Postulat gründet, daß „les rapports de la vie sociale portent en soi les conditions de leur équilibre, et découvrent, pour ainsi dire, eux-mêmes, la norme qui les doit régir.“ Aber selbst die allerminutiöseste Analyse der sozialen Verhältnisse ist doch, auf sich selbst gestellt, nicht imstande, diese Norm heraus zu analysieren. „Il faut chercher, en dehors et au-dessus des faits, la loi de leur harmonie“⁹⁰⁾. Damit erfolgt der Übergang zu den rein idealen Spekulationen. Dementsprechend zerfallen die Ausführungen in zwei Teile: a) „Les éléments de libre recherche puisés dans la conscience et raison“⁹¹⁾ gehen darauf aus, die obersten rationellen und idealen Prinzipien zu bestimmen. Dem entsprechen in der „Science et Technique“ les donnés rationnelles und idéales. Wie oben geschildert, ist das Mittel, mit dem diese Prinzipien festgestellt werden, subjektiver Glaube, Intuition. Die höchste Begründung ist ein Hinweis auf das Gewissen. Die Behauptungen entziehen sich damit jeder Diskussion. Auf Grund dieses Glaubens und anderer obskurer Seelenkräfte postuliert Geny eine Reihe Rechtsprinzipien von größerer oder geringerer Evidenz und bindender Kraft⁹²⁾. Zu oberst steht la justice en soi, die mit einer force obligatoire absolue auftritt. Sie stützt sich auf Aristoteles' und des heiligen Thomas von Aquino Analysen. Ihre Essenz wird auf bekannte, nichtssagende Phrasen zurückgeführt: suum cuique tribuere, alterum non laedere (ne fait pas tort à personne), die beide das Recht voraussetzen, das sie ausdrücken sollen. In zweiter Linie kommen eine Reihe Postulate, die sich auf „die eminente Würde der menschlichen Person“ gründen, und auf das Recht, sich seiner Bestimmung gemäß zu entwickeln, ohne indessen das Recht anderer zu beeinträchtigen. Hierhin gehört die wesentliche Grundlage für die familienrechtliche Ordnung. In dritter Reihe kommen, an Zahl wachsend,

⁹⁰⁾ A. a. O. II. 89.

⁹¹⁾ A. a. O. II. 93 f.

⁹²⁾ Méthode, II. 105 f.; Science et technique, II. 390, 394 f.

eine Menge Regeln teils persönlicher, teils ökonomischer Natur, wie Verbot der Sklaverei, die Pflicht, den durch Schuld verursachten Schaden zu ersetzen, die Pflicht eine Bereicherung sine causa zurückzuerstatten, das Recht auf Arbeit, das Recht auf Existenz usw. Sie sind, heißt es, weniger sicher, als die vorhergehenden. Daraus ersieht man leicht, daß die angegebenen Maximen entweder, wie die obersten, völlig nichtsagend sind, oder, wie die niedrigeren, willkürlich und jeder Begründung oder Diskussion entzogen.

b) „Les éléments positifs de la libre recherche“⁹³⁾ setzen, wie erwähnt, für die Bestimmung ihrer Harmonie ein ideales Gesetz über die Tatsachen selber voraus. Man kann daher nur staunen, wenn Geny erklärt, daß das einzige sichere Indizium für dieses Gleichgewicht in den gegebenen positiven Organisationen zu finden ist⁹⁴⁾. Da diese als Fakta in hohem Maße im Widerspruch zum Ideal stehen können, so scheint das ein wunderlicher Weg, nach diesem zu streben. In Wirklichkeit unternimmt Geny eine Manipulation, um gewisse soziologische, rechtsdeterminierende Faktoren in sein System einzufügen. Als positive Organisationen, die eine Basis für eine Rechtsbildung abgeben können, verweist Geny auf die rechtlichen, die eine Basis für die Analogie bilden, auf die positiv-politische und auf die ökonomische. Endlich beruft er sich auf alle Wissenschaften, die über die Verhältnisse des sozialen Lebens Aufschluß geben können, in erster Reihe die Soziologie, sodann die Ethik, Psychologie, Geschichte usw.

Es wäre nicht zu rechtfertigen, daß der Leser mit einer so ausführlichen Darstellung und Kritik der Rechtsquellenlehre Genys ermüdet wurde, wenn es nicht deshalb geschehen wäre, weil sein Werk darüber als das Standardwerk der französischen Literatur auf diesem Gebiete angesehen werden muß.

Als Beispiel für die soziologisch orientierten Reformbestrebungen der Richtung Saleilles sollen Eduard Lamberts „Études de droit commun législatif“ besprochen werden, die zu dem Besten gehören, was in der französischen Literatur über die Rechtsquellen geschrieben wurde.

8. Wie es in Frankreich allgemein der Fall ist, versteht auch Lambert unter „science de droit“ Rechtspolitik, „l'art juridique“. Er gibt aber ausdrücklich das Unrichtige in diesem Sprachgebrauch zu⁹⁵⁾. Seine Bestrebungen gehen, im Gegensatz zu Genys Metaphysik, darauf aus, eine positive, empirische Soziologie an die Stelle des Naturrechtes zu

⁹³⁾ Méthode, II. 113 f.

⁹⁴⁾ A. a. O. II. 115.

⁹⁵⁾ Etudes, 103—104, 823—824.

setzen, um die soziale Pflicht zu bestimmen. „La révélation juridique, sous sa double forme, le droit romain et le *Naturrecht* immuable enregistré dans la conscience individuelle, ne peut plus nous rendre aucun service. On commet un anachronisme en tentant de nous l'imposer à nouveau. Vainement la maquille-t-on, nous la reconnaissons trop facilement. Elle ne nous séduit plus. Il est temps qu'elle disparaisse. Ce n'est point à elle que nous devons désormais demander les directions nécessaires pour nous guider dans la découverte du devoir social, c'est à toutes les sciences soziologiques“⁹⁶). Es heißt, daß der Gesetzgeber in unserer Zeit modern und praktisch geworden ist. „Il a substitué des considérations utilitaires à l'idéal, au *Naturrecht*“⁹⁷). Die Aufgabe der Doktrin wird so bestimmt: „guider et activer le mouvement de la jurisprudence, rapprocher le droit établi à celui qui devait exister“⁹⁸). So tritt die Soziologie gänzlich an die Stelle des *Naturrechtes*. Um seine Aufgabe zu erfüllen, muß der Jurist sich deshalb an die sozialen Wissenschaften wenden, „les sciences sociales . . . doivent . . . révéler, de plus en plus fréquemment au Civilpolitiker les avantages et les inconvénients probables que peuvent produire dans la société où il vit et agit, les solutions entre lesquelles il est appelé à faire un choix“⁹⁹). Als besonders wertvoll für diesen Zweck wird *le droit comparé* genannt, das aus zwei getrennten Disziplinen besteht¹⁰⁰).

Die erste von ihnen, *histoire comparative*, ist ein Teil der beschreibenden Soziologie und bildet — durch vergleichendes Studium der Sukzessionsverhältnisse, die zwischen juristischen Phänomenen bestehen — die Grundlage für die Erkenntnis der Ursachen der juristischen Variationen, der naturwissenschaftlich-soziologischen Gesetze, die diese beherrschen.

Die andere Disziplin, *législation comparée*, ist keine reine Wissenschaft, sondern eine Kunst (art), eine Technik, die auf Grund der in der ersten Disziplin gewonnenen Resultate ein praktisches Ziel verfolgt. Sie ist eines der Mittel zur zielbewußten Erkenntnis des positiven Rechts. Wie man sieht, fallen diese beiden Disziplinen unter die Gruppen, die wir oben (I, 3) Rechtssoziologie und Rechtstechnologie nannten.

⁹⁶) A. a. O. 874—875; von mir hervorgehoben.

⁹⁷) A. a. O. 841.

⁹⁸) A. a. O. 44.

⁹⁹) A. a. O. 879.

¹⁰⁰) A. a. O. 915, 916.

Insofern Lambert so die Soziologie an die Stelle des *Naturrechtes* setzen will, begeht er einen Fehler, der sich häufig in der modernen französischen Soziologie findet. Indem er die Soziologie zu einer normativen Wissenschaft macht, unterliegt er einem methodischen Irrtum. Die Soziologie wird als eine Kausal-Naturwissenschaft konstituiert und kann deshalb höchstens zu einer Technologie führen, nicht zu einer echten Normlehre. Es ist deshalb unrichtig, wenn Lambert meint, auf Grundlage der soziologischen Wissenschaften die soziale Pflicht, Vorteile und Mängel einer juristischen Lösung, wie das Recht sein soll, bestimmen zu können. Alles dies setzt Bewertungsgesichtspunkte voraus, die mit einer naturwissenschaftlichen Methode inkommensurabel sind. Diese Bestimmungen setzen einen Wertmesser voraus — also ein *Naturrecht* im Keim. Einen solchen findet man in Lamberts Darstellung, wenn er sich auf „l'équité et l'utilité“ beruft: „Sans doute il doit exister sur chaque problème une solution qui, dans l'état actuel de nos mœurs, serait plus que toute autre conforme à l'équité et à l'utilité générale; il doit y avoir en ce sens des rapports nécessaires entre les choses De tous les instruments susceptibles d'être employés pour la recherche des solutions juridiques les plus conformes aux exigences actuelles de l'équité et de l'utilité sociale, le moins parfait et le plus généralement utilisable est le droit civil comparé“¹⁰¹). Dieser Bewertungsstandpunkt aber entbehrt der Notwendigkeit. Lambert erklärt wohl, daß er, im Gegensatz zu Petrazycki, mit dem „Nützlichkeitsmaßstab“ „zufrieden“ ist¹⁰²). Aber Petrazycki kann mit ebenso großer Berechtigung erklären, daß er damit nicht zufrieden ist. Der Maßstab besitzt keine objektive Notwendigkeit, und die subjektive Zufriedenheit hat in der Wissenschaft keinen Platz. Lamberts Bewertungsgesichtspunkt fällt außerhalb der Soziologie. Entweder also muß man sich an das *Naturrecht* (die Ethik) wenden, um zu versuchen, einen gewissen höchsten Wert als objektiv notwendig zu verifizieren. Oder man muß (und das ist vielleicht in Wirklichkeit Lamberts unrichtig ausgedrückter, richtiger Gedanke) jede Wertbestimmung aufgeben und sagen, daß die Rechtssoziologie und die durch sie begründete Rechtstechnologie, keine Mittel gibt, das Recht zu bestimmen, das sein soll, sondern nur das, das man haben will; daß sie nicht über irgend eine soziale Pflicht Aufklärung gibt, sondern nur darüber, wie man eine Rechtsordnung einrichten muß, um ein gewisses vorausgesetztes, willkürliches Ziel zu erreichen. Auch der Herrscher in einem Räuberstaat oder ein grausamer Tyrann kann mit Nutzen Sozio-

¹⁰¹) A. a. O. 37 und 45.

¹⁰²) A. a. O. 834.

logie studieren und *droit comparé* anwenden. Man muß der Rechtssoziologie jeden Schein einer (echten) Normwissenschaft nehmen. Soweit sie sich einen solchen anmaßt, ist sie maskiertes Naturrecht. Die französische moderne Soziologie hat einen Anstrich von Unaufrichtigkeit, insofern sie sich nicht dazu bequemen kann, konsequent die negativen Schlüsse aus ihrem eigenen Ausgangspunkt zu ziehen¹⁰³).

9. Als Einlage behandelt Lambert in seinen Untersuchungen über eine soziologische Rechtspolitik das Problem des Gewohnheitsrechtes (die „Einlage“ umfaßt die Seiten 111—804). Er behandelt dieses Problem, um das Anwendungsgebiet der politischen Forderungen zu bestimmen¹⁰⁴). Falls das Gewohnheitsrecht nicht, wie man gewöhnlich annimmt, unreflektiert als Wirkung obskurer Naturkräfte entsteht, falls auch diese Rechtsbildung ein Eingreifen des bewußten Willens voraussetzt, umfassen die rechtspolitischen Forderungen nicht alleine die Gesetzgebung, sondern auch die bewußte Tätigkeit bei dem Entstehen des Gewohnheitsrechtes. Hieraus folgt, daß Lamberts Problemstellung soziologisch ist. Der Verfasser sucht festzustellen, welche sozialen Faktoren bei der Entstehung des Gewohnheitsrechtes mitwirken. Die formale Frage, woran man erkennen kann, daß dieses Recht ist, berührt die Aufgabe des Verfassers nicht.

Zuerst stellt der Autor die übliche, römisch-kanonische Gewohnheitsrechtslehre dar. Nach ihr gründet sich die Gewohnheit auf ein doppeltes Moment. Einmal ein objektives: eine gewisse faktische Aus-

¹⁰³) Der Ausgangspunkt für die soziologische Moralbetrachtung ist, das Ideal als ein Faktum zu betrachten, le fait moral, das anderen Tatsachen beigeordnet ist. Die wichtigste Frage ist, ob es möglich ist, von diesem Ausgangspunkt aus weiter zu gelangen, als zu einer deskriptiven (explikativen) Morallehre, relativ zu faktisch genährten, kollektiven Moralvorstellungen; oder ob es selbst auf dieser Grundlage möglich sein wird, gewisse imperativische Handlungsregeln über und unabhängig von den kollektiven Moralvorstellungen aufzustellen. Es läßt sich auch so ausdrücken, ob sich Handlungsregeln aufstellen lassen, die nicht nur im Verhältnis zum Individuum, sondern auch zur Kollektivität objektiv sind. Diese Frage muß vom Standpunkt der Soziologie von ihrer Konstitution als Naturwissenschaft aus verneinend beantwortet werden. Nichtsdestoweniger wollen französische Soziologen einem moralischen Skeptizismus gegenüber nicht kapitulieren. Durkheim versucht, eine Handlungsnorm auf den Unterschied zwischen kranken und gesunden sozialen Zuständen zu begründen, *Règles de la méthode sociologique* 7. ed. Paris 1919, p. 61, vgl. *Sociologie et Philosophie*, Paris 1924, p. 86. Lévy-Bruhl bestreitet wohl in *La morale et la science des mœurs* die Möglichkeit einer theoretischen Moral, man findet aber doch in seinem Buch hineingeschmuggelte Bewertungsgesichtspunkte (wie bei Lambert) (p. 17 „le grand bien de tous“ vgl. 218—223, 256, 272—273 u. a.), vgl. hiermit Parodis Kritik der beiden erwähnten Soziologen in „Le problème morale et la pensée contemporaine“, 2. ed. Paris 1921, p. 33—70.

¹⁰⁴) *Etudes*, 111. 821.

übung, und dann ein inneres-psychologisches: *opinio necessitatis*, die „Rechtsüberzeugung“, ein Glaube an oder ein Wille zu dem rechtlichen Charakter der Gewohnheit. Wie man sieht, gibt es viele Formen für die nähere Formulierung des psychologischen Elements. In Bezug auf diesen Punkt scheidet Lambert zwischen drei Hauptgruppen von Theorien¹⁰⁵). Zuerst die römische, die das psychologische Element als eine stillschweigende Einwilligung des Volkes bestimmt — *tacitus consensus populi*. Sodann die Lehre der historischen Schule, die in dem erwähnten Element einen Ausdruck für den „Volksgeist“ sieht. Endlich eine moderne Auffassung, die sich auf das Rechtsgefühl und die freiwillige Zustimmung der „Interessierten“, „Ausübenden“ gründet. Nach letztgenannter Theorie soll der eminente sachliche Wert des Gewohnheitsrechtes eben darin bestehen, daß es notwendigerweise alle beteiligten Interessen befriedigt (s. Geny oben p. 60). Soziologisch gemeinsam ist allen diesen Formen, daß man das Gewohnheitsrecht als ein unbewußtes, unreflektiertes Produkt ansieht, das, sozusagen, auf integrale Weise durch die faktischen Gewohnheiten und die psychologische Einstellung einer Gruppe entsteht.

Lamberts Kritik dieser Lehre läßt sich in folgenden Punkten zusammenfassen:

1. Was zunächst die römische und die moderne Formung der Lehre anbetrifft, so zeigt der Verfasser, daß diese eher als Versuche einer rationalen Justifikation anzusehen sind, als einer wissenschaftlichen Analyse¹⁰⁶). (Das stimmt ganz mit meiner Kritik Genys überein, s. oben p. 60.)
2. Sodann wird gesagt, es sei fiktiv, zu behaupten, daß das Gewohnheitsrecht durch eine glückliche Harmonie des Willens entstehe. Es ist ein Sophismus, wenn man sagt, daß auch „ceux qui éventuellement souffrent“ freiwillig zustimmen, so daß die Interessen aller befriedigt werden. „Il suffit d'ouvrir les yeux, pour se convaincre que les ardents conflits d'intérêts qui s'élèvent de nos jours entre diverses catégories de membre de la collectivité, par exemple entre patrons et ouvriers, entre créanciers et débiteurs, entre les familles légitimes et les enfants naturels d'un de leurs membres, ne s'apaisent pas d'eux-mêmes par des actes réciproques d'abnégation, par une série de concessions mutuelles. Il faut qu'une autorité intervienne pour arrêter et terminer ces conflits qui ne s'éteindraient jamais spontanément“¹⁰⁷).

¹⁰⁵) A. a. O. 122, 127, 131.

¹⁰⁶) A. a. O. 123, 137, 139.

¹⁰⁷) A. a. O. 137.

3. Die Hauptargumente werden aus einer Reihe eingehender soziologisch-historischer Studien über die Existenzbedingungen des Gewohnheitsrechtes geholt. Diese Untersuchungen dokumentieren, daß das Gewohnheitsrecht zu allen Zeiten unter bewußtem aktivem Eingreifen von Seiten der „Experten“ entstanden ist, mag es nun der moderne Richter sein, oder die Zauberer der primitiven Gemeinwesen, Priester, Pontifex oder Gesetzausleger.

Lambert weist darauf hin, daß in der angelsächsischen Rechtswelt das Gewohnheitsrecht — das hier eine besonders hervorragende Rolle als common law und equity spielt — eben durch eine jahrhundertlange Praxis entstanden ist, wenn man auch zu Blackstones Zeit den Anschein erwecken wollte, als erklärte der Richter nur ein vorgefundenes Recht¹⁰⁸⁾.

Was die primitiven Gemeinwesen angeht, so weist der Verfasser zuerst darauf hin, daß „les trois vaillants pionniers de la science de l'histoire comparative de droit Sumner-Maine, Post, Kohler, s'accordent . . . à reconnaître l'impossibilité d'isoler la coutume de l'usage judiciaire“¹⁰⁹⁾.

Im übrigen schildert Lambert auf eigene Hand ausführlich die Geschichte und Soziologie des Gewohnheitsrechtes in dem hebräischen, dem muselmanischen, dem römischen, wie auch dem frühen französischen und germanischen Rechtsstaate. Der Raummangel gestattet leider nicht, näher darauf einzugehen. Als Résumé dieser Untersuchungen kann der Verfasser feststellen, daß die Rechtspraxis zu allen Zeiten eine bedeutende Rolle bei der Entstehung des Gewohnheitsrechtes gespielt hat. In größerem oder geringerem Maße übernimmt diese von den extra-judiziellen Gewohnheiten ein Rohprodukt; das Gewohnheitsrecht entsteht aber erst, nachdem die Praxis dieses Rohmaterial bearbeitet hat. „La jurisprudence a, dans l'élaboration du droit coutumier, un rôle analogue à celui que jouent l'ouvrier et l'outillage industriel dans la transformation de la matière première en produits manufacturés“¹¹⁰⁾.

Zu Lamberts schönen Ausführungen über das Gewohnheitsrecht will ich nur bemerken, daß sie in ihrer soziologischen Form für das positiv-rechtstheoretische Problem, das uns interessiert, nicht entscheidend sind, wie vortrefflich und wichtig sie auch für eine soziologische Untersuchung sein mögen. Das soziologische und das rechtstheoretische Problem ist zweierlei. So hindert nichts, daß man von einem soziologischen Standpunkt aus die römisch-kanonische Theorie gutheißen

¹⁰⁸⁾ A. a. O. 174f.; p. 184 heißt es, daß die englische Doktrin diese Fiktion festgehalten hat; daß das verkehrt ist, ergibt sich aus Austins Darstellung, s. IV, 4f.

¹⁰⁹⁾ A. a. O. 218.

¹¹⁰⁾ A. a. O. 802.

kann, und doch den prä-judiziellen Gewohnheiten den Charakter einer Rechtsquelle nicht zuerkennt. Die Anerkennung der soziologischen Kritik Lamberts zwingt also keineswegs dazu, daß man die übliche Gewohnheitsrechtslehre von einem rechtstheoretischen Standpunkt aus bekämpft. (Austins Kritik war eben rein analytisch.) Umgekehrt kann man Lamberts Kritik gutheißen und doch annehmen, daß schon die faktischen Gewohnheiten Rechtsquelle sind. Zwischen den beiden Gesichtspunkten besteht kein notwendiger Zusammenhang. Etwas anderes ist es, daß sie einander als Kritik der römisch-kanonischen Lehre, die ein Konglomerat beider Methoden ist, natürlich ergänzen.

Es läßt sich gewiß nicht leugnen, daß die Scheidung Lambert selbst nicht völlig klar gewesen ist. Wenn der Verfasser behauptet, daß die Intervention der Jurisprudenz „indispensable“ ist, um die einfachen Gewohnheiten in wirklichen juristischen Coutume zu verwandeln, oder daß die extra-judizielle Praktik ein Material sammle, das die Jurisprudenz meistens bloß mit dem Stempel ihrer Billigung versee, um es in Recht umzuformen¹¹¹⁾, — so ist das zwar vollkommen richtig, nur aber nicht eine soziologische Betrachtung. Die Transformation, von der hier die Rede ist, kann nicht bei einer kausal-naturwissenschaftlichen, sondern nur bei einer analytischen Betrachtung wahrgenommen werden. In demselben Augenblick, in dem man einräumt, daß eine weitere Bearbeitung des betreffenden Stoffes, soweit sie den Inhalt angeht, nicht zu erfolgen braucht, sondern nur eine „Form“veränderung, eine „Transformation“ zum Rechtlichen durch den Stempel der richterlichen Billigung — in demselben Augenblick denkt man bei der Wirksamkeit des Richters nicht mehr an eine wirkende Ursache, sondern an ein Element, das infolge einer Begriffsanalyse als Erkenntnisgrund für das Gewohnheitsrecht notwendig ist.

Résumé.

Als Résumé des Obigen ergibt sich, daß sich in der französischen Theorie nicht ein einziger Beitrag findet, der die Theorie der Rechtsquellen von einer rechtstheoretischen Problemstellung aus behandelte. Man hat in Frankreich die Möglichkeit oder Notwendigkeit dieser Problemstellung überhaupt nicht verstanden. Soweit die Theorie nicht um das Problem herumgeht, indem sie positivistisch auf „das Recht, das faktisch existiert“, auf die „Sätze der kompetenten Macht“ oder dergleichen hinweist, ist die Methode entweder soziologisch oder naturrechtlich in der Bedeutung, die oben (I, 3) diesen Begriffen

¹¹¹⁾ A. a. O. 802, 814.

beigelegt wurde. Die soziologische Methode wiederum enthält eine verborgene naturrechtliche. Der vorherrschende gemeinsame Charakterzug ist infolgedessen eine Disharmonie im Rechtsbegriff und der Rechtsquellentheorie. Einem obersten soziologisch-naturrechtlichen Rechtsbegriff gegenüber ist man gezwungen, die Positivität des Gesetzes in vollkommener Disparität hiermit anzuerkennen. Die übrigen Rechtsquellen hingegen werden durch Deduktion aus dem nicht-positiven Rechtsbegriff bestimmt.

Dieser innere Widerspruch, der selbst bei einer immanenten Betrachtung zutage tritt, muß der französischen Theorie einen tiefer liegenden Fehler anzeigen. Es ist der hier nachgewiesene methodische.

Dieser methodische Fehler verbindet sich mit einem politisch-dogmatischen. An Montesquieus Lehre von der Trennung der Gewalten gefesselt, hält man an dem Dogma von der vollständigen, präjudexiellen Rechtsordnung fest. Dieses Dogma aber verhindert eine richtige Auffassung von der Bedeutung der Rechtspraxis für die Theorie der Rechtsquellen.

Exkursus.

Näheres zur Beleuchtung des Dualismus in dem französischen Rechtsbegriff.

Geny wurde im Vorhergehenden (nos. 5—7) behandelt. Seine Methode ist überwiegend naturrechtlich.

Duguit behauptet, es existiere ein Recht, das über dem Staate stehe, andernfalls verdiente die Rechtswissenschaft ihren Namen nicht ¹¹²⁾. Alles was er geschrieben hat, zielt darauf ab, dieses „droit objectif“ „supérieur à l'État lui-même“ zu beweisen und die deutsche Theorie zu bekämpfen, nach der das Recht vom Staate ausgeht. Seine Methode, die mit positiven Gesichtspunkten durchsetzt ist, ist teils eine soziologische, teils eine naturrechtliche.

Sie ist soziologisch insofern als Duguit mit seiner Behauptung, das Recht sei nicht vom Staate geschaffen, ausdrücken will, daß es nicht auf der freien Laune der Regierenden beruhe, sondern soziologischen, rechtsdeterminierenden Ursachen unterliege. Zum Beispiel: 1. wenn der Verfasser behauptet, daß nicht der französische „Staatswille“, sondern der einige und beharrliche Wille der einzelnen Franzosen den Krieg gegen die deutsche Barbarei durchführte oder einen verbrecherischen Streik niederschlug ¹¹³⁾. Das soll besagen: daß ein gewisser psychologischer Zustand im französischen Volke die soziologische Bedingung dafür gewesen ist, daß die Rechtsregeln, durch die der französische Staat Kriegsakte und dergleichen normierte, überhaupt Existenz gewinnen konnten, und vielmehr praktisch durchgeführt wurden. 2. wenn er lehrt, daß die Einmischung des Staates nicht ausreicht, um einer Regel den Charakter einer Rechtsregel zu verleihen ¹¹⁴⁾. Als Beispiel wird angeführt, daß das Gesetz vom 5. April 1910 über eine zwangsmäßige Altersrente für Arbeiter und Bauern toter Buchstabe geblieben ist: man konnte es nicht durchführen. Das soll besagen: daß das Machtgebiet, auf dem der Gesetzgeber wirkungsvoll Gesetze geben kann, durch gewisse soziale, rechtsdeterminierende Kräfte beschränkt wird, die nachzuweisen, Aufgabe der Soziologie ist. Und 3. wenn Duguit lehrt, daß das Recht spontan in „la conscience juridique collective“ entsteht ¹¹⁵⁾. Hiermit wird eben eine der erwähnten sozialen Kräfte angegeben — wenn eine solche gemeinsame Auffassung überhaupt existiert, was sehr oft nicht der Fall sein wird.

¹¹²⁾ L'Etat, 615.

¹¹³⁾ Traité, I. Préface VIII—IX.

¹¹⁴⁾ A. a. O. I. 43—44, 97.

¹¹⁵⁾ A. a. O. 45, 56.

Die Verwechslung ist dagegen naturrechtlich, insofern Duguit mit der Behauptung, daß das Recht nicht vom Staate geschaffen ist, ausdrücken will, daß ein moralisch verpflichtender Grund für eine Regel in ihr nicht zu finden ist. Zum Beispiel: 1. wenn Duguit entrüstet die deutsche Theorie bekämpft, daß das Recht vom Staate ausgeht (*les gouvernants, les plus forts*)¹¹⁶), weil das Recht sich damit auf die Macht begründet (s. darüber oben p. 31, Anm. 46). 2. wenn Duguit lehrt, daß es bei primitiven Völkern ein Recht gibt, bevor von einer Staatenbildung und Gesetzgebung die Rede ist¹¹⁷), denn die Frage ist eben, ob das „Recht“, das sich dort findet, etwas anderes ist als Moralität (und Konvention). Und 3. wenn es heißt, die Rechtsregel hole ihre „force obligatoire“ von „la conscience juridique“¹¹⁸). Außer dem bereits nachgewiesenen soziologischen liegt darin auch ein moralischer Gesichtspunkt: das Entscheidende ist das kollektive Rechtfertigungsgefühl. Selbst dem positiven Recht schuldet man keinen Respekt, wenn es gegen die kollektive Rechtfertigungsauffassung streitet¹¹⁹).

Trotz dieser über-staatlichen Rechtsbestimmung ist Duguit doch genötigt, die Positivität des Gesetzes anzuerkennen.

Zum ersten wird die Scheidung zwischen normativen und konstruktiven Rechtsregeln eingeführt. Die konstruktiven sind die, die zum Zweck haben, die Durchführung der anderen zu sichern, die normativen sind diese anderen¹²⁰). Abgesehen davon, daß diese Scheidung sicher als durchgängig relativ undurchführbar ist, hat sie jedenfalls die Bedeutung, in hohem Grade die Lehre Duguits, daß das Recht nicht vom Staate geschaffen wird, zu modifizieren. Es wird nämlich zugegeben, daß die konstruktiven Regeln staatsgeschaffen sind. Da weiter der Code civil (abgesehen vom Familienrecht) nur drei eigentliche Normen enthalten soll, so bleibt ein sehr bedeutender Raum für das staatsgeschaffene Recht¹²¹).

Ein anderer Punkt ist noch wichtiger. Duguit gibt direkt die Positivität des Gesetzes zu: „Quand la loi positive est formelle, l'agent public est limité par elle dans son action, il ne peut rien faire allant directement contre la disposition légale. L'agent public, quel qu'il soit, est subordonné hiérarchiquement au législateur. Les esprits modernes sont arrivés à cette conception qui est celle d'une norme juridique in-

¹¹⁶) L'Etat, 227 f.

¹¹⁷) Traité, 42, 34.

¹¹⁸) A. a. O. 39, 41, 43, 45, 64.

¹¹⁹) A. a. O. 91 f.

¹²⁰) A. a. O. 37, 38.

¹²¹) A. a. O. 45, 40.

contestable . . .“¹²²). Hiermit wird das Gesetz als unbestreitbare juristische Norm anerkannt, unangesehen seiner Übereinstimmung mit la conscience juridique. Die Einheit des Rechtsbegriffes ist gesprengt.

Diese Sprengung ist kein Zufall. Sie mußte sich notwendigerweise aus Duguits Rechtsbegriff entwickeln. Er geht durchaus richtig davon aus, daß die Rechtsregel eine soziale Norm ist, und daß ihr besonderer Charakter auf der Eigenartigkeit der Sanktion beruht, die im Falle ihrer Übertretung eintritt¹²³). So ist weder die ökonomische noch die moralische Norm Recht. Sie kann aber zu Recht werden, wenn die Sanktion verändert wird. Die entscheidende Veränderung wird so beschrieben: Die Norm wird Recht, wenn „la grande masse des esprits admette que la sanction de cette règle doit être assurée par la force dont disposent les gouvernants“¹²⁴). Es ist indessen klar, daß diese Sanktion nur einen Gradunterschied von der gewöhnlichen moralischen Mißbilligung ausdrückt. Daß die Macht als Sanktion angewendet werden soll ist nämlich nicht dasselbe wie, daß sie bereits angewandt wird. Die Formulierung deutet so über sich selbst hinaus auf eine andere Sanktion hin, die von der angegebenen wesensverschieden ist: die Anwendung der Macht. Hieraus folgt, daß die Regel in demselben Augenblick, in dem die Macht faktisch als Sanktion eingesetzt wird, eine wesensverschiedene Sanktion erhält. Das bedeutet, daß die Regel positiv wird. Duguits Rechtsdefinition selber enthält so in sich die Notwendigkeit, eine Gruppe wesensverschiedener Normen anzuerkennen, die in noch höherem Grade auf die Bezeichnung rechtlich Anspruch erheben: die positiven Rechtsnormen. Der Dualismus ist damit unvermeidlich.

Auch Gaston May gibt eine naturrechtliche Rechtsdefinition. Es ist die Rede von „droits (individuels) supérieurs à ceux de l'État“. Doch wird das positive Recht als „le droit existant actuellement chez un peuple déterminé“ anerkannt¹²⁵).

Berthélemy schreibt vom Gesetzgeber: „En théorie son rôle se borne à constater le droit“, er erkennt aber eine Positivität in einem Umfange an, der diese ideale Definition nichtssagend macht. Er fügt

¹²²) A. a. O. 92; von mir hervorgehoben.

¹²³) A. a. O. 26.

¹²⁴) A. a. O. 42; von mir hervorgehoben; an einigen Stellen, p. 36, 41, wird wohl eine Formulierung mit „peut“ an Stelle von „doit“ gebraucht. Gemeint kann aber augenscheinlich doch nur der Bewertungsausdruck sein, der in „doit“ liegt; dieser Ausdruck wird auch am häufigsten angewendet, so p. 42 (zweimal), 47, 48.

¹²⁵) Introduction, bzw. 92 und 57.

hinzu: „En pratique il le crée, puisque la constatation qu'il en donne est d'avance présumée conforme au sentiment national“¹²⁶⁾.

Le Fur behauptet, daß „L'État n'est pas le créateur du droit“; aber er fügt hinzu, daß hierunter nicht nur positives Recht, sondern auch das Recht selbst, „le droit naturel“ zu verstehen ist. Hiermit wird implizite das positive Recht anerkannt. Dies geschieht ausdrücklich, wenn er sagt, daß der Staat als freie Person imstande ist, die Prinzipien zu brechen, die ihn binden, und gegen das Recht zu handeln¹²⁷⁾.

Hauriou erkennt zwei Arten Recht an: „le droit qui découle de la règle de justice“ und „le droit qui procède de la souveraineté gouvernementale“. Es kann geschehen, daß diese gegeneinander streiten. In solchen Fällen verlangt die öffentliche Ordnung, daß die Befehle der Regierung befolgt werden, jedenfalls provisorisch, bis ein neues Gesetz oder eine Entscheidung die Präsump^tion umgestoßen hat, daß die Handlungen der Regierung in Übereinstimmung mit „la justice“ stünden. Da diese Präsump^tion so nur durch einen positiven Rechtsakt entkräftet werden kann, so ist das gleichbedeutend mit einer Anerkennung der unbedingten Positivität des Gesetzes¹²⁸⁾.

¹²⁶⁾ De l'exercice de la souveraineté, 9.

¹²⁷⁾ L'Etat fédéral, 433 f.; die angeführten Zitate, bzw. 577 und 441.

¹²⁸⁾ Hauriou, Les idées de M. Duguit, Recueil de législation, Toulouse 1911; p. 14, 19 und f.; zit. nach Carré de Malberg, 57—58, Anm. und 210.

ZWEITER ABSCHNITT. ENGLISCHE DOKTRIN¹⁾.

Kapitel IV.

1. Einleitung. Das Verhältnis zwischen englischem und kontinentalem Rechtsdenken.
2. „Old English view as stated by Blackstone“.
- 3.—6. Austins Rechtslehre.
 3. Austins Bedeutung.
 4. Austins Rechtsbegriff. Der Souveränitätsbegriff.
 5. Austins Rechtsquellenlehre.
 6. Fortsetzung. Besonders über das sogenannte Gewohnheitsrecht (judge-made law).
7. Austins Nachfolger.
8. Fortsetzung. Besonders über die Theorie des Gewohnheitsrechts. Kiß' Kritik der englischen Theorie.

Exkursus A. Über den Rechtsbegriff in der englischen Literatur nach Austin.

Exkursus B. Über Case-law und Equity.

1. Wer, mit kontinentalem Rechtsdenken vertraut, mit der angelsächsischen Jurisprudenz Bekanntschaft macht, wird sich wundern, eine Literatur zu finden, die in ihrem Wesen, ihren Traditionen und ihrer Methode von dem, was er gewohnt ist, grundverschieden erscheint. Er wird einen Gedankengang finden, der sich im großen und ganzen unter erstaunlich geringem Einfluß vom Kontinente entwickelt hat. Dies gilt

¹⁾ a) vor Austin: Hale, History of the Common Law of England 1713; Blackstones Commentaries 1765; Stephen, New Commentaries 1841; b) Austin und Nachfolger: Austin, Lectures on Jurisprudence 1832, 1861—1863; Amos, Science of Jurisprudence 1872; Markby, Elements of Law 1871; Holland, Jurisprudence 1880; Salmond, Jurisprudence 190; Brown, The Austinian Theory 1906; Gray, Nature and Sources of Law 1909; Hearn, Theory of Legal Duties and Rights 1883; (Harrison, On Jurisprudence 1919); (Goadby, Introduction to the Study of Law 3. ed. 1921); (Lightwood, Nature of Positive Law 1883); (Rattigan, Science of Jurisprudence 1888); (Willoughby, Nature of the State 1896); (Clark, Practical Jurisprudence 1883). Die in Klammern stehenden Autoren

besonders von England im engeren Sinne. In Schottland fand wohl das metaphysische Naturrecht am Ausgang des vorigen Jahrhunderts in dem Edinburger Professor J. Lorimer einen gläubigen Anhänger; aber es ist charakteristisch, daß er von englischen Verfassern als ein isoliertes Phänomen und seine Lehre als eine Kuriosität behandelt wird, auf die man nicht näher eingeht²⁾. In Amerika übte andererseits die deutsche historische Schule einen nicht geringen Einfluß aus³⁾. Vielleicht, wie Willoughby⁴⁾ annimmt, aus politischen Gründen. Der nordamerikanische Freistaat war durch eine Volkserhebung gegen eine „souveräne“ Macht entstanden, und es war vielleicht deshalb natürlich, daß man eher zu einer Rechtstheorie neigte, die das Volk als rechtschaffende Macht betonte, als zu einer, die — wie die englische analytische Schule — lehrte, daß alles Recht vom „Souverän“ ausgehe. Es kann auch erwähnt

stehen zugleich mehr oder weniger unter Maines Einfluß. *c)* Maine und seine Nachfolger: Maine, *Ancient Law* 1861 und *Early History of Institutions* 1875; Bryce, *Studies in History and Jurisprudence* 1901; Vinogradoff, *Historical Jurisprudence* 1923; Pulzsky, *Theory of Law and Civil Society* 1888 (aus dem Deutschen übersetzt); ferner die unter *b)* in Klammern angeführten. Bei ihnen allen ist zugleich Austins Einfluß stärker oder schwächer zu spüren. *d)* Arbeiten von geringerer Bedeutung oder Selbständigkeit: Miller, *Data of Jurisprudence* 1903; Eastwood, *Introduction to Austins Theory* 1916; Thomson, *Historical and Philosophical Methode in Jurisprudence* 1895; Smith, *Sources of Scots Law* 1904; Chan-Toon, *Nature and Value of Jurisprudence* 2. ed. 1889; Ritter, *Moral Law and Lawmaking* 1898; Campbell, *Science of Law* 1887; Wise, *Outlines of Jurisprudence* 3. ed. 1888; Watt, *Outline of legal Philosophy* 1893; *e)* andere: Carter, *The Ideal and Actual in Law* 1890; Law, *its Origin, Growth and Function* 1907; Hammond, *Amerikanische Ausgabe (mit Anmerkungen) von Blackstone*; Wharton, *Commentar on the American Laws* (diese stehen unter dem Einfluß der deutschen historischen Schule). Lorimer, *Institutes of Law* 1880 (naturrechtlich); Pollock, *A First Book of Jurisprudence* 1896; *Essays in Jurisprudence* 1912; Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions* 1923 (ein interessanter — aber mißglückter — Versuch, eine Rechtserkenntnistheorie zu begründen); Beal, *Cardinal Rules of Legal Interpretation* 3. ed. 1924 (Handbuch im positiven englischen Recht); Dillion, *The Laws and Jurisprudence of England and America* 1894; Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law* 1922; *Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence* 1911 bis 1912 (Pound ist ein soziologisch orientierter, unklarer Denker vom Typ Kohlers); Holms, *Path of the Law* 1897; Ritchie, *Natural Rights* 1895 (antinaturrechtlich); Greer, *Custom in the Common Law* 1893; Cardozo, *Nature of the Judicial Process*, 1921.

²⁾ Pollock gibt seinen Eindruck von Lorimers Buch so wieder: „As I came to the last page I said to myself with a mental gasp and shiver, Ugh, Ugh, now I know what Naturrecht is!“ *Essays* 20.

³⁾ In der neueren amerikanischen Literatur ist dieser Einfluß besonders bei Carter zu spüren; die ältere Literatur habe ich nicht direkt kennen gelernt; ich stütze mich in dieser Hinsicht besonders auf Willoughby, *Nature of the State* p. 165.

⁴⁾ S. Anm. 3.

werden, daß in moderner Zeit die besonders von Frankreich ausgehende soziologisch orientierte Rechtswissenschaft in Amerika Verbreitung gefunden hat⁵⁾. In England selbst hat dagegen weder die naturrechtliche, noch die deutsche historische Schule einen Einfluß ausgeübt. Naturrechtliche Systeme finden sich überhaupt nicht in der englischen Literatur. Holland⁶⁾ drückt sicher die allgemeine englische Auffassung aus, wenn er „Naturrecht“ als „Jurisprudenz in the air“ charakterisiert. Auch die deutsche historische Schule war nicht imstande, eine nennenswerte Macht über die Gemüter zu gewinnen. Soweit man überhaupt etwas von ihr weiß, ist es Brauch, Savigny mit einer artigen Reverenz⁷⁾ zu nennern und im übrigen unangefochten einen Weg zu gehen, der den Dogmen der deutschen historischen Schule diametral entgegengesetzt ist. England hat seine eigene historische Schule, die von Maine begründet wurde⁸⁾. Sie ist von der deutschen Schule so verschieden, wie die Umstände ihrer Entstehung von denen jener. Die deutsche historische Schule erwuchs als eine Reaktion gegen die naturrechtlichen Spekulationen, enthält aber eben deshalb ein gut Teil nicht überwundene naturrechtliche Rudimente; als Rechtstheorie betrachtet, ist sie ebenso naturrechtlich wie positiv. Die englische Schule dagegen entstand in Kontinuation der positiven, analytischen Schule⁹⁾. Sie will nicht revolutionieren, sondern supplieren. Ihr innerster Charakter ist deshalb auch positivistisch und nicht naturrechtlich. Die beiden Gesichtspunkte, der analytische und der historische, gehen denn auch in unserer Zeit oft Seite an Seite, ohne sich zu bekämpfen¹⁰⁾, indem jeder von ihnen am rechten Platze angewendet wird. Es ist deshalb oft unmöglich, zu sagen, ob man einen Verfasser wesentlich zur analytischen oder zur historischen Richtung rechnen soll. Die beiden sind in Wirklichkeit zu einem Strom geworden.

Auf der anderen Seite übte die englische, analytische Schule — bis in die allerneueste Zeit — so gut wie gar keinen Einfluß auf den Kontinent aus. Austins Name blieb unbekannt.

Der gegenseitige Mangel an Kontakt zwischen englischen und kontinentalem Rechtsdenken spiegelt sich bei englischen Verfassern in der

⁵⁾ Besonders Pound, der in Pierre Lepaulle einen französischen Schüler gefunden hat.

⁶⁾ Holland, *Jurisprudence*, p. VIII.

⁷⁾ Z. B. Austin, *Lectures*, 15; Pollock, *First Book*, VII; Holland, *Jurisprudence* 8; Salmond, *Jurisprudence*, 12 m. f.

⁸⁾ Maine, *Ancient Law*; *Early History*.

⁹⁾ Es ist in dieser Hinsicht bemerkenswert, daß Maine, der Begründer der historischen Schule, zugleich der ist, der zuerst Austin recht bekannt macht, vgl. no. 3.

¹⁰⁾ S. Anm. 1.

Unwissenheit, dem Sichfremdfühlen, der Unbereitsamkeit wieder, die man gegenüber der kontinentalen, besonders der deutschen Rechtsphilosophie zeigt¹¹⁾. „If an English lawyer“, sagt Professor Salmond, „ventures into the region of continental legal philosophy, he finds himself a stranger in a strange land, where men speak to him in an unknown tongue.“ Fragt man nach dem Grunde dieser Tatsache, so läßt sich sicher nicht leugnen, daß man, abgesehen von besonderen Gründen, die einen wirklichen Unterschied im Gedankengang ausdrücken, auch einfache Unwissenheit oder in jedem Fall Mangel an tieferer Kenntnis nennen muß¹²⁾. Das verrät sich z. B. in der Art und Weise, in der Salmond kontinentale Rechtsphilosophie im Gegensatz zu englischer charakterisiert; für ihn bedeutet deutsch dasselbe wie ethisch-metaphysisch-naturrechtlich¹³⁾. Selbstverständlich liegt hierin eine große Verkenntnis der deutschen Literatur.

Wollte man eine generalisierte Charakteristik der englischen „Jurisprudenz“ im Verhältnis zur kontinentalen Rechtsphilosophie versuchen, so werden besonders zwei Züge hervorzuheben sein. Erstens ihr unsystematischer, „praktisch-realistischer“ Charakter¹⁴⁾, zugleich ihre Stärke und ihre Schwäche. Ihre Schwäche insofern, als keine bedeutsame Einsicht gewonnen werden kann, ohne daß man den Mut hat, über das unmittelbar Praktische

¹¹⁾ Eine charakteristische Äußerung bei Holland; er hatte erwartet, bei der Ausarbeitung seiner „Jurisprudence“ in der Literatur des Kontinents Hilfe zu finden; er wurde aber sehr enttäuscht „and after a general survey of the subject the author set to work to think it out for himself“ Jurisprudence, VII, VIII.

¹²⁾ Die Kenntnis der englischen Verfasser von der kontinentalen Literatur ist durchgehends gering. Salmond — einer der am besten orientierten — führt in seinem Verzeichnis von Verfassern folgende deutsche Verfasser an: Arndts, Berolzheimer, Bierling, Bruns, Dernburg, Gareis, Gierke, Ihering, Jellinek, Kohler, Merkel, Puchta, Savigny, Windscheid. Lightwood, der in seiner „Nature of Positive Law“ ein besonderes Kapitel über „the Modern German School of Jurisprudence“ gibt, zeigt nur geringes Verständnis dafür, 262 f. Hastie gab im Jahre 1887 unter dem Titel „Outline of Jurisprudence“ eine so ungeschickt wie nur möglich gemachte Auswahl in Übersetzung aus: Puchta, Friedländer, Falck und Ahrends Encyklopädien, von Puchta also nur seine bedeutungslose und ganz unbekannte „Encyklopädie“, dagegen nichts von seinem Meisterwerk „Das Gewohnheitsrecht“.

¹³⁾ Salmond, Jurisprudence, 10—11.

¹⁴⁾ Das hängt mit dem ausgeprägt praktischen Charakter der juristischen Ausbildung zusammen. Diese erfolgt hauptsächlich bei den Gerichten, the Inns of Courts. Universitätsausbildung spielt keine oder nur eine geringe Rolle und geht historisch nicht weiter zurück, als bis ins 19. Jahrhundert. Das erste englische Professorat für Prozeßrecht wurde 1884 in Edinburgh errichtet, vgl. Jesper Simonsen, Dommeruddannelse i England und Coldstream, The Teaching of law. Ausführliche und interessante Aufklärungen über die Geschichte der Inns of Courts findet man bei Dillon, Laws and Jurisprudence, s. besonders 34 f., 81.

und „Reale“ hinauszublicken. Ihre Stärke, insofern als die englische Theorie, wenn sie gleich weniger weitspannend und hochfliegend ist, stets einen inneren Kontakt mit der Rechtswirklichkeit bewahrt hat, die zu erklären sie berufen ist. Gegenüber einer einseitigen Betonung des englischen Sinns für das „Reale“ (was vielleicht dänische Leser besonders begeistert) muß doch festgestellt werden, daß Austin, der Begründer der englischen wissenschaftlichen Jurisprudenz, eine ausgeprägt „theoretische“ Begabung war¹⁵⁾. Ironisch wandte er sich gegen Leute, die glaubten, etwas anderes gegen eine Theorie einwenden zu können, als daß sie unwahr ist. (Die bekannte Redensart: das ist wohl in der Theorie richtig, taugt aber nichts in der Praxis)¹⁶⁾. Zugleich sah er ein, daß der Rechtsbegriff sich nicht empirisch-induktiv bestimmen läßt, was ja auch nicht ganz zu „gesunden realen“ Gesichtspunkten paßt.

Der andere Zug, der in der englischen Jurisprudenz besonders hervorzuheben ist, hängt mit dem ersten zusammen. Es ist die bewundernswerte Methodenreinheit, die seit Austins Zeit — wenngleich bei seinen Nachfolgern in geringerem Grade, wie bei ihm selbst — in der Literatur geherrscht hat. Nicht ganz mit Unrecht stellt daher Salmond die englische Theorie in Gegensatz zur kontinentalen und sieht in ihr eine Vermengung von Ethik und Politik. Wir haben oben gesehen, in wie hohem Maße das bei der französischen Theorie der Fall ist (Geny!). Unten soll gezeigt werden, daß der Entwicklungskampf in Deutschland im letzten Jahrhundert die Richtung genommen hat, daß er das positiv rechtliche Problem von dieser Verkettung mit Politik ausschließt. Es ist kein Zufall, daß das einzige Werk, welches Austin zu Lebenszeit herausgab, den Titel hatte: „Province of jurisprudence determined“. Als Motte für Austins unermüdliche Bemühung, die Positivität des Rechtes auszudrücken, als Ausdruck für den Standard, den er damit dem künftigen englischen Rechtsdenken aufstellte, kann man folgende Worte Austins anführen: „The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or not is one inquiry; whether it be or be not comfortable to an assumed standard, is a different inquiry. A law which actually exists, is a law, though we happen to dislike it, or though it vary from the text, by which we regulate our approbation and disapprobation. This truth, when formally announced as an abstract proposition, is so simple and glaring, that it seems idle to insist upon it. But simple and glaring as it is, when enunciated in abstract

¹⁵⁾ Austin sagte ironisch von sich selber, daß er „ought to have been a schoolman of the twelfth century or a German Professor“. Aus Sarah Austins Vorwort zu Austins Lectures. Lectures, 13.

¹⁶⁾ Lectures, 118—119.

expressions the enumeration of the instances in which it has been forgotten would fill a volume“¹⁷⁾.

Was nun den Grund dafür angeht, daß die englische Jurisprudenz in so weit höherem Grade eine naturrechtliche Methodenverwirrung vermieden hat, so spielt hier sicher ein rein zufälliger Umstand, die rechtliche Nomenklatur, eine gewisse Rolle¹⁸⁾. Die kontinentalen Sprachen wenden nämlich für den Begriff objektives Recht eine Bezeichnung an — Recht, Ret, droit, diritto usw. — die eine doppelte Äquivokation enthält. Außer dem objektiven Recht wird mit diesen Worten einmal die in Bezug auf dieses abgeleitete subjektive Befugnis, das subjektive Recht, bezeichnet, und dann ein ethischer Begriff: Recht als Rechtfertigkeit. Im Englischen dagegen wird ein Ausdruck angewendet — the law — der diese Äquivokationen vermeidet. Die Bedeutung dieses Umstandes ist sicher groß. Der kontinentale Sprachgebrauch gibt ganz unwillkürlich der Frage „was ist Recht“ einen ethischen Beiklang und führt leicht dazu, diese Frage mit einer „höheren“ Rechtfertigkeit in Verbindung zu setzen. Der englische Sprachgebrauch dagegen scheidet diese beiden Gesichtspunkte aus. Es fällt nicht schwer, auf Englisch zu sagen: „it is law, but it is not right.“ Andererseits enthält die englische Sprache andere, nicht minder gefährliche Äquivokationen, die auch ihre Spur in der Theorie hinterlassen haben. Erstens kann das englische Wort „justice“ sowohl Justiz (in Zusammensetzungen) wie Rechtfertigkeit bedeuten. So wird ein Gericht court of justice genannt. Dieses Wort enthält im Gegensatz zu den kontinentalen: Gericht, Gerichtshof, tribunal, die Möglichkeit einer Verwechslung von Recht und Moral, eine Möglichkeit, die in Salmonds Rechtsdefinition (s. unten) Wirklichkeit geworden ist. Andererseits kommen englische Verfasser leicht in die Gefahr, a law (Gesetz) mit the law (Recht) zu verwechseln, was zur Folge hat, daß ihre Rechtsdefinition (z. B. die Austins) in zu hohem Grade in Richtung des Begriffes des Gesetzes orientiert bleibt.

Der Unterschied zwischen englischer und kontinentaler Rechtstheorie ist so augenscheinlich genug. Indessen ist in neuerer Zeit eine gewisse Annäherung zwischen den beiden Systemen erfolgt. So hat Austin einen sehr bedeutenden Einfluß auf den ungarischen Rechtstheoretiker Felix Somló ausgeübt (Juristische Grundlehre, 1917) und durch ihn wieder auf andere, z. B. Karl Wolff (Grundlehre des Solens, 1924). Es wäre vielleicht zu hoffen, daß diese neuen deutschen Richtungen, die in ihrem Wesen mit Austins Gedankengang eng ver-

¹⁷⁾ Lectures, 220.

¹⁸⁾ Zum Teil hat bereits Austin, Lectures, 293 Anm. und Salmond, Jurisprudence, 9—10, darauf aufmerksam gemacht.

wandt sind, wieder einen Einfluß auf die englische Jurisprudenz üben können.

2. Die englische Jurisprudenz zerfällt in drei Phasen: a) die vor-Austinsche Theorie, b) Austin, c) Austins Nachfolger. Unter c) befassen wir sowohl die mehr analytischen, wie die unter Maines Einfluß mehr historisch orientierten.

Die vor-Austinsche Rechtstheorie findet ihren typischen Ausdruck bei Blackstone¹⁹⁾. Seine „Commentaries on the Laws of England“, die im Jahre 1765 erschienen, sind naturrechtlich beeinflusst. Blackstone beginnt Section the second, On the Laws in general, mit einer Scheidung zwischen Gottes Gesetzen, oder „the laws of nature“ und den Gesetzen der Menschen. Und er stimmt in die allgemeine Huldigung vor dem Naturrecht, Gottes Gesetz, mit ein. Es heißt^{20a)}, daß das Naturrecht auf dem ganzen Globus, in allen Ländern und zu allen Zeiten bindend ist: „no human laws are of any validity, if contrary to this“. Daß dies indessen mehr Redensarten sind, die der Zeitgeist mit sich brachte, als Ausdruck für eine wirkliche Naturrechtsdoktrin, das geht aus Blackstones unmittelbar nachfolgender Definition des positiven Rechts, the municipal law, hervor. „Municipal law“, sagt Blackstone^{20b)}, „is properly defined to be a rule of civil conduct prescribed by the supreme power in a state, commanding what is right and prohibiting what is wrong.“

In dieser Definition wird das positive Recht ohne irgend eine Art Beziehung auf das Gesetz Gottes bestimmt. Um es ganz deutlich zu machen, setzt Blackstone ausdrücklich den Begriff „civil conduct“ in Gegensatz zu „moral conduct“^{20c)}. Da Blackstone außerdem betont, daß die Rechtsregel von „the supreme power in a state“ vorgeschrieben wird, muß man einräumen, daß diese Definition nicht die Spur naturrechtlich ist.

Blackstones Rechtsquellenlehre, wie sie in Section the third, On the Laws of England, dargestellt wird, beruht auf der römisch-germanischen Scheidung zwischen *lex scripta* und *lex non scripta*, wie sie ursprünglich an einigen Quellenstellen bei Justinian vorgenommen und später von der deutschen historischen Schule entwickelt wurde. *Lex scripta*, das Gesetz, wird direkt vom Volke und ausdrücklich durch die gesetzgebenden Organe gegeben; *leges non scriptae*, das Gewohnheitsrecht,

¹⁹⁾ S. auch früher: Hale, History of the Common Law of England 1713 und später: Stephen, New Commentaries, der als ein teilweiser Nachdruck von Blackstone mit supplyierenden Bemerkungen erscheint. Die Grundgesichtspunkte sind die Blackstones. S. besonders New Commentaries, 46—47.

²⁰⁾ a—k) resp. a) 41; b) 44; c) 45, 46; d) 64; e) 73—74; f) 76—78; g) 69; h) 69; i) 69; k) 69, 71.

beruhen dagegen auf der stillschweigenden Billigung des Volkes durch die Gewohnheit; „they receive their binding power, and the force of laws, by long and immemorial usage, and by their universal reception throughout the kingdom“^{20 d)}. Daß dies wirklich Blackstones Gedankengang ist, geht weiter deutlich daraus hervor, daß er eben die berühmte Quellenstelle bei Justinian zitiert und sie als ein Beispiel für die Freiheit des englischen Volkes bezeichnet, daß seine Gesetze zu einem großen Teil — the common law — durch des Volkes eigene Billigung durch die Gewohnheit entstanden sind^{20 e)}.

Ist aber so die Grundlage auch die römisch-germanische, so ist es doch charakteristisch, daß die Lehre in Blackstones Händen eine ganz andere Wendung erhält als wie sie üblich ist, und wie sie später von der deutschen historischen Schule ausgebildet wurde. Blackstone unternimmt eine bedeutsame Scheidung zwischen den generellen und den partikulären Gewohnheiten, je nachdem ob sie in „the whole realm“ befolgt werden, oder nur in „particular districts“. Was nun die partikulären Gewohnheiten angeht, so macht Blackstone auch mit der Theorie von ihrem volksgeschaffenen Charakter Ernst. Auf ähnliche Weise wie die deutsche historische Schule stellt er eine Reihe Bedingungen auf, wann „a good custom“, für den Richter bindend, vorliegt^{20 f)}. Diese Bedingungen sind, daß die Gewohnheit „has been used so long that the memory of men runneth not to the contrary“, daß sie „continued“ worden ist; daß sie „peacable“, „reasonable“, „certain“, „compulsary“ ist, endlich müssen die Gewohnheiten „consistent with each other“ sein. Hierbei machen wir besonders auf die Bedingung aufmerksam, daß die Gewohnheit „compulsary“ sein soll, was augenscheinlich dasselbe ist, wie die römisch-germanische Forderung einer *opinio necessitatis*. Was dagegen die generellen Gewohnheiten angeht, so führt Blackstone — hier in entschiedenem Gegensatz zu Puchta — keine Bedingungen für ihre rechtlich verbindende Kraft an. Das beruht nicht auf einem Vergessen. Er erhebt selber die Frage: „But here (d. h. in Bezug auf die generellen Gewohnheiten) a very natural and very material question arises: how are these customs or maxims to be known and by whom is their validity to be determined?“^{20 g)}. „The answer is, by the judges in the several courts of justice. They are the depositary of the laws; the living oracles, who must decide in all cases of doubt . . .“^{20 h)} Es kommt so ausschließlich den Gerichten zu²¹⁾, zu entscheiden,

²¹⁾ Vgl. auch Blackstones Definition des allgemeinen Gewohnheitsrechts: „general customs or common law . . . this is that law, by which proceedings and determinations in the king's ordinary courts of justice are guided and directed“. Commentaries, 68.

welche Gewohnheiten das Volk gültig als Recht geschaffen hat. Auf der anderen Seite wird festgehalten, daß der Richter nicht Recht schafft, sondern nur das vorgefundene, volksgeschaffene anwendet. Es wird besonders betont, daß der Richter ist „sworn to determine, not according to his own private judgment, but according to the known laws and customs of the land“^{20 i)}. Der Richter wird nicht zum Schöpfer, sondern nur zu einem Orakel gemacht. Das Urteil wird zu wiederholtenmalen als „evidence“^{20 k)} bezeichnet — wenn auch als einzig autoritativ, so doch als evidence — für das, was common law ist.

Die Quintessenz von Blackstones Lehre läßt sich folgendermaßen zusammenfassen. Auf das praktische Postulat gegründet, daß der + Richter nicht Recht schaffen kann, sondern nur bereits existierendes anwenden, das zu finden seine Aufgabe ist, gelangt Blackstone dazu, die römisch-germanische Scheidung zwischen Gesetz und Gewohnheit anzunehmen. Aber diese Scheidung nimmt doch in ihrer näheren Ausgestaltung einen ganz besonderen Charakter an, der von der Lehre der späteren deutschen Schule verschieden ist, und auf die spätere englische Doktrin hindeutet. Er gibt nämlich — im Gegensatz zu Puchta — keine Bedingungen dafür an, wann eine generelle Gewohnheit verpflichtend ist. Er legt alles in die Hand des Richters, macht ihn zu dem einzigen lebenden, autoritativen Orakel dafür, was das Volk als Recht geschaffen hat. Hiermit ist in Wirklichkeit die Rede von der rechtschaffenden Macht des Volkes recht illusorisch geworden; hiermit ist faktisch dem Gewohnheitsrecht sein extrajudizieller Charakter genommen, und es ist nur noch ein kleiner Schritt zu Austins Lehre von dem Gewohnheitsrecht als judge-made law.

3. Die Rechtswissenschaft als eine Normwissenschaft bestimmt zu haben, den Entwurf für eine allgemeine, formale Normlehre gegeben zu haben, weiter die Kriterien angegeben zu haben, die die verschiedenen Normarten differenzieren, und damit die rechtlichen Normen von den ethischen und konventionellen geschieden und so eine erkenntnistheoretische Grundlage für die Lehre von der Positivität des Rechtes gegeben zu haben — diese Großtat, die eines Kant würdig gewesen wäre, und die faktisch auch in allerneuester Zeit auf anderen Gebieten als immanente Frucht seines Denkens zutage getreten ist, wurde von dem Engländer John Austin in einer Reihe Vorlesungen der Jahre 1828—1832, die nur wenige Menschen hörten, vollbracht, und wurde bald — für eine lange Zeit — vergessen.

Von Austins Leben soll nur erwähnt werden, daß seine produktivwissenschaftliche Tätigkeit sich nur über die vier Jahre 1828—1832 erstreckt. Zu der Zeit war er Professor an dem neu begründeten Univer-

sity College in London. Da mit dieser Stellung aber kein anderes Honorar verbunden war, als was durch die Vorlesungsgebühren der Studenten einkam, und da er nur sehr wenige Hörer hatte²²⁾, so zwangen pekuniäre Rücksichten ihn, seine Dozententätigkeit aufzugeben. Die einzige juristische Arbeit, die er zu Lebzeiten herausgab, waren seine ersten „lectures“, die, auf sechs zusammengedrängt, im Jahre 1832 unter dem Titel „Province of Jurisprudence determined“ herauskamen. Aber wengleich sich unter seinen Hörern Männer von hervorragender Begabung befanden, die später auf den verschiedensten Gebieten leitende Stellungen einnahmen, und wengleich mehrere von diesen — z. B. John Stuart Mill — von dem starken Eindruck erzählt haben, den Austin auf sie machte, so wirkten seine Gedanken doch nicht befruchtend auf das juristische Denken der Zeit. Sein Buch blieb einsam, ohne Kritik oder Nachfolge zu finden. Die übrigen Vorlesungen gelangten zu seinen Lebzeiten niemals zur Veröffentlichung. Als er im Jahre 1859 starb, war er ein vergessener Mann. Nicht einmal die juristischen Zeitschriften erwähnten seinen Tod. Auch auf dem Kontinent blieb er unbekannt. Sein Name findet sich nicht in einem Werk wie Holtzendorffs „Rechtlexikon“, das doch Notizen über jeden obskuren mittelalterlichen Juristen bringt.

Aber gerade um die Zeit seines Todesjahres begann ein Umschlag. In den Jahren 1861—1863 gab seine Witwe Sarah Austin mit bewundernswertem Fleiße eine neue Ausgabe der „Province of Jurisprudence determined“ heraus, denen die übrigen, unveröffentlichten Vorlesungen beigegeben waren, soweit es sich machen ließ; das Ganze gesammelt unter dem Titel „Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of positive Law“. (Wer an Austins „Lectures“ Kritik üben will, darf nicht vergessen, daß sie nur in Form vorläufiger Entwürfe, als Fragmente vorliegen, die er selber niemals der Herausgabe für würdig befunden hat.) Im Jahre 1863 schrieb J. S. Mill einen Artikel in der „Edinburgh Review“, der zum erstenmal mit Autorität der englischen juristischen Welt erzählte, daß sie in John Austin einen großen Juristen verloren hatte. *Last but not least* hielt Maine gerade in diesen Jahren seine Vorlesungen, in denen er mit großer Kraft darauf aufmerksam machte, was

²²⁾ Die Anzahl der Hörer ging auf fünf zurück. Über Austins Leben s. Sarah Austins hübsche Schilderungen in der Einleitung zu „Lectures“; ferner John Macdonell in Stephens Dictionary of National Biography, London 1885; Markby in „Encyclopædia Britannica“ (1911); John Stuart Mill, Austins intimer Freund, in „Edinburgh Review“ Oktober 1863. Mrs. Janet Ross — die Tochtertochter Austins — in „Atlantic Monthly“ 1892 und „The fourth Generation“ London 1912, passim. Die folgenden Ausführungen sind diesen Quellen entnommen.

England, ja die ganze Welt Austin verdankt. „To Bentham and even in a higher degree to Austin, the world is indebted for the only existing attempt to construct a system of jurisprudence by strict scientific process . . .“²³⁾. Maine hat es augenscheinlich verstanden, Interesse und Verständnis für Austin zu wecken. Im Jahre 1869 folgt die 3. Auflage der „Lectures“, denen im Jahre 1879 die 4. und 1885 die 5. Auflage folgte. Ein halbes Jahrhundert nachdem Austin seine Vorlesungen gehalten hatte, sind sie den Juristen bekannt geworden, von da ab nimmt das Interesse ständig zu. Im Jahre 1871 eröffnet Markby mit „Elements of Law“ die Reihe bedeutender Werke, die man die englische analytische Schule nennen kann, und die alle in direkter Verbindung mit Austins „Lectures“ stehen. Von da an werden Analysen, Kommentare und Einführungen²⁴⁾ zu Austin geschrieben. Endlich wird er in Deutschland bekannt und übt durch Somló und Wolff einen entscheidenden Einfluß auf die moderne Rechtstheorie aus²⁵⁾. Austin lebte im 19., er schrieb aber für das 20. Jahrhundert.

Eine der Ursachen dafür, daß Austins Gedanken so langsam und schwer vordrangen, kann vielleicht — außer dem allgemeinen Mangel an theoretischem Interesse — der schwer zugänglichen Form zugeschrieben werden, in der seine „Lectures“ vorliegen. Einerseits sind sie, wie gesagt, nur ein vorläufiger Entwurf, andererseits macht ihre sprachliche Form sie nicht anziehend. Eine bis zum äußersten getriebene, bedenkliche Ängstlichkeit, kein Problem fahren zu lassen, solange es nicht bis zum letzten Punkt geklärt und analysiert ist, hat ermüdende Wiederholungen und einen schleppenden Stil zur Folge, der nicht vom Fleck kommt. Lange Ausführungen über die englische Utilitätsmoral, dazu in ihrer langweiligsten Form, die quantitativ einen großen Teil von Austins Werk füllen, wengleich ohne organische Verbindung mit seiner Rechtstheorie, trugen sicher auch dazu bei, Abneigung gegen ihn auf dem Kontinent zu wecken. Aber wie ermüdend Austins Stil auch sein mag, er zeugt — im Gegensatz zu so vieler journalistischer Schönerederei — von ausdauernder, wissenschaftlicher Gewissenhaftigkeit bis

²³⁾ Maine, Early History, 343.

²⁴⁾ Campbell „An Analysis of Austins Lectures on Jurisprudence, London 1877; Brown, The Austinian Theory of Law; Eastwood, Introduction to Austins Theory.

²⁵⁾ Endlich kann auch erwähnt werden, daß ein umfassendes französisch-schweizerisches Werk, Ernest Roguin, La science juridique pure, Paris-Lausanne 1923, auf Austins Bedeutung aufmerksam gemacht, (Vorwort p. XIX) und eine Darstellung seiner Theorie gegeben hat (Bd. I. p. 1—53). Es ist nur bedauerlich, daß Roguin so wenig von den großen Linien in Austins Werk erfaßt hat, so daß diese Darstellung eher wie eine Verzerrung, als wie eine Wiedergabe wirkt.

zum Letzten. Außer Kant hat niemand ein schöneres Bild intellektueller Redlichkeit geboten, will mir scheinen.

Austin selbst war sich nicht klar darüber, daß er eine neue Wissenschaft begründete, nämlich die juristische Grundlehre. Auch über das wahre Wesen und den Umfang seiner Untersuchungen war er sich nicht klar. Er bezeichnete sein Werk als „general jurisprudence“, ohne die prinzipiell wichtige Scheidelinie zu bemerken, die die formalen und notwendigen Begriffe der juristischen Grundlehre von den materialen und positiv bedingten Rechtsinhaltsbegriffen scheidet, die durch weitgehende Generalisation von einem oder mehreren Rechtssystemen gewonnen wird. Austins Werk behandelt denn auch nebeneinander einerseits notwendige und formale Begriffe, wie Rechtsnorm, Rechtspflicht, Rechtsquelle, Staat u. dgl., andererseits bloß bedingte Begriffe, wie dingliche Rechte, *res publicae*, *quasi-servitudes*, *emphyteusis* u. a. m., die alle zu mehr oder minder allgemeinen Teilen eines oder mehrerer positiven Rechtssystemen gehören. Auf der anderen Seite zeigt sich, daß diese Scheidung Austin vorgeschwebt hat, ohne daß er doch zur Klarheit gelangt wäre. Einzelne losgelöste Sätze können völlig korrekt klingen²⁶⁾. In dem besonderen Abschnitt „On the Study of Jurisprudence“ unternimmt er eine Scheidung zwischen notwendigen und nicht notwendigen Begriffen²⁷⁾. Aber einerseits wird die Trennungslinie falsch gezogen, da er viele bloß rechtsinhaltsmäßige Begriffe unter die notwendigen reiht, andererseits legt er der Scheidung nicht ihre rechte methodische Bedeutung als Grundlage für die Scheidung zwischen juristischer Grundlehre und allgemeiner Rechtslehre bei. Das hängt damit zusammen, daß er bei Notwendigkeit mehr an praktische als an theoretische Notwendigkeit denkt, mehr an die, die aus dem Einfluß äußerer Lebensverhältnisse entspringt, als an die, die aus einer formalen Norm-Logik stammt.

Austin ist nicht ohne Vorgänger. Hobbes und nicht minder Jeremy Bentham haben einen bedeutenden Einfluß auf ihn ausgeübt. Vielleicht kann man sogar von diesen eine Linie bis Bodin²⁸⁾ zurückziehen. Benthams Einfluß spürt man besonders bei Austins ethischen Theorien. Sein oberflächlicher und platter Utilitarismus ist ganz nach Benthams Maß zugeschnitten. Austins eigentlicher Einsatz dagegen, seine stringente Schei-

²⁶⁾ Lectures 33: „It [general jurisprudence] is concerned directly with principles and distinctions which are common to various systems of particular and positive law; and which each of those various systems inevitably (von mir hervorgehoben) involves . . .“

²⁷⁾ A. a. O. 1108, 1109.

²⁸⁾ S. hierüber Harrison, On Jurisprudence, 10.

dung zwischen Recht und Moral, ist sein Eigentum. Da es gerade die Pointe in Austins Lehre ist, daß die ethischen Prinzipien rechtswissenschaftlich irrelevant sind; so soll der Einfluß der Moralphilosophen deshalb nicht weiter verfolgt werden.

4. Austins Methode zur Bestimmung des Rechtsbegriffes ist apriorisch und deduktiv nicht empirisch und induktiv. „Province of Jurisprudence determined“ beginnt folgendermaßen:

„Laws proper, or properly so called, are commands; laws which are not commands, are laws improper or improperly so called. Laws properly so called, with laws improperly so called, may be aptly divided into the four following kinds.

1. The divine laws, or the laws of God: that is to say, the laws which are set by God to his human creatures.
2. Positive laws: that is to say, laws which are simply and strictly so called, and which form the appropriate matter of general and particular Jurisprudence.
3. Positive morality, rules of positive morality, or positive moral rules.
4. Laws metaphorical or figurative, or merely metaphorical or figurative.

The divine laws and positive laws are laws properly so called“^{29a)}. Hier wird also gleich auf der ersten Seite ohne Verweisung auf eine Erfahrung festgestellt, daß Recht eine Art von „law properly so called“ oder Befehlen (commands) ist. Da nun die Methode, den Begriff des Rechts näher zu bestimmen, darauf ausgeht — ebenfalls ohne Hinweis auf eine Erfahrung — zu analysieren, was in dem Begriffe Befehl liegt und danach die besonderen Kriterien festzustellen, die die rechtlichen Gesetze von anderen (ob nun Gesetze im strengen Sinne oder nicht) unterscheiden, so wird man sehen, daß es richtig ist, Austins Methode als apriorisch und deduktiv zu charakterisieren. Apriorisch ist ein relativer Begriff, hier wird apriorisch im Verhältnis zu etwas, das als Rechtserfahrung ausgegeben wird, gemeint.

Austins Methode kann von modernen Gesichtspunkten aus folgendermaßen interpretiert werden. Der Kern in dem oben angeführten Zitat ist, daß „laws properly so called“ von „laws improperly so called“ geschieden werden, d. h. daß ein Begriff für echte Normen aufgestellt wird. Wenn dann diese als „commands“ bezeichnet werden und dieser Begriff näher analysiert wird (s. unten), so bedeutet das ein Entwurf zu einer formalen Norm-Grundlehre. Wenn endlich die besonderen Kriterien angegeben werden, die die rechtlichen Normen von anderen scheidet, so ist dies dasselbe wie ein Versuch einer speziellen, rechtlichen, formalen Normlehre.

²⁹⁾ a—c) Lectures, bzw. a) 81; b) 91; c) 91—92; d) 94; e) 99.

Der Begriff „command“ wird näher so bestimmt: „If you express or intimate a wish that I shall do or forbear from some act, and if you will visit me with an evil in case I comply not with your wish, the expression or intimation of your wish is a command“^{29b)}. Weiter muß der Befehlende auch Macht haben, im Falle daß sein Wunsch nicht erfüllt wird, das angedrohte Böse zu realisieren. Rein formal werden sodann von hieraus die Begriffe Pflicht und Sanktion konstruiert. „Being liable to an evil from you if I comply not with a wish which you signify, I am bound or obliged by your command, or I lie under a duty to obey it. If, in spite of that evil in prospect, I comply not with the wish, which you signify, I am said to disobey your command, or to violate the duty which it imposes.“ „The evil which will probably be in case a command be disobeyed or (to use an equivalent expression) in case a duty be broken, is frequently called a sanction or an enforcement of obedience“^{29c)}. Da die Begriffe Pflicht und Sanktion von dem Begriffe Befehl aus konstruiert sind, so ist klar, „that command, duty and sanction are inseparably connected terms: that each embraces the same ideas as the others, though each denotes these ideas in a particular order or series“^{29d)}. Endlich wird der Begriff superiority auf dieselbe formale Weise bestimmt. Es war für den Begriff Befehl erforderlich, daß der Befehlende auch Macht hatte, eventuell die Sanktion zu realisieren. Diese Machtstellung wird als superiority bezeichnet. Es heißt, daß der Befehl von dem superior ausgeht und den inferior verpflichtet. „Superiority signifies might: the power of affecting others with evil or pain, and of forcing them, through fear of that evil, to fashion their conduct to one's wishes“^{29e)}.

Diese Lehre soll später kritisiert werden³⁰⁾. Hier wollen wir nur darauf aufmerksam machen, eine wie weitreichende Bedeutung diese formal koordinierten Definitionen der Begriffe Norm (command), Pflicht und Sanktion haben. Erstens ist es z. B. von großer Bedeutung, daß der Begriff Pflicht rein formal, korrelativ zu jeder Norm definiert wird — ob nun von ethischen Normen die Rede ist, oder nicht. Damit wird dem Pflichtbegriff der ethische Beiklang genommen, den er im vulgären Sprachgebrauch hat, und der in Deutschland eins der wesentlichsten Hindernisse war, die Frage richtig zu stellen und zu lösen, wann eine Rechtsregel rechtlich verpflichtend ist, d. h. das Problem der Positivität des Rechtes. Austin schafft hier einen reinen Pflichtbegriff und ermöglicht damit einen reinen Rechtsbegriff. Ein anderer Beweis dafür, wie folgenreich diese Normlehre ist, liegt darin, daß es nach ihr sanktionslose Normen nicht gibt, denn auch Sanktion und Norm

³⁰⁾ Unten XIV, 2.

sind korrelative Begriffe. Folge: ein kategorischer Imperativ ist eine sinnlose Konstruktion.

Die Trennung zwischen den einzelnen Normarten erfolgt, da Befehl einen Befehlenden voraussetzt, von dem Gesichtspunkt aus, wer sie gesetzt hat. Nimmt man weiter die unechten Normen mit, die, die nicht Befehle sind, so erhält man folgende Gruppen³¹⁾:

1. „laws of God“, d. h. Befehle, die von Gott den Menschen gesetzt werden, sind bei Austin nur eine andere Konstruktion für die ethischen Normen.
2. „laws set by men to men“, menschliche Gesetze (human laws) zerfallen wieder in zwei Abteilungen:
 - a) „rules set by men to men, established by political superiors.“
 - b) „rules, not established by political superiors“.
 Diese beiden ersten Gruppen sind echte Normen (Befehle).
3. laws improperly but by close analogy so called, being rules set and enforced by mere opinion. (Ehrenregeln, Mode, Konvention.)
4. laws metaphorically so called, d. h. Naturgesetze.

Man sieht, daß von diesen Gruppen die Gruppe 1 die ethischen, (Gruppe 2 a) die rechtlichen Normen enthält. Gruppe 2 b) und 3 werden zusammen von Austin positive morality genannt. Gruppe 4 sind Naturgesetze.

Austin geht sodann dazu über, jede dieser Gruppen genauer zu charakterisieren, um auf ihrer Grundlage „the province of jurisprudence“ abzugrenzen. Es ist zu bedauern, daß er deshalb soviel Kraft und Raum verschwendet, um näher den Begriff „the laws of God“ zu bestimmen. Diese langwierigen Ausführungen über den englischen Utilitarismus, die lecture 2—4 füllen, sind für einen modernen Leser völlig ohne Interesse. Durch einen naiven und augenscheinlichen Zirkel — indem er das Utilitätsprinzip als Gottes Willen postuliert, weil Gott gut ist — gelingt es ihm, die ethischen Normen als „laws of God“ zu konstruieren.

Die Regeln der positiven Moralität unterscheiden sich von den rechtlichen dadurch, daß sie (abgesehen von der weniger bedeutungsvollen Gruppe 2 b)) „are laws set or imposed by general opinion: that is to say by the general opinion of any class or any society of persons“³²⁾. Die rechtlichen Normen dagegen werden von „political superiors“ gesetzt, oder, wie es auch ausgedrückt wird, von einem Souverän, oder einem souveränen Kreis von Personen. Hiermit sind wir zum Kern-

³¹⁾ Lectures, 88—89.

³²⁾ A. a. O. 187.

punkt in Austins Lehre gekommen: dem Souveränitätsbegriff. Dies wird genauer so bestimmt: „The superiority which is styled sovereignty, and the independent political society, which sovereignty implies, is distinguished from other superiority, and from other society, by the following marks or characters. — 1. The bulk of the given society are in a habit of obedience or submission to a determinate and common superior: let that common superior be a certain individual person, or a certain body or aggregate of individual persons. 2. That certain individual, or that certain body of individuals, is not in a habit of obedience to a determinate human superior . . . Hence it follows that it is only through an ellipsis, or an abridged form of expression, that the society is styled independent. The party truly independent is not the society, but the sovereign portion of the society“³³). (In Übereinstimmung hiermit braucht Austin das Wort Staat synonym mit the sovereign.) Es wird in dieser Begriffsbestimmung nicht ausdrücklich etwas darüber gesagt, weshalb der größte Teil eines Gemeinwesens regelmäßig den Befehlen gewisser Einzelner folgt. Aber es liegt implicite darin. Die Souveränität ist eine Art von „superiority“ und „superiority signifies might“. Macht, überlegene Macht, ist das Kriterium, das eine einzelne Person oder einen bestimmten Kreis von Personen als souverän determiniert. Sein oder ihr Befehl ist Recht. Austins Theorie involviert mit anderen Worten, daß es in jedem Gemeinwesen möglich ist, seine Mitglieder in zwei Gruppen zu teilen: eine kleine bestimmte Gruppe, die die faktische höchste Macht besitzt, the rulers, die als souverän bezeichnet werden, und deren Befehle Recht sind, und eine große unbestimmte Gruppe, the ruled, deren große Mehrzahl (bulk) regelmäßig (habit) den Befehlen der souveränen Macht gehorcht.

Der Souveränitätsbegriff ist der Kern in Austins Rechtsbegriff. Das Leitmotiv durch alle seine Untersuchungen ist das Bestreben, einen reinen Rechtsbegriff zu bilden, der Ausdruck für eine Rechtswirklichkeit ist. „The existence³⁴) of law is one thing, its merit or demerit is another. Whether it be or be not is one inquiry, whether it be or be not comfortable to an assumed standard, is a different inquiry.“ Dieses Bestreben, eine Rechtswirklichkeit festzustellen, mündet bei Austin darin, daß er das Recht als reale Befehle einer souveränen Person (oder eines souveränen Kreises von Personen), d. h. bestimmt nachweisbarer, realer Personen bestimmt. Es ist Austins großes Verdienst, eine positive Rechtsbetrachtung konsequent durchgeführt und damit

³³) A. a. O. 226—227.

³⁴) Von mir hervorgehoben.

zuerst von allen die Grundlage für eine positive Rechtsquellenlehre gelegt zu haben.

5. Für Austin bedeutet die Quelle einer Norm (eines Befehls) dasselbe wie der Befehlsgeber. Von Austins Standpunkt aus ist das konsequent. Er hat damit richtig eingesehen und durchgeführt, daß der Quellenbegriff in Übereinstimmung mit dem Normbegriff und den Kriterien, nach denen die verschiedenen Normarten geschieden werden, bestimmt werden muß. Denn hiermit wird die Quelle als Erkenntnisgrund Ausdruck für die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Normart. Wird deshalb eine Norm als ein Befehl bestimmt, und wird das entscheidende spezifizierende Kriterium formalerweise in den Befehlerteiler gesetzt, muß auch der Quellenbegriff formal sein und auf die erwähnten Verhältnisse abzielen. Austin vermied hiermit einen Fehler, dem seine Nachfolger verfielen. Dieser besteht darin, daß man außer einem formalen Quellenbegriff, der für die Form des Rechtes, seine Autorität entscheidend ist, einen anderen materiellen aufstellt, der für den Inhalt der Rechtsregel entscheidend ist. Man übersieht hierbei, daß Form und Inhalt nicht zwei verschiedene Existenzen haben, vielmehr nur durch Abstraktion von ein und derselben Existenz geschieden werden können. Hat man deshalb die formale Quelle des Rechtes — z. B. den Souverän als Befehlenden — angegeben, so hat man damit auch zugleich, so gewiß Form nicht ohne Inhalt existieren kann, den Inhalt des Rechtes, nämlich, was der Souverän befiehlt, angegeben. Umgekehrt ist es unmöglich, nach der Quelle für den Inhalt des Rechtes, abgesehen von seiner Form oder Autorität, zu fragen. Denn abgesehen von dieser Form kann der Inhalt als solcher überhaupt nicht als Recht erkannt werden. Um zu wissen, daß überhaupt eine Rechtsregel vorliegt und nicht bloß eine Regel irgend einer anderen Art muß man ihre Form erkennen; und damit ist ihr Charakter als Recht erschöpfend bezeichnet. Ein materieller Quellenbegriff, der einem formalen zur Seite gestellt wird, ist deshalb eine Sinnlosigkeit. In Wahrheit liegt hier eine methodische Vermengung ganz verschiedener Probleme vor. Bei den materiellen Quellen des Rechtes denkt man an die soziologischen Ursachen, nach denen ein gegebenes Recht existiert. Dieses soziologische Problem wird mit der theoretischen Frage nach dem Erkenntnisgrunde dafür, daß etwas als Recht angesehen wird, vermengt.

Austin gestaltet die Quellenlehre folgendermaßen näher aus³⁵). Da alle Rechtsregeln letzten Endes Befehle vom Souverän sind, ist dieser insofern die einzige Rechtsquelle. Aber nicht alle Rechtsregeln sind

³⁵) Lectures, 525 f.

unmittelbar von dem Souverän als Befehle ausgegangen. Einige sind unmittelbar von anderen, wenngleich mittelbar vom Souverän ausgegangen. Wenn man das Verhältnis kennt, das zwischen dem Souverän und dem unmittelbaren Befehlenden besteht, wird es deshalb für die Kennzeichnung des Rechtscharakters einer Regel genügen, anzugeben, wer sie unmittelbar befohlen hat. Es lohnt sich deshalb, einen neuen Rechtsquellenbegriff, den unmittelbaren Befehlerteiler, einzuführen. Je nachdem ob der unmittelbare Befehlerteiler einer Rechtsregel der Souverän selbst ist oder ein anderer, so daß der Souverän nur mittelbarer Befehlerteiler ist, kann man zwischen unmittelbarem und mittelbarem Recht scheiden. „Laws then are distinguished in respect of their sources, or of their direct or immediate authors, into laws which are made directly and immediately by the supreme legislature, and laws which are not made directly and immediately by the supreme legislature, although they derive their validity from its express or tacit authority“³⁶⁾. Unabhängig von dieser Scheidung nimmt Austin eine andere vor, je nachdem das Recht direkt oder indirekt (obliquely) entstanden ist. „The distinction between law established directly and law obtaining obliquely, depends not on a difference in the sources from whence the law emanates, but on a difference in the modes in which it originates. When the law or rule is established directly, the proper purpose of its immediate author or authors is the establishment of a law or rule. When the law or rule is introduced obliquely, the proper purpose of its immediate author or authors is the decision of a specific case or of a specific point or question“³⁷⁾. Diese beiden von einander unabhängigen Scheidungen: unmittelbar — mittelbar gesetztes Recht und indirekt — direkt entstandenes Recht können nur zu vier Gruppen zusammen kombiniert werden, von denen Austin Beispiele gibt³⁸⁾.

- × 1. Unmittelbar gesetztes, direkt entstandenes Recht. Beispiel: Recht, das durch die allgemeine Gesetzgebungstätigkeit unter seinen verschiedenen Namen: Parlamentsakt, *leges plebiscita*, *senatus-consulta* usw. entstanden ist.
- × 2. Unmittelbar gesetztes, indirekt entstandenes Recht. Diese Gruppe spielt eine unbedeutende Rolle, da sie nur gedacht werden kann, soweit

³⁶⁾ A. a. O. 530.

³⁷⁾ A. a. O. 547. Die Scheidung muß aber korrekt nicht in Bezug auf das subjektive Ziel, sondern nach dem objektiven Auftreten der Regel geschehen; entweder ist die Regel direkt ausgedrückt, oder sie muß erst indirekt durch einen Schluß als Voraussetzung für eine (oder mehrere) Einzelentscheidung(en) gewonnen werden.

³⁸⁾ A. a. O. 530, 538, 539.

die souveräne Macht urteilend auftritt, was — jedenfalls heutzutage — nicht der Fall zu sein pflegt. Austin nennt keine Beispiele.

- × 3. Mittelbar gesetztes, direkt entstandenes Recht. Hierunter fällt alle delegierte subordinierte Gesetzgebung. Austin nennt die *regulae praxis* der englischen Gerichtshöfe, die *arrêts* der französischen Parlamente und die Edikte der römischen Prätores.
- × 4. Mittelbar gesetztes, indirekt entstandenes Recht: Recht, das durch die urteilende Tätigkeit der Gerichte entstanden ist, *judiciary law*; s. hierüber im folgenden. Von diesen vier Gruppen spielt, praktisch genommen, nur Nr. 1 und 4 eine Rolle.

6 Das Zentrale in Austins Quellenlehre liegt in dem, was man die volle Bewahrung der Positivität nennen kann. Das für den Rechtsbegriff einmal angenommene formale Kriterium — Ursprung vom Souverän — wird konsequent für alle Arten von Rechtsquellen festgehalten. Hiermit wird die Positivität des Rechtes bewahrt, da (wie oben erwähnt) jeder andere Quellenbegriff zur Annahme anderer Rechtskriterien und damit zur Sprengung des Rechtsbegriffes oder zur Vermengung von Recht und anderen Normarten führen würde. Etwas anderes ist es, daß man mit Austin in der Bestimmung des Rechtsbegriffes einig sein kann. Aber man muß in jedem Falle konsequent sein. Soweit man, was die gewöhnliche Annahme ist — das Gesetz als Rechtsquelle von dem Gesichtspunkt aus anerkennt, daß sie von einem Souverän (einer „kompetenten Behörde“, der Staatsmacht, oder wie man das nun in verschiedenen Varianten ausdrückt) herrührt, muß man auch bei den anderen Rechtsquellen diesen selben Gesichtspunkt durchführen.

Austin sucht denn auch zu beweisen, daß die vier Formen des Rechts, die er angegeben hat, imstande sind, auch die gewöhnlich angeführten und als von der souveränen Macht unabhängig angenommenen Rechtsquellen umzufassen. Diese Rechtsquellen sind besonders drei: Gewohnheit, die Meinung und Praxis privater Juristen und die „Natur der Sache“, „die Vernunft“ oder dergleichen. Die drei Arten Recht, denen gewöhnlich Existenz unabhängig von der souveränen Macht beigelegt wird, sind entsprechend: Gewohnheitsrecht, Recht, das sich auf private Autorität gründet und Naturrecht. Austin zeigt nun, daß sie alle als Recht der vierten Form, *judiciary law*, richtergeschaffenes Recht, aufgefaßt werden müssen. Hier soll besonders das Gewohnheitsrecht besprochen werden, da Austin von ihm ausging, als er sich polemisch gegen Blackstone wandte, und da über dieses später Streit unter seinen Nachfolgern entstand. Aber was hier vom Gewohnheitsrecht gesagt wird, gilt im übrigen entsprechend vom Naturrecht und dem Recht, das sich auf private Doktrin, „Wissenschaft“ oder dergleichen gründet.

Austin geht davon aus, daß eine Gewohnheitsregel als solche, d. h. abgesehen von eventueller Autorität, die ihr von einem Souverän beigelegt wird, unter die Normart fällt, die er als positive Moralität charakterisiert hat. „Independently of the position or establishment which it may receive from the sovereign, the rule which a Custom implies (or in the observance of which a custom consists) derives the whole of its obligatory force from those concurring sentiments which are styled public opinion. Independently of the position or establishment which it may receive from the sovereign, it is merely a rule morally sanctioned, or a rule of positive (or actual) morality“³⁹⁾. Aber eine solche Regel kann in eine Rechtsregel übergehen. „Now a merely moral, or a merely customary rule, may take the quality of a legal rule in two ways: — it may be adopted by a sovereign or subordinate legislature, and turned into a law in the direct mode; or it may be taken as the ground of a judicial decision, which afterwards obtains as a precedent; and in this case it is converted into a law after the judicial fashion.“

Auf welche Weise das nun auch geschieht, es geht die Rechtsregel, in welche sie transformiert ist, vom Souverän aus und erlangt eben dadurch ihren formalen Charakter als Recht. In dem ersten dieser Fälle, wenn die Gewohnheitsregel zu Gesetzesform erhöht ist, wird niemand darauf kommen, vom besonderen Gewohnheitsrecht zu sprechen, obgleich der Inhalt der Gesetzregel von einer prä-existierenden Gewohnheit geholt ist. Anders dagegen in den Fällen, wo die Gewohnheitsregel in die Form richtergeschaffenen Rechts übergegangen ist. „Though, as a rule of judicary law, it is not less positive law than it would be if it were a statue, it often is deemed law emanating from custom or *jus moribus constitutum*“⁴⁰⁾. Austins Standpunkt läßt sich kurz so wiedergeben: An sich ist die Regel, die die Gewohnheit impliziert, nicht Recht; sie wird es nur, wenn und in dem Umfange wie die Regel bei den Gerichten Anwendung findet (oder mehr ausnahmsweise von der Gesetzgebungsmacht adoptiert wird). Austin zeigt, daß eine Verkennung dieser Tatsache zur Folge hat, daß positives Recht und positive Moralität vermengt werden. Er zeigt, daß es auch nicht angängig ist, die Gewohnheit Rechtsquelle in der Bedeutung zu nennen, daß sie Ursache zu der Rechtsregel gewesen ist, die nach ihr gemodelt ist, denn auf diese Weise wird es nicht möglich sein, der Gewohnheit mehr Bedeutung beizulegen, als den zahllosen, unbestimmbaren anderen Ursachen, die bei ihr mitgewirkt haben, oder bei der Entstehung irgend einer anderen Rechtsregel. „Taking the term ‚source‘ in a loose signification,

³⁹⁾ A. a. O. 553.

⁴⁰⁾ A. a. O. 353—354.

Customs may be styled sources of law. For the existence of a custom with the general opinion in favour of it, is the cause or occasion, or is one of the causes or occasions, of that legal rule which is moulded or fashioned upon it. But taking the term ‚source‘ in the same loose signification, the causes of the custom from which the law emerges are also a source or fountain of the law itself: And, generally, any cause of any law must be ranked with its sources or fountains“⁴¹⁾. Unter den „Quellen“ zum Römischen Rechte z. B. kann in dieser losen Bedeutung die Gewohnheit nicht mit größerer Berechtigung genannt werden, als „the blandishments of Justinian’s wife“⁴²⁾.

Austins Lehre von der Gewohnheit — und den anderen vermeintlich selbständigen Rechtsquellen — bezeichnet einen entscheidenden Wendepunkt in der englischen Quellentheorie. Es ist hier zum erstenmale ausgesprochen, daß der Richter, in seiner Eigenschaft als Organ des Souveräns, Recht schaffen kann und Recht schafft. Was Blackstone hinderte, dies einzusehen, sagt Austin, „was the childish fiction employed by our judges, that judiciary or common law is made not by them, but is a miraculous something made by nobody, existing, I suppose, from eternity, and merely declared from time to time by the judges“⁴³⁾. Mit dieser „kindlichen Fiktion“ ist es von nun an in der englischen Jurisprudenz vorbei. Es wird allgemein anerkannt, daß der Richter neues Recht schaffen kann und schafft. Etwas anderes ist es, daß diese Fiktion wie so viele andere insofern praktische Bedeutung haben kann, als sie eine Wahrheit verhüllt, die man aus dem einen oder anderen Grunde seinen Mitmenschen — oder sich selbst — nicht gern eingestehen will. Wenn ein Richter ungerne offen eingestehen will, daß er neues Recht schafft, sondern es vorzieht, eine Fiktion aufrechtzuerhalten, daß er in allen Fällen bloß ein vorgefundenes Recht anwendet, so können hierfür verschiedene erklärende Gründe angeführt werden⁴⁴⁾. Einmal kann diese Fiktion sich aus einem persönlichen Konservatismus, einer Angst, Veränderungen in dem Ererbten einzuführen, herschreiben. Wo doch die Umstände den Richter zwingen, das Recht zu erneuern, zieht er es deshalb vor, durch allerlei listige Kunstgriffe (an den Haaren herbeigezogene Auslegungen, kühne Analogien, Fiktionen und dergleichen) die neue Regel in die Kleider der alten zu stecken und ihr so das Aussehen zu geben, als wäre alles beim alten geblieben. Andererseits und vielleicht in noch höherem Grade hat diese Fiktion eine mehr objektive

⁴¹⁾ A. a. O. 554.

⁴²⁾ A. a. O. 561.

⁴³⁾ A. a. O. 655.

⁴⁴⁾ Vgl. Brown (42), 291.

Ursache. Es stärkt die Autorität des Gerichtes gegenüber den Parteien und dem Volke, wenn die Fiktion aufrechterhalten wird, als schaffe das Gericht nicht Recht, sondern wende es nur an. Es stärkt die Macht und das Ansehen des Richters bei den streitenden Parteien, wenn diese glauben, daß der Richter zur Entscheidung ihres Streitiges Recht anwenden will, das sowohl für ihn, wie für sie existiert, und das der Richter nur zu finden hat. Es wird dagegen die Autorität des Richters schwächen, wenn er offen einräumt, daß er erst jetzt, — *ex post facto* — die Rechtsregel schaffen soll, nach der der Rechtshandel gelöst wird. Aber diese praktischen Kunstgriffe berühren natürlich die theoretische Rechtswissenschaft nicht, deren einzige Aufgabe es ist, festzustellen und zu verstehen, wie die rechtlichen Phänomene faktisch verlaufen. (Dieser Ausdruck, der hier vorläufig angewendet wird, ist mehr bildlich als exakt.)

Austins Kritik der Theorie Blackstones gilt in noch höherem Grade der Lehre der historischen Schule. Diese hebt nämlich noch stärker als Blackstone den extrajudiziellen Charakter des Gewohnheitsrechts hervor. Sie geht sogar so weit, dem Gewohnheitsrecht ein gewisses mystisches erhöhtes Gepräge zu geben, als sei es heimlich aus einer gewissen mystischen Volksseele erwachsen. Diese feierliche Rede beeinflusst Austins unbarmherzig ehrlichen und unromantischen Gedankengang nicht. „In spite, then, of the grandiloquous talk by which it has been extolled and obscured, customary law has nothing of the magnificent or mysterious about it. It is but a species of judiciary law . . .“⁴⁵⁾ Endlich kritisiert Austin⁴⁶⁾ auch die allgemeine Vorstellung, daß das Gewohnheitsrecht, als dem Volke entsprungen (ev. dem Willen der Ausübenden), ein Ausdruck für die Interessen und die Freiheit dieses (dieser) sein sollte. Wenn z. B. wenige Starke gewohnheitsmäßig große Teile eines stumpfen und schwachen Volkes in Knechtschaft oder Sklaverei halten, dann wird dieses Verhältnis durch Gewohnheit in Gewohnheitsrecht übergehen. Man kann deshalb nicht sagen, daß Gewohnheit ein Ausdruck für die Interessen der Handelnden zu sein braucht. Die Befolgung der Gewohnheit braucht nämlich nicht freiwillig zu sein, wenn auch der Zwang nicht rechtlichen Charakters ist. Die Gewohnheit wird weit leichter Ausdruck für die natürliche Lage der Stärkeverhältnisse, d. h. Ausdruck für die Interessen der Stärkeren werden.

Was hier von der Gewohnheit als Rechtsquelle gesagt ist, gilt entsprechend von der Wissenschaft, der „Natur“, oder was man sonst für „inhaltmäßige“ Quellen aufstellen mag. Sie sind nur Teile eines richter-

⁴⁵⁾ Lectures, 560.

⁴⁶⁾ A. a. O. 558—559.

geschaffenen Rechts. Recht sind sie nur, wenn und in dem Umfang wie sie vor dem Gerichte Anwendung finden.

Austins Rechtsquellenlehre hängt intim mit seiner allgemeinen Rechtslehre zusammen. Die Pointe ist in beiden dieselbe. Seine Rechtsquellenlehre ist, wie aus dem Vorhergehenden sich wohl ergibt, eine konsequente Durchführung und Aufrechterhaltung des reinen positiven Rechtsbegriffes, der den Gegenstand für seine Rechtstheorie bildet. Und das Ziel ist bei beiden, die Erkenntnis einer reinen Rechtswirklichkeit zu ermöglichen.

7. Austins Werk wurde für alle nachfolgende englische Rechtstheorie entscheidend. Besonders in zwei Punkten. Erstens hatte er eine theoretische Grundlage für die Erkenntnis einer reinen Rechtswirklichkeit geschaffen, d. h. er hatte das Recht aus seiner Vermengung mit Ethik und positiver Moralität herausgelöst. Die englische Literatur hat dadurch zu einem großen Teil die methodischen Verwirrungen naturrechtlicher Art vermieden, die die Folge einer solchen Vermengung sind, und die in hohem Grade in den Literaturen des Kontinents Verheerungen angerichtet haben und noch anrichten. Die englische Theorie hat mehr als irgend eine andere ein positives, methodenreines Gepräge bewahrt. Hiernach wird es verständlich, daß englische Juristen sich oft im Gegensatz zu kontinentaler Rechtsphilosophie fühlen, die für sie — wengleich in unrichtiger Verallgemeinerung — als ethisch und metaphysisch geprägt erscheint. Englische Juristen⁴⁷⁾ haben denn auch zu wiederholtenmalen es als Austins großes Verdienst hervorgehoben, daß er eine Rechtstheorie geschaffen hat, die von allen ethischen Spekulationen unabhängig ist — und die von einem Hindu, einem Mohammedaner, und einem Christen, einem absoluten Monarchisten und einem Revolutionären in gleicher Weise angenommen werden kann. „Austin rendered“ — sagt z. B. Dillon — „perhaps no greater service to jurisprudence than in his elaborate chapters on the „Province of Jurisprudence Determined“ wherein he defined the boundaries of jurisprudence and separated it from the domain of ethics and morality“⁴⁸⁾.

Zweitens (und das ist eine Folge des Ersten) hat Austin ein für allemal in der englischen Literatur mit der „kindlichen Fiktion“ aufgeräumt, daß der Richter nicht Recht schafft sondern nur ein von vornherein existierendes, von ihm bloß gefundenes Recht anwendet. Die Lehre von „the judge-made law“ ist *opinio communis* unter den englischen Juristen geworden. „No intelligent lawyer would at this day pretend that the decisions of the courts do not add to and alter the law“

⁴⁷⁾ Außerdem, wie unten erwähnt, Dillon, s. auch Markby, Elements of Law, 5 und Harrison, On Jurisprudence, 14—15.

⁴⁸⁾ „Laws and Jurisprudence“, 6.

hat Pollock gesagt⁴⁹⁾. Die übliche kontinentale Scheidung zwischen Gesetz und Gewohnheit ist in der englischen Literatur verdrängt von der Scheidung zwischen Gesetz und judiciary law oder (weniger korrekt aber leichter) judge-made law.

Austins Werk wurde für alle spätere englische Jurisprudenz entscheidend. Andererseits ist nach seiner Zeit auch nichts wesentlich Neues geschaffen worden. Man hat Austin nicht verlassen oder überwunden, ist aber auch nicht über ihn hinausgelangt. Man hat hier und da geflickt, ihn in dem einen oder anderen Punkte kritisiert. Aber das Grundfundament für Austins Lehrgebäude — die Etablierung der Rechtswirklichkeit in einem machtvollen Willen — wurde niemals klar ausgearbeitet und einer durchgreifenden Kritik unterworfen. Nicht einmal Maine und die historische Schule lieferten etwas wesentlich Neues für das Verständnis des Wesens des Rechtes.

Was noch schlimmer ist, seit Austins Zeit ist ein entschiedener Rückgang erfolgt. Viel von dem, was Austin aufgebaut hatte, ist wieder zusammengestürzt oder in Vergessenheit geraten. Wo er mit seiner stringenten Analyse Klarheit gebracht hatte, hat sich seitdem Unklarheit und Verwirrung eingeschlichen. Das gilt von beiden erwähnten Hauptpunkten: dem Rechtsbegriff und der Rechtsquellenlehre. Nicht einmal in Bezug auf diesen zentralen Punkt selber, den positiven Charakter des Rechtsbegriffes, die Scheidung des Rechtes von einer „höheren“ ethischen Rechtfertigung, glückte es Austins Nachfolgern, seinen Standard zu halten. Es schwebte immer den Geistern vor, daß irgend eine Verbindung zwischen Recht und Ethik bestehen müsse. Der Drang, bloß ein kleines Stückchen der immer so verführerischen höheren Rechtfertigung einzubeziehen, wurde zu groß. In mehr oder weniger bildlichen Ausdrücken suchte man aufs neue etwas Rechtfertigung in die „province of jurisprudence“ einzuschmuggeln. (S. hierüber Näheres im Exkursus A.) Da auch (wie im folgenden ausführlicher gezeigt werden soll) Austins Rechtsquellenlehre verfiel, und seine Lehre von den vier Formen allen Rechtes ganz in der Literatur vergessen wurde, da ferner der Begriff einer formalen, juristischen Grundlehre, der Austin vorgeschwebt hatte, in der späteren Literatur vollständig zugunsten des Begriffes „general jurisprudence“ verschwindet, kann man im großen und ganzen sagen, daß das theoretische Lehrgebäude, das Austin aufgeführt hatte, mehr und mehr in den Händen seiner englischen Nachfolger dahinschwand. Dem ungarischen Rechtslehrer Felix Somló blieb es vorbehalten, Austins Gedanken und sein System wiederaufzunehmen und ihm neues

⁴⁹⁾ In einer Anm. zu seiner Ausgabe von Maine, *Ancient Law*, 46.

Leben zu geben, indem er auf ihrem Grunde eine juristische Grundlehre aufbaute.

Wenn auch die Rechtsquellenlehre bei Austins Nachfolgern mehr und mehr verschwand, so lag das vielleicht an einem gewissen Mangel bei Austin selber. Wohl hatte Austin einen Quellenbegriff angenommen, der die methodischen Forderungen erfüllte, die man an diesen Begriff stellen mußte, nämlich Konformität mit dem Rechtsbegriffe. Wohl hätte er auch aus diesem Grunde es abgelehnt, anders bestimmte Quellenbegriffe gelten zu lassen, nämlich den sogenannten materiellen, oder inhaltsdeterminierenden Quellenbegriff. Aber er hatte nicht hinreichend die Gründe klargemacht, die dazu führen, daß der Quellenbegriff auf diese Weise bestimmt werden muß, und damit hat er die formale Bedeutung des Quellenbegriffes nicht hinreichend festgelegt. Der Grundfehler bei seinen Nachfolgern ist gerade, daß sie so gut wie ohne Ausnahme kein Verständnis für die formale Bedeutung des Quellenbegriffes haben und mit einer Reihe verschiedener, methodisch disparater Quellenbegriffe arbeiten, die das tiefere, zusammenhängende Verständnis des Quellenproblems ausschließen. Die innere Verwirrung spiegelt sich auch in dem äußeren Umstände, daß das, was zur Bestimmung des Begriffes Rechtsquelle gesagt wird, nicht bei zwei Verfassern übereinstimmt.

Der am meisten in die Augen fallende Fehler, der, in verschiedener Formulierung, bei ihnen allen wiederkehrt, ist, daß man statt eines Einheitsquellenbegriffes zwei verschiedene, von einander unabhängige, einen formalen und einen materialen, wie sie in der Regel genannt werden, annimmt. „A formal source is that from which a rule of law derives its force and validity. It is that from which the authority of the laws proceeds. The material sources, on the other hand, are those from which is derived the matter, not the validity of the laws.“ So bestimmt Salmond⁵⁰⁾ die Doppelheit und kann in dieser Hinsicht als Muster für sie alle dienen⁵¹⁾. Die erste Frage, woher die Rechtsregeln ihre bindende Kraft erlangen, wird in Übereinstimmung mit Austin so beantwortet, daß man sagt, daß diese von der obersten, souveränen Macht

⁵⁰⁾ „Jurisprudence“, 164.

⁵¹⁾ Vgl. Markby „Elements of Law“, 37; Holland, *Jurisprudence*, 55; Goadby, *Introduction*, 55; Gray, *Nature and Sources of Law* bestimmt den Quellenbegriff nicht genauer, aber die Scheidung folgt aus seinem System. Für ihn ist alles Recht richtergeschaffen, auch das Gesetz (125). Die einzige „formale“ Quelle ist deshalb der Richterbeschuß. Alle anderen Quellen sind „materiale“ Quellen zum Inhalt des Richterbeschlusses, p. 123—125; Hearn, *Legal Duties and Rights*, 37 f. Nur Amos, *Jurisprudence*, 52 definiert ganz gut die Rechtsquelle als „the immediate group of circumstances through which a legal rule acquires its essential character as such“.

herrührt, oder, wie man sich jetzt in der Regel ausdrückt, vom Staate⁵²⁾. Hiermit ist die formale Quelle angegeben. Was dagegen die materiellen Quellen angeht, so herrscht eine bunte Verwirrung; hierunter werden pêle-mêle eine Reihe verschiedener Dinge angegeben, die nach vulgären Gesichtspunkten wohl natürlich Rechtsquelle genannt werden können. Der Umstand, daß nicht zwei Verfasser in ihrer Angabe der materialen Quellen übereinstimmen, dürfte ein Zeichen dafür sein, wie haltlos und unmöglich dieser Begriff ist. Markby⁵³⁾ nennt legislation, judiciary law (darunter interpretation und custom) und commentaries. Salmond⁵⁴⁾ unterscheidet innerhalb der materialen Quellen zwischen den historischen und den legalen (d. h. denen, die vom Recht selbst anerkannt sind) und nennt unter diesen letzteren: legislation, precedent, custom and agreement. Gray nennt als materiale Quellen: statutes, judicial precedents, opinions of experts und custom⁵⁵⁾. Goadby: legislation, custom, natural law und equity⁵⁶⁾. Holland endlich arbeitet mit nicht weniger als vier Quellenbegriffen. Außer dem gewöhnlichen formalen Begriff nimmt er einen an, der angibt, wo wir unser Wissen, was Recht ist, holen können, ein anderer, der die bewegenden Gründe (remote causes) angibt, die die Rechtsregeln zur Existenz gebracht haben, und ein dritter, der die Organe angibt, durch die der Staat neues Recht schafft. Unter diesen drei Gruppen werden, ohne Angabe ihres wechselseitigen Zusammenhangs oder Zusammenhangs mit den formalen Quellen, folgende Quellen genannt: statute-book, reports, esteemed treatises (ad 1), custom, religion, scientific discussion (ad 2), adjudication, equity und legislation (ad 3)⁵⁷⁾.

Der Grund zu dieser radikalen Verwirrung liegt darin, daß die Scheidung selbst zwischen formaler und materialer Rechtsquelle unmöglich ist, so gewiß, wie Form und Inhalt nicht als zwei selbständige und unabhängige Existenzen geschieden werden, sondern nur als abstrakte Seiten ein und derselben Existenz angesehen werden können. Hat man den souveränen Willen als formale Quelle des Rechtes angegeben,

⁵²⁾ Vgl. Exkursus A. Goadby, 85 gibt indessen an, daß Gewohnheit und Religion in früheren Zeiten die „formale“ Quelle des Rechtes gewesen sind und in einigen Ländern noch sind; das hängt damit zusammen, daß er fehlerhaft den Rechtsbegriff in Übereinstimmung mit dem bestimmt, was die populäre Anschauung bei einem gegebenen Volke für den verpflichtenden Grund des Rechtes ansieht, p. 46 f. Was wohl die Eskimos sich unter Recht denken?

⁵³⁾ „Elements of Law“, 37, 41, 45, 65.

⁵⁴⁾ Jurisprudence, 164 f.

⁵⁵⁾ Nature and Sources, 152 f., 198 f., 260 f., 282 f.

⁵⁶⁾ Introduction, 89.

⁵⁷⁾ Jurisprudence, 55 f.

so ist damit auch seine materiale Quelle bestimmt, nämlich als Inhalt dieses Willens. Das Rechtsquellenproblem besteht in diesem Fall darin, zu zeigen, wie der souveräne Wille — als Form des Rechts wenn man will — seinen Inhalt in einer Reihe determinierender Akte entfaltet. Materiale Quellen ohne Verbindung mit dem souveränen Willen aufzustellen, hat dagegen keinen Sinn (natürlich stets von der Voraussetzung aus, daß darüber Einigkeit herrscht, daß der souveräne Wille die „formale“ Quelle des Rechts ist). Man kann hier höchstens an die Ursachen (kausal-naturwissenschaftlich) denken, weshalb der Souverän eine Regel von diesem oder jenem Inhalt als Recht gesetzt hat. Aber dies soziologisch-kausale Problem kann natürlich nicht neben oder in Gegensatz zum „formalen“ Quellenproblem gesetzt werden. Die beiden Fragen sind absolut inkommensurabel. Die Haupteinteilung, auf der später die englische Quellentheorie beruht, ist deshalb eine methodische Unmöglichkeit, die in höchstem Grade geeignet ist, Mißverständnisse zu erzeugen. So muß zuerst und vor allem jede rationale Einteilung der Quellen unmöglich gemacht werden. Es ist in dieser Hinsicht charakteristisch, daß die Austinsche Einteilung allen Rechts in vier Gruppen (s. oben p. 92—93) in den Werken der Epigonen ganz verschwindet, um einer zufälligen und oberflächlichen Einteilung Platz zu machen, die sich meist von einer Ableiterung nicht unterscheidet. Sodann muß die Falschheit der Grundeinteilung Anlaß zu falschen Gegensätzen geben. Wenn z. B. Gewohnheit als materiale, „precedent“ als formale Quelle angesehen wird, muß das zu der Auffassung Veranlassung geben, daß Gewohnheitsrecht nicht richtergeschaffenes Recht ist, eine Auffassung, die die meisten Verfasser sonst bekämpfen.

8. Während so die Beiträge zur allgemeinen Theorie der Rechtsquellen gering waren und mehr dazu dienten, Austins Theorien zu verwässern, als sie zu fördern, sammelte sich die Diskussion mit umso größerer Kraft um einen einzelnen Punkt in Austins Quellenlehre, nämlich seine Theorie vom Gewohnheitsrecht als vom Richter geschaffenen Recht, wenn und in dem Umfange wie dieser durch ein Urteil den Stempel der staatlichen Anerkennung auf eine bereits existierende, aber nur unter „positive morality“ gehörende Gewohnheitsregel drückt. Austin hatte sich kritisch gegen die Blackstonesche Fiktion gewendet, daß der Richter Recht nicht schaffen sondern nur anwenden könne. In diesem negativ-kritischen Teil, der die positive Behauptung involviert, daß der Richter Recht schaffen kann und faktisch schafft, gewann Austin in der späteren englischen Doktrin allgemeine Zustimmung. In der englischen Literatur im engeren Sinne hat sich nicht eine einzige

Stimme mit Autorität⁵⁸⁾ in diesem Punkte gegen Austin erhoben. In Amerika, das stets stärker von der deutschen historischen Schule beeinflusst war, haben dagegen verschiedene Verfasser⁵⁹⁾ von dem Standpunkt dieser Schule aus die Selbständigkeit des Gewohnheitsrechtes behauptet. Zuletzt und mit stärkstem Nachdruck Carter in einer Rede⁶⁰⁾, die er vor der American Bar Association hielt, und dann in einem größeren Werk „Law, its Origin, Growth and Function“. Carter bestreitet im Anschluß an Blackstone und die historische Schule, daß der Richter Recht schaffen kann. Er stützt seine Behauptung besonders auf zwei Argumente. Erstens auf eine psychologische Untersuchung darüber, wie der Richter selbst seine Richterfunktion auffaßt⁶¹⁾. Carter schildert, wie dieser niemals selber den Anspruch erhebt, rechtschaffend aufzutreten. Wenn eine Sache vorliegt, wird erst das Gesetz und ein Präzedenzfall befragt. Aber in den meisten Fällen wird man dabei keine vollbefriedigende Antwort finden. „Here is the interesting and crucial test of the question how the law springs into existence. That the judge cannot make the law is accepted from the start . . . It is agreed that the true rule must be somehow found. Judge and advocates — altogether — engage in the search. Cases more or less nearly approaching to the one in controversy are adduced. Analogies are referred to. Customs and habits of men are appealed to. Principles already settled as fundamental are invoked and run out to their consequences; and finally a rule is deduced which is declared to be the one which the existing law requires to be applied to the case“⁶²⁾. Dieses Raisonement ist aus mehreren Gründen falsch. Erstens ist des Richters Meinung über seine eigene Funktion nicht entscheidend dafür, wie diese in Wirklichkeit ist. Es lassen sich, wie erwähnt, mehrere gute Gründe dafür anführen,

⁵⁸⁾ Clark, Practical Jurisprudence, 152; 332, schließt sich in Bezug auf Gewohnheitsrecht Savigny an und meint, daß Gewohnheit Recht schafft auf Grund eines „common feeling of obligation“ (p. 333), Rattigan, Science of Jurisprudence, gibt einige vollständig sich widersprechende Ausführungen, p. 76 heißt es: „Courts of Justice do not make law; their province is to ascertain and declare what the law is“, womit er sich zu der Blackstoneschen Fiktion bekennt; im vollen Widerspruch hierzu spricht er auf der nächsten Seite (p. 77) vom judge-made law als indirekter Gesetzgebung und sagt von den Richtern, daß, wenn weder Gesetz, noch Gewohnheit eine Regel bietet „they are obliged to invent a rule“.

⁵⁹⁾ Außer Carter, s. auch Hammond in den Anmerkungen zu seiner Ausgabe von Blackstones Commentaries und W h a r t o n: Commentaries on American Law; diese beiden Verfasser sind mir nur indirekt bekannt durch Gray [119] 222 bzw. Willoughby [343] 170—171.

⁶⁰⁾ The Ideal and Actual in Law.

⁶¹⁾ Law, 183 und Ideal and Actual, 758—759.

⁶²⁾ Ideal and Actual, 758.

daß der Richter für sich und andere die Illusion aufrecht erhält, daß er nicht Recht schafft. Sodann beruht das Raisonement auf einem unrichtigen („materiellen“) Quellenbegriff. Selbst wenn der Richter die Sache mit Hinblick auf einen bereits existierenden Standard entscheidet, ist es nicht sicher, daß dieser Standard als Rechtsquelle existierte. Es ist möglich, daß die Regel weder neu noch richtergeschaffen ist, das Recht aber beides.⁶³⁾ Ferner stützt Carter seine Kritik Austins darauf, daß, wenn wirklich judge-made law existierte, dieses ex post factum sein müßte, was zur Folge haben würde, „that a man [had to] suffer for the violation of a law committed before the law was made. No theory of law can stand, which involves such a consequence“⁶⁴⁾. Als Ausdruck für eine ethisch-politische Mißbilligung kann dieses Argument indessen niemals für die Entscheidung in Betracht kommen, wie die Verhältnisse wirklich sind. Es ist ein Faktum, daß auch Gesetze bisweilen mit „rückwirkender Kraft“ gegeben werden. Im übrigen kann man Carter etwas damit beruhigen, daß das Einzige, was man aus der Existenz des judge-made law schließen kann, ist, daß das Recht als solches ex post factum ist, während die Regel, nach der ein Mann verurteilt wird, oft vorher unter der Form einer Gewohnheitsregel, Moralregel, Konventionsregel oder dergleichen existiert haben wird⁶⁵⁾.

Im ganzen kann man also sagen, daß Austins Kritik an Blackstone unbedingte Anerkennung bei seinen Nachfolgern fand. Anders dagegen

⁶³⁾ Vgl. Brown, Austinian Theory, 289.

⁶⁴⁾ Law, 186.

⁶⁵⁾ Im übrigen erinnert Carters Rechtsquellenlehre sehr an die der historischen Schule. Er betrachtet die Gewohnheit als die letzte Quelle allen Rechts, vermengt hiermit aber eine soziologische Kausalerklärung, weshalb ein gewisses Recht existiert und befolgt wird, mit der analytisch-rechtstheoretischen Frage, wie sich erkennen läßt, daß eine Rechtsregel als Recht existiert. Die Gleichheit der Lehre Carters mit der Savignys ist sicher zufällig, ist aber darin begründet, daß er, ebenso wie jener, sich gegen eine Kodifikation in praktischer Agitation erhoben hat. Von Carter sagt Gray [119], 233: „Mr. Carter, at an earlier period of his life, was a strenuous opponent of the adoption by the State of New York of Mr. David Dudley Fields Civil Code. In his opposition he was successful . . . The remembrance of this great struggle was always in his mind, and was, I feel sure, the raison d'être of his essay and his book, and has affected his whole point of view“. Wenn ein Kode — womit eine willkürliche Veränderung in dem bestehenden Rechtszustande beabsichtigt wird — unter Debatte steht, wird die Lehre, daß der Wille des Souveräns oder sein Befehl der Erkenntnisgrund des Rechtes ist, leicht die mißverständene Form annehmen, daß das Recht ohne andere Ursache als den freien und willkürlichen Willen des Souveräns geschaffen wird. Der Erkenntnisgrund des Rechtes wird mit den Ursachen verwechselt, aus denen ein Recht dieses Inhalts existiert. Widersacher eines Kode gelangen da unwillkürlich dazu zu betonen, daß das Recht nicht durch den launenhaften Willen eines Souveräns geschaffen wird,

war es mit seiner positiven Lehre, daß das Gewohnheitsrecht vom Richter geschaffen wird, wenn und in dem Umfange wie eine Gewohnheit als Voraussetzung für eine Urteilsbildung Anwendung findet. Die Diskussion hierüber wurde dadurch veranlaßt, daß man glaubte, die Konsequenz der Theorie Austins nicht akzeptieren zu können, daß die Gewohnheiten nicht Recht sind, bevor sie bei einem Gericht Anwendung finden. Man behauptete dem gegenüber, daß die Gewohnheitsregeln, ebenso gut wie das Recht, das aus dem Gesetze entammt, als Gesetz des Landes gelten kann, auch bevor es bei einem Urteil Anwendung gefunden hat. Man führte verschiedene Argumente dafür an^{65a)}. Zuerst und vor allem, daß der Richter ebenso gut gebunden und verpflichtet ist, gewisse Gewohnheiten zu respektieren, wie das Gesetz, es steht nicht in seinem Belieben, ob er gewisse Gewohnheitsregeln anwenden will oder nicht, und von diesem muß man daher sagen, daß sie auch vor der Anwendung Recht sind. Weiter wurde angeführt, daß die Anerkennung einer Gewohnheitsregel durch den Richter retrospektiv wirkt⁶⁶⁾. Die Handlungen, die vor dem Augenblick der Urteilsfällung liegen, werden nach der Gewohnheitsregel beurteilt, die daher schon im Augenblick der Handlung Recht sein muß. Ganz richtig hat Brown repliziert, daß dieses Argument nicht entscheidend ist, da die retrospektive Anerkennung der Gewohnheitsregel nicht von dem Falle wesensverschieden ist, daß ein Gesetz mit „rückwirkender Kraft“ gegeben wird. Als Recht existiert es erst jetzt, es findet aber doch Anwendung auf frühere Tatsachen. Drittens hat man den Spruch und die Auffassung des Richters angeführt, die darauf hinausgeht, daß mit der Rechtsregel bereits geltendes Recht angewendet wird. Die Unhaltbarkeit dieses Arguments ist schon im Vorhergehenden nachgewiesen; was ein Richter bekennt oder zu tun glaubt, und was er wirklich tut, ist keineswegs immer dasselbe. Für eine nähere Betrachtung bleibt von den drei Argumenten daher nur das erste. Es geht darauf aus, daß der Richter verpflichtet ist, gewisse Gewohnheiten anzuwenden, gerade so wie er verpflichtet ist, das Gesetz anzuwenden. Wie man darüber nun auch denken

sondern tiefere Ursachen zu seiner Existenz hat. Es ist eigentümlich, daß das Verbum, das die Kodegegner in Bezug auf das Verhältnis des Rechtes zum Souverän anwenden, auf Deutsch und Englisch dasselbe ist: machen und to make; es wird behauptet, daß das Recht nicht vom Herrscher „gemacht“ oder „made“ ist. So richtig das alles auch ist, so führt es doch zu einer methodischen Verfälschung des Quellenproblems.

^{65a)} Holland, *Jurisprudence*, 60 f.; Brown, *Austinian Theory*, 288 f.; Salmond, *Jurisprudence* 3. ed. London 1910 (Sweet and Maxwell) p. 156 f.; Greer, *Custom in Common Law*, 158; Cardozo, *Nature of Judicial Process*, 131—132.

⁶⁶⁾ Besonders Holland, s. Anm. 65a.

mag, es könnte scheinen, als ob die Behauptung, daß Gewohnheitsregeln Recht vor der Richteranzwendung sind, diese Verfasser in innere Widersprüche verwickeln müßte. Auf der einen Seite stimmen sie Austin zu, daß die Gewohnheitsregel als solche nicht rechtlichen Charakters ist, sondern nur zu dem gehört, was Austin „positive morality“ nannte; andererseits behaupten sie doch, daß die Regel, die an sich nicht Recht ist, vor der Anerkennung durch den Richter Recht ist und den Richter rechtlich bindet. Kiß⁶⁷⁾ hat denn auch in einem Artikel über englische Rechtsquellentheorie diesen vermeintlichen Widerspruch als Achillesferse der Theorie, als ihre nie aufgelöste Antinomie bezeichnet, die er von den neuesten Ergebnissen der kontinentalen Quellentheorie aus zu lösen sucht. Überflüssig, denn man kann nicht mit Recht behaupten, daß diese scheinbare Antinomie von englischen Juristen ungelöst gelassen wäre^{67a)}. Man muß endlich zugeben, daß die Lösung, die sie selbst gegeben haben, erheblich besser ist, als die, die Kiß zum Ersatz heranzuführt. Die Antinomie ist nämlich nur scheinbar. Auf der einen Seite heißt es, daß die Gewohnheitsregel nicht als Gewohnheitsregel verbindend ist, auf der anderen Seite, daß gewisse Gewohnheiten doch rechtlich vor ihrer ersten konkreten Anwendung als Grundlage für ein Urteil binden. Hieraus kann man schließen, daß es in einem solchen Fall nicht die konkrete Richteranzwendung ist, die der Gewohnheitsregel ihren Rechtscharakter gegeben hat, wie Austin lehrte. Aber zeigt man, daß die Gewohnheitsregel auf andere Weise vor der konkreten Anwendung von dem bloß Moralischen zum Rechtlichen transformiert wurde, dann verschwindet damit jeder Schein von Widerspruch. So sagt Holland: „We can only say that the rule that a Court shall give binding force to certain kinds of custom is as well established as hundreds of other rules of law, and has been established in the same manner. The judges acting as delegates of the State, have long ago legislated upon this point as upon many others“⁶⁸⁾. Holland betont noch einmal, daß die verbindende Kraft der Gewohnheit auf einer Staatsanerkennung beruht. „The legal character of reasonable ancient custom is to be ascribed, not to the mere fact of their being reasonable ancient customs, but to

⁶⁷⁾ Theorie der Rechtsquellen, 283.

^{67a)} Die einzige, sehr schwache Grundlage, die Kiß für seine Charakteristik anführen kann, sind einige Ausführungen bei Salmond, *Jurisprudence*, 3. Aufl., 1910 (s. Anm. 91) p. 156 f., die indessen in der letzten Ausgabe abgegriffen sind; Greer, *Custom in Common Law*, 199. Jedenfalls kann der Mangel nicht auf dieser Grundlage der englischen Rechtswissenschaft als Ganzem zugeschrieben werden.

⁶⁸⁾ *Jurisprudence*, 61.

the existence of an express or tacit law of the State giving to such customs the effect of laws“⁶⁹⁾. Die Abweichung von Austin besteht also darin, daß betont wird, daß die Anerkennung durch den Staat nicht bloß nachfolgend (singuläre Anerkennung), sondern auch im voraus (en-bloc Anerkennung) erfolgen kann. Es existiert eine Rechtsregel, die von vornherein en-bloc die Gewohnheiten anerkennt, die gewisse Bedingungen erfüllen; es liegt also vor, was wir in einer Normgrundlehre eine generelle Rezeption gewisser Normen eines anderen Normsystems (der positiven Moralität) nennen würden. Diese rezipierende Rechtsregel faßt Holland als judge-made law auf, das in alter Zeit vom Richter selbst festgelegt wurde. Kiß' Einwendung, daß eine Verpflichtung für die Gerichte nicht vom Richter selbst ausgehen kann, gilt nicht, soweit es sich um das Verhältnis der untergeordneten Gerichte zu den übergeordneten handelt; und soweit es richtig ist, daß das höchste Gericht nicht sich selbst verpflichten kann, wird hiermit sicher die formale Grenze für den Umfang angegeben, in dem Gewohnheitsregeln für verpflichtend erklärt werden können; eine Grenze, die man nur durch kunstvolle Konstruktionen, wie die von Kiß, aufheben kann (s. unten). Denselben Standpunkt, wie Holland, nimmt Brown⁷⁰⁾ in seinen ausführlichen Untersuchungen über das Gewohnheitsrecht ein, wengleich er sich vielleicht weniger klar ausdrückt. Weiter muß daran erinnert werden, daß die erwähnte Schwierigkeit überhaupt nur bei den Verfassern vorkommt, die Austins Lehre, daß das Gewohnheitsrecht erst durch konkrete judizielle Anwendung entsteht, bestreiten. Es gibt nämlich auch Verfasser⁷¹⁾, die unverändert an Austins Lösung festhalten und leugnen, daß Gewohnheit Recht vor seiner konkreten Anwendung schaffe. Ob der eine oder der andere Standpunkt richtig ist, das soll hier nicht entschieden werden.

Im Gegensatz zu diesen englischen Lösungen bei Brown und Holland versucht Kiß, die rezipierende Rechtsregel in das Gesetz hineinzupressen. Wenn sich jetzt in einem Rechtssystem eine ausdrückliche Gesetzregel dieses Inhalts findet, ist die Sache klar⁷²⁾, wenn sich eine solche — wie z. B. im englischen Recht — nicht findet, will Kiß

⁶⁹⁾ Jurisprudence, 62.

⁷⁰⁾ Brown, Austinian Theory, 329 „To the question why custom is law no better answer can be given than that the judges treat it as such. The custom of the people is law, in so far as it is law, by virtue of the custom of the courts“.

⁷¹⁾ So Dillon, Laws and Jurisprudence, 5, und besonders Willoughby, Nature of the State, 175, der behauptet, daß man offen zugeben soll, daß Gesetzgebung ex post facto vorliegt.

⁷²⁾ Diese kann doch nur als Referat von Kiß verstanden werden.

die rezipierende Rechtsregel auf „ein im Gesetz zwar nicht ausgesprochenes, ihm doch innewohnendes Grundprinzip: das aequum et bonum, d. h. das Prinzip der aequitas, in der englischen Rechtssprache Equity genannt“ gründen⁷³⁾. Hieraus will nämlich Kiß ableiten, „daß die Richter verpflichtet sind, sich den individuellen Eigentümlichkeiten der Rechtsfälle anzupassen, daß sie nicht an dem Wortlaut des Gesetzes haften dürfen, sondern durch die Verwertung der wahren Absicht des Gesetzes, also durch Berücksichtigung der Auffassung des Verkehrslebens, der Verkehrssitte eine lebensfähige und schöpferische Jurisprudenz treiben müssen.“ — Daraus folgt nun die verbindliche Kraft der „usages“, der „popular customs“, schließt dann Kiß⁷⁴⁾. Das Künstliche und Fiktive in dieser Konstruktion leuchtet ein. Es wird hier Gesetzeskraft einem unausgesprochenen, aber doch dem Gesetze innewohnenden Prinzip beigelegt; man sieht aber nicht, woher dieses Prinzip, eben als unausgesprochen, die objektive Erkennbarkeit hat, die seinen Charakter als Gesetz bedingen. Derart vage, objektiv nicht erkennbare Prinzipien sind bequeme — aber wertlose — Mittel, in das Gesetz gerade das hineinzulegen, was man wünscht. Der Gesetzesbegriff verliert hiermit allen rechtstheoretischen Wert. Daß bei Kiß in Wirklichkeit fehlerhafte Anwendung des englischen Begriffs equity vorliegt, wird unten Exkurs B gezeigt. Endlich — aber nicht zum mindesten — läßt sich gegen Kiß' Theorie geltend machen, daß sie es nicht ermöglicht, gewisse Rechtsphänomene zu verstehen; z. B. wie es möglich ist, daß verschiedene Regeln dafür gelten, wann generelle und partikuläre Gewohnheiten verbindend sind. Während die ersten, praktisch genommen, dem Gutdünken des Richters überlassen werden, stellt das englische Recht für die partikulären Gewohnheiten eine Reihe genauer Bedingungen auf. Sind diese 7—8 Bedingungen von dem allgemeinen dem Gesetz innewohnenden Prinzip deduziert; und in diesem Falle, weshalb gelten sie dann nicht auch für die generellen Gewohnheiten? Diese ganze unwirkliche und fiktive Theorie hat nur einen einzigen Grund für ihre Existenz: der Verfasser ist in dem verbreiteten kontinentalen Glaubenssatz befangen, daß das Gesetz die einzige, letzte und solide Basis für eine Rechtsregel ist, eine Grundlage, die so selbstverständlich ist, daß sie nicht mehr die Frage: „weshalb“ zuläßt. Von diesem Dogma geführt, wird Kiß gezwungen, eine künstliche und wirklichkeitsfremde Theorie für Verhältnisse anzunehmen, die sich viel einfacher auf andere Weise verstehen lassen.

⁷³⁾ Theorie der Rechtsquellen, 287.

⁷⁴⁾ A. a. O. 293.

Wir sind ausführlich auf Kiß' Theorie eingegangen, weil sie an einem interessanten Punkt den Unterschied zwischen kontinentaler und englischer Rechtstheorie veranschaulicht, zugleich an einem Punkte, wo Kiß der englischen Jurisprudenz mit den „neuesten Resultaten unserer kontinentalen Rechtswissenschaft“ zu Hilfe kommen will.

Die Gewohnheitstheorie der späteren englischen Literatur läßt sich kurz folgendermaßen resumieren: Abgesehen von ganz vereinzelt Verfassern, die unter dem Einfluß der deutschen historischen Schule standen, gewann Austins Kritik der Lehre Blackstones unbedingte Anerkennung und es wurde die allgemeine Ansicht, daß Richter Recht schaffen können und schaffen, wie auch, daß das Gewohnheitsrecht eben eine Art richtergeschaffenen Rechts ist. Einige Verfasser stimmten auch der positiven Behauptung Austins zu, daß das Gewohnheitsrecht vom Richter geschaffen wird, wenn und in dem Umfange, wie die Regel, die eine Gewohnheit impliziert, einer Entscheidung zugrundegelegt wird. Andere Verfasser nahmen dagegen an, daß die Gewohnheitsregel bereits vor ihrer konkreten Anwendung Recht sei; sie begründeten dies damit, daß der Richter verpflichtet sei, gewisse Gewohnheitsregeln anzuwenden, und sie erklärten es damit, daß durch eine richtergeschaffene Rechtsregel eine antizipierte, bedingte en-bloc Rezeption von Gewohnheitsregeln erfolgt sei.

Exkursus A.

Über den Rechtsbegriff in der englischen Literatur nach Austin.

Die nach Austin auftretende Tendenz (vgl. oben p. 98), Recht und Rechtfertigkeit zu vermengen zeigt sich typisch bei Salmond und kommt in seiner Rechtsdefinition folgendermaßen zum Ausdruck: „Law may be defined as the body of principles recognised and applied by the state in the administration of justice. In other words, the law consists of the rules recognised and acted on by courts of justice“⁷⁵). Hieran schließt Salmond die Bemerkung, daß justice nicht einfach Recht bedeutet, „court of justice“ nicht bloß „Rechts-gericht“; denn in diesem Falle würde seine Definition auf einem Zirkel beruhen. Er betont, daß justice mehr als Recht bedeutet, Rechtfertigkeit, und daß „court of justice“ zuerst und vor allem eine Stelle bedeutet, wo Rechtfertigkeit geübt wird. „What a litigant obtains in the tribunals of a modern and civilised state is doubtless justice according to law, but it is essentially primarily justice and not law“⁷⁶). Es ist klar, daß Salmond mit der Scheidung zwischen law und justice den Unterschied zwischen fixierten Regeln und diskretionärer Rechtskonkretisation im Auge hat. Aber das Eigentümliche ist, daß dieser Unterschied, der in positivem Licht betrachtet, einfach den Unterschied zwischen vorausgegangener fixer, abstrakter Rechtsfestsetzung und nachfolgender, diskretionärer Rechtskonkretisation bedeutet, in Salmonds Darstellung eine teilweise Transformation in das Ethische erleidet. Er begeht hier eine nicht ungewöhnliche Inkonsequenz. Der eine Teil der Rechtsphänomene, das abstrakte, fixe Recht, das Gesetz, wird positiv als Staatswille aufgefaßt, während ein anderer Teil, die diskretionäre Rechtskonkretisation, rational-ideal als Rechtfertigungsausübung aufgefaßt wird. Es wird hierbei übersehen, daß das konkrete Richterermessen notwendigerweise seinen Rechtscharakter nach denselben positiven Kriterien gewinnen muß, die dem Gesetze seinen Charakter als Recht verleihen; und daß deshalb Rechtfertigkeit nichts mit dem Wesen der Rechtskonkretisation als Recht zu tun hat, sondern nur — ebenso wie bei dem Gesetze — ein Ideal angibt, dem das Recht — sei es nun das konkrete oder das abstrakte — von ethischen Bewertungspunkten aus folgen sollte. Ob dagegen das Richterermessen wirklich mit diesem Ideal übereinstimmt, ist für seinen Charakter als Recht ganz irrelevant. Auch ein Richter, der das ihm gestandene Ermessen von „unrechtfertigen“ Klassenurteilen oder dergleichen geleitet, ausübt, setzt ebenso Recht.

⁷⁵) Jurisprudence, 39.

⁷⁶) A. a. O. 40.

Salmonds Vorstellung ist in Wirklichkeit dieselbe, wie die naturrechtliche, nach der das Naturrecht — the justice — als supplierendes Recht nach dem positiven Recht eingeführt wird⁷⁷⁾. Es wendet sich da leicht ein Reflex naturrechtlicher Art auf das positive Gesetz zurück; trotz seiner Positivität wird es für ein Hilfsmittel, für eine unvollständige Form der „Rechtfertigkeit“ erklärt. Dies geschieht auch bei Salmond. Das Gesetz wird für „legal justice“ erklärt. Justice ist nämlich zweierlei Art. „Either natural or moral justice, or legal justice. The first of these is justice in itself — in deed and in truth; the second is justice as actually declared and recognised by the civil law and enforced in the courts of law. . . . Legal justice is the authoritative formulation of natural justice by the civil law for the direction for the courts by which justice is administered“⁷⁸⁾. Man sieht aber nicht, was der tiefere Sinn sein kann, wenn man das Gesetz für eine autoritative Formulierung natürlicher Rechtfertigkeit erklärt, wenn es doch nach seinem positiven Charakter so „unrechtfertig“ sein kann, wie es will, und deshalb doch nicht aufhört, Gesetz zu sein. Hier liegt ganz offenkundig eine Verwechslung des Begriffes des Rechtes mit seiner Idee vor (Stammler).

Dieselbe Vermengung von Recht und Rechtfertigkeit, die bei Salmond in seinem Rechtsbegriff reflektierte Form annimmt, erscheint bei anderen Verfassern in einer mehr unklaren und schwankenden Form wieder. „Law is no ethics, it is true“, sagt Dillon . . . „but they [the laws] have an ethical foundation“⁷⁹⁾; eine subtile Unterscheidung, die man nicht leicht erfaßt. Dieselbe Tendenz, den Begriff des Rechts mit seiner Idee zu vermengen, macht sich auch bei Vinogradoff⁸⁰⁾ geltend. Pollacks Ausführungen im „First Book of Jurisprudence“ sind so ausschweifend, daß es nicht möglich ist, eine bestimmte Ansicht festzustellen; aber es ist doch unverkennbar, daß ebenfalls ausschweifende Begriffe zugrunde liegen⁸¹⁾.

Abgesehen von der Tendenz, Recht und Rechtfertigkeit zu vermengen, hat indessen der positive Rechtsbegriff auch auf andere Weise Veränderungen erlitten — selten Verbesserungen.

Erstens ist es allgemein üblich geworden, nicht zu sagen, daß das Recht von einer souveränen Person oder einem souveränen Kreise ausgeht, sondern, es gehe vom Staate aus⁸²⁾; damit führt man an Stelle

⁷⁷⁾ S. z. B. bei Geny; vgl. p.

⁷⁸⁾ Jurisprudence, 60.

⁷⁹⁾ Laws and Jurisprudence, 14.

⁸⁰⁾ Jurisprudence, 118.

⁸¹⁾ [245a] 32 f.

⁸²⁾ Holland [144] 55; Brown (42) 342, vgl. 254 f.; Salmond (275) 50; Goadby [117] 85.

eines klaren und exakten Ausdrucks einen anderen ein, der unklar ist und keinen präzisen Sinn gibt. Hiermit erheben sich eine Menge unbeantworteter Probleme.

Sodann hat man häufig Austins Ausdruck kritisiert, daß das Recht aus Befehlen bestehe, die vom Souverän ausgehen. Indem ich vorläufig von den Verfassern absehe, die den Souveränitätsbegriff selber angriffen, denke ich hierbei bloß an die, die sich an die real psychologische Bedeutung des Ausdrucks klammerten und bestritten, daß das Recht aus Befehlen bestehe, vielmehr, wie sie behaupteten, aus Regeln, die von dem Souverän erzwungen würden⁸³⁾. Sie übersahen hierbei, daß schon Austin dies erkannt hatte, da er lehrte, daß der Souverän manchmal nur mittelbarer Befehlgeber ist, indem er Befehle erzwingt oder erzwingen läßt, die von anderen ausgegangen sind.

Eine dritte Tendenz geht darauf aus, den Punkt zu verlegen, wo die Macht rechtsdeterminierend wirkt, vom Gesetzgeber zum Richter. Austin hatte den Souverän als Inhaber der höchsten faktischen Macht und deshalb auch zugleich der höchsten rechtlichen abstrakten Befehlsgewalt bestimmt. Andere bezeichnen dagegen den Richter als denjenigen, der letzten Endes das Rechtswirkliche schafft. Sicherlich besitzt der Richter nicht selbst die höchste faktische Macht, aber er handelt direkt unter ihrem Einfluß. Diese Macht setzt die Regeln fest, die für seine Kompetenz gelten, und auf diese Weise wird wiederum der Einfluß der Macht auf das Recht etabliert. Man spricht nach dieser Theorie im Gegensatz zu der Austins von zwei verschiedenen Formen für die Souveränität; die faktische und die rechtliche. Die faktische Macht tritt nach dieser Theorie nicht direkt als oberste rechtliche Instanz auf, sondern dirigiert und erhält ein selbständiges Rechtssystem aufrecht, wonach andere formell Inhaber der höchsten rechtlichen Gewalt sind, während sie real nur Werkzeug in den Händen der Inhaber der faktischen Macht der Staatskreatoren, wie Gray sie nennt, sind. Anläufe zu diesem Gedankengang finden wir bereits bei Salmond. Er definiert das Recht als „the rules recognised and acted on by courts of justice“⁸⁴⁾, also unter Hinweis auf die Gerichte, nicht auf den Gesetzgeber. Eine nähere Ausgestaltung findet diese Theorie bei Gray, wo sie mit seiner Souveränitätslehre, die unten besprochen werden soll, in Verbindung gesetzt wird. Gray gibt folgende Rechtsdefinition: „The law of the state or of any organized body of men is composed of the

⁸³⁾ Holland [144] 43; Salmond [275] 39; Harrison [128] 47; Vinogradoff [335] 119.

⁸⁴⁾ A. a. O. 39.

rules which the courts, that is, the judicial organs of that body, lay down for the determination of legal rights and duties“⁸⁵). Das Motiv zu der Verlegung des Rechtszentrums vom Gesetzgeber zum Richter ist sicher das Gefühl für oder die Einsicht in die Schwierigkeiten, die entstehen, wenn man, wie Austin, die oberste rechtliche Gewalt ausschließlich nach faktischen Machtkriterien bestimmt. Es wird indessen sicher absolut nichts durch diese Verlegung erreicht. Denn die Frage, wer Richter ist, und welche Gewalt er besitzt, erhebt sich sofort. Entweder führt das nun wieder zu der faktischen Macht zurück, womit durch die Verlegung nichts gewonnen ist. Das Recht muß auch in diesem Falle als Befehle der faktischen Macht bestimmt werden — die durch den Richter als ihren Delegierten ausgehen. Oder diese Fragen werden als rechtlichen Charakter besitzend angesehen. Aber in diesem Fall beruht die Rechtsdefinition augenscheinlich auf einem Zirkel, da sie Recht voraussetzt. Es hilft nichts, wenn man formell diese Schwierigkeit zu überwinden sucht, indem man, wie Gray, die Normen, die für die Stellung des Richters entscheidend sind, nicht Recht nennt, sondern von einer besonderen Staatsorganisation spricht. Es liegt hier bloß eine nichtssagende Änderung in der Terminologie vor.

Endlich haben Austins Nachfolger den Souveränitätsbegriff selbst und damit den Rechtsbegriff kritisiert. Diese Kritik ist einerseits von Maines historischer Richtung, andererseits von der analytischen Schule im engeren Sinne ausgegangen.

Bereits im „Ancient Law“ (1861)⁸⁶) streifte Maine diesen Punkt; er betonte, daß in primitiven Gemeinwesen ein Richter existiert, bevor überhaupt ein Gesetzgeber existiert, hieraus folgt, daß es nicht möglich ist, in einem solchen Gemeinwesen einen Souverän im Austinschen Sinne nachzuweisen. Später — in „Early History of Institutions“ (1875)⁸⁷) — unterzog er das Problem einer eingehenderen Behandlung. Maines Kritik läßt sich um zwei Punkte sammeln. Erstens behauptet er, daß Austins Souveränitäts- und damit sein Rechtsbegriff auf einer Abstraktion beruht, die nicht der vollen, lebendigen Wirklichkeit entspricht. Mit solchen Abstraktionen zu arbeiten ist wohl wissenschaftlich vollkommen zulässig, wenn man nur nicht ihren Charakter als solche vergißt, sondern daran denkt, daß sie nur anwendbar sind, solange es verantwortlich ist, die fort-abstrahierenden Elemente zu vernachlässigen. Zweitens meint er, daß diese Abstraktion durch eine einseitige Betrachtung moderner zivilisierter Staaten gewonnen ist, und daß die

⁸⁵) [119] 84.

⁸⁶) p. 7.

⁸⁷) p. 342—392.

Rechtsdefinition deshalb nur bedingte, nicht allgemeine Gültigkeit hat, da sie nicht auf mehr primitive Formen des Rechtes Anwendung findet.

Was nun den ersten Punkt angeht, so bestreitet Maine also an sich nicht, daß es möglich ist, einen Souveränitätsbegriff aufzustellen, der sich auf die faktische Macht gründet. Er anerkennt ausdrücklich die Annahme, daß in jedem Gemeinwesen eine solche überlegene faktische Macht beruht. Wenn alle von derselben physischen Stärke und Bewaffnung wären, würde diese Macht bei der Mehrzahl beruhen, „but, as a matter of fact, various causes, of which much the important have been the superior physical strength and the superior armament of portions of the community have conferred on numerical minorities the power of applying irresistible pressure to the individuals who make up the community as a whole“⁸⁸). Deshalb kann Maine auch gut einräumen, daß Recht ist, was der Souverän befiehlt — wenn man nur daran denkt, daß hier eine Abstraktion vorliegt, die einen großen Teil der vollen Wirklichkeit negiert. „The vast mass of influences, which we may call for shortness moral, perpetually shapes, limits or forbids the actual direction of the forces of society by its Sovereign. This is the point which of all others the student should bear in mind, because it does most to show what the Austinian view of Sovereignty really is — that it is the result of abstraction“⁸⁹). Was Maine behauptet, ist also, daß sich in einem Gemeinwesen Kräfte geltend machen, die die sogenannte souveräne Macht begrenzen und auf die Bildung des obersten, rechtlichen Willens bestimmend einwirken. So richtig das auch ist, muß doch hierzu bemerkt werden, daß Austin nicht die souveräne Macht als allmächtig definiert hat, sondern als die relativ höchste, als die, deren Gebot regelmäßig befolgt wird (s. oben p. 90); und daß er nirgends behauptet hat, daß der souveräne Wille sich indeterminiert von sozialen Verhältnissen bildet. Es liegt bei Maine eine Verwechslung einer rechtstheoretischen und einer rechtssoziologischen Betrachtungsweise vor^{89a}). Der Wille des Souveräns als solcher — unbeschrieben seiner soziologischen Bedingtheit — ist für Austin rechtstheoretischer Erkenntnisgrund für den Charakter einer Norm als Recht. Hiermit ist aber

⁸⁸) A. a. O. 357—358.

⁸⁹) A. a. O. 359.

^{89a}) Eine mit der von Maine analoge Auffassung findet sich in erweiterter Form bei Hägerström [124] § 1. Ebenso wie Maine behandelt und kritisiert auch dieser die Willenstheorie ausschließlich aus psychologisch-soziologischen Gesichtspunkten heraus, wobei er aber die rechtstheoretische Bedeutung der Lehre übersieht. Aus den oben angeführten Zitaten geht hervor, daß Hägerström (in seinen Bemerkungen über Maine (a. a. O., p. 15, Anm. 3) diesen Autor verschiedentlich mißversteht.

keineswegs gesagt, daß der souveräne Wille für eine soziologische Betrachtung nicht von den gegebenen sozialen Verhältnissen bedingt sein sollte.

Zur Stütze seiner anderen Behauptung weist Maine auf primitive Landgemeinden unter einem großen steuerfordernden Staat von asiatischem oder antikem Typ hin. Er findet es unter solchen Verhältnissen ungerecht, Dorfgewohnheiten, die ganz das Leben der Mitglieder beherrschen, als Befehle von einem fernen Souverän zu bezeichnen. „How can it conduce to clear thinking to speak of the Jewish law as commanded at one period by the great King of Susa?“⁹⁰⁾ Dies Argument verliert schon aus dem Grunde fast völlig seinen überzeugenden Charakter, weil „command“ auch einen Befehl bedeutet, der unmittelbar von einem andern als dem Souverän ausgeht, und nur deshalb diesem zugeschrieben wird, weil seine Macht letzten Endes die Sanktion der Regel garantiert. Die Verhältnisse können sich im übrigen verschieden darstellen. Vielleicht begegnet eine eventuelle Übertretung der erwähnten Gewohnheiten überhaupt keiner Repression von einer organisierten Macht. In diesem Fall bleibt Maine uns das Kriterium, den Rechtsbegriff schuldig, worauf er das rechtliche Wesen dieser Gewohnheiten begründet. Begegnet dagegen die Übertretung Sanktion von einer organisierten Macht, so wird diese in letzter Instanz sich wohl auch auf die Truppen „des großen Königs“ stützen⁹¹⁾, und so liegt kein Grund vor, Austins Begriff zu verlassen. Die hier von mir dargelegten kritischen Betrachtungen haben keineswegs die Absicht, die Richtigkeit der Austinschen Lehre zu behaupten, sondern bloß, zu zeigen, daß Maines Gegenargumente nicht entscheidend⁹²⁾ sind.

Weit eingreifender als Maines Kritik ist die Kritik, die innerhalb der analytischen Schule im engeren Sinne geübt wurde. Es soll hier besonders auf Gray in seinen Untersuchungen über „Nature and Sources of Law“ hingewiesen werden. Grays Kritik ist nicht, wie die Maines von historisch-empirischem Charakter. Sie geht darauf aus, zu zeigen, daß Austins Souveränitäts- und Rechtsbegriff an einer inneren Unklarheit leiden, die sie ungeeignet macht, eine Rechtserkenntnis zu begründen. Der Verfasser wendet gegen den Souveränitätsbegriff ein, daß es

⁹⁰⁾ A. a. O. 385.

⁹¹⁾ Wenn dies nicht der Fall ist, wird nach Austin „the Great King of Susa“ auch nicht der wirkliche Souverän sein. Das führt zu den schwierigen Problemen von „halbsouveränen“ Staaten, Staatsverbindungen usw.

⁹²⁾ Das Argument gegen Austin, das aus den alten Dorfgeschichten entnommen ist, wurde wiederholt von der englischen Literatur bekämpft; s. so z. B. Markby [203] 6; Sadler [273] 5—6.

nicht möglich ist, die oberste Person oder den obersten Kreis von Personen anzugeben, deren Gebot regelmäßigen Gehorsam findet, wenn bloß auf die faktische Macht hingewiesen wird. Diese Person oder dieser Kreis von Personen, wie auch die rechtliche Macht läßt sich nur bestimmen, indem man auf Rechtsregeln referiert — die nach der Theorie eben erst ihre Begründung durch diese Macht erhalten sollten. Der Verfasser weist darauf hin, daß z. B. bestimmte Regeln dafür gelten, wie der englische König und das Parlament ihre Beschlüsse fassen sollen, so daß, wenn diese nicht befolgt werden, wenn z. B. der König, die Lords und die Commons sich in einer Kammer versammeln und zusammen stimmen würden, nicht ein verpflichtendes Statut vorliegen würde, das Gehorsam finden würde⁹³⁾. Mit dem Souveränitätsbegriff fällt auch der Staatsbegriff. Grays eigener Staatsbegriff ist nicht klar. Er nennt den Staat eine „künstige Person“, „a personified abstraction — an idol, a dumb idol, whose use is to give a title to its law-making and judgement-giving priests“ und fährt fort: „I believe that the state is an abstraction created and furnished with organs by the real rulers of society“⁹⁴⁾. Diese Ausdrücke sind nicht gerade exakt, aber es fehlt doch offenbar wieder nicht viel, daß der Staat für ein Normsystem, eine Ideologie erklärt wird, die von „the real rulers“ im Volke lebendig erhalten wird. Gray nimmt an, daß in jedem rechtlich geordneten Gemeinwesen ein unbestimmter Kreis von faktischen Machthabern besteht, der, ohne eine rechtliche Qualifikation zu besitzen, oder sich eine solche anmaßen zu wollen, faktisch das Gemeinwesen regiert. Das geschieht in der Weise, daß sie die Abstraktion, das Idol — sagen wir die Ideologie, das Normsystem — das Staat oder Staatsordnung genannt wird, schaffen und aufrechterhalten⁹⁵⁾. Grays Kritik ist auf dem richtigen Wege. Sie trifft gerade den fundamentalen Fehler in Austins System: die Bestimmung des Rechtes durch eine „hinter“ dem Rechte stehende faktische Macht. Doch hat Gray keineswegs diese Vorstellung überwunden. Grays Lehre bedeutet eigentlich bloß eine Spaltung des zusammenhängenden Rechtssystems in eine Rechtsordnung und eine Staatsordnung. (Was sollte letztere sein ohne einen Teil der Rechtsordnung?) Hiermit glückt es Gray, die „Rechtsordnung“ von der direkten Verbindung mit der Macht zu trennen. Aber da die „Staatsordnung“ unverändert sich auf die faktische Macht (die Staatskreatoren) gründet, und da die „Rechtsordnung“ sich auf die „Staatsordnung“ gründet, ist die Veränderung nur scheinbar. In letzter Instanz ist sie bloß terminologisch.

⁹³⁾ p. 76.

⁹⁴⁾ A. a. O. 70.

⁹⁵⁾ A. a. O. 67 f.; 113 f.; sp. 122.

Endlich soll zum Schluß bemerkt werden, daß auch der Begriff „jurisprudence“ (als eine juristische Grundlehre) in der späteren Literatur eine Veränderung erlitten hat. Die Anläufe zu einer richtigen Bestimmung des Begriffes, die sich bei Austin finden, auf Grund des Unterschiedes zwischen notwendigen und bloß gemeinsamen Rechtsbegriffen verschwinden in der späteren Literatur. Die ausführlichsten Beiträge zur Bestimmung des Begriffes finden sich bei Holland. Mit jurisprudence bezeichnet er eine Wissenschaft. Als ihr Charakter wird angegeben, er sei „formal or analytical as opposed to material“⁹⁶⁾. So richtig das auch klingt, so zeigen nähere Untersuchungen doch, daß es dem Verfasser nicht gelingt, klarzumachen, was in der Bezeichnung als formal im Unterschiede von material liegt. Schon die Umschreibung, die unmittelbar folgt: „that is to say, that it deals rather with the various relations which are regulated by legal rules than with the rules themselves which regulate those relations“ ist geeignet, Zweifel an dem rechten Verständnis des Verfassers zu wecken. Wenn es dann im folgenden heißt, daß jurisprudence „the formal science of those relations of mankind which are generally recognised as having legal consequences“, ist, und daß sie „abstracted a posteriori from . . . positive law“⁹⁷⁾, kann man nicht länger bezweifeln, daß jurisprudence, wie sie Holland beschreibt, in Wirklichkeit materiellen Charakters, eine Rechtsinhaltslehre ist. Bei den übrigen Verfassern wird denn auch jeder Versuch, einen Wesensunterschied zwischen jurisprudence und der übrigen Rechtswissenschaft zu machen, aufgegeben. Salmond betont, daß der Unterschied nur ein Gradunterschied ist; er bestimmt jurisprudence als „the science of the first principles of civil law“⁹⁸⁾. Endlich zieht Gray konsequent die Folgerungen aus diesem Standpunkt: es ist unmöglich, Jurisprudenz als eine besondere Disziplin von anderer Rechtswissenschaft abzugrenzen. Alles — das Speziellste, wie das Generellste — was in der Form der wissenschaftlichen Methode dargestellt wird, hat ebenso großes Recht auf die Bezeichnung jurisprudence⁹⁹⁾. Damit ist Austins aufkeimender Gedanke an eine juristische Grundlehre aus der englischen Literatur verschwunden¹⁰⁰⁾.

⁹⁶⁾ [144] 6.

⁹⁷⁾ A. a. O. 9.

⁹⁸⁾ [275] 2.

⁹⁹⁾ [119] 147.

¹⁰⁰⁾ Vgl. Goadby [117] 4, Anm. 6; Eastwood [80] 4—5; Henry [137] 7; Holmes [145] 474.

Exkursus B.

Case-law und Equity.

1. Wenn Austins Lehre vom richtergeschaffenen Recht so leicht und so unbedingt in der englischen Literatur Anerkennung fand, so hängt das vielleicht mit der bindenden autoritären Bedeutung zusammen, die englische Rechtsauffassung — im Gegensatz zur kontinentalen — Rechtssprechung, Präzedenz beilegt. Ein englischer Rechtsanwalt beruft sich daher auf einen „case“ mit demselben Gewicht, wie auf ein Gesetz. Richtergeschaffenes Recht, judiciary law, wird auch case-law genannt. Man würde vielleicht nun meinen, daß diese Eigentümlichkeit für englisches Recht die notwendige Grundlage für Austins Theorie vom richtergeschaffenen Recht bildet, und daß dieses deshalb keinen Anspruch auf Allgemeingültigkeit erheben kann. Die folgenden Entwicklungen sollten beweisen, daß dieses Raisonement falsch ist.

Cases wurden von den Gerichten schon zu so früher Zeit, wie während der Regierung Eduard I., am Ende des 13. Jahrhunderts, zitiert. Aber Holland macht darauf aufmerksam, daß man ihnen nicht immer autoritative Bedeutung beigemessen hat. Lord Hale (1713) erklärt, daß sie „less than law“ seien, obgleich „greater evidence thereof than the opinion of any private persons as such whatever“¹⁰¹⁾ und sein Zeitgenosse, Arthur Duck, bemerkt, daß die common law-Richter in Zweifelsfällen „non recurrunt ad jus civile Romanorum, ut apud alias gentes Europeas, sed suo arbitrio et conscientiae relinquuntur“¹⁰²⁾. Erst zu Blackstones Zeit erlangt der Gesichtspunkt den Sieg, daß „the duty of the judge is to abide by former precedents.“ Diese Regel, seit Blackstones Zeit festgehalten, muß, wie gesagt, als eine anglo-amerikanische Sonderheit angesehen werden. Als Ursachen für diese Sonderheit kann man einerseits mit Salmond anführen: „the power, the skill, and the professional reputation of the judges who made them. . . . In England the bench has always given law to the bar; in Rome it was the other way about, for in Rome there was no permanent body of professional judges capable of doing the work, that has been done for centuries in England by the royal courts“¹⁰³⁾. Andererseits kann auch erwähnt werden, daß die Anerkennung der rechtschaffenden Funktion des Richters gewissen Bestrebungen und Dogmen widerstreitet, die die Gemüter auf dem Kontinent in weit höherem Grade beherrscht haben, als in Eng-

¹⁰¹⁾ „History of the Common Law of England“ (1713) chap. 4 zitiert nach Salmond [275] 69.

¹⁰²⁾ „De Usu et Auct“ ii. c. 8. 6, 8 zit. nach Salmond [275] 69.

¹⁰³⁾ [275] 188.

land. Erstens muß die hervorragende Rolle des Richters jeder absolutistischen, rationalistischen Kodifikationsbestrebung entgegen sein. Der Justinianschen Kode, der preußische, sowohl wie der österreichische verbieten denn auch ausdrücklich der Präzedenz autoritatives Gewicht beizumessen. Wollte man den Gerichtsentscheidungen selbständige Bedeutung beilegen, so wäre das gegen die Tendenz, alles Recht innerhalb einiger hundert Paragraphen festzulegen und einzuschließen. Mehr demokratische, weniger rationalistische Kodifikationen, wie die französische, die belgische, die deutsche u. a. enthalten wohl nicht dieses ausdrückliche Verbot, aber das Resultat, das aus dem Kodifikationsgedanken als solchem folgt, ist materiell dasselbe. Zweitens steht jede Rede von der rechtschaffenden Macht des Richters in argem Widerspruch zu dem konstitutionellen Glaubenssatz von der Scheidung der Gewalten und ist imstande, jeden rechtgläubigen, konstitutionellen Demokraten wild zu machen. Von diesem Standpunkt aus weigert sich z. B. Geny, der Richterpraxis „force obligatoire“ beizulegen¹⁰⁴⁾.

Nicht alle Präzedenz hat nach englischem Recht dasselbe Gewicht. Man¹⁰⁵⁾ scheidet in dieser Hinsicht zwischen bloß persuasiver, absolut autoritativer und bedingt autoritativer Präzedenz. Unter der bloß persuasiver werden 1. fremde, besonders amerikanische Urteile angeführt; 2. Entscheidungen übergeordneter Gerichte in anderen Teilen des britischen Imperiums; 3. The Privy Council's Entscheidungen, wenn er als höchstes Appellgericht für die Kolonien tagt; 4. *Judicial dicta* oder *obiter dicta*, d. h. Rechtsäußerungen in einem Urteil, das weiter geht, als die Gelegenheit gebietet, und eine Rechtsregel aufstellt, die für die konkrete Entscheidung unnötig ist.

Absolute Autorität soll in folgenden Fällen vorliegen: 1. Jedes Gericht ist absolut gebunden durch Entscheidungen des übergeordneten Gerichts. 2. Die oberste Instanz, the House of Lords, ist absolut gebunden durch seine eigenen früheren Entscheidungen. 3. Auch die Zwischeninstanz, the Court of Appeal, wird als absolut durch seine eigenen Entscheidungen gebunden gehalten, wobei indessen mitzuverstehen ist, falls nicht seine Gebundenheit im Verhältnis zum House of Lords ein anderes Resultat mit sich bringen wird.

In allen anderen Fällen als diesen drei, liegt dagegen nur bedingte Gebundenheit vor.

Die Wirkungen davon, daß a case absolut autoritativ im Verhältnis zu einem gewissen Gericht ist (das geht aus dem oben Gesagten

¹⁰⁴⁾ Geny: Methode d'Interprétation, II, 35.

¹⁰⁵⁾ Die folgende Wiedergabe der englischen Regeln ist wesentlich auf Salmonds Darstellung begründet. Jurisprudence, 191 f.

hervor, daß der Begriff relativ ist zum Rang des Gerichtes), ist die, daß der Richter verpflichtet ist, diesem case zu folgen, ganz gleich, wie ungereimt, unvernünftig, schädlich, oder was sonst, das scheinen könnte. Auch eine bedingt autoritative Präzedenz soll normal befolgt werden. Aber ausnahmsweise kann sie doch bei Seite gelassen werden („be overruled“). Dazu, wird gelehrt, sind zwei Bedingungen erforderlich. Erstens „the precedent must be erroneous, either in law or in reason“; zweitens „the circumstances of the case must not be such as to make applicable the maxim *Communis error facit ius*“¹⁰⁶⁾. Bei der letzten Bedingung wird daran gedacht, daß eine an sich tadelnswerte Lösung einer Rechtsfrage so lange bestanden haben kann, daß die Sicherheitsrücksicht auf die, die vielleicht im Vertrauen auf die Entscheidung gehandelt haben, ihr die Autorität verleiht, die ihr an sich fehlt. Auf der anderen Seite wird betont, daß eine Urteilsfindung — ebenso wie ein Mensch — nur innerhalb gewisser Grenzen mit dem Alter an Stärke zunimmt; sie kann auch zu alt und damit an verbindender Kraft schwächer werden.

So könnte es scheinen, als ob wirklich ein tiefgehender Unterschied zwischen englischem und kontinentalem Recht bestünde. Hier ist es ganz der Diskretion des Richters überlassen, ob er einer Entscheidung folgen will oder nicht; dort ist eine Reihe klarer und strenger Bedingungen dafür aufgestellt, wie der Richter verpflichtet ist, einer Präzedenz zu folgen, und wann er davon abweichen kann.

Indessen wird eine nähere Untersuchung zeigen, daß der Unterschied keineswegs so groß ist, wie es auf den ersten Blick scheint; ja, daß es sogar unmöglich ist, juristisch einen Unterschied zwischen den beiden Systemen auszudrücken. Es soll in dieser Hinsicht von dem Argument abgesehen werden, daß die kontinentale Rechtspraxis zunehmende Tendenz zeigt, Gewicht auf Präzedenz zu legen, und englische Praxis eine Tendenz zu freier Kritik vorangegangener Entscheidungen. Dieses Argument zeigt bloß, daß die Resultate praktisch nicht sehr abweichend sind, und daß deshalb kein Grund vorliegt, eingehende Diskussionen darüber zu führen, wie weit das eine System dem anderen vorzuziehen ist. Es beweist dagegen nichts in Bezug auf die rechtliche Konstruktion und darauf, wie weit die Stellung des Richters rechtlich als wesensverschieden in den beiden Systemen bezeichnet werden muß; und diese Frage ist von rechtstheoretischem Interesse, einerseits im Verhältnis zu der oben erhobenen Frage mit Rücksicht auf die Allgemeingültigkeit der Theorie Austins, andererseits

¹⁰⁶⁾ A. a. O. 196.

im Verhältnis zu anderen wichtigen Problemen, wie später gezeigt werden soll.

Die Argumente zur Stütze unserer Behauptung holen wir aus der formalen Normlehre. (Was dies ist, können wir an dieser Stelle nicht auseinandersetzen, s. hierüber unten XI, 4e.) Sie gehen darauf aus, zu zeigen, daß die Pflicht, von der gesprochen wird, illusorisch ist, da sie nur in Formen ausgedrückt werden kann, die nicht eine wirkliche Verpflichtung angeben können, sondern nur eine Scheinverpflichtung, die auf Scheinnormen beruht. Es wird hier von drei solchen Scheinverpflichtungsformen die Rede sein: 1. „Selbstverpflichtung“, d. h. eine „Verpflichtung“, deren „verpflichtende“ Norm durch dieselben Elemente konstituiert wird, die das vermeintlich Normierte konstituieren. („Du sollst das und das wollen, weil du das und das willst“.) Weniger exakt ausgedrückt: wenn die einzige Verpflichtungsgrundlage für eine Person ihr eigener Wille ist, dann kann diese Person niemals im Streit mit einer Verpflichtung wollen, denn was auch eine Person will, verändert sich damit im selben Augenblick die Verpflichtungsgrundlage. 2. Die von der diskretionären Zustimmung des „Verpflichteten“ bedingte „Verpflichtung“ („Du sollst, wenn es dir gut scheint“). 3. „Verpflichtung“ mit einem Inhalt, der in der Diskretion des Verpflichteten steht („Du sollst, was du selbst frei bestimmst“).

Die Formen Nummer 2 und 3 können als spezielle Fälle von Selbstverpflichtung aufgefaßt werden. Von ihnen allen gilt, daß sie unter Voraussetzung einer vollständigen Identität zwischen den Konstitutionsbedingungen für die Existenz der verpflichtenden „Norm“ und für den vermeintlich normierten Akt (normsetzendes und normunterworfenes Subjekt) jede Verpflichtung ausschließen. Ist die Identität dagegen nicht vollständig, indem die Gleichheit der Konstitutionsbedingungen nur dazu führt, daß das normsetzende und normunterworfene Subjekt innerhalb derselben psychophysischen Einheit liegen müssen, so wird durch die angegebenen Formen nur eine rechtliche Verpflichtung ausgeschlossen, während eine moralische möglich ist. Dies beruht darauf, daß die rechtlichen Normen, wie später besprochen werden soll, psychologisch heteronom sind.

ad 1. Unter der Form der Selbstverpflichtung (im engeren Sinne) fällt die vermeintliche Verpflichtung der höchsten Instanz, des House of Lords. Da nämlich alle diese Präzedenz-Regeln nicht auf Gesetz beruhen, sondern auf Praxis, d. h. richtergeschaffen sind, haben sie ihre letzte Verpflichtungsgrundlage in den Beschlüssen der obersten Instanz. Diese kann deshalb nicht durch die so dargelegten Regeln gebunden sein. Wenn das House of Lords eine seiner früheren Ent-

scheidungen beiseite setzen würde, wäre keine Macht auf der Erde, die rechtlich etwas dadurch ändern könnte, oder Unrechtsfolgen daran knüpfen. Es läuft daher auf eins hinaus, wenn man sagt, daß die oberste Instanz faktisch ihre eigenen früheren Beschlüsse befolgt, und daß sie „verpflichtet“ ist, sie zu befolgen. Es liegt hier keine wirkliche Verpflichtung irgend einer Art vor.

ad 2. Unter die andere Form („Du sollst, wenn es dir gut scheint“) fällt die Verpflichtung, die vermeintlich aus der bedingt autoritären Präzedenz hervorgeht. Denn die Bedingungen, die als Grenze dafür angegeben werden, daß der Richter das Recht hat, ein sogenanntes Präzedenz beiseite zu lassen, sind solcher Art, daß sie in Wirklichkeit nicht etwas Objektives ausdrücken, sondern zu dem diskretionären Gutdünken des Richters zurückführen. Die erste Bedingung geht darauf hinaus, daß „the precedent must be erroneous either in law or in reason.“ „Erroneous in law“ wird der Präzedenzfall genannt, wenn er einer der bereits existierenden Rechtsregeln widerstreitet¹⁰⁷). Dies ist indessen eine Unmöglichkeit. Als ein Teil des Rechtes selbst kann es nicht einer anderen Regel innerhalb desselben Systems widersprechen. Das Hauptgewicht muß deshalb auf die andere Alternative der Bedingung gelegt werden, daß das behandelte Präzedenz „erroneous in reason“ ist. Hiermit kann aber nach der Natur des Verhältnisses, da objektive, allgemeingültige Kriterien dafür, was „Vernunft“ ist, fehlen, nur gemeint sein, daß die vorliegende Entscheidung dem widerstreitet, was der Richter als vernünftig ansieht. Hiermit ist diese erste Bedingung in die eigene diskretionäre Zustimmung des „Verpflichteten“ aufgelöst, und insofern liegt keine Verpflichtung vor. Dies sieht auch Salmond selber ein, indem er sagt, daß, wenn nur diese eine Bedingung für das Recht ein bedingtes autoritatives Präzedenz beiseite zu lassen, vorläge, dann würde dieses sich nicht von dem bloß persuasiven unterscheiden. Entscheidendes Gewicht muß deshalb auf die andere Bedingung gelegt werden, nämlich, daß „the circumstances of the case must not be such as to make applicable, the maxim Communis error facit ius“. Aber die Bedingung, die hiermit angegeben wird, variierend nach dem Alter der vorangegangenen Entscheidung innerhalb eines gewissen Rahmens und einer Reihe anderer Rücksichten und Abweichungen, ist gleichfalls einer solchen Art, daß sie sich praktisch nicht von einem Hinweis auf das eigene Gutdünken des Richters unterscheidet. Es wird undenkbar sein, daß man auf Grund eines Versagens dieser Bedingung die Beiseitsetzung einer Präzedenz für ungültig erklären würde oder im übrigen Unrechtsfolgen daran knüpfen. In diesem Fall, wo die Verpflichtung

¹⁰⁷) A. a. O. 193.

wohl von dem Richter selbst ausgeht, man aber doch denken kann, daß innerhalb der psychologischen Person des Richters ein Unterschied zwischen normsetzender und normbefolgender Instanz — zwischen bester Überzeugung und faktischem Entschluß — besteht, kann man wohl von einer moralischen, aber nicht von einer rechtlichen Verpflichtung für den Richter sprechen.

ad 3. Unter dieser Form, Verpflichtung mit Inhalt, der in der Discretion des Verpflichteten steht, fallen alle die behandelten, angenommenen Verpflichtungen. Der eine Rechtsfall ist niemals ganz dem anderen gleich und es erhebt sich deshalb notwendigerweise die Frage, was das Verbindende in einem Präzedenz ist. Die englische Theorie beantwortet diese Frage damit, daß sie darauf hinweist, was die *ratio decidendi* genannt wird. „Looking at the general reasons alleged by the Court for its decisions“, sagt Austin, „and abstracting those reasons from the modifications which were suggested by the peculiarities of the cases, we arrive at a ground or principle of decision, which will apply universally to cases of a class, and which like a statute law, may serve as a rule of conduct“¹⁰⁸⁾. Dieses Prinzip wird die *ratio decidendi* der Entscheidung genannt. Man kann dies auch so ausdrücken: die vorliegende Entscheidung ist eine vollständig bestimmte, konkrete Norm, die an eine bestimmte konkrete Situation, also eine unendliche Summe determinierender Merkmale, eine gewisse Rechtsfolge knüpft. Es gilt nun, diese konkrete Form als aus einer abstrakten Norm deduziert anzusehen, die an eine endliche Summe von Merkmalen eine gewisse Rechtsfolge knüpft. Während man nun mit objektiver Eindeutigkeit aus einer generellen Regel auf eine spezielle schließen kann, ist das Umgekehrte nicht möglich. Man wird daraus sehen, daß es nicht möglich ist, mit objektiver Eindeutigkeit eine *ratio decidendi* einer Entscheidung festzustellen. Der Akt, der diese feststellt, enthält mit Notwendigkeit einen neuen normsetzenden Akt. Nun lassen sich wohl mehr oder minder vage Direktiven geben, daß dieser Akt in einer gewissen Harmonie mit bereits existierenden Normen erfolgen soll, aber eine objektive Eindeutigkeit kann man doch, wie gesagt, niemals erreichen. Ein diskretionäres Ermessen ist bis zu einem gewissen Grade unvermeidlich. Die Folge ist, daß der Inhalt der „Verpflichtung“ auf einen diskretionären Gutdünken bei dem „Verpflichteten“ beruht, d. h. es liegt keine wirklich rechtliche Verpflichtung vor (aus demselben Grunde, wie oben erwähnt unter Nr. 2 wird man dagegen von einer moralischen Verpflichtung sprechen können). Praktisch ausgedrückt heißt das, daß der

¹⁰⁸⁾ Lectures, 643.

Richter einem vermeintlich verpflichtenden Präzedenz gegenübergestellt, stets wird sagen können, daß er die entscheidende *ratio decidendi* so sieht, daß er nicht in dem zur Entscheidung vorliegenden Falle gebunden ist; oder anders ausgedrückt, daß er den vorliegenden Fall von dem herangezogenen unterscheiden („distinguish“) kann.

Es folgt aus den vorangehenden Betrachtungen, daß trotz der üblichen Ausdrucksweise kein wirklicher rechtlicher Unterschied zwischen der englischen und der kontinentalen Stellung des Richters zum Präzedenz besteht. Wir bewegen uns hier auf den Grenzgebieten der rechtlichen Erkenntnis. Was hier im allgemeinen als eine rechtliche Qualifikation ausgegeben wird, läßt sich richtig nur als Ausdruck für ein Verhältnis entweder rein faktischen, oder vielleicht eher moralischen oder konventionellen Charakters auffassen.

Da so kein prinzipiell rechtlicher Unterschied zwischen dem englischen und dem kontinentalen System besteht, ist Austins Theorie vom richtergeschaffenen Recht nicht eine besondere englische Doktrin, sondern kann mit ebenso großem Recht — wie groß, soll in anderem Zusammenhang untersucht werden — Anwendung auf nicht-englisches, wie auf englisches Recht finden.

Equity bezeichnet im englischen juristischen Sprachgebrauch einerseits einen Teil des positiven Rechts, andererseits ein Interpretationsprinzip, ferner einen Standard, ein ethisches Prinzip, Rechtferdigkeit, Billigkeit. Es kommt darauf an, diese Bedeutungen nicht zu verwechseln, denn das würde unweigerlich methodische Versündigungen naturrechtlicher Art hervorrufen.

Ein Teil des positiven Rechtes ist equity, eine besondere Art caselaw, nämlich das, das sich bei dem Court of Chancery entwickelt hat (auch the Court of Equity genannt) und das man, um Verwechslungen mit anderen Bedeutungen des Wortes equity zu vermeiden, besser (mit Austin)¹⁰⁹⁾ Chancery-Law benennt. Bis zum Jahre 1873 hatte England die Eigentümlichkeit, zwei voneinander (material) unabhängige, widerstreitende Rechtssysteme zu besitzen, common law und equity¹¹⁰⁾. The common law bildete den ältesten Teil und wurde durch die alten Gerichte, die ursprünglichen Ausüßer der königlichen Justiz, administriert: the King's Bench, the Court of Common Pleas und the Exchequer. Equity war ein mehr modernes System von Regeln, die sich in dem Court of Chancery entwickelt hatten und ausschließlich von dem Chancellor administriert wurden. Zu einem großen Teil waren die

¹⁰⁹⁾ A. a. O. 603.

¹¹⁰⁾ Der folgende historische Sketch ist aus Salmonds Darstellung, Jurisprudence, 89, genommen.

beiden Systeme identisch, da equity unter der Maxime „equity follows the law“ entstand, was ausdrückte, daß equity supplierend und modifizierend, nicht abrogierend sein sollte. In nicht geringem Grade entstand im Laufe der Zeit ein bedeutender Unterschied zwischen den beiden Systemen, so daß dieselbe Sache, je nachdem, ob sie vor the King's Bench oder vor the Court of Chancery gebracht wurde, eine verschiedene Entscheidung finden konnte. The Judicature Act, 1873, hob diesen anormalen Zustand auf. Er hob the common-law auf, soweit dies im Gegensatz zur equity stand und verlegte die Administration des so entstandenen Einheitssystems auf ein gemeinsames Gericht, the High-Court of Justice, das die alten Courts of Common-Law und the Court of Chancery substituierte. Trotzdem besteht noch immer die Unterscheidung zwischen den beiden Systemen, common-law und equity, nämlich soweit sie einander nicht widersprechen. Sie sind dann Ausdruck für verschiedene parallelgehende Rechte und Pflichten als Teile einer gesamten rechtlichen Konstruktion. Es ist noch der Fall, daß eine Person „the legal owner of property“ sein kann, und eine andere, „the equitable owner of the same property“; ein Fall, der keinen Widerspruch bedeutet, sondern bloß eine Konstruktion ist, die etwa einer Repräsentationskonstruktion im kontinentalen Recht entspricht, ein Verhältnis, das, wie bekannt, es der Theorie schwer genug machen kann, einen ungeteilten Eigentumsbegriff aufrechtzuerhalten.

Die Schwierigkeiten entstehen, wenn man dazu übergeht, den Teil des englischen Rechts, näher zu charakterisieren, der equity genannt wird. Verwechslungen mit den anderen Bedeutungen des Wortes equity liegen nahe, und es entstehen zahlreiche Mißverständnisse. So ist es bei den englischen Juristen allgemein üblich gewesen, die Scheidung zwischen law und equity als rationell notwendig und universell aufzufassen; equity — Chancery-Law — als ein Recht zu betrachten, das nicht von festen Regeln gebildet wird, sondern Entscheidung mit Rücksichtnahme auf Rechtfertigkeit und Billigkeit verlangt; welches andere Auslegungsprinzipien anwendet, als the common law; welches dem Richter freie Hände läßt, seinem Gewissen zu folgen, usw. Gegenüber allen diesen methodischen Verwirrungen griff Austin¹¹¹⁾ mit seiner positiven Rechtslehre ein. Rechtfertigkeit und Billigkeit sind ebensowenig Rechtsquelle für equity wie für common-law. Er zeigte zuerst, daß die Scheidung zwischen den beiden Systemen keineswegs notwendig und universell ist, vielmehr durch historische Besonderheiten bedingt. Die Scheidung kommt außer im englischen Recht nur im römischen vor,

¹¹¹⁾ Lectures, 602 f.

das im jus praetorium eine mit equity verwandte Rechtsbildung besaß. Austin vertieft sich in den historischen Ursprung beider Institute und zeigt, daß „if the courts of Common-Law had not refused to introduce certain rules of law or of procedure which were inquired by the exigencies of society, the equitable or extraordinary jurisdiction of the Chancellor would not have arisen, and the distinction between law and equity would never have been heard of“¹¹²⁾. Es war nämlich Brauch geworden, um Mängel und offenbare Ungerechtigkeiten als Folge der strengen und engen Rechtspflege zu lindern, die in the King's Courts of Law ausgeübt wurde, mit der Entscheidung an den König selbst direkt zu appellieren. Die Rechtspflege wurde nämlich als ein königliches Privileg betrachtet¹¹³⁾. Der König übte diese direkte Rechtspflege durch the Chancellor aus, der deshalb „was deemed to be the keeper of the royal conscience“. Der Kanzler war nicht formell berechtigt, die Regeln des common law zu ändern. Aber von den Erfordernissen des praktischen Lebens gezwungen, hat er unter dem Schein, the common law zu befolgen („equity follows law“) faktisch eine bedeutende diskretionäre konkrete Rechtssetzung ausgeübt. Im Laufe der Zeit bildete sich dann eine bestimmte Praxis heraus, ein durch Präzedenz determiniertes case-law und das diskretionäre Ermessen spielt nicht mehr eine größere Rolle bei der equity, als bei the common-law. So wurde ursprünglich gesagt, daß es die Pflicht des Kanzlers wäre, das Urteil zu fällen, „which justice and reason and good faith and good conscience require in the case“¹¹⁴⁾. Mit einem grotesken Bilde hat Selden diesen Zustand kritisiert. Equity in Übereinstimmung mit dem Gewissen des Kanzlers ist nicht besser als Equity in Übereinstimmung mit seinem Fuß. „One Chancellor has a long foot, another a short foot, a third an indifferent foot; it's the same thing in the Chancellor's conscience“¹¹⁵⁾. Aber später paßte diese Beschreibung nicht mehr. So spricht einer der bekanntesten englischen Kanzler, Lord Eldon, in einem Urteil folgendes aus: „I cannot agree that the doctrines of this Court are to be changed with every succeeding judge. Nothing would inflict on me greater pain, in quitting this place, than the recollection that I had done anything to justify the reproach that the equity of this Court varies like the Chancellor's foot“¹¹⁶⁾.

¹¹²⁾ A. a. O. 635.

¹¹³⁾ Eine ähnliche Entwicklung fand in Dänemark durch die Ausübung des königlichen Bannrechts statt; s. Paul Joh. Jörgensen, den danske Retshistorie (1. Udg.) p. 206 f.

¹¹⁴⁾ Zitiert in Spences Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery, I. 408 Anm. a. Zitiert von Salmond.

¹¹⁵⁾ „Table Talk“ tit. „Equity“; zit. nach Holland [144] 74.

¹¹⁶⁾ Gee v. Pritchard, 2 Swants. 414; zit. nach Holland.

Man wird hieraus sehen, daß Austin in seiner Schilderung der equity recht hat, jedenfalls in Bezug auf equity in späteren historischen Perioden. Man könnte vielleicht dagegen meinen, daß am Anfang wirklich Rechtfertigkeit und Billigkeit Quelle für das Chancery-Law war. Dies ist Salmonds Auffassung „The equity was not originally law at all, but natural justice“¹¹⁷). Dieser Standpunkt ist indessen eine Folge von Salmonds Verwechslung diskretionäre Rechtskonkretisation mit Rechtfertigkeit¹¹⁸). Das Einzige, was man sagen kann, ist, daß Equity ein Beispiel richtergeschaffenen Rechts mit abnehmender diskretionärer Rechtssetzung ist, wie sich nach und nach durch die wachsende Menge von Präzedenzfällen mehr und mehr feste, abstrakte Regeln herausbilden.

Wir haben solange bei equity verweilt, weil sie ein gutes Beispiel für eine Rechtsbildung bietet, deren positiver Charakter oft aus den Augen verloren wird, und wo deshalb Austins Rechtstheorie ihren Wert zeigt, mit naturrechtlichen Anschauungen aufzuräumen, und den Zusammenhang der equity mit dem übrigen positiven Rechtssystem aufzuzeigen.

Schließlich soll ein einziges Beispiel für eine unrichtige Auffassung der englischen equity erwähnt werden. Erst auf dieser Grundlage wird es möglich, vollständig Kiß' obenerwähnte Gewohnheitsrechtstheorie zu kritisieren. „Diese methodische Grundlage der Rechtsanwendung bildet den Grundgedanken der englischen Equity. Sie ist identisch mit dem ‚richtig aufgefaßten‘ Geist des Gesetzes“¹¹⁹). Es ist klar, daß Kiß hiermit das Wort equity in der Bedeutung eines Auslegungsprinzipes anwendet, was dieses, wie am Anfang dieses Stückes erwähnt, auch bezeichnen kann. Kiß zitiert gerade auch eine Stelle bei Austin, wo dieser die equity als Auslegungsprinzip bespricht. Nun beruht Kiß' Räsonnementskette darauf, daß er erst die Gültigkeit der Gewohnheiten aus der equity in diesem Sinne ableitet, und dann diese equity als einen Teil des Gesetzes betrachtet, um danach zu schließen, daß die verbindende Kraft der Gewohnheit vom Gesetze herrührt. „Der Grund der verbindlichen Kraft der ‚customs‘ liegt also in equity, in ultima analysi, also im . . . Grundprinzip des Gesetzes“¹²⁰). Aber mit diesem Räsonnement macht sich Kiß einer Erschleichung schuldig, indem er die equity, die ein Auslegungsprinzip bedeutet, als einen Teil des Gesetzes betrachtet. Es ist in dieser Hinsicht bemerkenswert, daß das Zitat Austins, das Kiß zur Stütze seiner Auffassung anführt, aus einem Kapitel entnommen

¹¹⁷) [275] 94.

¹¹⁸) Oben, p.

¹¹⁹) Kiss [171c] 289.

¹²⁰) A. a. O. 294.

ist, wo Austin sagt, daß er nun „certain of the senses which the term bears, when it does not denote a certain portion of positive law“ aufzählen will¹²¹). Und es ist eigentümlich, daß Kiß im Zitat eine Parenthese fortgelassen hat, in der Austin, nachdem er equity als eine Form für die Interpretation oder Konstruktion erwähnt hat, hinzufügt: „or rather of judicial legislation disguised with the name of interpretation“¹²²). Weiter fügt Austin hinzu, daß „this species of interpretation or construction is not interpretation or construction properly so called“. Hieraus geht hervor, daß es unmöglich ist, equity in der Bedeutung, in der Kiß dieses Wort anwendet, als einen Teil des Gesetzes zu fassen. Es bedeutet ein Prinzip, daß oft von dem richtergeschaffenen Recht befolgt wird und womit man dieses in die Form einer allgemeinen Gesetzinterpretation zu kleiden sucht. Kiß' Versuche, das Gewohnheitsrecht auf das Gesetz zu begründen, führen deshalb, wenn man sie von Erschleichungen reinigt, in die englische Doktrin über: die verbindende Kraft gewisser Gewohnheiten auf eine richtergeschaffene Regel zu gründen. Kiß' Lehre enthält noch ein Mißverständnis; nicht das „Auslegungs“prinzip als solches begründet die verbindende Kraft der Gewohnheit, denn dieses Prinzip ist an sich nicht Recht. Vielmehr bildet die faktisch ausgeübte Rechtsetzung die Grundlage.

¹²¹) Von mir hervorgehoben; Lectures, 596.

¹²²) Lectures, lecture XXXIII. (5. Aufl. p. 577—78).

DRITTER ABSCHNITT. DEUTSCHE DOKTRIN.

Kapitel V.

Die historische Schule.

1. Einleitung. Von der Notwendigkeit erneuter dogmenhistorischer Untersuchungen.
2. Darstellung der Rechtsquellenlehre der historischen Schule.
- 3.—16. Interpretation der Rechtsquellenlehre der historischen Schule.
 3. Die theoretische Bedeutung der Rechtsquellenlehre. Die Aufgabe enthält zwei Probleme:
 4. Welches war die Problemstellung und Methode der historischen Schule?
 - 5.—14. Welches war die Bedeutung der Lehre vom Volksgeist?
 5. Übersicht über die drei Punkte der Beweisführung:
 - 6.—11. Argumente aus dem romantischen Grundgepräge der Zeit.
 6. Problemstellung: das Gegebene und die Methode.
 7. Romantik als geistesmorphologische Grundtype.
 8. Die romantische Naturphilosophie.
 9. Historische Vorgänger. Herder.
 10. Die romantische Geschichtsphilosophie.
 11. Die Bedeutung der Romantik für das Verständnis von Savignys und Puchtas Theorien.
 12. Argumente aus der Bedeutung der Interpretationshypothese für das Verständnis der Systeme Savignys und Puchtas.
 13. Literarische Argumente von besonderem Gewicht.
 14. Kritische Bemerkungen.
 15. Der praktische Charakter der Rechtsquellenlehre.
 16. Zusammenfassende Charakteristik.

1. Trotz der reichen Literatur¹⁾, die nicht zum wenigsten in der neuesten Zeit über die historische Schule und ihre Koryphäen, Savigny und Puchta, entstanden ist, dürfte es kaum überflüssig sein, diesen Gegenstand noch einmal zu behandeln, um ein Bild von dieser Schule, besonders ihrer Rechtsquellenlehre zu fixieren. Hierüber sind die Auffassungen nämlich

¹⁾ Die wichtigsten neueren Beiträge zur Darstellung und Kritik der historischen Schule, besonders zur Lehre vom Volksgeist sind folgende: Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrtum 1883. Stammler, Über die Methode der geschichtlichen Rechtswissenschaft 1888. Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie 1892.

recht sehr verschieden. Man ist sich nicht allein in Bezug auf den Wert der Schule und ihre Bedeutung für die Entwicklung der deutschen Rechtswissenschaft uneinig; sondern — wie merkwürdig das auch klingt — es gibt nicht einmal eine allgemein angenommene, klare und erschöpfende Auffassung in Bezug auf die geistesgeschichtlichen Himmelszeichen, unter denen die historische Schule stand, und in Bezug auf die Kennzeichnung ihres Wesens in rechtswissenschaftlicher Hinsicht. Die überlieferte Auffassung sieht in Savigny den St. Georg der deutschen Rechtswissenschaft, der den Drachen des Naturrechtes zur Strecke brachte. Im Gegensatz hierzu behauptet eine andere Auffassung, daß Savigny nicht nur keineswegs das Naturrecht besiegt²⁾, vielmehr selber ihre Drachensaat weiter verbreitet habe³⁾; man fühlt sich daher versucht, „Savigny als recht eigentlich denjenigen zu nennen, welcher die Übertragung des Naturrechts in die neueste Jurisprudenz vermittelt hat“⁴⁾.

Brie, Der Volksgeist bei Hegel und in der hist. Schule 1909, Moeller, Die Entstehung des Dogmas von dem Ursprung des Rechts aus dem Volksgeist 1909. Dittmann, Der Begriff des Volksgeist bei Hegel 1909. Loening, Die philosophischen Ausgangspunkte der rechtshist. Schule 1910. Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft III, 2, besonders 207 f. Kantorowicz, Volksgeist und hist. Rechtsschule 1912; Was ist uns Savigny? 1912. Ehrlich, Soziologie des Rechts 1913, p. 347 f. Manigk, Savigny und der Modernismus im Recht 1914; Visser, De collectieve Psyche in Recht en Staat 1916, p. 1 f., bes. 35—36. Wertvolle Beiträge finden sich auch bei Franz Rosenzweig, Hegel und der Staat I—II, 1920, s. bes. I, p. 21 f., 75 f., 223 f., 167—168; II, 180 f.

S. ferner: Stahl [306] Bd. II, 234 f. Reyscher [275 b] 30 f. Thibaut [321 b], Bluntschli [30 b], Beseler [21 a] 63—70. Schmid [287] 170, 173 f., 223 f. Ihering, Geist II, § XXV; Kampf um's Recht 26 f.; Entwicklungsgeschichte 6 f. Windscheid [345 a]; (345 b). Lenz [189]. Kuntze [176]. Rückert [269] 10 f. Wirth [346] 4 f. Meier [207] 9 f. Arnold [9]. Harum [129]. Lüders [198] 24—25, 28 f. Seitz [296 a], [296 b]. Mejer [209]. Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen. Stintzing [315]. Bierling [24 b] 50, 93, 96—97. Gierke [111 a] 7 f.; [111 c]. Bekker [16]. Frank [102] 18 f. Stier-Somlo [314]. Graf zu Dohna [74]. Wieland [340]. Spiegel, Gesetz und Recht, 77 f. Radbruch, Grundzüge, 6 f. Binder, Philosophie des Rechts, 1006 bis 1007, 1055 f. S. auch Stern, Ausgabe der Schriften Thibauts und Savignys vom Jahre 1894 mit Einleitung 1914.

²⁾ Stammler, Über die Methode, 28 f. Kantorowicz, Was ist uns Savigny? 49.

³⁾ Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, weist die überwiegenden naturrechtlichen Elemente in der Rechtsquellenlehre nach: Rechtsüberzeugung und Wissenschaft als Rechtsquelle (507, 521); und schildert im übrigen die Lehre der Schule als einen unaufhörlichen „Kampf zwischen der realistischen Grundansicht über das Wesen des Rechts . . . und der spiritualistischen Naturrechtsphilosophie . . .“ (525).

⁴⁾ Bekker, Über den Streit der hist. u. d. phil. Rechtsschule 20; vgl. p. 18—20.

In politischer und methodischer Hinsicht ist es allgemein üblich, die Politik der Schule als fortschrittsfeindlichen Konservatismus, Quietismus⁵⁾ zu brandmarken und Savigny als Urheber des verketzerten Dogmas von der logischen Geschlossenheit der Rechtsordnung zu stempeln⁶⁾. In neuester Zeit hat ein bekannter Freirechtswissenschaftler Savigny sogar geschildert, als sei er „der gewaltige Gegner der gegenwärtigen deutschen Rechtswissenschaft und Kultur überhaupt“, „der Vater des juristischen Historismus und Begriffsjurisprudenz“⁷⁾. Kurz darauf übernahm es ein anderer „Modernist“, Savigny rein zu waschen. Er sprach ihn von sämtlichen oben erwähnten freirechtsfeindlichen Anklagen los und titulierte ihn sogar als den „ersten originalen Freirechtler“. Statt das genannte Dogma begründet zu haben, habe Savigny ihm vielmehr den Krieg erklärt⁸⁾. Ein dritter Verfasser, ein Soziologe, endlich hat Savigny und seine Methode für eine speziell soziologisch orientierte Jurisprudenz in Beschlag nehmen wollen und in seiner Lehre vom Gewohnheitsrecht die vom Verfasser selber aufgestellte, soziologische Lehre von den „Tatsachen des Rechts“, von Rechtseinrichtungen im Gegensatz zu eigentlichen Entscheidungsnormen wiedergefunden⁹⁾. Derselbe Streit der Meinungen gilt in nicht geringerem Maße dem Verständnis des theoretischen Grundbegriffes der Schule: des Volksgeistes. Während einige in diesem Begriffe nur „einen zusammenfassenden, kurzen Ausdruck für die empirische Gemeinsamkeit der geistigen Beschaffenheit der Volksglieder“ sehen wollen, nehmen andere an, daß damit eine Personifikation, eine realpsychische Existenz oder Kraft gemeint ist.

Die erwähnten Beispiele, die leicht vermehrt werden könnten¹⁰⁾, müssen genügen, um die Notwendigkeit erneuter dogmenhistorischer Studien zu beweisen. War Savigny Positivist oder Naturrechtler, Begriffsjurist oder Freirechtler, Empiriker oder Metaphysiker? Ohne diese und andere ähnliche Fragen zu klären, wird man nicht zu dem rechten Verständnis der Rechtsquellenlehre der historischen Schule gelangen können. Es soll im folgenden gezeigt werden, daß die erwähnten Fragen zum Teil falsch gestellt sind, da die aufgestellten Alternativen keine sich ausschließenden Gegensätze sind. Die Schlagwörter „Naturrecht“

⁵⁾ Z. B. Ihering, Kampf, 31—32. Windscheid, Die geschichtliche Schule, 47. Kantorowicz, Was ist uns Savigny? 77, u. v. a.

⁶⁾ Z. B. Wieland, Historische und kritische Methode, 12. Sander, Rechtsdogmatik, 8f. Kantorowicz [169b] 77—78.

⁷⁾ Kantorowicz, a. a. O. 78.

⁸⁾ Manigk, Savigny und der Modernismus im Recht, 16, 17. In derselben Richtung Sternberg, Einführung, 152—153.

⁹⁾ Ehrlich, Soziologie des Rechts, 362; 377.

¹⁰⁾ So z. B. über das Verhältnis der Schule zur Romantik, s. unter no. 14.

und „historische Methode“, wie sie gewöhnlich angewendet werden, bilden in Wirklichkeit keine sich ausschließenden Gegensätze. Erst wenn diese Begriffe von den drei Gesichtspunkten innerhalb des gesamten Rechtskomplexes aus analysiert werden, nämlich dem rechtsdogmatischen, dem rechtssoziologischen und dem rechtspolitischen¹¹⁾, wird ihre geistes-theoretische Struktur und damit der Ausgangspunkt für eine wirkliche Charakteristik der historischen Schule sich ergeben. Es soll weiter gezeigt werden, daß der Schlüssel zur Durchführung dieser Aufgabe in einem Umstande liegt, der bisher nicht in seiner eigentlichen Bedeutung und seiner vollen Reichweite aufgefaßt worden ist: es ist Savignys geistiger Charakter als Romantiker; wobei unter Romantik nicht ein bloß individuell-historischer Begriff verstanden wird, sondern ein geistesstruktureller Grundtypus.

2. Die äußere Entstehungsgeschichte der historischen Schule ist so oft dargestellt worden¹²⁾, daß sie nur mit wenigen Worten besprochen werden soll. Es ist eine bekannte Sache, daß Savignys geniale Darstellung des Programms der historischen Schule durch die Kodifikationspläne gegeben wurde, die als Glied in den nationalen Sammlungsbestrebungen in der Zeit um 1813, nach der Befreiung von der Herrschaft Napoleons, auftraten. Wenngleich der Gedanke an ein allgemeines deutsches Gesetzbuch schon früher¹³⁾ hervorgetreten war, fand er doch erst jetzt den rechten Augenblick, um, in Verbindung mit politischen Wünschen, Macht über die Gemüter weiter Kreise zu gewinnen. In dem vor kurzem begründeten „Rheinischen Kurier“ findet sich eine Reihe Artikel, die mit warmen Worten zu Deutschlands politischer und geistiger Sammlung mahnen¹⁴⁾. Die Rechtseinheit wird das natürliche Symbol für die ersehnte Reichseinheit: „Das soll Euer Losungswort sein: Ein Reich! Ein Recht! Das soll das Ziel und der Bund des ganzen teutschen Vereins gegen das Unterteutsche werden, was von außen droht“¹⁵⁾. Dieselbe Verbindung von Kodifikationsplänen mit politischen Wünschen finden wir wieder in Karl Ernst Schmidts „Deutschlands Wiedergeburt“, Jena 1814. Als Glied in den Widererhebungsplänen empfiehlt der Verfasser, das kürzlich vollendete österreichische Gesetzbuch von 1811 mit den für deutsche Verhältnisse notwendigen Modifikationen zu rezipieren. Aber die rechte Formulierung der Gedanken und Wünsche der

¹¹⁾ S. hierüber oben I, 3.

¹²⁾ S. bes. Landsberg, Geschichte, III, 2, 186 f.

¹³⁾ Conrings, Leibnitz, Thomasius, Biener, Herder. Vgl. Stern [312] 8; 236.

¹⁴⁾ Eine Reihe Beispiele angeführt bei Stern [312] 12 Anm. „Rheinische Merkur“, 1814 von Joseph v. Görres begründet, war das einflußreichste Blatt der Zeit — von Napoleon als „die fünfte Großmacht“ bezeichnet.

¹⁵⁾ „C. de G.“ in Jahrgang 1815, Nr. 219.

Zeit¹⁶⁾ fand erst der Heidelberger Jurist Thibaut in seiner Flugschrift „Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland“, Heidelberg 1814. Sie wurde, wie er selbst später berichtet, „im Jahre 1814“ geschrieben, „als ich viele deutsche Soldaten, welche auf Paris marschieren wollten, mit frohen Hoffnungen im Quartier hatte . . . höchstens nur in vierzehn Tagen, — recht aus der vollen Wärme meines Herzens“¹⁷⁾.

War so die treibende Kraft eine politische, so war es doch auch von Bedeutung, daß diese Pläne in der bis dahin herrschenden juristischen Geistesrichtung einen guten Boden fanden. Dem rationalistischen Naturrecht mußte es eine willkommene Gelegenheit sein, in dem „krausen Gemisch des alten Wirrwarrs“¹⁸⁾ aufzuräumen und mit einer Kraftanstrengung ein für allemal ein einziges, klares, vollständiges Rechtsbuch einzuführen, das sich auf ewige, naturrechtliche Prinzipien gründete. Man vernimmt hier einen schwächeren Widerhall des Traumes der jungen französischen Revolution von einer „ère nouvelle“. Doch war es in Deutschland, im Gegensatz zu Frankreich, in bedeutend höherem Grade die einheitliche Form der Kodifikation, die man sich zum Ziel setzte, und nicht ihr Inhalt.

Aber die Zeit für Deutschlands politische Einheit war noch nicht gekommen. Damit war auch der Rechtseinheitsgedanke zum Scheitern verurteilt.

So war die Lage, als Savigny in den Streit eingriff und seiner Zeit den „Beruf für Gesetzgebung“ absprach. (Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814.) Er war des praktischen Sieges sicher, solange die Diskussion akademisch bleiben mußte. Worte konnten hier den Entwicklungsgang nicht ändern. Dagegen mußte es als mehr denn zweifelhaft erscheinen, ob es ihm auch glücken würde, einen inneren Sieg zu erringen und die allgemeine Stimmung zu wenden. Die Volksstimmung blieb denn auch auf Thibauts Seite. In Savignys Einwendungen sah sie nur gelehrte Pedanterie und Vorurteile¹⁹⁾. Wenn es Savigny trotzdem glückte, so vollkommen glückte,

¹⁶⁾ Pfeiffer, Ideen zu einer neuen Civil-Gesetzgebung für teutsche Staaten, 1815, setzt in dieser Bedeutung als Überschrift zu § 2: „Die Wünsche dieser Zeit“.

¹⁷⁾ Über die sog. hist. u. nicht-hist. Schule, 6.

¹⁸⁾ Thibaut [321] 11 (Ausgabe 1814).

¹⁹⁾ Stern zitiert [312] 185 f. eine Reihe „Urteile der Zeitgenossen zu den Streitschriften Thibauts und Savignys 1814—1818“. Abgesehen von Hugos und Grimms Äußerungen stehen mit ganz wenigen Ausnahmen alle ca. 25 zitierten Urteile auf Thibauts Seite, darunter des berühmten Kriminalisten Anselm v. Feuerbachs Urteil. (Vorrede zu Nepomuk Borst, Über die Beweislast im Zivilprozeß, Bamberg und Leipzig 1816).

die juristische Strömung der Zeit für sich zu gewinnen, so lag das daran, daß er sich mit einer anderen Macht der Zeit verbündet hatte: der Romantik; und durch diese wieder — in einer anderen Form — mit dem Nationalismus.

Savignys Schrift bedeutet, wie jeder geistige Durchbruch, in gleichem Maße den Schlußstein einer Entwicklung, wie das Fundament für eine neue. Das Genie erntet die Früchte, die die Zeit gereift hat. Hugo, Herder, Montesquieu, Vico und viele andere waren Savigny vorausgegangen. Aber er tat im rechten Augenblick den letzten Schlag. Es ging, wie wenn man die „Katze aus der Tonne“ schlägt: alle Herrlichkeiten fielen ihm in den Schoß, weil er der letzte war. Andererseits wurde Savigny damit der Ausgangspunkt einer neuen Bewegung, und oft schob man ihm die Verantwortung für ihre Irrtümer und Abwege zu, weil er der erste war.

Die sich ihrer bewußt gewordene historische Richtung erhält nunmehr ihre äußere Konstitution, indem Savigny im folgenden Jahre — 1815 — zusammen mit Eichhorn und Göschen die „Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft“ gründet. Um dieses Organ gruppiert sich eine Reihe Schüler, von denen Georg Friedrich Puchta am bekanntesten geworden ist. In dem ersten Band seines „Gewohnheitsrechtes“ (Erlangen 1828) formulierte er, als das spekulativ-konstruktive Talent der Schule, ihre theoretische Grundlehre, die Lehre von der Entstehung des Rechtes aus dem Volksgeiste. Später wurde diese Theorie von Savigny anerkannt und im ersten Bande seines „Systems des heutigen römischen Rechts“ (Berlin 1840) übernommen. Damit ist der innere Ausbau der historischen Schule vollendet, ja, Savignys Werk bezeichnet bereits die beginnende Auflösung (s. gleich unten). Gegen die Mitte des Jahrhunderts folgten die Angriffe gegen die Schule Schlag auf Schlag; davon soll später die Rede sein. Aber ihre Fundamentallehren hatten doch eine solche Macht auf die Gemüter ausgeübt, daß sie noch heutzutage einen großen Teil der juristischen Allgemeinauffassung beherrschen. Ihre Dogmen haben sich, wie die religiösen, fähig erwiesen, mit dem wechselnden Zeitgeist eine Metamorphose durchzumachen. Eben dadurch wird die große Unsicherheit in der Auffassung von ihrer Bedeutung verständlich. Und deshalb dürfte es an der Zeit sein, ihren ursprünglichen, wahren Charakter — den romantischen — aufzuweisen und damit sich endgültig von ihm freizumachen.

Als Ausgangspunkt für die folgende Schilderung der Lehre von den Rechtsquellen nehmen wir Puchtas Darstellung im „Gewohnheitsrecht“.

Dort wird gelehrt, daß alles Recht nationalen Charakters ist, daß es vom Volksgeist hervorgebracht wird, wie dieser sich in der recht-

lichen Volksüberzeugung manifestiert. Wenn wir die Frage, welcher Art dieser Produktionsprozeß gedacht ist, vorläufig für eine spätere Besprechung ausscheiden, dann wird es für den Augenblick genügen, zu bemerken, daß er in seiner Form jedenfalls analog einem Naturprozeß gedacht werden kann. Wie man z. B. bei dem Entstehungsprozeß des Salpeters sprechen kann: 1. von einer „wirkenden Kraft“ (einer „chemischen Kraft“, Hypostase einer gewissen Gesetzmäßigkeit); 2. von verschiedenen Produktionsmethoden (natürlichen und künstlichen, z. B. in einem Laboratorium); 3. von den Erscheinungsformen, in denen das Produktionsresultat konstatiert werden kann (Niederschlag an den Wänden, Bodensatz im Reagenzglas usw.) und endlich 4. von den spezifischen Zustandsformen, in denen das Produkt selbst vorliegt (amorph, kristallinisch) — genau so unterscheidet Puchta zwischen vier entsprechenden Elementen im Entstehungsprozeß des Rechtes. Es ist von Wichtigkeit, diesen Umstand zu bemerken, da er in Puchtas alles andere als exakte Terminologie eine größere Klarheit bringen wird.

ad 1. Als die „wirkende Kraft“, als letzten Produktionsfaktor gibt Puchta, wie erwähnt, den Volksgeist, die Volksüberzeugung, an. Er wird daher „die rechte Quelle alles Rechts“ genannt²⁰⁾.

ad 2. Darauf, heißt es, „soll nun noch ein Schritt weiter geschehen, es soll die Art und Weise angegeben werden, wie die Volksüberzeugung das Recht erzeugt, die Wege, auf welchen dasselbe aus der Volksüberzeugung hervorgeht, die Formen, in denen es entsteht“²¹⁾. Diese Formen werden, ohne nähere Qualifikation, Rechtsquellen genannt. „Solcher Rechtsquellen sind drey“: „Es gibt drey Wege, auf denen das Recht entsteht, drey Rechtsquellen: die natürliche Übereinstimmung der Überzeugung, die Gesetzgebung, die Wissenschaft“²²⁾. Von diesen wird die erste der unmittelbare, der natürliche Produktionsweg genannt, da der Volksgeist hier unmittelbar, „ohne ein künstliches Medium wirksam wird — nämlich durch den Einfluß, welchen die Volksüberzeugung auf die Handlungen der einzelnen Glieder des Volkes ausübt“²³⁾.

ad 3. „Von diesen Formen der Entstehung sind zu unterscheiden die Erkenntnismittel oder Erkenntnisquellen des Rechts“²⁴⁾. Den drei Produktionswegen entsprechend gibt es drei Erkenntnisquellen²⁵⁾:

²⁰⁾ Das Gewohnheitsrecht, I; 143.

²¹⁾ A. a. O. I, 143—144.

²²⁾ I. 144; 78.

²³⁾ I. 9—10.

²⁴⁾ I. 78.

²⁵⁾ I. 78—79. Mit Rücksicht auf den Zusammenhang wurde hier P's Darstellung leicht retouschiert.

„die Sitte“, d. h. „die unmittelbare Überzeugung der Glieder des Volks, die in ihren Handlungen sich offenbart“²⁶⁾, das Gesetz und das System, worunter „die Gesamtheit der inneren Gründe der Erkenntnis“ verstanden wird²⁷⁾.

ad 4. Endlich wird das Produkt selbst, das Recht, auf entsprechende dreifache Weise als „Gewohnheitsrecht, promulgiertes Recht und Juristenrecht“²⁸⁾ charakterisiert.

Diese Darstellung entspricht indessen nur in den primitiven Zeiten des Volkes völlig den wirklichen Verhältnissen. Später geht das nationale Rechtsbewußtsein mehr und mehr auf einen engeren Kreis, die fachgebildeten Juristen über. „So geschieht es, . . . daß auf natürlichem Wege die Juristen das Organ werden, in welchem sich die gemeinen nationalen Rechtsansichten aussprechen, und die gemeinsame Überzeugung des Juristenstandes dieselbe Stellung, wie die Überzeugung der Glieder der Nation überhaupt, einnimmt“²⁹⁾. Innerhalb des „Juristenrechts“ im weiteren Sinne muß man daher zwei Teile unterscheiden: einen Teil, der eine Weiterbildung des primitiven Gewohnheitsrechts ist, das auf dem unmittelbaren, natürlichen Produktionswege entstanden ist, indem der Volksgeist hier durch die Juristen als die natürlichen Repräsentanten des Volkes wirkt; und einen anderen Teil, der durch die Wissenschaft als künstliches Medium entstanden ist: das „Juristenrecht“ im engeren Sinne, besser „das Recht der Wissenschaft“.

Puchta hatte das Kapitel von der „Entstehung des Rechtes überhaupt“ mit einer Schilderung der Entwicklung der Menschheit von Adam und Eva auf Grundlage der Heiligen Schriften begonnen. Diese naiv-dogmatische Religiosität nahm augenscheinlich mit den Jahren zu. In den viel später — im Jahre 1841 — herausgegebenen „Cursus der Institutionen“ ist die Lehre von der Entstehung des Rechtes in ihrer Grundform erhalten, aber auf ein dogmatisch-religiöses Fundament gestellt. Wohl entsteht das Recht im menschlichen Bewußtsein, dieses aber haben die Menschen von Gott³⁰⁾. Weiter heißt es, daß „das Recht in das menschliche Bewußtsein teils auf dem übernatürlichen Wege der Offenbarung — unsere heiligen Bücher schreiben den ersten Rechtsausspruch Gott zu — teils auf dem natürlichen Wege eines dem menschlichen Geist eingeborenen Sinnes oder Triebes gelangt. Dieses menschliche Recht setzt ein gemeinsames Bewußtsein als seine Quelle voraus“³¹⁾.

²⁶⁾ Inst., I. 18.

²⁷⁾ Gewohnheitsrecht, I. 79.

²⁸⁾ A. a. O. I. 78.

²⁹⁾ A. a. O. II. 19—20.

³⁰⁾ Inst., I. 14.

³¹⁾ A. a. O. I. 14—15.

So kapituliert der vermeintliche historische Positivist vor einem Naturrecht in seiner krassesten Form: einem göttlichen, offenbarten Naturrecht. Der Weg zu Stahls theokratischer Rechtsphilosophie liegt offen.

Savigny hatte in der Flugschrift vom Jahre 1814 keine systematische Rechtsquellenlehre gegeben. Wenn auch die Volksgeisttheorie als Keim in dieser Schrift schlummert, so muß doch betont werden, daß für Savigny das historische Moment das nationale weit überwiegt. Immer wieder hebt er das historisch-organische Wachstum des Rechtes hervor. Dieser Gesichtspunkt beherrscht auch den Programmartikel, den Savigny im Jahre darauf für die „Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft“ schrieb. Erst später akzeptiert er unter Puchtas Einfluß die Lehre vom Volksgeist, und diese Theorie findet sich in allen Hauptzügen im ersten Band seines „Systems des heutigen römischen Rechts“ (1841) wieder. Aber für alle Entstehungsgebiete des Rechts gab Savigny modifizierende Ausnahmen zu. So räumt er ein, daß „Zufall und Willkür allerdings auf die Bildung der Staaten großen Einfluß ausüben, und besonders wird die Begränzung derselben durch Eroberung und Zerstückelung oft sehr abweichend von den natürlichen, durch Volkseinheit angegebenen Gränzen bestimmt“³²⁾. Auch was die allgemeine Gesetzgebung angeht, spürt man deutlich, daß es Savigny schwer gefallen ist, das Dogma vom Volksgeiste anzunehmen. Er betont stärker, als Puchta, daß die Volksüberzeugung besonders „in der Jugendzeit der Völker“ wirksam ist, um später zurückzutreten, ja, ganz zu verschwinden, „wenn sich nicht dafür . . . wiederum eigene Organe bildeten, die Gesetzgebung und die Rechtswissenschaft“³³⁾. Wenn aber auch Savigny mit Puchta diese als Organe der Volksüberzeugung begreifen will, so hebt er doch im gleichen Augenblick diesen Gesichtspunkt wieder auf, indem er hinzufügt, daß sie „zwey Organe“ sind, „deren jede zugleich sein eigenes Leben für sich führt“³⁴⁾. Denn das eigene Leben hebt eben die Stellung als Organ auf. Selbst der Kern der Lehre, das Gewohnheitsrecht, bleibt nicht unberührt. Es wird zugegeben, „daß in der Natur vieler Bestimmungen eine relative Gleichgültigkeit liegt“; sie werden nicht aus irgend einer Volksüberzeugung bestimmt: „es kommt bey ihnen nur darauf an, daß irgend eine feste Regel gelte oder als geltend bekannt sey . . . und so kann allerdings die Gewohnheit als solche auf die Rechtsbildung Einfluß haben“³⁵⁾. In Übereinstimmung hiermit weist Savigny dem Gesetzgeber eine größere Mission

³²⁾ System, I. 31.

³³⁾ A. a. O. I. 17—18.

³⁴⁾ A. a. O. I. 50.

³⁵⁾ I. 36.

zu, als Puchta³⁶⁾. Endlich wehrt er sich dagegen, der von Puchta, unter Berufung auf den nicht-nationalen Ursprung des Völkerrechtes, dem Völkerrecht prinzipiell versagten Anerkennung als Recht beizutreten³⁷⁾.

Mit dieser Reihe wichtiger (oft übersehener) Modifikationen hat Savigny in Wirklichkeit mit den wichtigsten Konsequenzen des Grunddogmas vom Volksgeist gebrochen. Manigk hat deshalb im Grunde recht, wenn er behauptet, daß der Kern in Savignys Lehre nicht der Volksgeist ist, sondern viel eher die Rechtswissenschaft als Rechtsquelle³⁸⁾. Aus demselben Grunde hat, umgekehrt, Ehrlich³⁹⁾ unrecht, wenn er in der Lehre vom Gewohnheitsrecht meint, seine „Tatsachen des Rechts“ wiederfinden zu können. Denn das Gewohnheitsrecht, wie die Lehre sich entwickelte, gründete sich nicht auf volkliche, faktische Gewohnheiten, sondern auf die Rechtswissenschaft als System.

3. Um das innerste Wesen der historischen Lehre zu verstehen, ist es notwendig, sich zuerst klar zu machen, welches Problem diese Lehre sich gestellt hat und beantworten will. Von den drei Fundamentalproblemen des gesamten Rechts⁴⁰⁾: dem rechtstheoretischen, dem rechtssoziologischen und dem rechtspolitischen scheint es nun nahe zu liegen, das zweite für das anzusehen, das man durch die Theorie von der Entstehung des Rechtes durch den Volksgeist hat aufstellen und beantworten wollen. Es ist sicher nicht beabsichtigt gewesen, ein neues Rechtsideal, ein neues Naturrecht aufzustellen; noch weniger, die Existenz des Rechtes zu einem erkenntnistheoretischen Problem zu machen. Man hat vielmehr eine neue Lehre darüber geben wollen, wie das Recht in der Gestalt eines gegebenen, konkreten Rechtssystems, entsteht; wie das Recht — seine Existenz vorausgesetzt — sich von einem größeren Zusammenhang aus verstehen läßt. Das muß mit der Modifikation verstanden werden, daß wohl der Gegensatz zwischen diesem Problem und dem politisch-naturrechtlichen Puchta und Savigny klar gewesen ist (wenngleich es ihnen nicht geglückt ist, die beiden Probleme auseinander zu halten), daß dies aber bei dem Gegensatz zwischen dem soziologischen und dem rechtstheoretischen Problem nicht der Fall war. Viel eher haben sie geglaubt, mit der Lösung des ersten Problems (wie das Recht entsteht), auch das letzte gelöst zu haben (was es heißt und wie erkannt wird, daß etwas als Recht „existiert“).

³⁶⁾ I. 40.

³⁷⁾ I. 33.

³⁸⁾ Savigny und der Modernismus 78—79.

³⁹⁾ Soziologie des Rechts, 362, 377.

⁴⁰⁾ Vgl. oben p.

Auf dieser Grundlage entstehen folgende zwei Probleme:

- a) Welches ist der Grundgedanke in der Lehre vom Ursprung des Rechtes, aus dem Volksgeist, mit der Savigny und Puchta das aufgestellte Problem, wie das Recht entsteht, beantworten.
- b) Bleibt diese Lehre methodisch innerhalb der durch diese Problemstellung abgesteckten Grenzen, oder findet möglicherweise eine Methodensynkretismus statt? Ein solcher könnte ein zweifacher sein: Die Frage nach der Entstehung des Rechtes kann mit naturrechtlichen Betrachtungen vermengt werden, und diese beiden Betrachtungsweisen mit dem rechtstheoretischen Problem von der Existenz des Rechts.

Von diesen beiden Problemen, die in allerhöchstem Grade für das Verständnis der historischen Schule bestimmend sind, werde ich zuerst das zweite untersuchen.

4. ad b) Es läßt sich nicht leugnen, daß man, wenn man Puchtas Rechtsquellenlehre unter der Voraussetzung durchliest, daß hier ausschließlich etwas Faktisches behandelt wird, wie das Recht faktisch entsteht, auf Auslassungen trifft, die damit sich nicht vereinigen lassen.

Puchta lehrt, daß auch in dem mittelbar entstandenen Recht, dem „promulgierten Recht“, und „Recht der Wissenschaft“ die Volksüberzeugung der eigentlich rechtschaffende Faktor ist, der mittelbar, durch Gesetzgebung oder Wissenschaft als künstliches Medium das Recht hervorbringt. Aber dieser Gedankengang, daß die Volksüberzeugung faktisch die schaffende Kraft in diesen Rechtsformen ist, wird nicht festgehalten.

Was die Gesetzgebung angeht, so gibt Puchta zu, daß diese nicht notwendigerweise wirklich Ausdruck für das allgemeine Bewußtsein ist, sondern, daß sie fiktionemäßig als Ausdruck einer solchen genommen werden soll⁴¹⁾. Es ist nun klar, daß, solange es die Aufgabe ist, das faktische Entstehen des Rechtes zu erklären, sogleich jeder Sinn in der Gedankenverbindung verloren geht, sobald man den fiktiven Charakter der „schaffenden Kraft“ zugibt. Dahingegen ist eine solche Wendung des Gedankenganges allgemein verständlich und sinnvoll, wenn die Aufgabe sich auf die ethische Rechtfertigung des Rechtes richtet. (Daher haben auch die Staatskontraktstheorien stets diese fiktionemäßige Darstellungsform benutzt.) Daß wirklich dieser Gesichtspunkt und kein anderer Puchtas Gedankengang beherrscht hat, das tritt da deutlich zutage, wo er die Staatsverfassung auf die nationale Überzeugung zurückführt. „Es lassen sich drei Wege für die ursprüngliche

⁴¹⁾ Gewohnheitsrecht, I, 143; 231; vgl. Kritik von Georg Beseler, 17.

Entstehung der Verfassung denken“, sagt er. „Entweder nämlich ist eine öffentliche Gewalt bestellt worden, und mithin der Staat entstanden durch einen Vertrag unter den künftigen Gliedern desselben, oder durch Gewalt, oder endlich durch jene natürliche und nationale Übereinstimmung.“ Von diesen Möglichkeiten verwirft er sofort die erste wegen ihres fiktiven Charakters. Von der zweiten sagt er: „Wäre aber eine Staatsgewalt auf dem zweiten Wege entstanden, so würde sie ohnedies nicht verdienen, daß man sie, etwas völlig unvernünftiges, als den rechtlichen Grund irgend eines anderen ansähe“; so kann der Verfasser schließen: „es bleibt also nur der dritte Weg“⁴²⁾. Hieraus geht unzweifelhaft hervor, daß der Gedankengang ethisch-naturrechtlich ist; denn daß die Verfassung nicht durch Macht begründet werden kann, kann doch offenbar nur dann Sinn haben, wenn man unter „begründet“ eine ethische Rechtfertigung versteht. Folgt man diesem Gedankengang, dann ist der Sinn also der, daß das promulgierte Recht wohl in (einer gewissen) Unabhängigkeit vom Volksgeist entsteht; daß es aber ethisch nur soweit berechtigt ist, wie es von diesem ausgeht.

Eine ganz entsprechende Überlegung kann man in Bezug auf das Recht anstellen, das sich auf die „Wissenschaft“, das „System“ gründet.

Gehen wir dann auf den Kernpunkt der Lehre, das Gewohnheitsrecht, über, als das aus der Volksüberzeugung unmittelbar entstandene Recht, so könnte man eher erwarten, daß hier mit dem Gesichtspunkt von dem faktischen Entstehen des Rechtes Ernst gemacht würde. Das ist indessen nicht der Fall. Immer wieder polemisiert Puchta mit Eifer dagegen, die bloß faktische Gewohnheit als Rechtsgrundlage zu betrachten; ein Gedankengang, der nur dann verständlich wird, wenn man das Gewohnheitsrecht „begründen“, d. h. rechtfertigen will. Das geht auch ausdrücklich aus einer Reihe Auslassungen hervor, unter denen wir folgende anführen: „Wer von der Vorstellung okkupiert ist, daß die Gewohnheit Quelle des Gewohnheitsrechts sei, für den bleibt es ein unauflösliches Problem, das Resultat, daß Handlungen einzelner Personen für dritte verbindend werden können, zu rechtfertigen“⁴³⁾. (Weitere Beweisführung s. Anm. 44).

⁴²⁾ Gewohnheitsrecht, I, 209 und 210.

⁴³⁾ A. a. O. II, 215.

⁴⁴⁾ 1) A. a. O. II, 7: „Wäre das erste der Fall [daß die Gewohnheit als solche Rechtsquelle sei], so würde das Gewohnheitsrecht etwas völlig unerklärliches seyn.“ 2) Kritik von Georg Beseler, 7, wo es in derselben Verbindung heißt: „Es widerspricht der Gerechtigkeit . . .“ Weiter heißt es p. 8, daß „der innere Grund der Autorität des Herkommens“ nicht in der Billigung des Gesetzgebers gesucht werden kann, denn „ein solcher Gesetzgeber verdiente, als ein gewissenloser Haushalter von seinem Amt entfernt zu werden“. Dagegen wird der Grund (p. 10)

Umgekehrt wird behauptet, daß das Gewohnheitsrecht seine „Begründung“ gefunden hat, wenn es vom nationalen Bewußtsein ausgeht. Es ist hier von Wichtigkeit, Puchtas Argumentation zu betrachten, um zu konstatieren, worin seine Rechtfertigungslehre eigentlich besteht. Das Gewohnheitsrecht, heißt es, wäre begründet, wenn (weil) es auf der nationalen Überzeugung beruht, weil jeder einzelne als Glied der Nation als dieser Überzeugung teilhaftig angesehen werden muß. „Zur Existenz der rechtlichen Freiheit gehört, daß dem Willen des Menschen ein anderer Wille gegenübersteht, welchen er teils als einen anderen, ihm äußerlichen, als den Willen eines anderen, eines eigenen Willens fähigen, freien Subjektes, teils aber auch als den seinigen nämlich insofern erkennt, als dieser Wille auf eine ihm ebenfalls angehörige Überzeugung sich gründet.“ Dagegen kann die bloß faktische Gewohnheit nicht rechtfertigen, daß ein Dritter gebunden wird, was damit begründet wird, daß diese Handlungen „nicht aus der gemeinsamen Überzeugung hervorgegangen waren, also schlechthin fremde Handlungen für die, welche nicht dabei tätig waren“⁴⁵⁾. Entscheidendes Gewicht wird also darauf gelegt, ob die rechtstiftende Handlung als „eigen“ oder als „schlechthin fremd“ angesehen werden kann. Es wird als selbstverständlich angesehen, daß sie bindet, wenn sie „eigen“ ist; und als solche wird sie angesehen, wenn sie sich auf die allgemeine Überzeugung gründet. Durch diese Zurückführung der (ethisch) verpflichtenden Grundlage des Rechtes auf den individuellen Willen, führt der Gedankengang zu den naturrechtlichen, individualistischen Willentheorien, d. h. zur Kontraktstheorie zurück. Die Verpflichtung, die sich auf des einzelnen (fiktive) Teilnahme an der nationalen gemeinsamen Überzeugung gründet, ist eine individualistische Rechtfertigungskonstruktion von ganz derselben Art, wie die der Kontrakttheorie, nach der die Verpflichtung durch die (fiktive) Teilnahme des einzelnen an einem Vertrag entsteht.

Wie aus obigem hervorgeht, hält Puchta keineswegs konsequent die Frage fest, wie das Recht faktisch entsteht. Diese bildet wohl den Hintergrund für seine Ausführungen, aber häufig wird dieser Gesichtspunkt mit dem vererbten naturrechtlichen Drange, das Recht zu rechtfertigen, vermengt.

in „dem der Nation eingeborenen Rechtssinn“ gesucht — alles Ausdrücke, die eine Rechtfertigung des Gewohnheitsrechts voraussetzen. 3) Seine Abneigung gegen Präjudikate [248 a] I. 164. „Es kann nichts trostloseres geben, als eine solche Autorität, welche lediglich einem äußeren, von keinem Gedanken besetzten Faktum beigelegt wird“.

⁴⁵⁾ I. 139; II. 215.

Doch nicht genug damit; dieser gesamte Komplex soziologischer (jedenfalls nach der Problemstellung) und ethischer Betrachtungen wird wieder mit dem erkenntnistheoretischen Problem von der Existenz des Rechtes, dem Positivitätsproblem vermengt. Wohl scheidet Puchta zwischen Entstehungsquellen und Erkenntnisquellen, aber die radikale Bedeutung der Scheidung ist ihm keineswegs aufgegangen. Er hat nicht eingesehen, daß man (logisch), bevor man fragen kann, wie das Recht entsteht, erst wissen muß, was es bedeutet, daß, und wie sich erkennen läßt, daß Recht Geltung hat. Daher kommt es, daß er glaubt, teils die Volksüberzeugung, wie sie unmittelbar in den Handlungen der Individuen zutage tritt (die Sitte), und teils die Rechtswissenschaft, direkt als positives Recht ausgeben zu können. Er übersieht dabei, daß sie wohl wirksame Faktoren in dem Entstehungsprozeß des Rechtes sein können, positives Recht als solche aber nicht sind. Diese Vermengung von Erkenntnisquellen mit „bestimmenden Kräften“ in der Lehre der historischen Schule hat insbesondere Bergbohm eingehend kritisiert⁴⁶⁾.

Was hier von Puchta gesagt ist, gilt im wesentlichen auch von Savigny. Wir finden bei ihm Äußerungen, die ganz denen Puchtas von der Rechtfertigung des Gewohnheitsrechtes und der Verfassung in dem Willen des einzelnen mit dem gemeinsamen Willen als Durchgangsglied entsprechen⁴⁷⁾. Was dort von der Sitte und der Rechtswissenschaft als Rechtsquellen angeführt ist, gilt unverändert auch Savigny.

Wir können daher schließen, daß innerhalb der historischen Schule ein doppelter Methodensynkretismus stattfindet. Sie hat einerseits die ethisierende, naturrechtliche Problemstellung nicht überwunden, sondern häufig diesen Gesichtspunkt mit dem soziologischen (jedenfalls nach der Problemstellung) vermengt. Andererseits hat sie diese beiden Gesichtspunkte mit dem rechtserkenntnistheoretischen vermengt. Auf doppelte Weise scheidet sich indessen die historische Schule von der naturrechtlichen. Zuerst und vor allem dadurch, daß das soziologische Problem überhaupt gestellt wird. Es ist das unbestreitbare Verdienst der historischen Schule, daß sie die naturrechtliche, a-soziologische Auffassung, nach der das Entstehen des Rechtes in der zusammenhangslosen Willkür lag, überwunden hat. Der Protest gegen die willkürliche Existenz des Rechts ist der Nerv der Schule und ihre Entschuldigung für zahlreiche Versündigungen. Ihr zweites Verdienst ist, daß der ethische Maßstab, mit dem die Berechtigung des Rechtes gemessen

⁴⁶⁾ Jurisprudenz und Rechtsphil., 507; 521.

⁴⁷⁾ System, 24. „Allein der Einzelne kann sich, vermöge seiner Freiheit, durch Das, was er für sich will, gegen Das auflehnen, was er als Glied des Ganzen denkt und will“.

wird, seinen abstrakten, absoluten Charakter verliert und konkret (d. h. historisch), relativ wird.

Nach Beantwortung dieser Frage bleibt noch das Hauptproblem: welchen Charakter im einzelnen — abgesehen von den hier behandelten methodischen Irrtümern, also soweit die Lehre innerhalb der Problemstellung von dem faktischen Entstehen des Rechtes bleibt — hat die Lehre der historischen Schule von dem Entstehen des Rechtes aus dem Volksgeiste?

5. ad a) Die unserer Zeit am nächsten liegende Auffassung der Lehre von dem Entstehen des Rechtes aus dem Volksgeist ist die, daß damit der Versuch gemacht wird, das Entstehen des Rechts kausal-naturwissenschaftlich zu bestimmen; daß der Entstehungsprozeß des Rechts hiermit einer soziologisch-naturwissenschaftlichen Gesetzmäßigkeit untergeordnet wird. Diese Auffassung herrscht denn auch in der Literatur fast ausschließlich vor. So hat man die historische Schule verstanden, und auf dieser Grundlage hat man sie kritisiert⁴⁸⁾. Diese Interpretation ist unter der Herrschaft des Positivismus entstanden. Und für ihre Geistesrichtung mußte auch ein anderes Verständnis ausgeschlossen erscheinen. Es konnte kein Zweifel darüber herrschen, daß Savigny in erster Linie das nicht-willkürliche Entstehen des Rechtes betonen will. Wenn nun aber das Entstehen des Rechtes nicht als willkürlich angesehen wird, dann muß es als ein Naturprozeß als gesetzgebunden angesehen werden: tertius non datur. Ein solches Raisonement mußte einer positiv-naturalistischen Zeit, der letzten Hälfte des 19. Jahrhunderts, einleuchtend erscheinen.

Es soll hier eine Interpretation der Lehre der historischen Schule versucht werden, die von der üblichen Auffassung radikal abweicht. Die folgende Interpretation stützt sich auf drei Reihen von Betrachtungen.

α) Liest man Savignys und Puchtas Werke nicht mit der Brille eines naturwissenschaftlichen Positivismus, d. h. von den Voraussetzungen des Evolutionismus und der Soziologie, Darwins und Comtes aus, sondern sucht man statt dessen die historische Schule mit der Anschauung von Savignys eigenem Zeitalter, d. h. von den Voraussetzungen der Naturphilosophie und der idealistischen Geschichtsphilosophie Schellings und Hegels aus zu betrachten, so ergibt sich ein ganz anderes Bild, als das traditionelle. Savignys und Puchtas System ist unter und in nahem Zusammenhang mit der deutschen Romantik entstanden. Hierin liegt vermutlich der Schlüssel zum rechten Verständnis ihrer Lehre. Erst wenn man sie als ein romantisches Produkt in einer romantischen Zeit versteht, wird sie ihre eigentliche Bedeutung entschleiern.

⁴⁸⁾ Bes. Stammler, „Über die Methode der geschichtlichen Rechtswissenschaft“.

β) Sodann lassen sich eine Reihe wichtiger Argumente aus den Konsequenzen der auf oben erwähnte Weise historisch wahrscheinlich gemachten Auffassung ableiten. Es finden sich nämlich in der Lehre vom Volksgeiste einige Momente, die, auf traditionelle Weise verstanden, sich als verblüffende Anomalien darstellen, ja als in die Augen fallende Disharmonien, deren Existenz daher in einem System, das von Savignys wissenschaftlichem Genie und Puchtas logisch-konstruktivem Talent herrührt, rätselhaft bleiben muß. Von der hier versuchten Auffassung aus verschwinden dagegen diese scheinbaren Disharmonien, und erst auf dieser Grundlage stellt sich die Lehre der historischen Schule als ein organisch zusammengefügtes Ganzes dar.

γ) Endlich lassen sich als Bestätigung einige einzelne literarische Äußerungen anführen, denen man entweder wegen ihrer Entstehungszeit oder wegen ihres Urhebers ein qualifiziertes Gewicht beilegen muß.

6. ad α) Es ist keineswegs eine neue Entdeckung, daß die historische Schule mit der deutschen Romantik in Verbindung steht. Dies muß vielmehr als die allgemeine Auffassung gelten⁴⁹⁾. Besonders Löning hat die philosophischen Voraussetzungen der Schule eingehend geschildert⁵⁰⁾. Merkwürdigerweise aber hat man nicht die natürlichen Konsequenzen hieraus für das Verständnis der Lehre vom Volksgeiste gezogen.

Die persönliche Berührung, die die beiden Rechtslehrer mit den führenden Persönlichkeiten der jüngeren Romantik hatten, ist bekannt. Savigny⁵¹⁾ war mit Kunigunde Brentano, einer Schwester Bettinas, die mit Achim von Arnim verheiratet war, ehelich verbunden, und stand so schon durch Familienbände mit dem Kreis der Romantiker in enger Fühlung. Als Lehrer und Freund hatte er zu den Brüdern Grimm ein nahes Verhältnis, und es gab noch eine ganze Reihe romantische Sprachforscher und Dichter, die von Jugendzeit an seinen vertrauten

⁴⁹⁾ Kantorowicz [169 c] 302, bezeichnet die Verbindung als unzweifelhaft nach den neueren Forschungen; s. bes. Brie, Moeller, Dittmann, Loening, Landsberg und Visser in den in Anm. 1 zit. Werken. Dagegen, ohne einen Schein von Recht, Manigk, Savigny und der Modernismus; 28; 42; 67; 101, der meint, daß S. „von selbst“ zu der historischen Theorie gekommen ist; s. auch Ehrlich, Soziologie des Rechts, 368.

⁵⁰⁾ S. Anm. 1.

⁵¹⁾ Savignys Biographie, s. besonders: Rudorff in Zeitschr. f. Rechtsgeschichte 2 (1863) 1f.; Ihering, in „Gerber und Iherings Jahrbuch“ 5 (1861) 354; und Landsberg in Allg. deutsche Biographie, Bd. 30 (1890) mit dort zit. Literatur. S. auch Eduard Müller, F. K. v. Savigny, Leipzig 1906. Briefwechsel Johann Kaspar Bluntschlis mit Savigny, Niebuhr, Leopold Ranke, Jakob Grimm und Ferdinand Meyer, herausgegeben von Wilh. Oechsli, Frauenfeld 1915.

Umgangskreis bildeten ⁵²⁾. Aus seinen Reisebriefen von der Studienreise 1799—1800 ⁵³⁾ geht hervor, daß er die Hochburg der Romantik, Jena, besucht und den gefeierten Schelling gehört hat, der einen starken und dauernden Eindruck auf ihn machte. Mit ihm stand Puchta in näherer persönlicher Berührung. Von seiner frühesten Jugendzeit (1820) bis zu seinem Tode (1846) hat Puchta den größten Teil seines Lebens in Schellings Nähe verbracht, erst in Erlangen (1820—1827), später in München (1828—1835) und Berlin (1842—1846). Hat Puchta auch Schellings Vorlesungen erst als sein Universitätskollege in München ⁵⁴⁾ gehört, so kann es doch keinen Zweifel geben, daß er bereits in der Erlanger Zeit mit den Werken des berühmten Philosophen Bekanntschaft gemacht hat.

Auch die sachlichen Einwirkungen der romantischen Philosophie, die sich an bestimmten Stellen der Arbeiten der beiden Juristen nachweisen lassen, hat man in späterer Zeit eingehenden Studien unterworfen ⁵⁵⁾. So bedeutungsvoll diese aber auch sind, hat man sich dabei doch in zu hohem Maße an Einzelheiten gehalten, an nachweisbare Einwirkungen, indem man das Verhältnis als ein Ursach-Wirkungsverhältnis auffaßte. Diese Methode ist indessen von vornherein verfehlt. Die Verbindung, die es zwischen der romantischen Philosophie und der historischen Schule nachzuweisen gilt, wird nicht in einem Kausalverhältnis erschöpft. Viel eher ist es die Aufgabe, die innere, organische, strukturelle Gleichgestaltetheit dieser Komplexe, ihre nebengeordnete gemeinsame Bestimmung durch ein und denselben morphologischen Geistestypus, nachzuweisen.

Diese Methode setzt voraus, daß es möglich ist, den Begriff Romantik als einen geistesmorphologischen Grundtypus zu definieren, der durch eine allgemein-logische Gesetzmäßigkeit, eine innere organische Struktur bestimmt und von einem gemeinsamen organisierenden Prinzip beherrscht ist.

Es ist indessen klar, daß es den Rahmen dieser Arbeit völlig sprengen würde, wollten wir den Existenzbeweis für diese Wissenschaft führen und ihre Methode exponieren. Wir müssen uns hier damit begnügen,

⁵²⁾ Bes. Friedrich Creuzer, s. im übrigen Reisebriefe, hrg. von Stoll (nächste Anm.).

⁵³⁾ Stoll, Friedrich K. v. Savignys sächsische Studienreise 1799 und 1800. Leipzig 1891.

⁵⁴⁾ Vgl. Puchtas Biographie in Allg. deutsche Biographie. 1823 hörte Sch. auf, Vorlesungen zu halten. 1820 erwarb Puchta seinen Doktorgrad und habilitierte sich. 1821—1822 Studienreise.

⁵⁵⁾ Bes. Brie, Moeller, Loening, Landsberg und Kantorowicz in den in Anm. 1 zit. Werken.

einige der Resultate zu postulieren, zu denen man auf diesem Wege gelangt, und uns im übrigen an die deutsche Romantik als empirischen Typus halten und daraus die Konsequenzen für das Verständnis der Volksgeisttheorie ziehen.

7. Dyrssen hat die Bezeichnung Romantik im weitesten Sinne bestimmt als „diejenige Geisteshaltung, die bestrebt ist trotz der klar erkannten Distanz der ratio zum Un- und Überrationalen dennoch auf die geistige Erfassung des Lebens nicht zu verzichten, sondern seiner vielmehr irgendwie unmittelbar teilhaftig zu werden auf eine von der ratio qualitativ verschiedene Art. Das Organ dieses überrationalen Erfassens ist das Erlebnis der Intuition“ ⁵⁶⁾. Vollkommen richtig wird hier das Charakteristikum der Romantik durch das Verhältnis zwischen dem Rationalen und dem Irrationalen angegeben. Es ist nicht möglich, in diesen wenigen Linien eine nähere Ausführung zu geben. Das folgende muß als weniger denn eine Skizze gelten.

Das Rationale oder Logische bedeutet eine objektbestimmende Funktion. Das Objekt wird in einem logischen Prozeß bestimmt. Dieser kann eben nicht anders bestimmt werden, als wie als eine bestimmende, artikulierende, d. h. objektsetzende Funktion. Der Begriff und das Urteil sind seine Grundelemente. Das Rationale kann daher auch als abstrakt bezeichnet werden. Denn der Begriff kann niemals dem Unendlich-Individuellen völlig adäquat werden, die Bestimmung niemals erschöpfend. Man kann es auch als relativisch bezeichnen. Denn es ist die Funktion des Urteils, in einer unendlichen Relationsverknüpfung fortzuschreiten. Als objektsetzend endlich ist das Rationale Ausdruck für eine Gesetzgebundenheit. Denn nur in einem logisch-gesetzgebundenen, nicht in einem willkürlichen Prozeß wird das Objekt bestimmt.

Das Irrationale bedeutet die Grenze für die souveräne Eigenfunktion des Rationalen; das Objektgesetzte im Gegensatz zur objektsetzenden Funktion. Dagegen darf man es nicht als „einen anderen Raum in der Seele“ — das „Nicht-Verstandesmäßige“, „Gefühl“, „Wille“, „Leben“ oder dergleichen — auffassen, das unmittelbar im Bewußtsein gegeben ist, unabhängig von dem rationalen Prozeß. Daß etwas bewußt gemacht wird, bedeutet eben, daß „etwas erscheint“, daß es für ein erkennendes Subjekt objektiviert, also in einem rationalen Prozeß bestimmt wird. Ein Organ für innere Selbstanschauung gibt es nicht. Das Irrationale, das Leben, kann deshalb gelebt aber nicht erlebt werden, es sei denn durch einen rationalen Prozeß ⁵⁷⁾.

⁵⁶⁾ Bergson und die deutsche Romantik, 50.

⁵⁷⁾ Paul Natorp, Philosophie, ihr Problem und ihre Probleme, Göttingen 1911, p. 151 f., bes. 153.

Das Romantische in einer Geistes- oder Lebenshaltung liegt in einer gewaltsamen Expansionsbewegung des Irrationalen auf Kosten des Rationalen. Als Lebenshaltung bedeutet das eine Hochschätzung, ein Sichhingeben an die unartikulierte Existenz als solche — an die Passion, Selbstentfaltung, das Leben — und eine entsprechende Geringschätzung für die begrifftrennende, abstrahierende, relativistische, rationale Erkenntnis, die das Lebende in totem pressen will und niemals einen Hiatus zwischen dem Begriff und dem Leben überwinden kann. So erscheint die Romantik als Zeichen eines vitalen Kraftüberschusses, als Auflehnung gegen das Gesetz. Als geistige Haltung bedeutet die Expansion des Irrationalen das Bekenntnis eines Glaubens daran, daß es möglich ist, das Irrationale, das Lebende und Unsagbare auf einem anderen Wege zu fassen und zu erkennen, als durch die zergliedernde, diskursive, tötende, rationale Intelligenz. Von dieser Seite gesehen, ist die Romantik ein intellektuelles Müdigkeitsphänomen, eine rhythmisch umkehrende Erschlaffung nach kritischer Anspannung. Romantik ist Begriffsträgheit und Sehnsucht nach einem „unmittelbaren“ Erfassen des Unendlichen und Unaussprechlichen.

Soweit das Romantische sich in einer besonderen Stellung zum Leben äußert — in einer subjektiven Geringschätzung der mühsamen, nüchternen, anspannenden und ermüdenden Reflexion — in einer subjektiven Hochschätzung eines übermütigen, genialen Lebens, das sich von kleinlich-pedantischen moralischen Sorgen frei gemacht hat — soweit, sage ich, kann die Romantik keiner rationalen Kritik unterworfen werden. Ob man nun die romantische Vergötterung des Ichs, die romantische Bewunderung der großen Leidenschaften und den Drang zu zügellosen intellektuellen und erotischen Schwelgen — teilt oder nicht: in ihrer bloßen Existenz können diese irrationalen Momente keiner rationalen Kritik unterworfen werden.

Ganz anders liegt die Sache, wenn Romantik als Geisteseinstellung und Geistesprodukt betrachtet wird. Soweit die irrationale Expansion dazu führt, eine andere Erkenntnis, als die rationale, zu postulieren, ist eine Kritik möglich. Denn der Erkenntnisprozeß ist nur seinen eigenen, souveränen, rationalen Gesetzen unterworfen und unterliegt, mögen ihre irrationalen Triebkräfte sein, welche sie wollen, einer rationalen Kritik. Populär ausgedrückt: Man kann nüchterne Wissenschaft geringachten und statt dessen Novalis ahnungsvolle Phantasien bewundern. Man kann in der mystikerfüllten Offenbarungsphilosophie eines Schelling das Brot des Lebens finden, nach dem die Seele hungert, und niemand wird dagegen etwas sagen können. Aber in demselben Augenblick, in dem man den Mund öffnet — nicht um bloß einen

unartikulierten Laut auszustoßen — sondern um eine Erkenntnis auszusprechen — in demselben Augenblick ist man mitsamt seiner Aussage der unerbittlichen Strenge der rationalen Kritik anheimgefallen. Denn es gibt nur eine Erkenntnis, und das Rationelle ist ihr Gesetz.

Nur der letzte Gesichtspunkt soll hier weiter verfolgt werden. Es liegt jedoch nicht innerhalb unseres Zieles, zu zeigen, wie der Drang zu abschließender, hoffnungsvoller, inhaltsreicher Erkenntnis die kritische Fähigkeit überwältigt und damit zu der für die Romantik charakteristische spekulativ-philosophische Religiosität (die auch in ästhetische Formen übergehen kann) und „positiven Wissenschaft“ (im Gegensatz zur kritischen „Negativität“) führt, die sich, wo andere Wege nicht weiter führen, auf eine allproduzierende Intuition stützt, den Rettungsengel aller romantischen Erkenntnis.

Wichtiger für unsere Aufgabe, das Verständnis des Dogmas vom Volksgeist, ist es, den Einfluß zu erwähnen, den der ästhetische Drang auf die Erkenntnis ausübt. Die Liebe zum Konkret-Individuellen, zu dem „Einmaligen“, zur Gestalt und dem Symbol im Gegensatz zum Gesetz, und das Verständnis dafür, daß die rationalistische Begriffsbildung niemals restlos die irrational-unendliche Einheit ausdrücken können, gehört zu den feinsten Zügen in der romantischen Kultur. Diese Liebe äußert sich zuerst als ästhetisches Feingefühl. Wir können aus diesem Grunde den Romantikern für die Bewahrung einer Reihe Kulturwerte dankbar sein, die von einem nivellierenden, egozentrischen Rationalismus übersehen oder vergessen wurden. Mit einer kameleonartigen Fähigkeit der Anpassung und des Einlebens haben die Romantiker ferne und fremde Dichterwerke bearbeitet und übersetzt (Calderon, Shakespeare, Cervantes u. a., altnordische und asiatische Dichtung, Volkslieder usw.). Mit dem ästhetischen Feingefühl ist auf das genaueste der historische Sinn für das „Einmalige“ verbunden. Die romantische Geschichtsschreibung hat (auch in unseren Tagen, Spengler z. B.) gewichtige Beiträge zur Überwindung rationalistischer Egozentrität und generalisierender Ausgleichung des Einmalig-Individuellen geliefert.

Es ist deshalb kein Zufall, daß die deutsche Wissenschaft in der romantischen Periode einen überwiegend historischen Charakter annahm. Das galt — außer der eigentlichen Geschichtsforschung, die von dem rationalistischen Pragmatismus Abstand nahm — z. B. der Sprachwissenschaft, der Religionswissenschaft, ja selbst der Naturwissenschaft (der Entwicklungsgedanke), sowie der Staats- und Rechtswissenschaft. Die historische Schule in der Rechtswissenschaft ist als solche, d. h. als historische Reaktion gegen ein rationalistisches abstraktes, egozentrisches

Naturrecht ein lebendiges Stück Romantik. Es wird daher verfehlt sein, wollte man versuchen, eine Verbindung zwischen der historischen Schule und der deutschen Romantik nachzuweisen. Denn die Schule ist selbst ein organischer Teil der deutschen Romantik. Hierin liegt der Schlüssel zum Verständnis ihrer Lehren. Von hier aus ergibt sich ihr „organisierendes Prinzip“.

8. Schon hiernach wird man verstehen, daß Savignys historische Grundeinstellung sich von der romantischen Geistesrichtung als Typus ergibt, ohne daß es nötig ist, eine „Einwirkung“ von einer bestimmten anderen Seite zu finden in einer Zeit, wo der historische Gedanke gewissermaßen hervorbricht. Diese Phänomene sind viel mehr nebengeordnet, Gewächse aus dem gleichen Erdreich⁵⁸⁾.

Folgt so aus der allgemeinen Einstellung, daß Savigny der naturrechtlichen Willkür die historische Bestimmtheit entgegensetzte, so erfordert doch das Verständnis dafür, welche Bestimmtheit er meinte, eine genauere Einsicht in den romantischen Gedankengang.

⁵⁸⁾ Auch der Begriff „Volksgeist“, jedenfalls in der mehr empirisch-französischen Wendung Geist des Volkes, Charakter der Nation u. dgl., lag, wie Moeller in seinen vortrefflichen Untersuchungen nachwies, in der Zeit: „Dichter und Denker, Theologen und Historiker, Staatsmänner und Juristen, sie alle haben geholfen den Sieg zu erfechten, so daß hinterher, als Savigny das entscheidende Wort gesprochen hatte, auch der studiosus iuris im ersten Semester mit einem Schein von Recht sagen konnte: Habe ich längst gewußt“ [221] 35. Schon aus diesem Grund ist es verfehlt, wenn Brie [38 b] 22, auf Grund einer gewissen vermuteten Gleichheit im Gedankengang einen Einfluß von Hegel auf Savigny nachweisen will. Dazu kommt, daß die angenommene Gleichheit wesentlich falsch ist, da der Volksgeistbegriff bei Hegel etwas wesentlich anderes bedeutet, als bei Savigny. Vgl. Dittmann, Der Begriff des Volksgeistes bei Hegel und Rosenzweig, Hegel und der Staat, s. hierüber unten. Aus demselben Grund muß auch der von Brie angenommene Einfluß von Hegel auf Puchta, indem dieser den Begriff Volksgeist von Hegel übernommen haben soll, verworfen werden. Ein einziges Detail in Puchtas Lehre (s. unten p. 160) stammt von Hegel. Bries Standpunkt ist wohlbegründet widerlegt von Loening, Die philosophischen Ausgangspunkte der rechtshist. Schule, 82 f. und Kantorowicz, Volksgeist und hist. Schule, 319 f.; der letztere nimmt indessen eine zu große Divergenz zwischen Hegels und Puchtas Volksgeistbegriff an.

Endlich hat Franz Rosenzweig in seinen ausführlichen Studien über Hegel (Hegel und der Staat, 1920) die Unrichtigkeit der Auffassung Bries nachgewiesen (a. a. O. I. Anm. zu p. 22). Es geht aus R.s Ausführungen hervor, daß das Wort „Volksgeist“ bei Hegel zum ersten mal schon im Jahre 1789, in der unveröffentlichten Jugendarbeit über „Volksreligion und Christentum“ (a. a. O. I. 20, 21), vorkommt, daß der Begriff für Hegel aber etwas ganz anderes bedeutet, als später in der historischen Schule. „Der Volksgeist nun ist ihm nicht eigentlich die geheime Wurzel alles nationalen Daseins, wie die historische Schule den Begriff später faßte, sondern vielmehr ein Bestandteil dieses vollendeten Daseins oder — nach den meisten Stellen — seine höchste Blüte; nicht so sehr bildende Kraft

Für die rationalistische Denkweise ist es natürlich, unter Bestimmtheit Gesetzmäßigkeit, Unterordnung des Individuellen unter das Allgemeine zu verstehen. Anders für die Romantiker. Der Zusammenhang, den Schelling in seiner Naturphilosophie in der Natur finden will, ist nicht eine zusammenfassende Form für die naturwissenschaftliche Gesetzmäßigkeit (was ja bloß eine Fortsetzung der Naturwissenschaft selbst bedeuten würde), sondern ein Verstehen der Natur „von innen“ als ein Spiel von Kräften, von Prinzipien, die die Natur aufbauen. Zur Erklärung der verschiedenen Stufen in der unorganischen und organischen Natur denkt Schelling sich in der unsichtbaren oder organisierenden Natur drei Urkräfte „die Schwere“, „das Licht“ und „das Band oder das allgemeine Leben“⁵⁹⁾. Die Schwere, das niedrigste Prinzip, bedeutet nicht die sinnlich wahrnehmbare Anziehungskraft, sondern „das Prinzip der Leiblichkeit“ und bewirkt in der sichtbaren

als vielmehr das ausgebildete Volksleben selber“ (a. a. O. 22—34). Hiernach gehört Hegels Volksgeistbegriff ideengeschichtlich mit Montesquieus „Esprit général“ zusammen, s. hierüber unten Anm. 67. Montesquieus und Hegels Begriff ist empirisch und analytisch, er repräsentiert einen Ursach-Wirkungskomplex, bewirkt und selber bewirkend; er findet seinen Platz innerhalb der Geschichtsforschung, die die historische Entwicklung in ihren kausalen Komponenten analysiert. Der Volksgeistbegriff der historischen Schule dagegen ist metaphysisch und synthetisch, er bedeutet etwas Absolutes, Erstes, das bewirkt, ohne selbst bewirkt zu werden. Er findet seinen Platz innerhalb einer Geschichtsforschung, die im Gegensatz zu einer mechanischen Zerteilung der historischen Entwicklung diese als lebendiges Ganzes erfassen will. Hegels Gedanke geht aber doch über M.s hinaus, indem er sich als Quelle des empirischen Volkslebens, das sich im Volksgeist manifestiert, eine „allgemeine Vernunft“ denkt. — Es ergibt sich weiter aus R.s Darstellung (I, 167), daß sich der Begriff in derselben Weise in Hegels Abhandlung über das Naturrecht (1803) wiederfindet. Da der Volksgeist so nach Hegel nicht das Recht hervorbringt, so folgt daraus, daß er nicht, wie Savigny, die Rechtsbildung den still wirkenden Kräften des Volksgeistes überlassen kann, sondern eine bewußte Gesetzgebungsarbeit fordern muß. Daher der wohlbekanntere rechtspolitische Gegensatz zwischen dem Hegelschen Rationalismus und dem romantischen Quietismus, ein Gegensatz, der schon in der „Schrift über die Reichsverfassung“ (1801—1802) und der Naturrechtsabhandlung (1803) zutage tritt, und der seinen bekannten scharfen Ausdruck im § 211 der Rechtsphilosophie findet (vgl. Rosenzweig I. 153; 16 und II. 105—106). Erst in Hegels Rechtsphilosophie (1820) tritt eine Änderung in Hegels Volksgeistbegriff hervor. Der Staat wird nun als Voraussetzung für Kunst, Religion und Wissenschaft angesehen. Staat und Kultur bestehen in innerlicher Verbindung. „Diesen so geordneten Zusammenhang — der Staat als Form, die Kultur als Inhalt — nennt Hegel nun Volksgeist“. (R. II, 182.)

⁵⁹⁾ Zum Folg. vgl. Falckenberg, Geschichte der neueren Philosophie 1921, p. 419 bis 420; Schelling, Ideen zu einer Philosophie der Natur 1797; Erster Entwurf eines Systems der Naturphilosophie 1799; Allgemeine Deduktion des dynamischen Prozesses oder der Kategorien der Physik (Zeitschrift f. spekulative Physik) 1800; Vor der Weltseele 1800.

Welt die Materie in ihren verschiedenen Aggregatzuständen. Indem das Licht — nicht das physisch-wirkliche, sondern als „Prinzip der Seele“ — hinzutritt und sich mit der Materie vereint, entsteht eine neue Stufe in der unorganischen Welt: der dynamische Prozeß, die beseelte Materie. Nach steigenden Potenzen formt diese sich als Magnetismus, Elektrizität und chemischer Prozeß. Hierüber erhebt die organische Natur sich, weiter beherrscht von dem Prinzip des Bandes oder Lebens. Dem Prinzip der Schwere entspricht in dieser Welt die Reproduktion, d. h. Ernährung in Wachstum und Fortpflanzung, die Stufe der Pflanze und der Frau. Mit dem Prinzip des Lichts entsteht die „Irritabilität“, das Niveau des Tieres und des Mannes. Mit dem Prinzip des Lebens endlich entsteht das höchste Naturphänomen, „die Sensibilität“ oder „die Empfindungsfähigkeit“, der Stand des Menschen. So denkt Schelling sich die Allnatur in verschiedenen Stufen aus „inneren“ unsichtbaren Kräften aufgebaut, die in ihrer Einheit „die Weltseele“ ausmachen.

Wie man sehen wird, ist ein fundamentaler Unterschied zwischen diesen Kräften und denen, die in der Naturwissenschaft vorkommen (die Schwerkraft z. B.). Diese letzteren haben keine andere Bedeutung als ein kurzer, bildlicher Ausdruck für eine Gesetzmäßigkeit zu sein. Die Schwerkraft kann nur durch das Gravitationsgesetz definiert werden. Aber wie die Etymologie des Wortes „Kraft“ zeigt, ist diese objektivierte Bedeutung nicht die ursprüngliche. Ursprünglich ist damit an eine subjektive Kraftentfaltung, in antropomorphem Sinne, gedacht. Ein Wesen rührte sich in der Natur. Es ist deutlich, daß Schellings Philosophie auf derselben spiritualistischen Auffassung beruht. Seine Naturphilosophie ist ein Ausdruck für eine „Beseelung“ der Natur, der unorganischen und der organischen. Der Gedankengang basiert auf der primitiven Vorstellung von dem Willen als etwas absolut Ersten, Determinierenden, das aber selbst außerhalb aller Determination steht. In Übereinstimmung hiermit geht die ursprüngliche „Determination“ der Natur in der Weise vor sich, daß man, ohne äußere Gesetzmäßigkeit zu beachten, einfach der Natur einen subjektiven Willen unterschiebt, der, selbst frei und unbestimmbar, „Bestimmung“, „Erklärung“ jedes Phänomens abgibt. Dies ist auch die (ursprüngliche) Bedeutung in dem religiösen Glauben an die Welt als Gottes Wille.

9. Diese Weltauffassung war keineswegs eine unvermittelte Neubildung. Lamprecht hat in einer vortrefflichen Abhandlung⁶⁰⁾ gezeigt wie diese Auffassung auf Leibnitz Metaphysik zurückgeht und seitdem in deutschen Denken gewachsen ist. Die Quintessenz von Leibnitz Meta-

⁶⁰⁾ Herder und Kant als Theoretiker der Geschichtswissenschaft.

physik war, „daß die Welt geistig sei“. In Verbindung mit der Psychologie, besonders der Tierpsychologie, entwickelt sich diese Lehre — wie Lamprecht treffend charakterisiert — zu einem „Pandynismus oder Panpsychismus der Welt“. Die organische Welt wird als ein organischer Zusammenhang betrachtet. „Eine Urkraft geistiger Natur ergoß sich durch alle ihre Wesen, wenn auch in verschiedener Stärke.“ Später wird auch die unorganische Welt in das Bild mit einbezogen, das seine Ausgestaltung als großartige Weltanschauung in Herders „Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit“ findet (1784 ff). Lamprecht bezeichnet mit Recht Herders Weltbild als anthropozentrisch. Für Herder unterliegt es keinem Zweifel, „daß die Welt nach Analogie des Menschen konstruiert sei, daß sie ein reizdurchwobenes Ganzes sei, daß in ihr, von den unteren Organismen aufsteigend zu den oberen geheimnisvolle Kräfte hinter dem sinnlich sichtbaren Körper walten: daß sie ein Gefäß sei göttlicher Kräfte, einer göttlichen Natur, der ‚gütigen Mutter‘ Gottes.“ Hieraus folgt eine Entwicklungslehre, aber wohl zu merken, „eine nach Werturteilen, nicht nach dem Prinzip der Kausalität, sondern des Zweckes konstruierte Entwicklungsgeschichte“⁶¹⁾, also eine idealistische Entwicklungslehre, meilenweit verschieden von der späteren naturalistischen Darwin-Spencerschen Theorie.

10. Von dieser Naturauffassung ist nur ein Schritt zur Geschichtsphilosophie. Sie sind ihrem Wesen nach ein und dasselbe. Eine Idee, eine Kraft entfaltet sich in Raum und Zeit. Auch die Geschichtsphilosophie war bei Herder vorbereitet, wurde bei Schelling entwickelt, um in Hegels Philosophie ihren „logisierten“ Gipfelpunkt in einem mächtigen System zu finden. Damit war der Gedanke überspannt und er zog sich (vorläufig) vom philosophischen Schauplatz zurück.

Für Schelling ist die Geschichte „eine fortgehende, allmählich sich enthüllende Offenbarung des Absoluten“^{62a)}. Das Problem, wie diese absolute Entwicklung sich mit der Freiheit des einzelnen vereinen läßt, führt bei Schelling zu der für die historische Schule grundlegenden Lehre von der Vereinigung der Freiheit und Notwendigkeit in der Geschichte.

Für Schelling ist das Notwendige dasselbe wie das Bewußtlose, Freiheit dasselbe wie Bewußtsein^{62b)}. Nun wird erst klar, daß die Geschichte frei ist im Gegensatz zu der naturgesetzgebundenen Notwendigkeit. Es heißt, „daß überhaupt alles, was nach einem bestimmten Mechanismus erfolgt, oder seine Theorie a priori hat, gar

⁶¹⁾ Die zit. Stellen, a. a. O. 165, 166, 169.

⁶²⁾ a—f. Schelling, System des transzendentalen Idealismus, 603, 594, 589, 595, 596, 600.

nicht Objekt der Geschichte sei. Theorie und Geschichte sind völlig Entgegengesetztes. Der Mensch hat nur deswegen Geschichte, weil, was er tun wird, sich nach keiner Theorie zum Voraus berechnen läßt^{62c}). Auf der anderen Seite setzt die Geschichte doch eine Notwendigkeit voraus, aber eine versteckte Notwendigkeit, d. h. eine Notwendigkeit, die nicht Ausdruck für eine äußere objektbestimmbare Naturgesetzmäßigkeit ist. Die Vorsehung, das Schicksal waltet in der Geschichte^{62d}). Die panpsychische, anthropozentrische Auffassung tritt hier klar zutage: Die Geschichte, das ist Gottes Gang durch die Welt. Wie ist das aber mit der individuellen Freiheit vereinbar? Schelling lehrt darüber, daß nicht das einzelne Individuum das Objektive realisiert: „die ganze Gattung“ ist das handelnde Subjekt in der Geschichte^{62e}). Die als Resultat geforderte Harmonie zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven bringt Schelling durch die Annahme ihrer absoluten Identität zuwege^{62f}). Hiermit wird erklärt, daß die Geschichte zugleich Freiheit und Notwendigkeit ist. Der einzelne handelt frei, mit Bewußtsein, und der Verlauf der Geschichte läßt sich nie berechnen. Und doch ist das Resultat nicht willkürlich. Ein Schicksal waltet, die Selbstentfaltung und Offenbarung des Absoluten. Die Notwendigkeit ist nicht Naturgesetzmäßigkeit, Theorie a priori, sondern wie in der Naturphilosophie ein Prinzip psychisch-anthropozentrischer Art. Sie ist der absolute Wille. Schellings Geschichtsauffassung wird am besten durch das Tragische als ästhetische Kategorie illustriert, ein Bild, das er selbst zu wiederholten Male gebraucht.

Diese ästhetische-tragische Geschichtsphilosophie, die in unserer Zeit in Spenglers geistreichem, historischem Roman „Der Untergang des Abendlandes“ eine veränderte Erneuerung gefunden hat, ist tief. Sie ist fesselnd durch die Perspektive, die ihre ästhetische Geschlossenheit der Geschichte gibt. Sie ist ergreifend in ihrer tragischen Bedeutung. Das Individuum wird hier vor die im eigentlichen Sinne tragische Alternative gestellt: seine Mission zu erfüllen — oder vom Schicksal zerdrückt zu werden. Erst auf dem Hintergrunde dieser Geschichtsphilosophie versteht man also, wie der für einen naturalistischen Gedankengang scheinbar vorliegende Widerspruch möglich wird: daß die Entwicklung notwendig ist, und daß doch von dem Individuum Handlungen gefordert werden. (Diese Forderung klingt mit der mahnenden Gewalt des Tragischen durch Spenglers schönes Werk.)

11. Hieraus ergibt sich nun leicht die Bedeutung der Savigny-Puchtaschen Lehre von der Entstehung des Rechtes aus dem Volksgeist. Sie ist ein leicht verflachter Nebenarm der spiritualistisch-anthropozentrischen Entwicklungslehre auf ihrem Wege von Herder über Schelling zu Hegel.

Ein Nachweis direkter Einwirkung ist, wie wiederholt gesagt, an und für sich nicht notwendig, zum Überfluß läßt sich indessen nachweisen, daß die charakteristische Stelle, an der Savigny seine historische Theorie zum Ausdruck bringt, eine halbverdaute Reminiszenz von Schellings oben zitierten Auseinandersetzungen ist⁶³). Die Verbindung zwischen Puchta und Hegel kann nicht dem allergeringsten Zweifel unterliegen.

Hieraus folgt, daß der Volksgeistbegriff der beiden Juristen niemals, wie man es später auffaßte, als Ausdruck einer naturwissenschaftlichen Kausalität gedacht war. So wenig wie für Herder und Schelling, wird für sie die historische Entwicklung durch Naturgesetze bestimmt. Der Volksgeist bedeutet nicht den Inbegriff einer Reihe natürlicher Ursachen, Abkürzung für einen Gesetzmäßigkeitskomplex. Vielmehr bedeutet er ein spirituelles Prinzip, eine geistig absolute Größe, die sich im natio-

⁶³) Die bekannte Stelle, Zeitschrift f. gesch. Rechtswissenschaft, Bd. I. (1815), p. 2—4, lautet: „Dieses also ist die allgemeine Frage: in welchem Verhältnis steht die Vergangenheit zur Gegenwart, oder das Werden zum Sein? Und hierüber lehren die Einen, das jedes Zeitalter sein Dasein, seine Welt, frey und willkürlich selbst hervorbringe, gut und glücklich, oder schlecht und unglücklich, je nach dem Maaße seiner Einsicht und Kraft Nach der Lehre der Anderen giebt es kein vollkommen einzelnes und abgesondertes menschliches Daseyn: vielmehr, was als einzeln angesehen werden kann, ist von einer anderen Seite betrachtet, Glied eines höheren Ganzen Ist aber dieses, so bringt nicht jedes Zeitalter für sich und willkürlich seine Welt hervor, sondern es thut dieses in unauflöslicher Gemeinschaft mit der ganzen Vergangenheit. Dann also muß jedes Zeitalter etwas gegebenen anerkennen, welches jedoch nothwendig und frey zugleich ist; nothwendig, in so fern es nicht von der besonderen Willkühr der Gegenwart abhängig ist: frey, weil es eben so wenig von irgend einer fremden besonderen Willkühr (wie der Befehl des Herrn an seinen Slaven) ausgegangen ist, sondern vielmehr hervorgebracht von der höheren Kultur des Volkes als eines stets werdenden, sich entwickelnden Ganzen.“ Diese Stelle erinnert auffallend an Schelling. Daß hier tatsächlich eine Reminiszenz an Schelling vorliegt, wird weiter dadurch bestätigt, daß man als wahrscheinlich feststellen kann, daß Savigny schon auf seiner Studienreise im Jahre 1800 mit Schellings im selben Jahre erschienenen „System des transzendentalen Idealismus“ bekannt geworden ist. In einem Briefe Savignys vom 26. April 1800 (Stoll [317] 33) findet sich folgender Passus: „Künstlerischer Zweck ist eine ganz bestimmte Wirkung auf den anschauenden Menschen, nämlich die Anregung seines Schönheitssinns, oder (im Objekt) Schönheit selbst. Dieser künstlerische Zweck hat mit der Absicht des Künstlers nichts zu schaffen, und ich kann mir den vollendeten Künstler ohne Bewußtsein irgend einer künstlerischen Absicht denken: er erreicht das Ziel, zu dem ein Gott ihn leitet und schaut verwundert das Werk an, das er schuf.“ Diese Äußerung ist augenscheinlich aus dem genannten Werke Schellings geholt, wo sie sich auf p. 617 findet (in den sämtl. Werken 3) (Stoll [317] 3, Anm. 174; Kantorowicz [169 c] 314, Anm. 1; Landsberg [181] 214). Setzt man hier an die Stelle von „Kunst“ „Recht“, so hat man Savignys historische Rechtstheorie in nuce.

nalen Leben, darunter dem Rechtsleben, entfaltet und offenbart. Ja, der Gedanke ist fast schon von Schelling formuliert, wenn er an der erwähnten Stelle sagt, daß „die ganze Gattung“ in der Geschichte handelt, und als Paradigma betrachtet Schelling sogar die Rechtsgeschichte, die Entstehung des Rechtes⁶⁴).

Savigny anwendet, wie bekannt, in seinen genialen Abhandlungen nicht das Wort Volksgeist, sondern spricht nur von dem organischen Wachstum des Rechts. Diese Analogie aus dem Organischen hat man später als ein Bild von dem naturgesetzgebundenen Entstehen des Rechtes verstanden. Aber wie unvereinbar ist es doch mit dem Gedankengang der Romantiker, das Organische als Bild für das Mechanische aufzufassen, das eine „Theorie a priori“ hat. Im Gegenteil! Das Organische bedeutet für die Romantik das Lebenbeseelte, das Irreduktible, das, was von einer besonderen „psychischen Kraft“ getragen wird, der „Lebenskraft“. So und nicht anders muß das Wort bei Savigny verstanden werden, als ein Symbol von der tiefen „Lebendigkeit“ der Geschichte, ihrem spirituellen, gesetzmäßig-irreduktiblen Charakter. Zwar ist es sein Leitmotiv, als Protest gegen die naturrechtliche Willkür die Notwendigkeit der Geschichte zu setzen, diese ist aber eine innerorganische, eine Schicksals-Notwendigkeit.

Während Savigny so im wesentlichen bei dem historisch-dynamischen Gesichtspunkt stehen bleibt, und deshalb seine Inspiration aus der Geschichtsphilosophie der Zeit holt, betrachtet Puchta in erster Linie die Verbindung des Rechtes mit dem Volksgeist national-statisch. In Übereinstimmung hiermit findet seine Lehre ihre Analogie in der Naturphilosophie, von der sie wohl auch inspiriert ist. Im Reich des Rechtes waltet, wie in dem der Natur, ein Prinzip, das sich mit steigendem Bewußtsein in steigenden Potenzen entfaltet. Ebenso wie der Geist in der unorganischen Welt schlummert, in der organischen erwacht und im Menschen zu vollem Bewußtsein gelangt — ebenso entfaltet sich der Volksgeist durch das unorganisierte, primitive Gewohnheitsrecht, zu den höheren, organisierten Stufen, dem „Juristenrecht“ und „Gesetzrecht“. Und doch ist es dieselbe Macht, die das Ganze durchdringt und in ihm waltet: in der Natur „die Weltseele“, im Recht „der Volksgeist“⁶⁵).

⁶⁴) In Anm. 63 a. O. p. 596.

⁶⁵) Übrig bleibt noch die Frage, in welchem kollektiv-psychologischem Akt der Volksgeist das Recht nach der Ansicht der historischen Schule offenbaren oder determinieren soll. Hiervon ist eingehend die Rede bei Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrtum. Das Problem wird von Puchta höchst unklar behandelt. Das Gewöhnliche ist, daß (1.) von einer Überzeugung gesprochen wird. Im übrigen finden sich

Man hat eingehende Beiträge zur Beleuchtung des Dogmas von dem Entstehen des Volksgeistes geschrieben. Man⁶⁶) hat diesen Gedankengang bis zur Antike zurückverfolgt, und gezeigt, wie er sich seit der Renaissance vorwärtsgekämpft hat, bis der Begriff und das Wort Volksgeist am Ende des 18. Jahrhunderts (nach Herder) als kultureller Allgemeinbesitz gelten kann. Nur wird der Wert dieser Untersuchungen in hohem Maße dadurch geschmälert, daß man keinen (ausreichenden) Unterschied macht zwischen dem Volksgeist, wie er in der hier besprochenen Weise aufgefaßt wird, und dem Volksgeist (allgemeiner Geist des Volkes) als Ausdruck für einen empirisch-naturwissenschaftlichen Ursach-Wirkungskomplex, d. h. als Ausdruck für eine empirisch wahrnehmbare Volkseigentümlichkeit, die von Klima, Rasse, Geschichte usw. bewirkt wird, und wiederum auf das Leben der Nation einwirkt. So ist es besonders ganz mißverständlich, Montesquieu unter die Vorläufer der Lehre der historischen Schule zu zählen. Der

auch Auslassungen, die sich beziehen auf (2.) ein Rechtsgefühl, Gewohnheitsrecht, II. 70, 75, oder einen Rechtssinn, a. a. O. II. 12, 74. Auch (3.) eine Willensformulierung findet sich a. a. O. I. 139 und sehr häufig in den Vorlesungen und Institutionen. Die Willensformulierung wurde später die gewöhnliche, die Lehre der historischen Schule wurde häufig als eine Willentheorie aufgefaßt. Hierin liegt teils (wie oben p. 140 erwähnt) eine Remisenz von der naturrechtlichen individuellen Willentheorie, Kontrakttheorie, teils (vgl. unten VI bei Anm. 22) ein Vorläufer einer späteren positivistischen Rechtstheorie. Die historische Schule nimmt so eine eigentümliche Mittelstellung zwischen Naturrecht und Positivismus ein.

Aber selbst wenn man annimmt, daß die historische Schule den entscheidenden Zustand als eine Rechtsüberzeugung bestimmt (so Zitelmann a. a. O.; Hägerström (124) p. 8—9, zieht es vor, die Willensformulierung zu betonen), so ist doch hiermit die Unsicherheit nicht beseitigt. Auf diese begründet kann wieder von folgenden Möglichkeiten gesprochen werden: a) eine Rechtsmäßigkeits-theorie, d. h., daß die Überzeugung darauf ausgeht, daß der Satz, der Recht sein soll, schon geltendes Recht ist. (Hierauf deutet z. B. [248a] II. 33, 36; 4; 66.) b) Eine Gerechtigkeits-theorie, d. h. daß die Überzeugung zum Inhalt hat, daß der Satz Recht sein sollte. (Hierfür spricht [248a] II. 69, 74 und Savigny, System, I, 93.) c) Endlich nimmt Zitelmann als dritte Möglichkeit an, daß die Überzeugung darauf ausgeht, daß der Satz an sich geltendes Recht ist [351b] 404, und so charakterisiert er die Savigny-Puchtasche Theorie. Er stützt sich besonders auf eine Äußerung Savignys. der [280d] I, 177, die Überzeugung als „eine Überzeugung von der Wahrheit und an sich selbst (ohne äußere Sanktion) bindende Kraft der Regel bestimmt“.

Wegen der völligen Wankelmütigkeit der Auslassungen kann eine Entscheidung nur nach der Funktion getroffen werden, die der Überzeugung im System beigelegt wird. Das entscheidende Kriterium ist hier, welche Bedeutung dem möglichen Irrtum in der entscheidenden Überzeugung zukommt. Hierüber lehrt Puchta, daß niemals in der unmittelbaren Volksüberzeugung Irrtum vorliegen kann, sondern höchstens wo diese mittelbar ist, d. h. darauf ausgeht, daß der Satz infolge schon geltenden Gesetzes Recht war [248a] II, 65—66. Hiermit ist ausgedrückt, daß der relevante Akt als unmittelbar und unfehlbar nicht eine Erkenntnis von etwas Existierendem ist,

kluge, geistreiche, erfahrene Weltmann des rationalistischen Frankreichs des 18. Jahrhunderts konnte niemals in die romantische Mystik verfallen, die Herder-Savignys Begriff umschließt⁶⁷⁾.

12. ad β. Die nach dem vorigen historisch wahrscheinlich gemachte Interpretation wird durch eine nähere Betrachtung der Savigny-Puchtaschen Rechtsquellenlehre bekräftigt, da sie ohne diese Interpretationshilfe psychologisch rätselhafte Disharmonien darbietet. Dazu gehören offenbar besonders folgende zwei:

1) Der Grundgedanke der Lehre ist unzweifelhaft, die notwendige Entstehung des Rechtes darzustellen, nicht, einen ethischen Maß-

sondern ein Wertungsakt, d. h. die Möglichkeit *a* und *c* wird zum Vorteil für *b* ausgeschlossen. Savignys von Zitelmann zitierte Äußerung wird denn auch am natürlichsten in Übereinstimmung damit verstanden; „an sich“ steht im Gegensatz zu „äußere Sanktion“ und bezeichnet eben den inner-ethischen Charakter der Überzeugung. Zitelmann verfälscht offenbar die Bedeutung, wenn er ohne Bedenken „an sich selbst geltendes Recht“ an die Stelle von „an sich selbst bindende Kraft der Regel“ setzt. Deshalb kann gut zugegeben werden, daß der Unterschied Savigny vielleicht psychologisch nicht ganz klar gewesen ist, da er, wie gezeigt, die ethische und die positive Geltung des Rechtes vermengt.

Wenn Zitelmann glaubt, um dieses Rasonnement herumzukommen, indem er behauptet (a. a. O. 414), daß kein Irrtum vorliegt, da der Satz eben kraft der Überzeugung als zu Recht geworden anzusehen ist, so liege hier eine logisch unmögliche Konstruktion vor. Die Überzeugung kann nur darauf ausgehen, daß der Satz Recht ist, nicht-bedingt von der Überzeugung selbst, da sonst dieselbe Überzeugung in der Bestimmung seines Inhalts (als Bedingung) noch einmal fungieren würde — das aber wäre eine Konstruktion von gleicher Art, wie „dieser Satz ist unwahr“.

Wir können deshalb schließen, daß mit der „Rechtsüberzeugung“ der historischen Schule nicht ein kognitiver Akt, sondern nur ein unmittelbarer Wertungsakt gemeint sein kann. — All dies, was ohne prinzipielles historisches Interesse ist, ist angeführt, weil es systematisch die Unklarheit beleuchtet, die notwendigerweise ganz in derselben Weise in der herrschenden Lehre von dem Gewohnheitsrecht als in einer opinio necessitatis begründet, liegt.

⁶⁶⁾ Besonders Moellers gut fundamentierte Abhandlung „Die Entstehung des Dogmas von dem Ursprung des Rechts aus dem Volksgeist“.

⁶⁷⁾ Der Unterschied ergibt sich klar aus M.s Äußerungen, *Esprit des Lois*, Livre XIX, z. B. chap. IV.: „Plusieurs choses gouvernent les hommes; le climat, la religion, les lois, les maximes du gouvernement, les exemples des choses passées, les moeurs, les manières; d'où il se forme un esprit général qui en résulte.“ Hieraus sieht man, daß dieser „esprit-général“ nicht etwas Erstes, sondern etwas empirisch Bedingtes, selbst von den Gesetzen, ist. Hieraus folgt, daß es verfehlt ist, wenn Kantorowicz [169c] 323 eine ideengeschichtliche Verbindung zwischen Montesquieu und Savigny annimmt, vgl. hierzu oben Anm. 58, s. ferner Rosenzweig [266] I, 225, der eingehend Kantorowicz's Theorie widerlegt. Richtiges Verständnis Montesquieus findet sich bei Rexius in *Hist. Zeitschr.*, Bd. 107; falsche Auffassung bei Wahl in *Hist. Zeitschr.*, Bd. 109, p. 135 f., und bei Hild. Trescher, Hegel und Montesquieu, Leipzig, Diss. 1918.

stab für dasselbe aufzustellen. Diesen Gesichtspunkt hebt Savigny besonders stark in der Programmabhandlung für die „Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft“ (Bd. I., 1815) hervor. Nachdem er den notwendigen Charakter der historischen Entwicklung geschildert hat, fährt er fort: „Es ist nicht etwa die Rede von einer Wahl zwischen Gutem und Schlechtem, so daß das Anerkennen eines Gegebenen gut, das Verwerfen desselben schlecht, aber gleichwohl möglich wäre. Vielmehr ist dieses Verwerfen des Gegebenen der Strenge nach ganz unmöglich, es beherrscht uns unvermeidlich, und wir können uns nur darüber täuschen, nicht es ändern“^{68a)}. Aber die hier so stark betonte unerbittliche Notwendigkeit in der Entwicklung schließt doch keineswegs aus, daß man Handlungsforderungen für den Gesetzgeber aufstellt. In der unmittelbar darauf in demselben Band der Zeitschrift geschriebenen Rezension von Gönners Gegenschrift „Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit“ protestiert Savigny dagegen, daß es seine Absicht gewesen wäre, den Fürsten die gesetzgebende Macht zu rauben, um sie dem Volke und den Juristen in die Hände zu spielen. Er hat nur — wie Gönner selber — ein Kriterium für den rechten Gebrauch der gesetzgebenden Macht angegeben. Er hat ausgesprochen, daß es von allen gesetzgebenden Mächten gilt, „daß ihr Beruf sei, das unabhängig von ihnen seiende Recht zu erkennen und auszusprechen, und daß sie diesen Beruf verkennen, wenn sie (obgleich in guter Absicht) ihre Willkür an dessen Stelle setzen“^{68b)}. Von Gönners (naturrechtlichen) Anschauungen aus wäre es ein unrechter Gebrauch der gesetzgebenden Macht, wenn diese ein Gesetz gäbe, das anders als durch die Vernunft, Zweckmäßigkeit, Erfahrung, Weisheit, Rechtfertigkeit bestimmt würde. „In demselben Sinne und in keinem anderen habe ich behauptet, es sey ein unrechter Gebrauch der Gesetzgebung, wenn durch dieselbe das Recht mit Willkür gemacht und nicht vielmehr das im Volk ohne Zutun einer Willkür (es sey des Volkes oder des Regenten) lebende Recht anerkannt und ausgesprochen werden solle, indem eben dieses in jedem Volke lebende Recht das allein vernunftmäßige ist“^{68c)}.

Dieser Passus⁶⁹⁾, der formell ganz die Lehre der historischen Schule dem Naturrecht an die Seite stellt, indem bloß „das allein vernunftmäßige“ materiell mit einem anderen Inhalt bestimmt wird, muß, wenn man die Notwendigkeit als Naturgesetzmäßigkeit auffaßt, eine absolut sinnlose, psychologisch unwahrscheinliche Disharmonie im System dar-

⁶⁸⁾ a—c. Z. f. geschichtl. Rechtswissenschaft. Bd. I., 1815, 4, 384, 385.

⁶⁹⁾ Derselbe Gedankengang bei Puchta, Kritik von Georg Beseler, 17 und Institutionen, 27—28, 19.

stellen ⁷⁰⁾. Die Disharmonie verschwindet dagegen, wenn man Savignys Theorie in der hier vertretenen Weise versteht, die Notwendigkeit als eine nicht sinnliche, innere Schicksalsnotwendigkeit, anthropozentrisch, in Übereinstimmung mit der herrschenden Geschichtsphilosophie gedacht wird. Der Gesetzgeber ist als Individuum in der einzelnen Handlung frei, aber das Resultat, der Gang des Dramas ist notwendig, und der Gesetzgeber kann deshalb nur entweder seine Mission erfüllen, das organische Wachstum des Rechtes durch seine Mitarbeit fördern — oder er wird vom Schicksal hinweggefegt. Der Gesetzgeber ist ein Gärtner; er kann das organische Wachstum der Blume schützen und fördern, aber wehe ihm, wenn er eingreifen will und willkürlich das Wachstum zu ändern sucht: sein Werk wird unter seiner Hand verfallen. Das ist die wirkliche Bedeutung von Savignys schönem Symbol von dem organischen Wachstum des Rechtes ⁷¹⁾.

2) Hatten die Gründer der historischen Schule bei dem Begriff Volksgeist wirklich an einen Kausalkomplex gedacht, so wäre es eine naheliegende Konsequenz gewesen, hätten sie auch versucht, diesen Komplex in seine Elemente zu zerlegen, zu bestimmen, welche Umstände (Klima, Geschichte, Rasse usw.) auf den Volksgeist einwirken, und wie dieser wieder auf das Recht einwirkt ⁷²⁾. Daß dies aber nicht geschehen ist, das erscheint als eine verblüffende Unvollständigkeit, ja sogar als ein Widerspruch, wenn sogar ausdrücklich betont wird, daß eine solche Analyse überhaupt nicht stattfinden kann. Savigny spricht davon, daß das Recht infolge „innerer, stillwirkender Kräfte“ ⁷³⁾ entsteht (die romantischen inneren-anthropozentrisch gedachten Kräfte!) und erklärt ausdrücklich, das das Entstehen des Rechtes aus dem Volksgeist unsichtbar ist ⁷⁴⁾, was nichts anderes bedeuten kann, als uner-

⁷⁰⁾ Merkwürdigerweise wird diese anscheinende Disharmonie oft übersehen. Soweit ich weiß, wurde sie nur erkannt von Spiegel, Gesetz und Recht 1913, p. 87, und Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie 1914, p. 6—7, p. 87, 6—7, der auf den Widerspruch aufmerksam macht, daß die historische Schule trotz ihres Methodenmonismus, der jede Wertbetrachtung ausschließt, doch bei Rechtsphilosophie und Politik endet. Eine ganz entsprechende, hier wirklichere, Disharmonie macht sich in dem ökonomischen System des Marxismus geltend (vgl. Radbruch a. a. O. 14) und wird hier durch die Abstammung dieses Systems von Hegels Philosophie erklärt. Es handelt sich also auch hier um Reminiszenzen einer Schicksalsnotwendigkeit.

⁷¹⁾ Vgl. System 40.

⁷²⁾ Umso mehr, als sich in der vorangegangenen Literatur, z. B. bei Herder und Montesquieu Zuläufer in dieser Richtung fanden. Savigny hatte zugleich gründliche Kenntnis derselben, s. „Vom Beruf“ 125—126, und er war zweifellos mit Herders Werken wohl bekannt.

⁷³⁾ Vom Beruf 14.

⁷⁴⁾ System, I, 14.

kennbar. In gleicher Weise spricht Puchta von dem Entstehen des Rechtes „aus der dunklen Werkstätte des Volksgeistes“ ⁷⁵⁾. Es ist daher unzweifelhaft, daß mit Volksgeist etwas absolut Erstes gemeint ist. Eine solche prima causa wird, unter Voraussetzung des naturwissenschaftlichen Charakters des ganzen Gedankengangs, ohne Sinn sein, da sie gegen das Kausalprinzip verstößt. Die Schwierigkeit verschwindet, Harmonie im System entsteht auch hier, wenn man den Volksgeist nicht als einen Kausalkomplex auffaßt, sondern als ein spiritualistisch-absolutes Prinzip, das sich in dem Leben der Natur und damit des Rechtes entfaltet und offenbart. Das göttlich-anthropozentrische Prinzip, der absolute Wille zeichnet sich eben dadurch aus, daß er prima causa ist und daher selber über jede Kausaldeterminirtheit erhaben. Hierzu paßt auch, daß sich nirgends in der Lehre der beiden Juristen eine Spur davon findet, daß sich die Entwicklung des Rechtes voraus berechnen läßt, oder daß sich technologische Normen aufstellen lassen, die aus dem Kausalzusammenhang der Entwicklung abgeleitet sind. Der Volksgeist bedeutet für sie nur ein Prinzip, das nachher die Menschen — den Historiker — die großen Zusammenhänge, Gottes Gang durch die Welt, ahnen läßt.

3) Neben diesen beiden Hauptpunkten lassen sich noch einzelne zerstreute Momente anführen, die gleichfalls unsere Auffassung von der Lehre der historischen Schule stützen. So ist es von Bedeutung, zu untersuchen, ob der Begriff Volksgeist bloß eine empirische Gemeinschaft und Zusammengehörigkeit der einzelnen Mitglieder des Volkes bedeutet, oder ob damit eine hypostasierte Wesenseinheit gemeint ist. Nun muß man wohl einräumen, daß sich sowohl bei Puchta, wie bei Savigny eine Reihe Auslassungen findet, die auf den bloß empirischen Charakter des Begriffes deuten könnten ⁷⁶⁾. Entscheidendes Gewicht kann man diesen Auslassungen ⁷⁷⁾ indessen nicht beilegen. Entscheidend ist, welche Anwendung der Begriff im System findet. Hieraus folgt unzweifelhaft der hypostasierte Charakter des Begriffes. Seine Grundfunktion ist, die Entstehung des Rechtes zu erklären. Empirisch aufgefaßt wäre es nun völlig unbegreiflich, weshalb nationale Gleichheiten mehr als nationale Unterschiede, wie z. B. Rasse, Klasse, Standesunterschiede, für die Entstehung des Rechtes bestimmend sein sollten. Die Ungereimtheit verschwindet, wenn mit Volksgeist eine überindividuelle Wesenheit gemeint gewesen ist. Diese Bedeutung wird noch klarer in der andern Funktion des Begriffes: das Recht zu rechtfertigen, vorausgesetzt. Wenn man behauptet, daß der Einzelne, trotz seines widerstrebenden empirischen

⁷⁵⁾ Institutionen, I, 18.

⁷⁶⁾ Z. B. Puchta, Das Gewohnheitsrecht, I p. 134 f., vom Begriff des Volkes: „Der Begriff des Volkes hat die natürliche Grundlage der gemeinsamen Abstammung. Diese bringt nicht allein eine leibliche, sondern auch eine geistige Verwandtschaft hervor“ (134), vgl. auch 135—138.

⁷⁷⁾ So falsch besonders Kantorowicz, Volksgeist und hist. Rechtsschule, 323; Manigk, Savigny und der Modernismus, 69. S. auch Visser, De collectieve Psyche in Recht en Staat, 35—36, vgl. 19—20.

Willens, doch an der „nationalen Überzeugung“ teil hat, so hat das nur dann einen Sinn, wenn man diese auf eine überindividuelle metaphysische Art versteht. Wenn zum dritten der Volksgeist bei Puchta zum Träger der Rechtsidee von Volk zu Volk in der Kette der gesamten Menschheit gemacht wird⁷⁸⁾ (ein Gedanke, der von Hegel stammt), so kann bei diesem Verfasser kein Zweifel mehr an der wirklichen Bedeutung des Begriffes herrschen. Endlich können wir zur Stütze unserer Interpretation eine Reihe ausdrücklicher Auslassungen anführen, die in Note 79 nachgewiesen werden. So sind wir also berechtigt, zu behaupten, daß sich unsere Hypothese auch auf diesem Gebiete rechtfertigt.

Im „Cursus der Institutionen“ p. 17 findet sich folgende Ausführung: „Die Staaten entstehen, wie das Recht selbst, durch den menschlichen Willen. Dies darf nicht mißverstanden werden. Vor allem ist dies nur in dem Sinn, wie auch von dem Recht zu behaupten. Wie das Recht, so ist auch der Staat in seinem ersten Ursprung etwas von Gott gegebenes Sodann ist es nicht der Wille der Einzelnen, welcher den Staat bildet . . . , sondern der Wille des Volkes Die Philosophen des achtzehnten Jahrhunderts gründeten den Staat auf den Willen der Einzelnen, auf einen Vertrag, den diese miteinander geschlossen hätten, einen Gesellschaftsvertrag, contrat social. Bei den Neueren dagegen hat sich die Ansicht sehr empfohlen, welche den Staat wie ein Naturgewächs betrachtet, dessen Bildung von dem menschlichen Willen unabhängig sei. Beide Theorien sind von der Wahrheit gleich weit entfernt, die Wahrheit einer jeden liegt nur in ihrer Negation der anderen.“ Aus diesen Ausführungen, besonders aus der ausdrücklichen Hervorhebung, daß Staat und Recht nicht wie ein Naturgewächs entstehen, geht hervor, wie weit die historische Schule davon entfernt ist, sich die Entstehung des Staates und des

⁷⁸⁾ Institutionen, 13, Kleine zivil. Schriften, 595.

⁷⁹⁾ Z. B. Puchta, Gewohnheitsrecht, II, 65, „Eine Volksmeinung, unter welcher natürlich hier nicht die gemeine Meinung des großen Haufens, oder welches Aggregat, welche Mehrheit von Einzelnen man sonst mit dem Prädikat des Volkes mißbräuchlich schon bezeichnet hat, sondern lediglich eine nationale, in dem Volksgeist wurzelnde Ansicht zu verstehen ist . . .“ — und a. a. O. I. 208: „Dasjenige, was viele oder alle Einzelne als Recht setzen, ist darum noch immer nichts allgemeines . . .“ (von mir hervorgehoben). — Auch Puchtas Polemik gegen Schlegel, I, 153, kann erwähnt werden. Nicht die Einzelnen haben die Volkssage geschaffen. Puchta führt an, daß nur für die oberflächliche, populäre Auffassung das Unsichtbare nicht gegeben ist — was auf einen unsichtbaren, d. h. hypostasierten Volksgeistbegriff deutet. Vgl. auch, daß das Entstehen des Rechtes aus dem Volksgeist, wie oben erwähnt, für unsichtbar erklärt wird.

Savigny nennt das Volk „das tätige, persönliche Subjekt (der Rechts-erzeugung)“ (System I, 18) und erklärt ausdrücklich „es ist dies aber keineswegs so zu denken, als ob es die einzelnen Glieder des Volkes wären, durch deren Willkür das Recht hervorgebracht würde Vielmehr ist es der in allen Einzelnen gemeinschaftlich lebende und wirkende Volksgeist, der das positive Recht erzeugt . . .“

Diesen Auslassungen stehen freilich die anderen oben erwähnten gegenüber, die nicht auf eine Hypostasierung deuten. Daß ein solcher Begriff überhaupt vorkommen kann, ist doch wichtiger, als daß daneben auch Stellen vorkommen, an denen ein mehr allgemeiner, weniger systembeherrschter Sprachgebrauch befolgt wird.

Rechts als einen blinden Naturprozeß zu denken. In Übereinstimmung damit muß man Savignys Bild von dem organischen Wachstum des Rechtes verstehen: es symbolisiert nicht eine Naturnotwendigkeit, sondern einen überindividuellen Willen, der bei der Entstehung des Rechtes waltet.

13. ad γ) Eine Bestätigung findet unsere Auffassung in einzelnen literarischen Ausführungen, denen man entweder auf Grund ihrer Entstehungszeit oder auf Grund ihres Ursprunges ein qualifiziertes Gewicht beilegen muß.

In ersterer Hinsicht kann man auf den merkwürdigen Umstand hinweisen, daß die älteren Verfasser, die mit der historischen Schule in ihrer ursprünglichen Form in unmittelbarer Berührung stehen, oft ihre Lehre auf die hier dargelegte Weise verstanden haben, wenngleich eben der auf der Nähe begründete Mangel an Perspektive bewußte Problematik in der Charakteristik ausschließt. Die hier vertretene Anschauung tritt besonders deutlich bei Stahl hervor, dem Philosophen und konsequenten Vollender der historischen Schule. Aus Stahls Ausführungen (Philosophie des Rechts, Bd. II, 18) geht hervor, daß er Savignys Rechtslehre in Übereinstimmung mit Schellings Geschichtsphilosophie verstanden hat⁸⁰⁾. Es unterliegt auch keinem Zweifel, daß der Begriff Volksgeist für ihn eine überindividuelle Wesenseinheit bedeutet⁸¹⁾. So wurde Savigny von seinem Zeitgenossen, Geistesverwandten und Schüler Stahl verstanden. Das ist ein weiteres Argument für die Richtigkeit unserer Auffassung. Außer Stahl können auch andere ältere Verfasser

⁸⁰⁾ Stahl erwähnt mehrere Male Schellings bahnbrechende Bedeutung für die historische Auffassung, z. B. Ph. des Rechts, Bd. I, p. VII: „Mit diesem Grundgedanken, dem Begriff der geschichtlichen Ansicht selbst, den Schelling am Anfange seiner Vorlesungen in wenigen Zügen mit einer das Innerste durchdringenden Klarheit und Gewalt hinstellte, beginnt überhaupt eine neue Ära der Philosophie“; s. auch p. 241 und 242. — Was besonders die Geschichtsphilosophie anbetrifft, so schildert Stahl die Geschichte als von der „Macht des Absoluten und seiner Evolution“ (251) bewirkt und beschreibt die Entwicklung als ein „Werden“, „ein unsichtbares Wachstum“ (252) — also im Gegensatz zu einem kausalbestimmbaren Rechte. Dann heißt es: „Dieses nie stille stehende Wachstum, dieses lebendige Werden beherrscht auch die Anschauung Schellings, und sein System ist ein Savignys in seiner Sphäre, und läßt ihn als Begründer der geschichtlichen Ansicht aufgehörliches Ringen, es darzustellen. Derselbe Zug ist eine Eigentümlichkeit Savignys . . .“

⁸¹⁾ Stahl polemisiert, a. a. O. 234—235, ausdrücklich gegen Montesquieus bloß empirischen Begriff von „Nationalcharakter“: „Denn nun sieht man (s.: Montesquieu) die Nation nicht als einen Geist an; sondern wie die Menschen, die ihr angehören, als vereinzelt sich zeigen, das erscheint als Nationalcharakter“ (235), „Nationalcharakter ist der göttliche Beruf einer Nation“ (236).

genannt werden, die der richtigen Auslegung mehr oder weniger nah gekommen sind⁸²⁾.

Der folgende Fall ist dabei von besonderem Interesse. In allerneuester Zeit hat ein deutscher Rechtsphilosoph versucht, im Gegensatz zu der herrschenden kritischen Philosophie, eine Rechtslehre im engsten Anschluß an die „idealistische“ Philosophie, d. h. Kants „Kritik der praktischen Vernunft“ und ihre Weiterführung von Fichte, Schelling und Hegel, aufzubauen. Da der Verfasser — Julius Binder (Philosophie des Rechts, Berlin 1925) — in dieser Philosophie zu Hause war, muß er die besten Voraussetzungen zum Verständnis der Lehre der historischen Schule gehabt haben. Leider streift Binder die Frage nur im Vorbeigehen. Was er aber sagt, das paßt ganz zu unserer Auffassung. Er erkennt den Ursprung der historischen Schule aus der Romantik, und er ist der einzige mir bekannte neuere Verfasser, der (wenngleich nur flüchtig und ohne irgend welche Belege zu geben) ausspricht, daß die Rechtsquellenlehre nicht eine kausal-naturwissenschaftliche Bestimmung des Rechtes bedeutet⁸³⁾. Binders fast unbewußt richtige Auffassung ist für die romantischen Strömungen in unserer Zeit bezeichnend, die das Verständnis der deutschen Romantik vor gut 100 Jahren erleichtern.

14. Kritische Bemerkungen:

Die vorstehenden positiven Ausführungen werden in sich selbst eine kritische Widerlegung der herrschenden Lehre bringen, die in der Theorie der historischen Schule vom Volksgeist einen kurzen Ausdruck für einen Kausalkomplex sehen will. Hierbei müssen wir in der Hauptsache stehen bleiben. Es würde unnötig weit führen, wollten wir im einzelnen die Reihe von Verfassern widerlegen, die sich auf die eine oder andere Weise in der hier bekämpften Richtung geäußert haben: Bekker, Stammler, Frank, Landsberg, Somló, Manigk, Ehrlich, um nur einige der neueren zu nennen⁸⁴⁾. Man wird z. B. leicht sehen, daß es nicht richtig ist, wenn Ehrlich

⁸²⁾ Schon Gans [106b] XIII (1825) erwähnt flüchtig die Verbindung zwischen der historischen Schule und der herrschenden Philosophie. Eine klare und sichere Darstellung des Verhältnisses Savignys zu Schellings Geschichtsphilosophie findet sich bei Reyscher [257 b] 30—31 (1839). Reinhold Schmid [287] 173 f. (1848) erwähnt Schellings Einfluß und behauptet, daß der Volksgeist sowohl bei Savigny, Puchta wie Stahl eine Personifikation eines objektiven Willens, eines sittlichen Organismus bezeichnet. In letzterer Hinsicht s. auch Lüders [198] 24—25 (1863).

⁸³⁾ Philosophie des Rechts 1007, vgl. 1006. Später sehe ich, daß Binder schon früher (Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, IX. (1915—1916), p. 26) dieser Auffassung vom Wesen der historischen Schule einen deutlichen Ausdruck gegeben hat.

⁸⁴⁾ Bekker, Über den Streit der hist. und der phil. Rechtsschule, 8; Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft, 391—392; Wirtschaft und Recht, 302 f. u. a. a. O.; Frank, Naturrecht, geschichtliches Recht und soziales Recht, 21; Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, III, 2, p. 207 f.; Somló [304 a] 569; Manigk, Savigny und der Modernismus im Recht; Ehrlich, Soziologie des Rechts 357 f.

und Somló Savigny auf eine soziologische Rechtsauffassung festlegen wollen, oder wenn Manigk kühn die Verbindung mit der Romantik leugnet und Savignys Entwicklungslehre als einen „Zweig des naturwissenschaftlichen Evolutionismus“ bezeichnet, wie dieser ungefähr gleichzeitig von Lamarck begründet wurde⁸⁵⁾. Bezeichnend für die herrschende Lehre ist, daß sie da, wo sie am ehrlichsten und besten fundiert ist, wie z. B. bei dem gewissenhaften Landsberg, infolge der Schwierigkeiten, auf die sie notwendigerweise stoßen muß, sich selbst zu zerstören droht. Deshalb soll Landsbergs Analyse kurz besprochen werden.

Landsberg⁸⁶⁾ will in „dem verschlungenen Gewebe“ drei führende Auffassungen heraussondern: eine empirisch-historische, eine naturwissenschaftlich-evolutionistische und eine romantische. Er schildert, wie die an zweiter Stelle genannte Betrachtungsweise mit sich führen muß, daß das Recht „nicht mit bloßer Wahrscheinlichkeit, sondern mit naturgesetzlicher Sicherheit“ sich mit den Resultaten eines historischen Prozesses deckt. Danach bleibt kein Platz für eine normative Forderung gegenüber dem Gesetzgeber, vielmehr unterliegt dieser einer unvermeidlichen „Notwendigkeit, ob er mag oder nicht“. Aber unter dem Einfluß der zu dritt genannten, der romantischen, Auffassung läßt Landsberg nun eine Verwandlung geschehen: „Unter dem Hauche des romantischen Geistes wird die Kontinuität aus einer unentrinnbaren Notwendigkeit zu einer wünschenswerten Möglichkeit, die durch Kodifikation ausgeschlossen werden würde“.

Diese Analyse krankt an mehreren Fehlern.

Zum ersten bleibt gänzlich ungeklärt, worin eigentlich der romantische Geist besteht, dessen Wehen die naturwissenschaftliche Notwendigkeit zu einer bloßen Möglichkeit verwandelt.

Zweitens (und das ist viel schlimmer) bleibt es gänzlich unverständlich, wie eine Synthese des naturwissenschaftlichen und des romantischen Standpunktes möglich ist. Es ist sowohl logisch, wie auch psychologisch unverständlich, was es bedeutet, daß eine naturwissenschaftliche Notwendigkeit durch einen romantischen Hauch zu einer Möglichkeit wird. Was bedeutet überhaupt ein Naturprozeß, der nicht mehr notwendig ist? Was bedeutet ein möglicher Naturprozeß? Diese Schwierigkeiten werden weiter dadurch vergrößert, daß Savigny, trotz des romantischen Hauchs doch stets von der Notwendigkeit der Entwicklung spricht.

Die Sache ist die, daß es nicht angeht, einen lebendigen Gedankengang verstehen zu wollen, indem man ihn erst in heterogene Elemente auflöst, und dann ihn als Synthese dieser begreifen will. Das Prinzip ist vielmehr, den Gedankengang von einem organisierenden Prinzip aus zu verstehen, und als solches haben wir die romantische Geschichtsphilosophie nachgewiesen.

Wie erwähnt, führt Landsbergs Standpunkt zu einer Spannung, die den Ausgangspunkt selber zu zerstören droht. Er wird nämlich gezwungen, anzuerkennen, daß Savignys „evolutionistische Anschauung“ seiner Zeit weit vorausseilte. „Sie ist damals ganz unverstanden und unbeachtet geblieben . . .“. Abgesehen davon, daß uns jeder empirische Anhalt dafür fehlt, daß Savigny sich von seiner Zeit unverstanden sollte gefühlt haben, mit der im Gegenteil er in schönstem Einvernehmen lebte, nähert diese Unwahrscheinlichkeit sich dem Paradoxen, wenn Landsberg fortfährt: „so fern (lag der Gedanke jener Zeit), daß dem Savigny selbst nicht gewachsen ist“. Was vermutlich Landsberg vorgeschwebt hat, und was vielleicht der

⁸⁵⁾ A. a. O. 28, vgl. 42, 67, 101.

⁸⁶⁾ In Anm. 84 a. O. 207—209.

richtige Kern in seiner Lehre ist, das ist, daß man vielleicht nach einer objektiv-logischen Entwicklung die romantisch-anthropozentrische Natur und Geschichtsphilosophie als die Vorstufe betrachten kann, auf der eine objektiv-gesetzmäßige Naturwissenschaft sich vorkämpft.

15. Es wird nicht möglich sein, unsere Interpretation der Rechtsquellenlehre der historischen Schule zu schließen, ohne erst untersucht zu haben, welchen praktischen Charakter diese Lehre auf der hier festgestellten theoretischen Grundlage annahm, und im Zusammenhang damit ihre Stellung zu dem später herrschenden Dogma von der logischen Geschlossenheit der Rechtsordnung.

Von vornherein ergibt sich die politische Grundeinstellung der historischen Schule mit Notwendigkeit aus ihrer Geschichtsphilosophie: sie ist konservativ. Wird auch der einzelne als frei in seinen Handlungen angesehen, so wird doch dem Individuum als solchem Initiativkraft und Bedeutung für die historische Entwicklung abgesprochen. Das Entwicklungsergebnis ist doch von einer höheren Notwendigkeit, einem Schicksal, bestimmt. Es kommt daher dem Individuum — darunter dem Gesetzgeber — nur zu, seine Mission zu erfüllen, d. h. die Entwicklung, die ohne sein Zutun sich um ihn vollzieht, zu fördern und an ihr mitzuwirken, oder es wird von dieser Entwicklung hinweggefegt. Das politische Grundprinzip muß daher eine Gutheißung des historisch Gegebenen, eine Idealisierung des Faktischen sein, wonach man allzu leicht in jeder Reformtendenz einen Bruch mit der historischen Tradition oder dem Volksgeist sehen wird.

Auf der anderen Seite hat die historische Schule zu viel historischen Sinn, um reaktionär zu werden. Die Reaktion ist doch letzten Endes, ebenso wie die rationalistische Reform, eine Aktion. Einen Konservatismus, der nicht reaktionär wird, sondern der vielmehr jeder bewußten Handlung entscheidende Bedeutung für den Entwicklungsverlauf abspricht, hat man mit Recht mit dem Namen Quietismus bezeichnet.

Der Quietismus ist das politische Grundprinzip der historischen Schule. Auch in politischer Hinsicht ist die Schule so ein Kind der Zeit — der Zeit des Wiener Kongresses und der heiligen Allianz.

Es liegt außerhalb des Rahmens dieser Arbeit, näher nachzuweisen, wie dieser Quietismus mit einer Vorliebe für römisches Recht, vorzugsweise in seinen ursprünglichen Formen (Purismus) sich verband. Es genügt für unsere Aufgabe, die Theorie der Rechtsquellen, den rechtspolitischen Charakter der Schule zu konstatieren, und zu bemerken, daß sie in der für die Rechtsquellenlehre so wichtigen Frage der Stellung des Richters zu den Rechtsquellen die Tendenz zu einer Lösung in sich tragen mußte, die auf die Passivität des Richters ausgeht, das Dogma

von der logischen Geschlossenheit der Rechtsordnung. Es kann auch kaum ein Zweifel darüber herrschen, daß dies bald der Standpunkt der — weniger begabten aber umso prinzipientreueren — Schüler wurde.

Die Frage ist nur, ob dies auch von Savigny gilt.

Wie oben erwähnt, steht praktisch gesprochen, nicht der unbrauchbare „Volksgeist“, sondern die Rechtswissenschaft (zusammen mit Gesetz und Gewohnheit) im Mittelpunkt von Savignys Rechtsquellenlehre. Doch hat Savigny damit nicht beabsichtigt, den Juristen eine selbständige, freie und rechtschaffende Tätigkeit zuzuerkennen. Das geht schon daraus hervor, daß die Rechtswissenschaft nur als Organ für den Volksgeist betrachtet wird, und es wird weiter durch Savignys ausführliche Lehre von der Rechtsanwendung bekräftigt. Aus ihr geht hervor, daß das Auslegungsprinzip „das Gesetz in seiner Wahrheit [zu] erkennen“^{87a)}, also eine rezeptive, nicht eine produktive Funktion ist. Die Auslegungstätigkeit wird denn auch im allgemeinen als eine logisch-grammatikalische dargestellt, die sich auf historische und systematische Betrachtungen stützt, und ganz darauf ausgeht, die wirkliche Bedeutung des Rechtes zu erkennen^{87b)}. Nur ausnahmsweise — wenn das Gesetz mangelhaft ist — hat die Auslegung eine weitergehende Aufgabe. Der Prüfstein ist hier — wie später — die Theorie von „Lücken im Recht“. Darüber lehrt Savigny — ebenso wie Puchta — daß das Mittel, eine Lücke auszufüllen, nicht in einem idealen Naturrecht liegt, sondern vielmehr in dem positiven Recht selber, d. h. alle Ausfüllung soll durch Analogie geschehen^{87c)}. Während nun Puchta⁸⁸⁾ in seiner Schilderung der Analogie (und der „juridischen Konsequenz“) ein nicht mißzuverstehendes Bild einer rein logischen Begriffsjurisprudenz gibt, betont Savigny, daß die Analogie sei nicht nur logischer Art, sondern beruhe auf der organischen Kraft des positiven Rechts, sich selbst auszufüllen^{87d)}. Es wäre indessen unberechtigt, wollte man dem Ausdruck „organisch“ die Anschauung unterlegen, als komme der Rechtswissenschaft eine selbständig rechtschaffende Macht zu. Einerseits wird die organische Kraft dem positiven Recht selber, nicht der Rechtswissenschaft beigelegt, andererseits bezeichnet das Wort „organisch“ nach Savignys philosophischen Voraussetzungen nicht eine freie, sondern eine gebundene Funktion. In diesem Falle, da die Rechtswissenschaft nur ein Organ für den Volksgeist sein soll, ist sie an die Rechtsanschauung gebunden, die in dem System des positiven Rechts und der bereits herrschenden Rechtsüberzeugung des Volkes latent liegt. Wenn auch Savigny praktisch das Prinzip freier angewendet hat, als die Epigonen, so bleibt doch die

⁸⁷⁾ a—f. System, Bd. I, 207, 212 f., 290—291, 290, 329, 330.

⁸⁸⁾ Pandekten, 29—30.

Tendenz seiner Theorie, daß die Analogie eine rezeptive Funktion ist, die an das Vorgefundene gebunden ist. Es ist hier nicht die Rede von einer Freirechtstheorie. Das geht weiter aus Savignys Anschauung von der Stellung der Richter hervor. Er bestreitet auf das bestimmteste das Recht des Richters zur Neuschaffung und stellt ausdrücklich Analogie im Gegensatz zu „Fortbildung des Rechts“^{87 c)}. Die Aufgabe des Richters bleibt rein rechtsanwendend. Savigny geht sogar so weit, die Einführung einer dem französischen „Tribunal de Cassation“ analogen Institution zu empfehlen, dessen Aufgabe bekanntlich ursprünglich in der Überwachung der richtigen Anwendung des Gesetzes bestand^{87 f)}. Man kann daher behaupten, daß Savigny — wenngleich er praktisch das Prinzip der Analogie freier anwandte, und wenngleich dies in seiner Bezeichnung als organisch undeutlich sichtbar wurde — durchaus im Dogma von der „einstufigen“, statischen, präjudexiellen Existenzform des Rechtes befangen war⁸⁹⁾.

Man muß daher Manigk wohl beipflichten, wenn er meint, Kantowicz gehe zu weit, wenn er ohne Modifikation Savigny seinen Nachfolgern an die Seite stellt und ihn als Vater der Begriffsjurisprudenz charakterisiert.

Auf der anderen Seite ist es ganz verfehlt, wenn Manigk, auf Grund der Bezeichnung der Analogie als nicht bloß logischer sondern auch organischer Art, glaubt, Savigny als den „ersten originalen Freirechtler“ charakterisieren zu können⁹⁰⁾. Manigk ist augenscheinlich mit Savignys philosophischen Voraussetzungen nicht genügend vertraut, um verstehen zu können, daß unter organisch eine Art Gebundenheit zu verstehen ist. Wenn Manigk betont, daß Analogie in Savignys praktischer Anwendung faktisch eine Neubildung bedeutet, so besagt das nichts. Denn das gilt von jeder Analogie, gerade so, wie sich hinter der krassesten Begriffsjurisprudenz ein gut Teil Freirecht verbergen kann. Die Hauptsache ist, daß Savigny die Wahrheit dieses Verhältnisses nicht verstanden, daß er die rechtschaffende Funktion des Richters verkannt hat^{90 a)}.

⁸⁹⁾ Savigny verwechselte sogar die Positivität des Rechtes mit seiner vorrichterlichen Existenz: er spricht von der „unzweifelhaften Tatsache, daß überall, wo ein Rechtsverhältnis zur Frage und zum Bewußtsein kommt, eine Regel für dasselbe längst vorhanden, also jetzt erst zu finden weder nötig noch möglich ist. In Beziehung auf diese Beschaffenheit des allgemeinen Rechts, nach welcher es in jedem gegebenen Zustand, in welchem es gesucht werden kann, als ein gegebenes schon wirkliches Dasein hat, nennen wir es positives Recht“ (System I, 14).

⁹⁰⁾ Savigny und der Modernismus 125—126, 127, 157.

^{90 a)} Man kann vielleicht die Grundeinstellung Savignys und des älteren Historismus — jeder philosophisch-dogmatischen Form entkleidet — so ausdrücken: Im

16. Nach dem Vorhergehenden werden wir nun imstande sein, eine zusammenfassende Charakteristik der Rechtsquellenlehre der historischen Schule zu geben. Als Rechtstheorie (im engeren Sinne), d. h. als grundlegende Theorie für das Positivitätsproblem des Rechts, kommt sie überhaupt nicht in Betracht. Die Positivität des Rechts ist für diese Lehre noch nicht Problem geworden, sie wird vielmehr mit dem Dogma von der „einstufigen“, präjudexiellen Existenz verwechselt^{90 b)}. Wie gezeigt, findet ein doppelter Methodensynkretismus statt, die positive Existenz des Rechtes glaubt man durch sein Entstehen aus dem Volksgeist bestimmt. Dieses Entstehen oder Begründet-sein aber beruht auf einer Verschmelzung rechtsethischer und (nach der Problemstellung) rechtssoziologisch-historischer Betrachtungsweisen.

Als Rechtssoziologie bedeutet die historische Schule in der Problemstellung einen entscheidenden Fortschritt gegenüber der naturrechtlichen Auffassung von dem willkürlichen Entstehen des Rechtes. Hier wird zum erstenmal das soziologische Problem von der Bestimmtheit des Rechtes gestellt. Aber der Schritt von der naturrechtlichen Willkür wird nicht sogleich vollständig zur naturwissenschaftlichen gesetzmäßigen Determination gemacht. Die historische Schule versteht unter der Bestimmtheit des Rechtes nicht eine objektive, relativ-naturwissenschaftlich-soziologische Gesetzmäßigkeit, sondern eine subjektive, absolut historische Entfaltung einer inneren, anthropomorphischen Kraft. War der Standpunkt des Naturrechts asozziologisch, so ist der der historischen Schule unsoziologisch.

Als Rechtspolitik(ethik) bedeutet die Schule im Verhältnis zum Naturrecht eine Relativierung und eine Konkretisierung dessen absoluten und abstrakten Rechtsideals. Daß die Schule überhaupt nicht irgend ein Rechtsideal, irgend eine Norm für die Tätigkeit des Gesetzgebers sollte aufgestellt haben, ist ein häufig vorkommendes Mißverständnis. Ihre Politik wurde wegen ihrer Geschichtsphilosophie im Anschluß an das historisch Gegebene und an die vermeintlich notwendige historische Entwicklung bestimmt. Ihr Ideal fällt mit dem notwendig

Gegensatz zum reformfreudigen Rationalismus hat man keinen Glauben mehr an den praktischen Wert einer Erneuerung des Rechtes in seinen abstrakten Formen nach abstrakten Vernunftprinzipien. Man will nur insoweit erneuern, wie die historische Erfahrung ein Vermissen fühlbar gemacht hat, und die notwendige Erneuerung will man in möglichst weitem Umfange am liebsten „von unten nach oben“ durch die stille und kontinuierliche „organische“ Verwandlung des geltenden Rechts durch die Rechtsanwendung erfolgen lassen. Die Vorliebe für das Gewohnheitsrecht hat einen politischen Unterton. Sie bedeutet, daß man lieber den Richter als den Gesetzgeber als Rechtsreformer sieht.

^{90 b)} S. Anm. 89.

Faktischen zusammen. Wenn auch nicht so klar ausgedrückt, ist ihr Standpunkt doch derselbe, wie Hegels „was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernünftig“⁹¹⁾. Die Übereinstimmung ist eine natürliche Folge des gemeinsamen Ausgangspunktes in einer idealistisch-spiritualistischen Geschichtsphilosophie und Entwicklungslehre. In praktischer Hinsicht führte diese politische Theorie zum Quietismus. Daß die historische Schule nicht die naturrechtliche Zusammenschmelzung des ethischen und des positiven Gesichtspunktes überwandt, das geht aus dem oben erwähnten Methodensynkretismus hervor.

Als Rechtsgeschichte endlich ist die Schule alles. Ist sie hier gleich (wie besonders von Ihering hervorgehoben)⁹²⁾ geneigt, die historische und die dogmatische Methode zum Schaden beider zu verschmelzen, indem sie unrichtigerweise dogmatische Gesichtspunkte bei der Darstellung des verschwundenen historischen Rechtes anwendet, und, umgekehrt, historische Gesichtspunkte in zu starkem Maße bei der dogmatischen Darstellung des geltenden Rechtes einführt — so bleibt sie doch ein ungeheurer Fortschritt gegenüber der unhistorischen, nivelierenden, egozentrischen Betrachtungsweise des Naturrechts. Der Volksgeist — ungeeignet zur Determination des positiven Rechts — ergibt eben den richtigen Gesichtspunkt als regulatives, organisierendes Prinzip für eine historisch-individuelle Darstellung.

Von allen Lehren der Schule gilt, daß sie sich als ein zusammenhängendes Ganzes um die romantische Natur- und Geschichtsphilosophie als ihr organisierendes Prinzip gruppieren. Nur auf dem Hintergrunde der Philosophie eines Herder und Schelling gewinnt die Lehre der Schule recht ihre Bedeutung. Es ist aber auch erstaunlich, zu sehen, wie schnell und leicht sie mit dem wechselnden Zeitgeist einer entsprechenden Transformation — von der Romantik zum Positivismus — unterliegt.

⁹¹⁾ Grundlinien der Philosophie des Rechts, Berlin 1821, XIX.

⁹²⁾ Entwicklungsgeschichte d. r. Rechts, 7—8.

Kapitel VI. Der Positivismus.

1.—5. Historischer Übergang von Romantik zu naturwissenschaftlichem Positivismus.

1. Die Entwicklung wird an drei Punkten verfolgt, nämlich, soweit sie betrifft:
 2. a) die Lehre von dem Entstehen des Rechtes als Grundlage für eine rechtspolitische Theorie, welche Lehre den Mittelpunkt in einem dreifachen Schulkampf bildet.
 - 3.—4. b) die Lehre von dem Entstehen des Rechtes als Grundlage für das Wirklichkeitsproblem.
 3. Kritik innerhalb der historischen Schule.
 4. Kritik außerhalb der historischen Schule.
 5. c) die Lehre von der Anwendung des Rechtes.

6. Charakteristik der positivistischen Rechtsquellenlehre.

1. Die historische Schule war als Schule in bewußtem Gegensatz zu dem vorhergehenden Naturrecht entstanden, und es ist deshalb möglich, einen bestimmten Zeitpunkt für ihr Entstehen anzugeben. Eine solche scharfe Grenze findet sich indessen nicht zwischen der historischen Schule und ihrem juristischen Erben, dem Positivismus. Langsam und unmerkbar veränderte die Schule sich. Sie bewahrte zum Teil ihre äußere Haut, nachdem ein neues Wesen darin Aufenthalt genommen hatte. In welchem Verhältnis steht nun dieses neue Wesen zum alten? In einigen Punkten ist es das konträre Gegenteil, in anderen die konsequente Vollendung. Aber der Positivismus ist sich selber kaum dieses Verhältnisses bewußt geworden. Und daher kommt es, daß seine Anhänger nicht recht wissen, welche Stellung sie Savigny gegenüber einnehmen sollen. Traditionelle Lobpreisungen vereinen sich mit kritischem Abrücken von seinen romantischen Grundprinzipien.

Es kann nicht unsere Aufgabe sein, eine historische Darstellung der Entwicklung zu geben, wie sie von der einen juristischen Weltanschauung zur anderen führt. Wir müssen uns darauf beschränken, als Hintergrund für die Rechtsquellenlehre, einige der wichtigsten Verbindungslinien aufzuzeigen. Nur die Übergangszeit soll betrachtet werden. Nachdem der keimende Positivismus sich gefestigt hat, breitet er sich mit Schnelligkeit aus, ohne daß es möglich ist, sein Wachstum im einzelnen nachzuweisen. Er wird zur juristischen Gemeinüberzeugung der Zeit, oft mehr stillschweigend vorausgesetzt, als ausdrücklich aus-

gesprochen, koordiniert mit dem herrschenden philosophischen Naturalismus, wie die historische Schule in ihrer Zeit mit der romantischen Philosophie. Seinen klassischen Ausdruck findet der Positivismus in Karl Bergbohms bekanntem Buch „Jurisprudenz und Rechtsphilosophie“. Wenngleich die positivistische Betrachtungsweise in neuerer Zeit gewichtigen Angriffen von verschiedenen Seiten ausgesetzt war, so muß man sie doch noch heutzutage als die rechtliche Weltanschauung der juristischen Allgemeinheit bezeichnen: oft ohne daß man eine Ahnung hat, daß sie eine „Anschauung“ ist, weil sie für selbstverständlich und „voraussetzungslos“ gehalten wird — ein echtes Kind des 19. Jahrhunderts, ein Wechselbalg in der Wiege des 20.

In der folgenden historischen Skizze wollen wir derselben Methode folgen, wie wir sie bei der Schilderung der Stellung der historischen Schule zur Romantik anwandten. Statt die Entwicklung in eine Kausalkette aufzulösen, wollen wir versuchen, ihre verschiedenen Aspekte als Teile eines Ganzen zu verstehen, die sich um die Bewegung vom romantischen Idealismus zum naturalistischen Positivismus als das organisierende Prinzip gruppieren.

An drei Punkten wollen wir der Transformation der historischen Schule folgen, nämlich in Bezug auf: a) die Lehre von dem notwendig organischen Entstehen des Rechtes und dem daraus abgeleiteten politischen Quietismus; b) die Lehre vom Volksgeist als oberster Rechtsquelle; und c) die Theorie der Rechtsanwendung. Der erste Punkt bildet den Mittelpunkt in einem dreifachen „Schulstreit“. Das Verhältnis zwischen der historischen Schule und dem Positivismus wird in großen Zügen dadurch bestimmt, daß der Positivismus, was den ersten und zweiten Punkt angeht, eine radikale Veränderung der Theorien der historischen Schule bedeutet, während er in Bezug auf den dritten Punkt seine innere, konsequente Vollendung darstellt.

2. ad a) Es ist nur natürlich, daß die quietistische Gesetzgebungspolitik der historischen Schule und die damit verbundene Theorie von dem notwendig-organischen Entstehen des Rechtes den Mittelpunkt in dem bewußten, äußeren Kampf für und gegen die historische Schule als Schule bildet. So war schon die Veranlassung zur Entstehung der Schule eine praktische gewesen. Bei einem Streit für und gegen Rechtsbücher hatte Savigny den Begriff historische Schule im Gegensatz zur philosophischen, die von Thibaut repräsentiert wurde, gebildet. Damit war der erste „Schulstreit“ bestimmt. Dieser verlief ursprünglich in höchst urbanen Formen, auf Grund eines gemeinsamen, warmherzigen Patriotismus, und starb im übrigen bald dahin, da der Streit um Rechtsbücher zum damaligen

Zeitpunkt praktisch resultatslos bleiben mußte¹⁾. In den folgenden Jahren konsolidierte die historische Schule sich; sie löste die romantische Grundstimmung der Zeit aus und stieg schnell an Ruf und Ansehen²⁾. Savigny (in Berlin) war ihr ungekrönter König, Puchta (später auch in Berlin) war der designierte Thronfolger. In Stahls konservativem Theokratismus fand sie ihre innere philosophische Vollendung. Inzwischen trat Thibaut im fernen Heidelberg mehr und mehr in den Schatten. Da flammte der Streit noch einmal auf. Enttäuscht und krank, bitter und unbeherrscht wie einer, der machtlos seine Waffe gegen einen triumphierenden Widersacher schwingt, schrieb Thibaut im Jahre 1839 eine Streitschrift, seine letzte, „Über die sogenannte historische und nicht-historische Rechtsschule“. Mit derselben Klarheit spiegelt sich Savignys Stellung in der in demselben Jahre geschriebenen Einleitung zu dem Hauptwerk seines Lebens, dem „System des heutigen römischen Rechts“. Noch in der vollen Kraft seiner Mannesjahre, überall gefeiert, unverwundet und unverwundbar, ist er stark genug, um ruhig die Übertreibungen der historischen Schule einzuräumen, und versöhnlich zwischen den streitenden Parteien zu vermitteln. Im übrigen hatte Thibaut diesmal Hilfe im Kampfe gefunden. Die Veranlassung zu seiner Schrift war eine Polemik zwischen Savigny und Gans gewesen³⁾; und hiermit kommen wir auf einen anderen entscheidenden Schulgegensatz. Wie Thibaut die Kantische, so repräsentierte Gans die Hegelsche Philo-

¹⁾ Als wichtigste Beiträge können außer denen Savignys und Thibauts folgende erwähnt werden: H. Almqvist, Politische Ansichten über Deutschlands Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, Bd. I, 1814; B. W. Pfeiffer, Ideen zu einer neuen Zivilgesetzgebung für teutsche Staaten, 1815; Anselm v. Feuerbach in der Vorrede zu Nepomuk Borst, Die Beweislast im Civilproceß 1816; Schrader, Die Prätorischen Edicte der Römer auf unsere Verhältnisse übertragen. Diese Schriften sind alle kritisch von Savigny in der „Ersten Beilage“ zur 2. Ausg. „Vom Beruf“, 1828, besprochen.

²⁾ Schon im Jahre 1810 wurde Savigny von Friedrich Wilhelm III. nach Berlin gerufen, um an der Organisation der damals errichteten Universität teilzunehmen. Professor dort 1810—1842, wo ihm auf eigenen Wunsch Puchta folgt. 1842—1848 Gesetzgebungsminister. 1856 übernahm er einen Sitz im Herrenhaus und Kronsyndikat und erhielt zugleich „den hohen Orden vom schwarzen Adler“. 1860 wurde unter Huldigung der ganzen gelehrten Welt sein 60 jähriges Doktorjubiläum gefeiert. Savigny ist einer der wenigen Juristen in unserer Zeit, die europäische Berühmtheit erlangt haben. Über seinen Einfluß in England und Frankreich s. oben IV, 1 und II, 3 mit Anm. 10.

³⁾ Gans' Kritik trat zuerst in „Scholien zum Gajus“, Berlin 1821, hervor; stärker im Vorwort zu „Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung“, Bd. I, Berlin 1824; gemäßiger in einer Kritik von Savignys „Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter“ (s. Gans, Vermischte Schriften, Berlin 1834, Bd. I. p. 3 f.), und kulminiert in „Über die Grundlagen des Besitzes“, Berlin 1839. — Hallische Jahrbücher,

sophie im Gegensatz zum Schellingschen Historismus. Obgleich für unsere Augen nah verwandt, fühlten die Hegelianer und die Anhänger der historischen Schule (die Schellingianer) sich doch in entscheidendem Gegensatz. Hegels Geschichtsphilosophie setzte an die Stelle der unbewußten (notwendigen, vernunfttranszendenten) Selbstentfaltung des Absoluten (des Göttlichen) die dialektische Selbstentwicklung der Vernunft. Hegel mußte sich daher von dem historischen, irrationalen Quietismus abgestoßen fühlen; er bezeichnete Savignys Verleugnung des Rufes der Zeit nach Gesetzgebung, als „einen der größten Schimpfe, der einer Nation oder jenem Stande [dem juristischen] angetan werden könnte“⁴⁾. Auf der anderen Seite bekämpfte die religiöse ratio-feindliche historische Schule Hegels Philosophie als rationalistisch und atheistisch.

Das Schicksal wollte es, daß Gans' und Thibauts vereinte Angriffe scheitern mußten. Im Jahre 1839 starb Gans, im Jahre 1840 Thibaut. Die beiden bedeutendsten Widersacher waren fort, in den kommenden Jahren erfreute sich die historische Schule der Fülle ihrer Macht.

Der Kern dieser Angriffe auf die herrschende Richtung von philosophischer Seite hatte einen praktischen Charakter. Man griff den politischen Quietismus der historischen Lehre an; man behauptete, daß er mit seiner Theorie von dem organisch-fatalistischen Entstehen des Rechtes die Bedeutung der Gesetzgebung unterschätzte und aufforderte, die Hände in den Schoß zu legen, wo es galt, zu handeln; daß er wichtige praktische Lebensprobleme der Gegenwart zum Vorteil lebensfremder, historischer Einzelfragen vernachlässigte oder übersah — eine historische Mikrologie.

Im selben Jahre — 1839 — in dem Gans und Thibaut ihre mißglückten Angriffe auf die historische Schule unternahmen, konsolidierte

1840, 900—904, teilt einige Aufzeichnungen von Gans selber als Grundlage für eine Biographie mit. Daraus zitieren wir: „Die Enge, die Dumpfheit und das Mumienhafte, die diese erwähnte Schule [die historische] annahm, der schädliche Einfluß, den sie auf Gesetzgebung und Rechtsentwicklung ausübte, und die dürftige Vornehmheit, mit der sie mit einem Staatsmantel ihre schüligten Glieder bedeckte, haben mich zu ihrem Gegner gemacht . . . Die historische Schule, eigentlich Herr von Savigny . . . hat nur durch persönliche Machinationen, durch einen Schaden, den sie mir in meiner bürgerlichen Laufbahn zufügen wollte, darauf [d. i. auf seiner Kritik] geantwortet. Der eigentliche Haupttäter der historischen Partei war der Success, den meine Vorlesungen in Berlin erhielten, und die Unmöglichkeit, einen Gegner zu verdrängen, der eine Wirkung auf Studenten auszuüben auf jede Weise gesonnen war“. — Im übrigen geht aus den gleichzeitigen Jahrgängen der Hallischen Jahrbücher (1838, 785 f., 1617 f.; 1839, 601 f., 1641 f., 1905 f.; 1840, 900 f., 1009 f.) hervor, daß die Sympathie in intellektuellen Kreisen zu einem großen Teil auf Thibauts und Gans' Seite war. — Gans war Professor in Berlin 1825 bis zu seinem Tode 1839.

⁴⁾ Hegel, Rechtsphilosophie, § 211.

sich eine dritte Macht, die für die folgende Entwicklung entscheidend werden sollte. Es war die sogenannte germanistische Richtung, die sich um die von Reyscher und Wilde begründete „Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Wissenschaft“ sammelte. Mit Recht könnte Bluntschli behaupten, daß der entscheidende juristische Gegensatz nicht länger der zwischen philosophischer und historischer Jurisprudenz war, vielmehr der zwischen Germanisten und Romanisten⁵⁾. Die Bewegung erhielt neuen Schwung mit Georg Beselers bekannter Schrift vom Volksrecht und Juristenrecht im Jahre 1843. Er räumt darin mit der Fabel von der Rezeption als einem Werke deutschen Volksgeistes auf; er behauptet, daß sie von den Juristen im Streite mit dem Volke durchgeführt sei, und daß das römische Recht seinen Charakter als geltendes Recht kraft einer bloßen Gewohnheit, ohne irgend welche Volksüberzeugung gewonnen habe. Die Heftigkeit und die Impertinenz, mit der Puchta diesen ketzerischen Abfall von der reinen Lehre abwies, ist für ein System charakteristisch, das sich in Dogmen festgelegt hat und der Auflösung verfallen ist⁶⁾. Mit den liberalen und nationalen Strömungen am Ende der Vierzigerjahre nimmt die germanistische Bewegung einen ungeheuren Aufschwung⁷⁾. Im Jahre 1846 wurde die erste Germanistenversammlung in Frankfurt abgehalten, im Jahre 1847 die zweite in Lübeck. Von da an erfolgen die Angriffe Schlag auf Schlag. Im Jahre 1847 hält v. Kirchmann als Vorläufer eines naturalistischen Positivismus seinen berühmten, noch in unseren Tagen problemwekkenden Vortrag über „die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“⁸⁾. Einige Jahre später (1852) erscheint der erste Band von Iherings „Geist des römischen Rechts“, in dem der einflußreiche Jurist von der Politik der historischen Schule abrückt. Im Jahre 1854 spricht Windscheid als seine Überzeugung aus, daß die Zeit Georg Beseler folgen wird, „daß die Generation, welche jetzt erzogen wird, nur einen Wahlspruch haben wird, der ist: nationales Recht“⁹⁾. Daneben läßt sich noch eine Reihe Schriften weniger bekannter Verfasser anführen¹⁰⁾. Alles in

⁵⁾ Hallische Jahrbücher, 1839, 1905—1960: „Die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen überhaupt und die historische Schule insbesondere“.

⁶⁾ Kritik von Georg Beseler, 1844.

⁷⁾ S. hierzu besonders Otto Gierke, „Die historische Rechtsschule und die Germanisten“ (Rede), 1903.

⁸⁾ S. hierüber eingehend unten VIII, 5.

⁹⁾ Recht und Rechtswissenschaft (Rede), 20.

¹⁰⁾ Z. B. Gerber, Zur Charakteristik der deutschen Rechtswissenschaft (Rede), 1815; Lenz, Über die geschichtliche Entstehung des Rechts, 1854; Kuntze, Der Wendepunkt der Rechtswissenschaft, 1856; Rückert in „Begriff des gem. d. Privatrechts“, 1857; Wirth, Über die Wendepunkte der Rechtswissenschaft, 1858; Seitz, Das praktische Bedürfnis der Rechtsreform gegenüber der historischen Schule, 1865.

allem kann man sagen, daß gegen Ende der Fünfzigerjahre der politische Quietismus der historischen Schule und ihre damit verbundene Theorie von dem unbewußt-notwendigen Entstehen des Rechtes überwunden ist. Diese Lehre war, wie wir gesehen haben, auf das innigste mit der romantischen Geschichtsphilosophie verknüpft und mußte notwendigerweise mit dieser verschwinden. Was sich noch als historische Jurisprudenz bezeichnet, ist in diesem Punkt in Wirklichkeit etwas ganz anderes, als Savignys und Puchtas ursprüngliche Lehre. Die folgende Zeit sollte dem deutschen Volke die begehrte politische Einheit bringen, die, einmal erlangt, den letzten Rest historischen Unwillens gegen gemeinsame Gesetzbücher zunichte machen mußte. Deutschland erhielt sein BGB.

3. ad b). Der Mittelpunkt für den im vorigen Absatz geschilderten Entwicklungsgang war die Lehre von dem Entstehen des Rechtes aus dem Volksgeist, in ihren praktisch-politischen Konsequenzen betrachtet. Parallel damit geht eine andere Bewegung, die gleichfalls ihren Mittelpunkt in dieser Lehre hat, die diesmal aber nach ihrer Bedeutung für das Wirklichkeitsproblem des Rechtes bewertet wird. In Übereinstimmung mit der zunehmenden positiven „Wirklichkeitstendenz“ sucht man mehr und mehr die Wirklichkeit des Rechtes in der soliden Realität des Staates zu begründen, statt sie aus dem mystisch — nicht handgreiflichen Volksgeist erwachsen zu lassen. Die Bewegung begann schon innerhalb der gläubigen Anhänger der historischen Schule (no. 3). Ihren eigentlichen Charakter erhielt sie erst bei Verfassern, die bewußt gegen die historische Schule Stellung nahmen, indem sie methodisch das Wirklichkeitsproblem des Rechtes aus der Vermischung mit ethischen und soziologischen Problemen herauszulösen suchten, in die die historische Schule sie verwickelt hatte. (no. 4.)

Selbst innerhalb der historischen Schule fand die Lehre von dem Entstehen des Rechtes aus dem Volksgeist in der konsequenten, national-spiritualistischen Form, in der Puchta sie ausgebildet hatte, wenige vorbehaltlose Anhänger¹¹⁾. Die meisten Schüler unterzogen die beiden, tragenden Gesichtspunkte, den nationalen und den spiritualistischen, einer Kritik.

Auf Grund des nicht-nationalen Ursprungs sowohl des Völkerals des Kirchenrechts, hatte Puchta konsequent beiden den Charakter eines Rechtes bestritten. Dagegen hatte er, weniger konsequent, eingeräumt, daß Recht in kleineren, „volksähnlichen“ Kreisen, z. B. einem Landsteil, entstehen kann. Diese Ablehnung des Völker- und Kirchenrechts weigerte man sich, anzuerkennen. Man lehrte, daß das Recht nur

¹¹⁾ So Pfeiffer [241] 41; Stobbe [316] § 22, 3; Thöl [322 a] §§ 49 f.; Gerber [109 a] § 28, Anm. 1.

normal, aber nicht notwendigerweise aus dem Volksgeist als nationaler Einheit entstehe, man erkannte anormale Abweichungen, kranke Zustände an. Auch Savigny (wie aus dem oben p. 136 Gesagten hervorgeht) schloß sich dieser Kritik an¹²⁾. Es war ein Kernpunkt in Puchtas spiritualistischer Rechtstheorie gewesen, daß nur eine Rechtsüberzeugung, nicht die bloße Ausübung als solche für das Dasein des Gewohnheitsrechtes entscheidend ist. Dieser Gedanke geht wie ein roter Faden durch das ganze „Gewohnheitsrecht“. Aber auch in diesem Punkte gab Puchta selbst der Kritik einen Angriffspunkt, indem er einräumte, daß Ausübung in einer Handlung das einzige Erkenntnismittel für die an sich allein entscheidende Überzeugung ist. Die nachfolgenden Verfasser haben so gut wie alle diese rein spiritualistische Rechtsauffassung bestritten und die Notwendigkeit einer faktischen Ausübung als Bedingung für das Entstehen des Gewohnheitsrechtes behauptet, nicht nur für seine Erkenntnis¹³⁾.

4. Von größerer Bedeutung war die Kritik, die von Verfassern in prinzipiellem Widerstreit gegen den Ausgangspunkt und die Methode der historischen Schule ausgingen. Man wurde sich allmählich der naturrechtlichen Elemente in der Lehre vom Volksgeist bewußt und verlangte eine Bestimmung der Wirklichkeit des Rechtes unabhängig von dem Ideal, mit dem das Recht gemessen wird, und der Überzeugung, in der dieses Ideal bestimmt wird. Ernst Meier gab dieser zunehmenden Wirklichkeitsforderung Ausdruck, indem er behauptete, daß die historische Schule von gewissen Voraussetzungen aus, „die man aber Gott weiß woher entnommen hätte“, zu Resultaten gelangte, „die von dem Boden der Wirklichkeit weg in das Reich der Träume und Phantasien gerieten“¹⁴⁾.

Eine Reihe Verfasser sucht nun, die Wirklichkeit des Rechtes dadurch zu bestimmen, daß sie den Gesichtspunkt von den soziologischen Existenzbedingungen des Rechtes, von dem die historische Schule ohne ihn festzuhalten ausgegangen war, zur Durchführung brachten. Bereits Kierulff hat im Jahre 1839 in Wendungen, die von einem modernen,

¹²⁾ Puchta hatte in äußerst künstlicher Weise den Rechtscharakter des Kirchenrechts zu retten gesucht, indem er es auf eine Autonomie gründete, die der Kirche direkt von Christus erteilt wurde. Diese Auffassung wird angegriffen von v. Scheurl [282 b]. S. im übrigen die Übersicht unten, XVI, 6.

¹³⁾ S. die Übersicht unten XVI, 6. Es entsteht dadurch eine Inkonsequenz im Verhältnis zum Ausgangspunkt; von der Theorie des Volksgeistes läßt sich die Forderung der Ausübung nicht folgerichtig deduzieren. Nur ein einziger Verfasser ist konsequenter als Puchta selbst: Thöl; er lehrt, daß die Volksüberzeugung auf anderer Grundlage als der der Ausübung zu erkennen ist, [322 a] 134—136.

¹⁴⁾ [207] 9.

soziologischen Freirechtswissenschaftler hätten geholt sein können, die soziologische Wirklichkeit des Rechtes gegenüber einem Scheinrecht vertreten, das sich nur auf eine Überzeugung oder „Paragrafen“ gründet. „Nur das Recht ist, welches lebendig wirkt, und nur das praktische Recht, das geltende, nicht das bloß vorgeschriebene geltende ist das lebendige Recht“¹⁵⁾. Auf ähnliche Weise wenden Rückert, Harum u. a. soziologische Gesichtspunkte an. Man identifiziert schlechthin das Recht mit seinen realen Triebfedern, glaubt, durch diese die spezifische Existenzform des Rechts bestimmt zu haben. Die formalen Theorien werden bekämpft, und man behauptet, daß das Recht vielmehr ein System „realer Triebe“ ist, die Rechtsquellen bloß „Erkenntnisquellen“, nicht „Ursprungsquellen“. Das Recht ist der machtvolle Wille, die Resultante in dem Parallelogramm der soziologischen Kräfte¹⁶⁾.

Eine andere Gruppe Verfasser unterscheidet sich von der ersten dadurch, daß sie, ohne den Wert der soziologischen Untersuchungen zu bestreiten, doch nicht auf diesem Wege das Wirklichkeitsproblem des Rechts gelöst zu haben glauben. Diesen Gesichtspunkt treffen wir schon 1848 in Reinhold Schmid's vortrefflichem Buch „Theorie und Methodik des bürgerlichen Rechts“, wie er durch die Scheidung zwischen materiellen (soziologischen) und formellen Rechtsquellen zum Ausdruck kommt. Diese Scheidung ist, wie oben im englischen, historischen Teil besprochen, wohl nicht ganz korrekt, verleiht aber doch dem richtigen Gedanken Ausdruck, daß die Frage nach der Rechtsqualität verschieden ist von der Frage nach den Ursachen des Rechts. Schmid räumt ein, daß der Volksgeist wohl auf den Inhalt des Rechts einwirkt, bestreitet aber, daß das durch diese Macht Bestimmte an sich Gültigkeit als geltendes Recht habe: „es müssen erst noch die formellen Bedingungen der Gültigkeit hinzukommen“¹⁷⁾. In derselben Richtung geht die Entwicklung bei Ernst Meier, Bruns u. a.¹⁸⁾. In besonders schöner Ausführung findet sich die methodische Scheidung bei Lüders. Ebenso wie Rückert lehrt er, daß das Recht nicht bloß von Ideenkomplexen abhängig ist, sondern von „realen Bedürfnissen“; aber, im Gegensatz zu Rückert, identifiziert er nicht hiermit das Recht. Er behauptet, daß die Nationalökonomie nur eine Antwort auf die Frage „warum“ geben kann, nicht auf die Frage „wie“. In Übereinstimmung damit pointiert er den Unterschied zwischen Faktum und Recht. Recht ist eine Ordnung, eine Ordnung menschlicher Lebensverhältnisse, rechtlich als eine staatsgaran-

¹⁵⁾ [169] 5.

¹⁶⁾ Rückert [269] 14; Harum [129] 9 und 11.

¹⁷⁾ [287] 224.

¹⁸⁾ Ernst Meier [207] 9 f.; Bruns [43] 397.

tierte Zwangsordnung qualifiziert. Die Lebensverhältnisse selbst dagegen sind Faktum; die ökonomischen Interessen, die geistigen Anschauungen, die Affekte und Triebe, die daraus entspringende Aktivität, wie auch die Naturgesetze, die faktisch diese Phänomene beherrschen — all dies ist Faktum im Gegensatz zum Recht¹⁹⁾.

Diese methodische Neueinstellung übte auf die Theorie der Rechtsquellen einen entscheidenden Einfluß. Zum ersten führte sie zu einer Verwerfung des Volksgeistes als oberster Rechtsquelle. Für eine soziologisch-positivistische Betrachtungsweise mußte der Begriff des Volksgeistes sich natürlich als Ausdruck für einen Kausalkomplex darstellen. Von diesem Gesichtspunkt aus mußte der Begriff als eine absolute, irreduktible, „erste“ Ursache einen Bruch mit dem Ursachprinzip selbst bedeuten, er mußte als ein bloßer Name, der an das Problem geheftet wurde, vorkommen, als ein Umgehen des wirklichen Funktionszusammenhangs — „dem Leichtfertigen eine bequeme Ausrede, dem Unredlichen ein Deckmantel seiner Unwissenheit“²⁰⁾. Als eine Naturkraft sui generis

¹⁹⁾ Lüders [198] 30 f.

²⁰⁾ Arnold [9] 27, Kritik nach demselben Gesichtspunkt, s. Schmid [287] 170, 173, 175, 223; Harum [129] 6; Stämmeler, Wirtschaft und Recht, § 57. Ebenso erklären sich eine Reihe anderer Hypostasierungen, z. B. Staat, Lebenskraft, durch ihren Ursprung in einer spiritualistischen Philosophie. — Hiermit war die Rolle des Begriffes Volksgeist doch keineswegs ausgespielt. Von Hegel geht er auf Steinthal über, der in Verbindung mit dem Herbartianer Lazarus den Begriff zum Grundbegriff der Völkerpsychologie machen will (Zeitschrift für Völkerpsychologie und Sprachwissenschaft, Bd. I (1860), p. 1 f.). Doch ist hier keine Rede von Hypostasierung. Wie L. und S. den Begriff definieren (s. p. 29, 30, 31, 37, 39), entspricht er am ehesten Montesquieu's, ist also ein Bild von einem Komplex empirischer gemeinsamer Faktoren, die ein Glied in der Ursachekette bilden, selbst bewirkt, selbst bewirkend. Hiermit verliert er in Wirklichkeit alle selbständige Bedeutung. Eine solche versucht W. Wundt ihm beizulegen, indem er (Über Ziele und Wege der Völkerpsychologie, Phil. Studien, herausgegeben von W. W., Bd. IV (1888), p. 1 f.) den Begriff als Ausdruck für die selbständige Bedeutung der sozialen Koexistenz, des Faktums, einführt, daß die völkerpsychologischen Beziehungen sich nicht erklären lassen, ohne daß man mit der selbständigen Bedeutung der Koexistenz rechnet, d. h. daß die völkerpsychologischen Gesetze sich nicht auf die individualpsychologischen reduzieren lassen. Der Begriff, der hiernach nicht eine Existenz bedeutet und nichts erklärt, sondern nur ein negativer Begriff für die Grenzen unseres Wissens ist, gerade so wie die Begriffe „Leben“, „Psyche“, „Elektron“ und dergleichen, unterliegt doch der Gefahr einer materialen Hypostasierung. Eine solche liegt sicher in der Form vor, in der man unter dem Namen „la collectivité“ ihn zur Grundlage moderner (französischer) Soziologie gemacht hat. In Jerusalem's „Kollektivgeist“ ist die Metaphysik auffallend. Zugleich zeigt der Begriff die Tendenz, Verbindung mit antirationalistischen Kulturidealen (Jerusalem, Spengler usw.) zur Verherrlichung des kollektiv-irrationalen einzugehen. — Parallel mit dieser Wendung in der Philosophie taucht

zur Erklärung des Entstehens des Rechtes betrachtet, würde der Volksgeist eine Geistreichigkeit ähnlicher Art bedeuten, wie wenn Molière in „*le malade imaginaire*“ den Arzt die einschläfernde Wirkung des Opiums damit erklären läßt, daß es eine „*vis dormitiva*“ besitze²¹⁾.

Diese Verwerfung des Ausgangspunktes der historischen Schule mußte notwendigerweise eingreifende Veränderungen in der Quellenlehre sonst mit sich führen. Äußerlich treten diese Veränderungen wenn auch als radikale, so doch nur als Modifikationen in der überlieferten Lehre hervor. Von den drei Rechtsquellen streichen die positivistischen Darstellungen, die eine, die Wissenschaft. Es handelt sich dabei doch vielmehr um eine bloße Namensveränderung, da man sich ebenso auf die Analogie als Rechtsquelle beruft. Zwischen den beiden andern wird das Rangverhältnis verändert. Der Positivismus betrachtet das Gesetz als die wichtigste, das Gewohnheitsrecht als die weniger bedeutungsvolle Quelle. Das Gesetz wird nicht mehr von irgend einem Volksgeist „abgeleitet“ oder auf ihm „basiert“, sondern es gilt, sagt man, schlechthin, weil es der erklärte Staatswille ist²²⁾, der von der dazu kompetenten Staatsbehörde festgesetzt wird. Die Theorie des Gewohnheitsrechts wird — trotz einer ungeheuern Literatur darüber — wesentlich im Anschluß an die traditionelle Darstellung beibehalten²³⁾. Für das Entstehen des Gewohnheitsrechts wird ein dop-

der Begriff aufs neue in der Rechtswissenschaft auf, s. z. B. B. Stier-Somlo [314] 22, Oertmann [235 d] 26. Höchst unklar und wortreich findet er sich in Kohlers und Berolzheimer's sogenannten Neu-Hegelianismus vertreten. Daß er in Binders idealistischer Rechtsphilosophie eine Rolle spielen muß, ist verständlich, s. Binder, Phil. des Rechts, 1925, 963, 1030, 1041, 1047. — Zur Geschichte des Volksgeistbegriffes im XIX. Jahrh. vgl. Visser, De collectieve Psyche in Recht en Staat, 1916, am Anfang.

²¹⁾ Doch mit dem Unterschied, daß die Formulierung der historischen Schule in jedem Fall eine reine Parallelität zwischen den Entstehungsbedingungen für Recht, Sprache, Mythe usw. ausdrückt.

²²⁾ Zuerst Kierulff, 1839 [169] 1; Reyscher, 1839 [275 b] 37; Bessler, 1843 [21 a] 77; Schmid, 1848 [287] 224; außerdem Unger [328], § 2; Ernst Meier [207] 23; Boehlau [31] 274, der sogar zwischen Staatswillen und Recht, d. h. Gewohnheitsrecht, scheidet. Der Staat verlangt, daß das Gesetz als Recht gelten soll. Roth [267], § 42; Dernburg [71 a], § 18; Binding [27] 3, 198, Anm. 6. Wenn B. von einem „Gemeinschaftswillen“ spricht, so liegt darin eine Reminiscenz einer naturrechtlichern Rechtfertigung. Gierke [111 b], § 18, I — und viele neuere. Die Bezeichnung des Rechts als Wille des Staates, als Ausdruck einerseits für eine voluntaristische Rechtspolitik, andererseits für eine positive Rechtstheorie führt auf Hegel zurück, vgl. Thon, Rechtsnorm und subj. Recht, I.

²³⁾ Eine Reihe Verfasser hat indessen konsequent im Verhältnis zum positivistischen Ausgangspunkt, auch die Gewohnheit auf die Staatsmacht zurückgeführt (Gestattungstheorie), s. hierüber die Übersicht unten XVI, 6.

pertes Moment verlangt: ein spirituelles, *opinio necessitatis*, und ein materielles, die Ausübung in einer langen Zeit. Im Verhältnis zur originalen Lehre der historischen Schule besteht die Veränderung also darin, daß man die Volksüberzeugung in eine Überzeugung der Ausübenden verwandelt hat. Die Hauptsache bleibt die fundamentale Gleichheit, die darin liegt, daß das Gewohnheitsrecht stets auf einem spiritualistischem Rechtsbegriff beruht, indem es außerhalb des Staates, nur auf die „private“ Überzeugung gegründet, entsteht.

5. ad c) Wie aus dem Vorhergehenden sich ergibt, ist die Lehre von dem Entstehen des Rechtes auf seinem Entwicklungsgang von der Romantik zum Positivismus in doppelter Hinsicht einer durchgreifenden Veränderung unterzogen worden, indem es einerseits seines historisch-fatalistischen Charakters beraubt, andererseits zu einem Staatsprozeß gemacht wurde. In einem dritten Punkt dagegen kann man den Positivismus als innere Fortsetzung der Lehre der historischen Schule betrachten. Dies gilt von der Theorie über die Anwendung des Rechtes.

Bereits die historische Schule ging in ihrer Rechtsanwendungstheorie von dem Dogma der präjudexiellen Existenz des Rechtes aus, nach dem es nur dem Richter zukommt, die schon vorhandene Rechtsregel für den vorliegenden Fall herauszufinden und in Anwendung zu bringen. Liegt diese Regel nicht ausdrücklich als Gesetz oder Gewohnheit vor, so kommt es der Wissenschaft zu, auf ihrer Basis durch Analogie, auf dem Wege des logischen Raisonnements die gesuchte Lösung zu deduzieren. Dagegen lehnte man jede Entscheidung von dem Zwecke des Gesetzes aus, von dem inneren Wert der Entscheidung, von der Natur der Sache, seiner Billigkeit und dergleichen als auf naturrechtlichen Betrachtungen beruhend, ab. Diese Interpretationslehre wurde von dem Positivismus übernommen. In Verbindung mit dem „juridischen Begriff“ (d. h. einem in Form des Begriffes a priori postuliertem positiv-rechtlichen Inhalt) und der juristischen Konstruktion (d. h. Aufbau komplexer Begriffsmoleküle) wurde diese Interpretationsmethode zu einem kunstfertigen, (vermeintlich) objektiv-logischem System entwickelt, das uns aus der Schilderung der französischen „*école de l'exégèse*“ wohl bekannt ist, und dessen Schilderung hier also eine Wiederholung sein würde. Man kann zwischen den Entwicklungen in den beiden Ländern eine Parallele ziehen. Hier wie dort beruht das System auf dem oben erwähnten Dogma von dem einstufigen Charakter des Rechtes, auf der Annahme von dem Gesetz (und der Gewohnheit) als einziger Rechtsquelle, und dem Rechte als allumfassendem Willen des Gesetzgebers. Auch in Deutschland hat die Lehre eine besondere

Stütze in der konstitutionellen Doktrin gefunden, für die sich die Wirksamkeit des Richters scharf von der des Gesetzgebers schied²⁴). Man hat Grund, anzunehmen, daß die Einführung kodifizierten Rechtes dem System in Deutschland günstig war, wie seinerzeit in Frankreich. In beiden Ländern hat das System eine größer werdende Kluft zwischen Theorie und Praxis aufgetan, ein Verhältnis, das in Deutschland schon in der ersten Hälfte des vorigen Jahrhunderts fühlbar wurde, und das mit Bedauern von Savigny erkannt wird²⁵). Endlich kann man anführen, daß die „Begriffsjurisprudenz“ in Deutschland wie in Frankreich Gegenstand heftiger, zum Teil parallellaufender Angriffe gewesen ist.

6. Das Gemeinsame, das die verschiedenen Entwicklungslinien verbindet, die, wie gezeigt, von der Romantik zum Positivismus führen, liegt darin, daß die neue Rechtsauffassung sich von einem allen Entwicklungsrichtungen gemeinsamen Grunddogma aus verstehen läßt, nämlich dem Dogma von dem Rechte als dem Willen des Staates und dem Staate als einer über- und vorrechtlichen, handgreiflichen Realität. Von diesem Grundgesichtspunkt aus ergibt sich natürlich sowohl die voluntaristisch-politische Theorie, die unabgeleitete Gültigkeit des Gesetzes, wie auch das auf eine Ausdeutung eines bereits existierenden Willens gerichtete Interpretationssystem.

Im Verhältnis zu den drei Grundproblemen des gesamten Rechtsgebietes bedeutet der Positivismus einen energischen Versuch, das Wirklichkeitsproblem des Rechtes isoliert von ethischen und soziologischen Betrachtungsweisen zu stellen. Man will nichts mehr von einem Naturrecht wissen, und man will ebensowenig die Rechtswissenschaft in Soziologie auflösen. Kommt so dem Positivismus die Ehre zu, zuerst diesen Versuch gemacht zu haben, so muß indessen zugegeben werden, daß er das Problem nicht auf annehmbare Weise gelöst, ja es nicht einmal in seiner methodischen Reinheit erhalten hat.

In ersterer Hinsicht kann erwähnt werden, daß der Positivismus infolge seiner naturalistischen Oberflächlichkeit in besonderem Maße geeignet ist, nichtssagende Zirkellösungen zu geben. So beruht die Bestimmung des Rechtes als Wille des Staates auf einem offenbaren Zirkelschluß. Das Recht ist der Wille des Staates. Aber da der Staat nur durch seine Organe „wollen“ kann, so bedeutet die Lehre faktisch, daß Recht der Wille bestimmter Organe ist. Da diese Organe aber nur durch ihre

²⁴) Beispielsweise nennen wir Jellinek, Gesetz und Verordnung, 1887, 218; Laband, Staatsrecht, II, 5, 178.

²⁵) System, XX f.

rechtliche Qualifikation kenntlich sind, so folgt daraus, daß man das Kriterium des Rechtes rechtlich immanent bestimmt. Recht ist, was die rechtlich dazu qualifizierte Behörde bestimmt. Diese Auffassung, die sich schon bei mehreren der älteren Positivisten nachweisen läßt (Bruns, Meier u. a.)²⁶), hat ihren bekannten Ausdruck in Bergbohms Formulierung gefunden: Recht ist, was von der kompetenten Behörde bestimmt wird²⁷) — wobei man unter Kompetenz nur die rechtliche Kompetenz verstehen kann; der Zirkel ist offenkundig. Diese Lösung des Positivitätsproblems ist ganz und gar keine Lösung, sondern sie entspricht in erkenntnistheoretischer Hinsicht dem laienhaften „naiven Realismus“ als einer „Lösung“ des Problems der Naturwirklichkeit: die Naturwirklichkeit ist das, was wir um uns sehen und hören²⁸).

In letzterer Hinsicht ist es von Wichtigkeit, daß die Rechtsanwendungstheorie des Positivismus, recht besehen, Politik ist, die für Theorie ausgegeben wird. Es wird hier gelehrt, was der Richter (und mit ihm die Doktrin) tun soll, und diese Forderung wird für Rechtswahrheit ausgegeben. Man geht als von einer Rechtswahrheit davon aus, daß der Richter wirkliches, geltendes Recht anwendet und alleine anwenden soll; und da man dann geltendes Recht von vornherein mit dem historisch gewordenen als dem geschriebenen und dessen Analogie identifiziert, so ist es nur ein Zirkelschluß, daß der Richter stets das Gesetz und dessen Analogie anwenden soll. In Wirklichkeit liegt eine politische Forderung vor. Der Zirkel wird besonders offenkundig, wenn man behauptet, daß der Richter positives Recht anwenden soll, und wenn dieses dann als das wirkliche, das fungierende Recht definiert wird — d. h. als das Recht, das faktisch angewendet wird²⁹). Worum es sich handelt, ist, daß

²⁶) Ernst Meier [207] 1861, p. 9, will die Frage nach der Entstehung des Rechtes von geltenden deutschen Quellen aus lösen. Bruns [43] 397, „Die Frage, wer im Staate Gesetz geben kann und in welcher Form, ist lediglich eine staatsrechtliche und hängt von der konkreten Staatsverfassung ab“ (1. Ausg. 1870).

²⁷) Jurisprudenz und Rechtsphilosophie (1892) 549.

²⁸) Die Darstellung des Textes gründet sich besonders auf ein Studium der Theoretiker des Privatrechts. Die positivistische Staatsrechtstheorie zeigt indessen eine ganz einsartige Struktur. Der Grundgesichtspunkt ist der gleiche: Der Staat wird als eine überrechtliche Existenz oder Person aufgefaßt, die das Recht schafft, und die im übrigen imstande ist, auch außerhalb des Gebietes des Rechts handelnd aufzutreten und spezifische, nicht-rechtliche Staatszwecke zu verfolgen (die Verwaltung).

²⁹) Auf einem Zirkel beruht auch Bergbohms „Beweis“ dafür, daß Naturrecht nicht wirkliches Recht ist. Alle seine Argumente können auf diese Form zurückgeführt werden: Positives Recht (a) wird analytisch als dasselbe wie wirkliches

die positivistische Interpretationsmethode eine Forderung an den Richter enthält, daß er subsidiär nicht ein abstraktes Naturrecht anwenden soll, sondern vielmehr eine konkret-technische Analogie, und sie behauptet, wie das Naturrecht, daß ihre Forderung Recht ist. Damit stellt sie sich methodisch auf dieselbe Ebene, wie ihr Gegner. Der Positivismus ist eine materielle Verleugnung des Inhalts des Naturrechtes, aber keine formelle Überwindung des naturrechtlichen Methodensynkretismus. Falls man unter Naturrecht nicht ein bestimmtes inhaltsqualifiziertes Rechtssystem versteht, sondern jede Rechtslehre, die sich der für das historische Naturrecht typischen, methodischen Vermengung von Rechtslehre und Rechtspolitik schuldig macht, kann man mit Recht behaupten, daß der Positivismus noch naturrechtlich ist. Das Naturrecht im historischen Sinne behauptete ein abstraktes, ethisches Ideal als Recht, das „Ideal“ des Positivismus ist konkret-technisch, wird aber auch für Recht ausgegeben. Die Analogie — oder, wie die historische Schule es ausdrückte, die Wissenschaft — als Rechtsquelle bedeutet im System des Positivismus eine formal-naturrechtliche Reminiszenz³⁰⁾.

Außerdem wird die herrschende Rechtsquellenlehre von einer ernststen Inkonsequenz verunziert. Im Widerspruch zu seinem eigenen Ausgangspunkt läßt er nämlich das Gewohnheitsrecht außerhalb des Staates als einen Ausschlag einer gesellschaftlichen Rechtsbildung entstehen. Hiermit wird die fundamentale Einheit im System, die Einheit im Rechtsbegriff, gebrochen. Denn wenn Recht als Staatswille, und das Gesetz als Recht definiert wird, weil es vom Staate ausgeht, so ist es ein gänzlich disparater Gesichtspunkt, wenn man nun das Gewohnheitsrecht für Recht erklärt, weil es Ausdruck für eine Überzeugung bei den Ausübenden, also den Staatsuntergebenen ist. Diese beiden Quellen führen auf verschiedene Rechtsbegriffe zurück, die sich nicht in einem gemeinsamen Rechtskriterium vereinen lassen. Im Gewohnheitsrecht liegt noch ein rein spiritualistischer Rechtsbegriff, der von der historischen Schule geerbt wurde, wenn man auch ohne innere Konsequenz die

Recht bestimmt (a_1); es wird von diesem behauptet, daß es stets historisch entstanden ist (b) — niemals gründet es sich auf Naturrecht (x). Der Beweis müßte, um einen Sinn zu haben, jetzt darauf ausgehen, daß man x im Gegensatz zu b als non- b definierte und darauf zeigte, daß non- b stets non- a , also non- a_1 ist, d. h. daß nicht historisch entstandenes Recht nicht-wirkliches Recht ist. Statt dessen definiert Bergbohm Naturrecht = non- a , wonach es nur eine Tautologie ist, zu „beweisen“, daß es auch non- a_1 , also nicht wirkliches Recht ist. — Eine Demonstration der Argumente Bergbohms im einzelnen muß hier unterbleiben.

³⁰⁾ Insofern hat Sander recht, wenn er (Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung, 1921) die Dogmatik als naturrechtlich bezeichnet; dem gegenüber kann es nichts helfen, sich auf Bergbohms positivistischen Willen zu berufen.

Forderung einer faktischen Ausübung hinzugefügt hat. Hiermit hängt zusammen, daß die übliche Gewohnheitsrechtstheorie stets das Problem in der Weise stellt, daß gefragt wird, worin sich die verpflichtende Kraft des Gewohnheitsrechtes gründet — also eine ganz und gar naturrechtliche Problemstellung. Konsequentermaßen mußte diese Problemstellung zu derselben Frage in Bezug auf das Gesetz führen. Hier wird diese Frage aber überflüssig gefunden, da man die Gültigkeit des Gesetzes als ein Faktum betrachtet. Diese Inkonsequenz in der methodischen Einstellung zur Theorie des Gewohnheitsrechtes hat Zitelmann eingesehen und ausführlich in einer, in ihrem kritischen Abschnitt unvergleichlichen Abhandlung über „Gewohnheitsrecht und Irrtum“ im Jahre 1883 kritisiert, sie ist indessen leider ohne Einfluß auf die herrschende positivistische Richtung geblieben³¹⁾. Deshalb besteht noch heutigen Tags ein durchgreifender, system-logisch unmöglicher Dualismus in der positivistischen Rechtsauffassung³²⁾.

³¹⁾ Z. nimmt hierin eine bewundernswürdige Umlegung der Problemstellung vor. Er zeigt, daß es unklar ist, was damit gemeint ist, die verpflichtende Kraft des Gewohnheitsrechtes zu „begründen“, und daß die Aufgabe vielmehr darauf hinausläuft, festzustellen, was es heißt und woher wir wissen, daß Recht gilt [351 b] 452. Leider steht Z.s Lösungsversuch nicht auf gleicher Höhe wie seine Problemstellung. In Übereinstimmung mit der psychologisierenden, naturalistischen Richtung der Zeit sieht er es nicht als seine Aufgabe an, die logische Bedeutung des Geltungsbegriffes zu bestimmen („die Geltung ist nichts an sich“, a. S. 460, weil sie nicht eine objektive Naturrealität repräsentiert), vielmehr psychologisch zu verstehen, unter welchen Umständen diese Vorstellung sich in „den korrekt funktionierenden Wahrnehmenden“ bildet.

³²⁾ Außer den oben, Anm. 23, genannten Verfassern, die als Anhänger einer Gestattungstheorie alles Recht auf den Staat zurückführen, kann erwähnt werden, daß die fortgeschrittenste deutsche Rechtsquellenlehre auf positivistischer Grundlage — unter direktem Einfluß Austins — den staatlichen Charakter des Gewohnheitsrechtes als richtergeschaffenes Recht anerkennt. S. hierüber die Übersicht unten XVI, 6.

Kapitel VII.

Das Freirecht und die reine Rechtslehre.

1. Vergleichung mit dem französischen „combat pour la méthode“.
2. Schema für die Geschichte der freirechtlichen Bewegung.
3. Die Bedeutung des Freirechts für die Rechtsquellenlehre.
4. Die reine Rechtslehre.

1. Am Ende des vorigen Jahrhunderts und zu Beginn des jetzigen entstand in Deutschland eine kräftige Opposition gegen den herrschenden Positivismus. Diese Bewegung — mit einer umfassenden, gemeinsamen Bezeichnung die Freirechtsbewegung genannt¹⁾ — war teilweise durch den entsprechenden „combat pour la méthode“, der in Frankreich von Geny eingeleitet wurde, hervorgerufen. Aber selbst, wenn man davon absieht, so erklärt die Gleichheit der Umstände, daß die französische und die deutsche Bewegung in vielem und vielfach parallel verliefen. So sind sie beide in erster Linie als eine praktische Reaktion gegen die herrschende, positivistische Interpretationsmethode entstanden. Diese wird eine lebensfremde Begriffs- und Konstruktionsjurisprudenz, Buchstabenkult, Gesetzfetischismus, Pandektologie, Paragraphenreiterei usw.

¹⁾ Aus der umfangreichen Literatur, die sich mehr oder weniger mit dem Freirecht befaßt, heben wir hervor: Schultze, Privatrecht und Prozeß, 1883; Bülow, Gesetz und Richteramt, 1885; Zitelmann, Lücken im Recht, 1903; Ehrlich, Freie Rechtsfindung, 1903; Gnaeus Flavius (H. U. Kantorowicz), Kampf um die Rechtswissenschaft, 1906; Jung, Positives Recht, 1907; Ehrlich, Tatsachen des Gewohnheitsrechts, 1908; Sinzheimer, Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft, 1909; Gmür, Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches, 1908; v. Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen; Stampe, Die Freirechtsbewegung, 1911; Kantorowicz, Rechtswissenschaft und Soziologie, 1911; Kiß, Gesetzauslegung und „ungeschriebenes“ Recht, 1911; Kornfeld, Soziale Machtverhältnisse, 1911; Danz, Richterrecht, 1912; Einführung in die Rechtssprechung, 1912; Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung, 1912; Gesetzesauslegung und Interessejurisprudenz, 1914; Jung, Das Problem des natürlichen Rechts, 1912; Fuchs, Juristischer Kulturkampf, 1912; Spiegel, Gesetz- und Recht, 1913; Ehrlich, Soziologie des Rechts; Reichel, Gesetz und Richterspruch, 1915; v. Verdross, Das Problem des freien Ermessens und die Freirechtsbewegung, 1914; Tezner, Konventionalregeln und Systemzwang, 1916; Somló, Juristische Grundlehre, 1917, § 114 f.; Kornfeld, Allgemeine Rechtslehre und Jurisprudenz, 1920. — S. ferner: Kohler, Über die Interpretation von Gesetzen, 1886; Ehrlich, Lücken im Recht, 1888; Rümelin, Werturteile und Willensentscheidungen im Zivilrecht (Rede), 1891; Georg Frenzel, Recht und Rechtssätze, 1892; Bülow, Heitere und ernste Betrachtungen über die Rechtswissenschaft, 1901; Sternberg, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1904; Ehrlich, Soziologie und Jurisprudenz, 1906; Rogge, Methodologische Vorstudien zu einer Kritik des Rechts, 1911.

gescholten. In gleicher Weise wird die herrschende Idealvorstellung von einem Richter durchgehehelt: „Ein höherer Staatsbeamter mit akademischer Ausbildung sitzt er, bewaffnet bloß mit einer Denkmachine, freilich einer von feinsten Art, in seiner Zelle. Ihr einziges Mobiliar ein grüner Tisch, auf dem das stattliche Gesetzbuch vor ihm liegt. Man reicht ihm einen beliebigen Fall, einen wirklichen oder nur erdachten, und entsprechend seiner Pflicht, ist er imstande, mit Hilfe rein logischer Operationen und einer nur ihm verständlichen Geheimtechnik, die vom Gesetzgeber vorherbestimmte Entscheidung im Gesetzbuch mit absoluter Exaktheit nachzuweisen“²⁾. Im Gegensatz zu diesen Interpretationskunststücken, mit denen wichtige Lebensverhältnisse unter eisiger Verachtung der realen Bedürfnisse des Lebens entschieden werden, fordert man eine Jurisprudenz, die in enger Berührung mit dem Leben steht und nicht nur auf Gesetz und Gesetzauslegung sich gründet. Von dem Ausgangspunkt aus, daß nicht alles Recht im Gesetz zu finden ist, zieht man in der Regel³⁾ den Schluß, daß sich dem Gesetze andere Quellen zur Seite gestellt finden, aus denen der Richter Recht schöpfen kann: das freie Recht, das lebende Recht — „le libre recherche scientifique“. Dieses „andere“ Recht, das bald mehr naturrechtlich, bald mehr soziologisch begründet wird, wird als „freies“ als nicht staatsgeschaffenes Recht dem Gesetze gegenübergestellt und auf die Wissenschaft als Rechtsquelle basiert⁴⁾. Man sieht: alles in allem eine Wiederholung der Rechtsquellenlehre Genys. Wir wissen aus unserer Besprechung Genys, zu welchen methodischen Verwirrungen das führen muß. Geradeso wie in Frankreich, kann man auch in Deutschland eine wesentlich naturrechtlich⁵⁾ und eine wesentlich soziologisch orientierte Richtung unter-

²⁾ Gnaeus Flavius, Kampf um die Rechtswissenschaft, 7.

³⁾ Manigk, [202], 120—23, hat das Verkehrte dieses Schlusses eingesehen.

⁴⁾ Gnaeus Flavius [98], 20: Mit der Wissenschaft als Rechtsquelle, diesem Begriff, mit dem die ältere historische Schule vielfach gespielt hat, muß endlich Ernst gemacht werden. Der Gegensatz: staatlich — nichtstaatlich geschaffenes Recht kommt besonders deutlich bei Spiegel, Ehrlich, Jung vor. Der Staat, der an sich nur einen formalen Einheitspunkt für alle Rechtserkenntnis als solche bedeutet, wird hier für eine soziologische Kraft neben dem „Gemeinwesen“ ausgegeben. Hinsichtlich der Erkenntnis der positiven Existenz des Rechts ist alles Recht staatsgeschaffen. Hinsichtlich der Bestimmung der soziologischen Kräfte, die die Existenz einer Rechtsordnung determinieren, ist kein Recht staatsgeschaffen, da der Begriff Staat hier überhaupt nicht in Betracht kommen kann.

⁵⁾ Z. B. Richard Loening (Über Wurzel und Wesen des Rechts, 1907); teilweise Jung (Das Problem des natürlichen Rechts, 1907) und Kantorowicz, außerdem Anhänger einer „Gefühlsjurisprudenz“. Eine Sonderstellung nimmt Stammler mit seiner Lehre über „das richtige Recht“ ein. Unter den älteren: Adickes (Zur Lehre von den Rechtsquellen, 1872); Felix Dahn [66 a—c]; Schloßmann (Der Vertrag), 1876.

scheiden. Aber während in Frankreich der naturrechtliche Zweig unter Genys Führung die dominierende Stellung einnimmt, ist in Deutschland das umgekehrte der Fall. Hier spielen die Soziologen bei weitem die größte Rolle, und da das vorkommende Naturrecht zugleich relativ-konkret, nicht metaphysisch-absolut wie das Genys ist, so unterscheidet sich die deutsche Richtung insofern günstig von der französischen. Im übrigen steht sie dieser in Bezug auf theoretische Absurditäten und methodische Ungeheuerlichkeiten nicht nach. Diese finden sich indessen mehr in einer Reihe Agitationsschriften und Abhandlungen verstreut und haben sich nirgends zu einem monumentalen Werk zusammengeschlossen, das sich mit Genys „Méthode d'Interprétation“ vergleichen ließe.

2. In großen Zügen läßt sich die Geschichte der deutschen Freirechtswissenschaftsbewegung in drei Perioden schematisieren: eine Gründungs-, eine Blüte- und eine Liquidationsperiode. Die entscheidenden Wendepunkte in der Entwicklung können diesem Schema gemäß in die Jahre 1906 und 1911 verlegt werden.

Bis 1906 zeigt die vorliegende Literatur periodische und isolierte Ausbrüche einer gärenden, politischen Unzufriedenheit mit dem herrschenden Interpretationssystem. Man hält sich an fragmentarische Untersuchungen innerhalb auslegungsmethodischer Grenzen. Die ersten Anläufe zu einer soziologischen Rechtsauffassung lassen sich auf die Gruppe von Verfassern zurückführen, die, wie oben VI, 4 besprochen, im Widerstreit mit der spiritualistischen Rechtstheorie der historischen Schule die soziologische Wirklichkeit des Rechtes behaupteten, wie z. B. Kierulff und Ruchert (1839 und 1857). Während ihre Bedeutung bisher übersehen wurde, pflegt man mit Recht v. Kirchmann zu erwähnen, der im Jahre 1847 aus einem naturwissenschaftlichen Gedankengang heraus den Wert der Rechtsdogmatik als Wissenschaft bestritt⁶⁾. Von naturrechtlicher Seite wurde die erste Opposition gegen die herrschende Lehre von Franz Adickes gerichtet (1872), der „die subjektive Vernunft“ bzw. das Gefühl als Rechtsquelle vertrat⁷⁾. Wichtiger als einige dieser Versuche sind Schultzes und Bülows⁸⁾ feine Studien (1883 und 1886), die den Weg für eine rechtstheoretische Einsicht in die rechtsschaffende Funktion des Richters frei machten, ein Gedankengang, der erst viel später in seiner vollen Bedeutung verstanden wurde. Von 1888 an kann mit Ehrlichs erster Arbeit, „Lücken im Recht“, die frei-

⁶⁾ Vgl. hierzu Th. Sternberg, I. H. v. Kirchmann und seine Kritik der Rechtswissenschaft, 1908, p. 16 f.

⁷⁾ Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen; Schloßmann, Der Vertrag.

⁸⁾ S. oben Anm. 1. Als Regel wird nur Oskar Bülow genannt. Die zeitliche Priorität kommt indessen Schultze zu, vgl. unten XVI, 4 i. f.

rechtliche Bewegung als begründet gelten. Von größter theoretischer Bedeutung in dieser ersten Periode ist Ernst Zitelmanns feine Rektoratsrede über „Lücken im Recht“⁹⁾.

Von 1906 an nimmt die Entwicklung einen wesentlich anderen Charakter an. Gnaeus Flavius (H. U. Kantorowicz) führt mit einer kleinen Kampfschrift das Schlagwort „freies Recht“ ein und macht die Bewegung zu einem „Kampf um die Rechtswissenschaft“. Das gut geschriebene Pamphlet hatte die gewünschte Wirkung. Sie sammelte Anhänger als vereinte Gegner des „freien Rechts“. Die folgenden Jahre, die Blütezeit der Bewegung, bieten das Bild eines richtigen Literaturkrieges. Da die Geister einmal gerufen waren, ließen sie sich nicht wieder bannen. Man begnügt sich nun nicht mehr damit, eine neue soziologische Auslegungsmethode zu fordern, sondern man versucht, indem man alle normative und dogmatische Methode verwirft, eine durchgreifende Änderung aller Theorie der Rechtswissenschaft auf soziologisch-naturwissenschaftlicher Grundlage. Man verlangt nicht mehr nur eine soziologisch orientierte Rechtspolitik, sondern behauptet, daß das Wesen und die Existenz des Rechtes selber nur soziologisch, die Rechtswissenschaft als Soziologie bestimmt werden könne. Verständlicherweise hatten diese methodischen Übertreibungen eine Reaktion zur Folge. Kantorowicz, im Jahre 1906 ein vorwärtsstürmender Revolutionär, bekennt sich bereits 1911 zu den Gemäßigten, die von Ehrlichs und Fuchs „Soziologisierung“ der Rechtswissenschaft abrücken¹⁰⁾. Ihm schließen sich immer mehr frühere Anhänger an¹¹⁾. Wenn die Soziologen auch ihre Bestrebungen fortsetzen, so kommt doch nach dieser Zeit kein prinzipiell neuer Beitrag heraus. Man arbeitet die einmal angenommenen Auffassungen aus. In den späteren Jahren findet man mehr und mehr Verfasser, die unabhängig von Schulstandpunkten kritisch die Produktionen der Freirechtswissenschaftsbewegung zu werten suchen. Nach der Hitze des Kampfes schied sich das edle Metall von den Schlacken. Die Freirechtswissenschaftsbewegung ist in Liquidation geraten¹²⁾.

Wenn eine an sich so verständliche praktische Bewegung wie die Reaktion gegen eine lebensfremde Begriffsjurisprudenz einen so hitzigen

⁹⁾ Über weitere Literatur vor und nach 1906 s. Anm. 1.

¹⁰⁾ Rechtswissenschaft und Soziologie, 299; 302—303.

¹¹⁾ Z. B. Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung, 1912; 39, Anm. 3; 28, vgl. 40.

¹²⁾ So die von Kiß, Verdroß, Rogge und Somló in Anm. 1 genannten Werke; s. ferner Oertmann, Gesetzeszwang und Richterfreiheit, 1909, 41—42, vgl. 27; Staatliche und gesellschaftliche Rechtsbildung (1914) 90—91; Rechtsordnung und Verkehrssitte, 1914, Vorwort 15, 18.

Streit hervorrufen und zu so ungeheuerlichen, theoretischen Konsequenzen führen konnte, so liegt das zu einem großen Teil an einem Mangel an methodologischer Einsicht. Die führenden Geister waren allzuhäufig Leute, deren unbestreitbare praktisch-agitatorische Begabung ihre Fähigkeiten zu wissenschaftstheoretisch korrekter Formulierung ihres Standpunktes überstieg. Darüber darf man nicht vergessen, daß Fuchs und Ehrlich, sowohl wie Geny, einen wertvollen Beitrag zugunsten eines praktischen Fortschrittes geleistet haben. Vielleicht sind ihre theoretischen Irrtümer nur ein — auch in der Geschichte der Wissenschaften vorkommender — Assimilation im Dienste eines praktischen Zwecks, der Preis, den das Leben für den praktischen Erfolg fordert.

3. Es ist eine schwierige Aufgabe, eine vernünftige Interpretation des freirechtlichen Ideenkomplexes zu geben. Auf der anderen Seite nützt es uns nichts, bloß die dargestellten Anschauungen zu referieren, da sie ohne Verständnis ihrer methodischen Bedeutung dargestellt sind. Wenn z. B. Sternberg in der neuesten Ausgabe (1920) seiner „Einführung in die Rechtswissenschaft“ die Forderungen der Freirechtbewegung in folgende fünf Punkte zusammenfaßt: „a), b) Lückentheorie und soziologische Methode sind die beiden Grundforderungen der freirechtlichen Bewegung . . . c) Der Jurist soll real-sozialwissenschaftliche Bildung haben. . . d) Die Forderung, das Persönliche des Richters auf einen höheren Grad zu bringen. . . e) Die Forderung einer durchgreifenden Justizreform“¹³⁾ — wer kann da herausfinden, was in diesem Wirrwarr innerhalb und was außerhalb eines juristischen Gesichtspunktes liegt? (c und d scheinen rein pädagogisch-ethischen Charakters zu sein); was Ausdruck für ein an und für sich indiskutables, politisches Postulat ist und was Anspruch auf objektiven Wahrheitswert erheben kann, was endlich in letzterer Hinsicht allgemeingültige Rechtswahrheiten bedeuten, und was solche nur positiv-rechtlicher Art? Entsprechende Schwierigkeiten begegnen uns auch bei den anderen Freirechtsmännern. Es ist deshalb erforderlich, eine Interpretation auf eigene Hand zu geben.

Aus dem psychologischen Ursprung der Bewegung als einer Reaktion gegen die formallogische Interpretationsmethode folgt, daß sie in erster Linie ein rechtspolitisches Postulat enthält. Es wird bestritten, daß das Gebiet des Rechtes mit dem Gesetze erschöpft ist. Recht ist mehr als Gesetz. Subsidiär soll der Richter nicht einer quasi-logischen Begriffsregeldetri folgen, sondern er soll frei, d. h. frei von den Banden des Gesetzes, auf einem anderen Wege die zweckmäßigste Lösung finden.

¹³⁾ p. 136—140.

Nun wird indessen der politische Charakter dieses Postulates verschleiert, indem man behauptet, daß es neben dem Gesetz andere (naturrechtliche oder soziologische) Rechtsquellen gibt. Da diese in letzter Instanz von der Wissenschaft als oberster Rechtsquelle festgesetzt werden, so glaubt man, mit dem erwähnten Postulat eine allgemeingültige Wahrheit ausgedrückt zu haben. Hiermit sind wir in der auch von Frankreich bekannten *contradictio in adjecto* gelandet: eine produktive Wissenschaft. Es würde meine Kraft und die Geduld des Lesers übersteigen, wollte ich im einzelnen die Summe von Irrtümern nachweisen, auf denen diese theoretisch maskierte Politik in ihren konkreten Manifestationen beruht. Ein einziges Beispiel möge genügen. Wenn Fuchs¹⁴⁾ als allgemeingültige Rechtswahrheit die Soziologie als Rechtsquelle beansprucht, so enthält diese Behauptung folgende Irrtümer: 1. Die Soziologie — eine Kausal-Naturwissenschaft — wird als eine normsetzende Instanz angesehen. 2. Hiervon abgesehen wird als direkte Rechtsquelle ausgegeben, was seiner Natur zufolge nur ein Moment ist, das für die rechtsetzende Handlung des Richters (oder Gesetzgebers) bestimmend sein kann. 3. Eine politische Forderung wird für eine theoretische Wahrheit ausgegeben, 4. Sogar als eine allgemeingültige Rechtswahrheit, obgleich die Forderung nur im Verhältnis zu einem konkreten Rechtsinhaltsystem Bedeutung hat.

In ihren radikalen Formen ist die Freirechtslehre nicht nur eine maskierte Politik, sondern eine erschöpfende Rechtstheorie. Der Übergang von dem ersten zum zweiten Standpunkt erfolgt zufolge einer inneren Logik, die der ganz gleich ist, die Geny von einer naturrechtlichen Rechtspolitik zu einem naturrechtlichen Rechtsbegriff geführt hat. Im ersten Gliede des Gedankenganges behauptet man neben dem positiven Recht gewisse nicht-positive (naturrechtliche oder soziologische) Rechtsquellen. Damit kommt natürlich ein Dualismus in den Rechtsbegriff. Um diese Diskrepanz aus dem Wege zu schaffen, gelangt man natürlich dazu, dem gesamten Rechtskomplex einen nicht-positiven (naturrechtlichen oder soziologischen) Rechtsbegriff unterzuschieben, so daß das Gesetz hiernach bloß als ein besonders herausgehobenes Muster auf dem Hintergrunde des nicht-positiven Rechtsbegriffs hervortritt¹⁵⁾. Die Rechtswissenschaft wird hiernach unter Verleugnung jeder normativen oder dogmatischen Methode als ein Teil der Soziologie bestimmt. Nicht nur die Existenzbedingungen des Rechtes, sondern diese Existenz selber, der Rechtsinhalt soll hiernach auf soziologischem Wege bestimmt werden. Die Rechtssätze sind nicht Normen, sondern kausalwissenschaft-

¹⁴⁾ Juristischer Kulturkampf, 51 f., 60.

¹⁵⁾ Über Geny, s. oben III, 5—7.

liche Regeln. Der nähere Inhalt dieser Theorien, die von Ehrlich, Sinzheimer, Kornfeld u. a. stammen, soll später im systematischen Teile (IX) näher besprochen werden. Hier soll nur auf ihren formal-methodischen Charakter hingewiesen werden. Wie man leicht sehen wird, besteht dieser in der eklatantesten Verkennung des spezifischen Charakters des Positivitätsproblems. Wie sich hiernach voraussuchen läßt, ist es auch nicht glücklich, einen bloß soziologischen Gesichtspunkt durchzuführen. In allen Darstellungen findet sich die normative in verschiedener Weise eingeschmuggelt und kamufliert wieder.

Im Anschluß an die freirechtliche Bewegung — wenn auch oft ohne direkte Verbindung mit ihr, so doch sicher von ihren Ideen inspiriert — können schließlich eine Reihe bedeutungsvoller Untersuchungen zur Theorie der Auslegung und zur rechtlichen Stellung des Richters erwähnt werden¹⁶⁾. Hierhin gehören die wichtigsten Beiträge zur modernen deutschen Rechtsquellenlehre. In dieser Verbindung können die einzelnen Verfasser genannt werden, die, wohl in Übereinstimmung mit dem Freirecht, davon ausgingen, daß sich nicht alles Recht im Gesetz findet, die aber doch auf dieser Grundlage sich nicht verleiten ließen, andere, nicht-positive Rechtsquellen neben dem Gesetz anzunehmen. Sie schlossen vielmehr aus der gemeinsamen Prämisse, daß die Entscheidung des Richters teilweise rechtlich indeterminiert sein kann, und daß das Recht in diesem Falle zum Teil durch die Entscheidung des Richters erst entsteht — als eine der Stufen in dem stufenweisen Entstehungsprozesse des Rechtes¹⁷⁾.

Zusammenfassend können wir die Bedeutung des Freirechtes für die Theorie der Rechtsquellen auf folgende Weise bestimmen.

Direkt hat die dozierte Rechtsquellenlehre nur eine erhöhte Methodenverwirrung bedeutet. Die freirechtliche Interpretationslehre ist in dieser Hinsicht der positivistischen gleich, es ist nur eine neue Politik, die hier für Rechtstheorie ausgegeben wird. Der soziologische Rechtsbegriff bedeutet — in diesem Punkte im Gegensatz zum positivistischen — eine radikale Verkennung der normativen Natur des Rechtes.

¹⁶⁾ S. die oben in Anm. 1 zit. Werke von Gmür, Laun, Kiß, Danz, Verdroß, Reichel, Tezner und Kohler; und ferner: Brütt, Die Kunst der Rechtsanwendung, 1907; Lukas, Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers, 1908; Wieland, Die historische und die kritische Methode in der Rechtswissenschaft, 1910; Berolzheimer [19 b] und [19 c]; Peretiatkowitz, Methodenstreit in der Rechtswissenschaft; Merkl, Zum Interpretationsproblem; Huber, Recht und Rechtsverwirklichung, 1921.

¹⁷⁾ S. oben VI, Anm. 32. Diese Versuche kulminieren in Merkl's Theorie vom „Stufenbau des Rechts“, s. besonders Merkl, Die Lehre von der Rechtskraft, 1923.

Dagegen hat das Freirecht richtig eingesehen, daß das Gebiet des Rechtes nicht mit Gesetzesparagraphen erschöpft ist; die Funktion des Richters ist nicht in einer syllogistischen Paragraphenduktion erschöpft. Wenn es auch selber diese Einsicht verkehrt deutete, so hat es damit doch für ein richtiges Verständnis des stufenweisen Entstehungsprozesses des Rechtes den Weg gebahnt. Zum anderen enthält seine Rechtspolitik, richtig interpretiert, eine bedeutungsvolle Erkenntnis der Möglichkeit der Rechtstechnologie und ihrer Bedeutung für die Rechtspolitik, die legislative sowohl, wie die judizielle. In diesem Punkte ist die französische Doktrin als Folge der meisterlichen Studien Lamberts, der deutschen weit überlegen. Im übrigen verweisen wir auf die Besprechung des genannten Verfassers, oben III, 8.

Es liegt eigentlich außerhalb unseres Gebietes, zu dem politischen Postulat der Freirechtsmänner Stellung zu nehmen. Ich kann indessen nicht unterlassen, zu bemerken, daß ich dieses für einen wertvollen praktischen Gewinn halte. An sich indiskutabel, läßt es sich erst von einem umfassenderen, vorausgesetzten politischen System aus werten. Doch glaube ich behaupten zu dürfen, daß die freirechtliche Politik in höherem Maße, als die positivistische, moderne, europäische Wertungsgesichtspunkte entspricht.

4. Während die freirechtlichen Angriffe sich so im wesentlichen gegen die Rechtspolitik des Positivismus richteten, wurde gleichzeitig die positivistische, naivdogmatische Rechtstheorie einer eingehenden Kritik unterworfen. In dem letzten Jahrzehnt hat sich ein erwachendes und stark steigendes, rechtsphilosophisches Interesse fühlbar gemacht. Im Vordergrund stehen hier die neukantischen Versuche, auf Grund der kritischen Erkenntnistheorie Kants eine Rechtserkenntnis zu errichten, d. h. eine allgemeingültige, rechtliche Erkenntnistheorie zu schaffen. Schon im Jahre 1888 griff Stammler „die historische Methode in der Rechtswissenschaft“ an und wies ihre Ungeeignetheit nach, die fundamentale Frage nach dem Begriff und der Idee des Rechtes zu lösen, und er ist der erste, der versucht hat, eine formale, apriorische Theorie der Rechtswissenschaft aufzubauen. Doch muß zugegeben werden, daß Stammlers Ausführungen und Begriffe sich oft einen formal-notwendigen, apriorischen Glanz beilegen, wo sie in Wirklichkeit bloß materielle Induktionen sind¹⁸⁾.

Eine entsprechende Wendung im deutschen, rechtstheoretischen Denken trat im Jahre 1911 mit Hans Kelsens bahnbrechendem, zum Teil von Hermann Cohen inspirierten Werke „Hauptprobleme des Staats-

¹⁸⁾ So Willikowski, Neukantianer im Recht, 1914, 64—65 und Binder, Ph. des Rechts, 1925, 123 f., 127—128.

rechts“ ein. Ohne hier irgendwie Kelsens Bedeutung für die Rechtstheorie bewerten zu wollen, wollen wir hier nur erwähnen, daß das, was bei dem genannten Werke zuerst in die Augen fällt, die rigoristische Konsequenz ist, mit der Kelsen — unter dem Motto „die reine Rechtslehre“ — sich gegen sowohl naturrechtlichen, wie naturwissenschaftlichen (= soziologischen) Methodensynkretismus in positiver Rechtswissenschaft wendet. Seine Grundansicht ist, daß das Recht aus einem Komplex von Normen besteht, und sich deshalb nur durch eine rein normative Methode bestimmen läßt. Es ist klar, daß hieraus unmittelbar weitreichende Konsequenzen für die Lehre vom Staate entspringen mußten. Diese Konsequenzen zieht Kelsen in den „Hauptproblemen“. Aber da nun der Begriff Staat, als eine soziologische Realität aufgefaßt, wie wir gesehen haben, zum Mittelpunkt in der positivistischen Rechtsquellenlehre geworden ist, so folgt daraus, daß Kelsens Grundgesichtspunkt, nach dem der Staat zu einem Normkomplex „verflüchtigt“ wird, mittelbar ebenso wichtige Konsequenzen für die Rechtsquellenlehre enthalten mußte. Diese im System latent liegenden Konsequenzen sind indessen weder von Kelsen, noch von einem seiner Anhänger ausdrücklich zu einer Lehre von den Rechtsquellen ausgearbeitet. Diese Aufgabe stellen wir uns — unter kritischer Würdigung von Kelsens Rechtstheorie — in dem folgenden systematischen Teil. Hiermit haben wir zugleich den Platz unserer Arbeit in der historischen Kontinuität angegeben.

ZWEITES BUCH.

SYSTEMATISCHE DARSTELLUNG DER THEORIE DER RECHTSQUELLEN.

ERSTER ABSCHNITT. DAS POSITIVITÄTSPROBLEM DES RECHTES.

Kapitel VIII.

Einleitung: Aufgabe und Methode.

1. Die induktive Methode.
2. Reflexion über den vorwissenschaftlichen Rechtsbegriff. — „Die besinnliche Methode.“
3. Die kritisch-transzendentallogische Methode.
4. Max Salomons Rechtsproblematik.
5. v. Kirchmann. — Freirecht und Positivismus.
6. Übersicht über die Theorien:
 - a) Das Recht als ethisches Sollen.
 - b) Das Recht als Natur-Sein.
 - c) Das Recht als spezifisch rechtliches Sollen.

Die dargelegte historische Entwicklung eröffnet uns die Möglichkeit für eine genauere Präzisierung unseres Problems. Wir haben gesehen, daß man historisch unter der Frage nach den Quellen des Rechtes systematisch weitverschiedene Probleme behandelt hat, meist ohne sich über ihre Verschiedenheiten klar zu sein. Vorläufig sind wir imstande, anzugeben, welche von diesen Problemen wir nicht behandeln wollen. Unsere Untersuchungen betreffen nicht die soziologische Frage nach den Ursachen der Existenz eines gegebenen Rechtes. Auch nicht die politische (ethische) Frage, welches Recht sein soll. Wir bleiben mit der Frage nach den Quellen des Rechtes innerhalb der dritten großen Problemgruppe, die sich darauf bezieht, wie man erkennen kann, daß etwas geltendes Recht ist. Aber um diese Frage näher präzisieren zu können, müssen wir erst erklären, was es besagt, daß Recht ist, worin das Wesen oder die Natur des Rechtes besteht. Diese Aufgabe soll in diesem Abschnitt gelöst werden. Als Einleitung wollen wir uns darüber klar machen, welche Methode wir zur Lösung dieser Aufgabe anwenden müssen.

1. Die populäre Auffassung geht davon aus, daß die Methode zur Bestimmung des Rechtsbegriffes empirisch und induktiv sein muß. Man denkt sich die Aufgabe darin bestehend, durch einen Vergleich einer Reihe Phänomene, die alle unzweifelhaft Rechtscharakter besitzen, die für das Recht charakteristische Merkmale zu finden — ihr *genus proximum* und ihre *differentia specifica*. Der Rechtsbegriff wird durch Induktion und Abstraktion gewonnen.

Diese Auffassung ist aus mehreren Gründen falsch. Doch ist die Einwendung, mit der man sie zurückzuweisen pflegt, nicht entscheidend. Man pflegt einzuwenden, daß die induktive Methode als Grundlage für die Induktion gewisse Phänomene voraussetzt, die von vornherein als rechtliche erkannt sind, d. h. die Methode setzt den Begriff voraus, den sie finden sollte. Dieses Gegenargument ist in dieser Form unvollständig. Denn es könnte mit demselben Rechte gegen jeden anderen sogenannten empirisch-induktiven Begriff, z. B. den Begriff Pferd gerichtet werden. Nur bei weiterem Hinweis auf die besonderen Unterschiede, die zwischen dem Begriff Recht und dem Begriff Pferd bestehen, erhält das Argument sein Gewicht. Dies soll näher im folgenden ausgeführt werden. Zuerst soll erwähnt werden, daß die populäre Auffassung schon aus einem anderen Grunde falsch ist¹⁾.

Es gilt nämlich von allen wissenschaftlichen Begriffen, daß sie nicht „Substanzbegriffe“ sind, d. h., daß sie nicht als Aggregat einer Reihe Merkmale bestimmt werden, die jedes für sich eine „Eigenschaft“, die von der „Wirklichkeit“ abstrahiert ist, ausdrücken. Eine solche aristotelische Begriffsbildungslehre — nach der jeder Begriff in Bezug auf seinen *genus proximus* bestimmt wird, der in der Reihe aufwärts steigend mehr und mehr abstrakt wird, um zuletzt auf der Spitze der Begriffspyramide mit dem Begriff „etwas“ zu schließen — setzt eine entsprechende aristotelische Metaphysik voraus und ist, wenn eine solche verworfen wird, in wissenschaftlicher Hinsicht wertlos. Eine solche Begriffsbildung bedeutet nur eine Gruppierung der Wirklichkeit und ist nicht imstande, den wissenschaftlichen Begriff zu „justifizieren“, d. h., seine wissenschaftliche Relevanz zu beweisen.

Der wissenschaftliche Begriff ist ein Funktionsbegriff. Seine Berechtigung besteht darin, daß er eine Größe ausdrückt, die einen Platz in einer Gleichung, in einem wissenschaftlichen Funktionszusammenhang einnimmt. So kann z. B. die Schwerkraft nur durch das Gravitationsgesetz definiert werden. Jede Vorstellung von einer hinter ihr liegenden Kraft ist ein anthropomorphisch-metaphysischer Aberglaube,

¹⁾ Vgl. zum folgenden: Cassirer, Substanzbegriff und Funktionsbegriff, Kapitel 1; Rickert, Zur Lehre von der Definition.

eine substantielle Verdopplung des Gegenstandes unserer Erkenntnis. Gleichfalls bekommen die Begriffe Masse, Energie, Atom usw. erst in Bezug auf physische Gesetze ihre Bedeutung. Nicht nur die obersten wissenschaftlichen Begriffe sind Funktionsbegriffe. Es ist aus der Geschichte der Botanik bekannt, wie man darum gekämpft hat, das richtige *fundamentum divisionis* — d. h. eben das Begriffssystem — zu finden, das am adäquatesten die botanische Gesetzmäßigkeit zum Ausdruck bringt²⁾. Während nun Linné sich an ein äußeres Verhältnis, wie die Anzahl und Eigenschaften der Staubgefäße heftete, suchte die spätere Botanik nach ständig tieferen Ausgangspunkten, die in Bezug auf die botanischen Gesetze relevant sind. Es erfolgt hier eine ständige Wechselwirkung. Es ist unmöglich, die Gesetze zu erkennen, ohne mit gewissem, wenn auch vorläufigen oder teilweise inadäquaten Begriffen zu arbeiten. Die Korrektur dieser ist auf der anderen Seite erst möglich auf Grundlage der gewonnenen Einsicht in die Gesetzmäßigkeit.

All dieses zeigt uns, daß der Rechtsbegriff nicht dadurch gewonnen werden kann, daß man durch eine Abstraktion eine Reihe gemeinsamer Merkmale heraussondert. Denn welche unter diesen relevant sind, kann erst mit Bezug auf einen wissenschaftlichen Funktionszusammenhang entschieden werden. Aber — könnte man fragen — eingeräumt, daß der Rechtsbegriff ein Funktionsbegriff ist, ist er dann nicht ein empirisch-induktiver Funktionsbegriff, wie z. B. der Begriff Pferd?

Wie oben erwähnt, kann diese Frage nicht dadurch abgewiesen werden, daß man nur darauf hinweist, daß eine Induktion den fraglichen Begriff voraussetzen würde. Dasselbe könnte auch von dem Begriff Pferd gesagt werden. Das Argument ist nur ein Ausdruck dafür, daß jeder materialen Definition eine nominale vorausgehen muß. Wenn die Frage doch verneinend beantwortet werden muß, so liegt das an einem Unterschied zwischen dem Begriff Pferd und dem Begriff Recht, der aus dem folgenden sich ergeben wird.

Die nominale Definition des wissenschaftlichen Begriffs bestimmt, in welcher Relation der Begriff eine Rolle spielt; sie setzt vorläufig den Namen des Begriffes als ein *x* an eine Stelle in einer Gleichung ein. Die materiale Definition bedeutet, daß die „Gleichung gelöst“ wird, indem man an der Stelle des Wortes, des *x*, das relevante Kennzeichen anbringt, so daß ein Gesetz ausgedrückt wird. Logisch gesehen ist jede Nominaldefinition eine Hypothese, jede Materialdefinition eine These. Der Begriff Pferd, der ursprünglich nur ein vorwissenschaftlicher Sammel-

²⁾ Vgl. L. Blaringhem, „Botanique“ in „De la méthode dans les sciences“ 2. série. Paris 1911, 157 ff.

name für gewisse gleichartig aussehende Tiere (die u. a. alle nur eine Zehe hatten) ist, gewinnt seine wissenschaftliche Berechtigung innerhalb einer allgemeinen Biologie, einer Entwicklungsgeschichte der Arten, und man wird dann nicht mehr auf das Kennzeichen einer Zehe Gewicht legen. Ist dieser Begriff empirisch? Unbedingt, so wahr wie alle Naturwissenschaft auf Empirie beruht. Ist er induktiv gewonnen? Diese Bezeichnung ist weniger korrekt. Induktion und Deduktion sind nicht verschiedenartige Denkformen, sondern sie sind Ausdruck für ein und denselben Denkprozeß, von zwei Seiten gesehen. Alles naturwissenschaftliche Denken geht auf eine Korrelation des (relativ) Konkreten mit dem (relativ) Abstrakten aus. Diese Korrelation bleibt dieselbe, ob man nun den Ausgangspunkt „von oben“ oder „von unten“ nimmt. Deduktion ist eine hypothetische Induktion und umgekehrt. Es ist ein populärer Aberglaube, daß Naturwissenschaft faktisch in der Regel induktiv betrieben wird³⁾. Es ist deshalb richtiger, die empirischen Begriffe nicht als induktive, sondern als funktionelle zu bezeichnen. Sie sind Ausdruck für eine Gesetzmäßigkeit.

Wir sind nun imstande, zu verstehen, warum die empirische Methode nicht auf den Begriff des Rechtes angewendet werden kann⁴⁾. Es geht nämlich aus dem Vorhergehenden hervor, daß die empirischen Begriffe eine Gesetzmäßigkeit innerhalb eines gewissen Systems, innerhalb einer gegebenen Wissenschaft ausdrücken. So setzen die Begriffe Schwere, Masse, Pferd u. ä., alle ein naturwissenschaftliches System voraus, innerhalb dessen sie ihren Platz finden. Aber eben diese Voraussetzung fehlt, wenn wir nach dem Begriff des Rechtes fragen. Recht ist nicht ein wissenschaftlicher Begriff innerhalb eines Systems, sondern gibt dieses System selber an. Es drückt eine gewisse Erkenntnisart als spezifisch rechtlich aus. Wir können nicht auf Empirie und Funktionszusammenhänge hinweisen, da Recht selbst Ausdruck für ein eigentümliches Funktionssystem ist. Der „Begriff“ Recht ist in diesem Zusammenhang analog mit dem „Begriff“ Natur: sie drücken

³⁾ Vgl. H. Bouasse, *Physique générale* in „De la méthode dans les sciences“, I. série, Paris 1920, p. 124—145. „Ce qui fait l'originalité de la méthode en physique est au contraire l'importance qu'y prend le raisonnement déductif . . . En physique, les découvertes sont principalement dues à la méthode déductive: c'est ce qu'on énonce en parlant des théories fécondes.“ Nachdem der Verfasser dies anschaulich durch ein Beispiel aus der Optik illustriert hat, kann er schließen: „Le rôle de l'expérience se trouve ainsi réduit au minimum, presque à rien“ (138).

⁴⁾ Dies wird auch von der neueren Rechtsphilosophie anerkannt, s. Sauer, *Übersicht über die gegenwärtigen Richtungen in der deutschen Rechtsphilosophie*, 5. Eine Ausnahme bildet Belling, *Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, 13, und Max Wenzel, *Über letzteren* s. unten XV, 1.

beide ein Erkenntnisssystem aus. Die erwähnten „Begriffe“ zu „definieren“, kann deshalb nichts anderes bedeuten, als die Eigenart der entsprechenden Erkenntnis anzugeben.

2. Ebenso wie wir die populäre Auffassung verwerfen müssen, die die „Dinge, wie sie sind“, betrachten und durch Vergleichung die gemeinsamen Kennzeichen abstrahieren will, müssen wir auch eine andere, wengleich weniger primitive, so doch nur quasi-wissenschaftliche Methode verwerfen. Sie geht darauf aus, durch eine Reflexion über den vorwissenschaftlichen Rechtsbegriff den wahren Begriff des Rechtes herauszuzondern. Ist auch der vorwissenschaftliche Begriff ungenau, so wird, glaubt man, eine Reflexion die wahren Züge in den Begriff an den Tag bringen. Man spricht auch von einem Sich-besinnen auf den entsprechenden Begriff, das darauf ausgehen soll, sich klar zu machen, was man denkt, wenn man den behandelten Begriff denkt, welche Meinung (Sinn) darin ausgedrückt wird. Eine solche Methode ist verwerflich. Sie entbehrt jeder Garantie für Objektivität, d. h. für die wissenschaftliche Relevanz des Begriffs. Über den vorwissenschaftlichen Begriff zu reflektieren sagt nichts, solange nicht angegeben wird, nach welchem Kriterium die Korrektur vorgehen soll. Etwas anderes ist es, daß eine solche Reflexion als heuristisches Prinzip wertvoll sein kann. Es kann vielleicht den Denker auf den richtigen Weg bringen, es kann aber niemals die Begründung für die Definition abgeben. Ebenso wenig führt eine „meinungserforschende“ Methode zu einem Resultat. Ob Rechtssätze die eine oder andere „Meinung“ ausdrücken, ist nirgendswo gegeben — weder in den Sätzen selbst, noch in uns. Welche Meinung den Rechtssätzen beigelegt wird, läßt sich nur nach ihrer Stellung zufolge einer Grundlegung der juristischen Erkenntnis entscheiden. Unsere Erkenntnis hört niemals auf, in sich selbst zurückzukehren, niemals holt sie ihre Begriffe von einer selbständigen, relationslosen „Meinung“. Ein grelles Beispiel der hier besprochenen Definitionsmethode bietet Binders „besinnliche Methode“. Dieser Verfasser bestimmt die Begriffe Recht, Staat und Kultur unter dem Hinweis darauf, was wir denken, wenn wir diese Begriffe denken⁵⁾. Es ist klar, daß hiermit der Weg für subjektive Willkür geöffnet wird. Es zeigt, wie wenig Ernst in Binders Berufung auf die kritische Methode ist. Seine Methode ist nur pseudo-kritisch. Dies erklärt, daß das Resultat nur werden konnte, was es wurde: eine erneuerte idealistische Metaphysik.

⁵⁾ Binder, *Philosophie des Rechts*, LIII, 222—223, 226 (Recht); 483 (Staat); 105 (Kultur).

3. Wir kommen so zu dem Ergebnis, daß die Frage nach dem „Wesen“ des Rechtes, seinem „Begriff“, identisch sein muß mit der Frage, wie rechtliche Erkenntnis möglich ist. Die Reflexion über das Wesen des Rechts ist Reflexion über den Charakter der Rechtswissenschaft. Eine andere Bedeutung kann die Frage nicht haben. Die einzige mögliche Methode zur Lösung dieses Problems ist die von Kant erfundene kritische, transzendentallogische. Der Ausgangspunkt wird hiernach in dem Faktum einer Wissenschaft genommen und die Methode geht darauf aus, durch einen Rückschluß die Voraussetzungen zu bestimmen, die notwendig sind, damit die erwähnte Wissenschaft möglich sein soll.

Inzwischen bietet die Anwendung der transzendentallogischen Methode auf die Rechtswissenschaft eine besondere Schwierigkeit. Die Eigentümlichkeit dieser Methode besteht nicht — wie Binder anzunehmen scheint — darin, daß man schnell davon absieht, ob etwas möglich ist, um nur zu fragen, wie es möglich ist, das Faktum vorausgesetzt. Binder z. B. zieht nicht in Betrachtung, daß man „Kultur“ als gegeben, als ein unzweifelhaftes Faktum voraussetzt. Wie der Verfasser dies Wort versteht, bedeutet es „richtige Kultur“, eine Wirklichkeit, die durch ihre Beziehung zu objektiv gültigen Normen bestimmt wird. In diesem Sinne ist Kultur keineswegs ein Faktum, sondern in hohem Grade problematisch. Auf diese Weise angewendet, wird die „kritische“ Methode ein nützliches Mittel für eine nach Metaphysik hungernde Philosophie: alle fundamentalen Zweifelsprobleme können dadurch gelöst werden, daß man auf diese Weise als Faktum voraussetzt, was das Problem enthält. Dies ist niemals die wahre Bedeutung der kritischen Methode gewesen. Kant hatte recht gehabt, das Faktum der Naturwissenschaft vorauszusetzen. Das naturwissenschaftliche Denken hatte schon damals seine Kinderkrankheiten überwunden und seinen Charakter als Wissenschaft bestätigt, d. h. als Prozeß zur Hervorbringung in System gesetzter, unter einander verbundener Urteile, die alle in ein und demselben Einheitspunkt koordinieren. Kultur als Faktum vorauszusetzen, entbehrt dagegen aller Berechtigung. Das Faktum der Rechtswissenschaft nimmt eine schwierige Mittelstellung ein. Wohl hat man in Jahrtausenden eine literare und doktrinäre Tätigkeit entfaltet, die für sich den Namen *jurisprudentia*, Rechtswissenschaft, reklamiert. Es hat aber — nicht zum wenigsten in unseren Tagen — ein unentschiedener Streit darüber geherrscht, welchen wissenschaftlichen Wert, welche Aufgabe und Methode diese Tätigkeit zukomme. Es ist nicht alles Gold was glänzt — ebensowenig alles Wissenschaft, worüber dicke Bücher geschrieben werden, oder worin man Universitätsprofessor werden kann.

Wir müssen daher bei der Anwendung der transzendentalen Methode auf das „Faktum“ der Rechtswissenschaft besonders vorsichtig sein. Wir müssen genau darauf achten, daß die Wissenschaft, die wir begründen wollen, in ihren Prätionen nicht hinausgeht über das, was wirklich als objektiv innerhalb des Komplexes gelten kann, den man unter dem Namen Jurisprudenz begreift. Die Jurisprudenz als das gesamte Tätigkeitsgebiet des praktischen und „theoretischen“ Juristen (darunter verstehe ich Professoren der Rechtswissenschaft, Respondenten und dergleichen, die selbst ihre Tätigkeit als wissenschaftlich ansehen) ist so umfassend, daß das Allermeiste davon gegebenerweise keinen wissenschaftlichen Charakter hat. Dazu kommt, daß die Tätigkeit möglicherweise wohl wissenschaftlich sein kann, aber nicht rechtswissenschaftlich.

Es gilt deshalb, zuerst und vor allem festzustellen, was formell die Wissenschaft charakterisiert, die wir begründen wollen.

Sie charakterisiert sich als die spezifisch rechtserkennende.

Wir müssen aus dem gesamten Gebiet der Jurisprudenz alles ausscheiden, was als zum Gebiet einer anderen Wissenschaft gehörend aufgefaßt werden kann. Wir müssen hier daran erinnern, was wir oben (I, 3) gesagt haben. Sowohl die Rechtssoziologie als die Rechtspolitik hat auf die eine oder andere Weise (lassen wir dahingestellt, auf welche) Berührung mit rechtlichen Phänomenen. Doch fallen sie beide vollständig auf das Gebiet einer anderen Wissenschaft, der Naturwissenschaft bzw. Ethik (oder einer anderen politischen Disziplin). Sie setzen beide eine spezifisch rechtliche Erkenntnis voraus. Diese kann nur in der Wissenschaft gefunden werden, die zum Ziel hat, zu erkennen, daß etwas Recht ist. Hierin liegt das formelle Kennzeichen der Wissenschaft, die wir begründen wollen. Wenn wir daran festhalten, werden wir den Fehler vermeiden, der die allermeisten Versuche, die Rechtswissenschaft zu begründen, zuschanden macht.

Dieses Prinzip führt nämlich dazu, aus dem Faktum der Rechtswissenschaft alles auszuschneiden, was in der Jurisprudenz eine nicht-Recht-erkennende, sondern eine politische, Recht-schaffende, oder Recht-postulierende Funktion ausübt. Wie später genauer gezeigt werden wird (XIII, 5—6) fällt darunter alle Interpretation. Die autoritäre Interpretation ist rechtschaffend, die doktrinäre politisch recht-postulierend. Allzuoft ist die Grundlegung der Rechtswissenschaft fälschlicherweise in Richtung einer Interpretation orientiert gewesen. Man ist dabei notwendigerweise nicht in der Theorie der Rechtserkenntnis, sondern in der der Politik (des Naturrechts) gelandet.

Diese Orientierung in Richtung einer Interpretation und Politik muß als Krebschaden der modernen Rechtstheorie bezeichnet werden. Hier äußern sich die stärksten Affekte, hier führen die liebsten Vorurteile das Wort, so daß es nur (psychologisch) verständlich ist, daß die Theorie sich nicht aus dem Garn der Politik frei machen kann. Nicht zum wenigsten muß der Erwerbs- und Fachjurist Feind einer Theorie sein, die der juristischen Politik, sp. der Interpretation, ihren wissenschaftlich-autoritären Charakter rauben will. Eben hierauf beruht ja die magische Überlegenheit des Juristen, seine autoritäre Stellung als *pontifex*, als juristischer Priester und Prophet; der Erhalter, Verkünder und Deuter der Schrift. Und der, der als ein zweiter Gnaeus Flavius die Heimlichkeit dem Volke ausliefern will, kann keinen freundlichen Empfang erwarten.

Die Spannung zwischen Theorie und Politik innerhalb der Jurisprudenz entspricht der tiefsten Spannung innerhalb unseres Denkens überhaupt: der uninteressierte Kampf der Forschung mit unseren Trieben und Gefühlen, unserem Hoffen und Sehnen. Geist und Leben: der Kampf der a-vitalen Kritik gegen das, was leben will; das Dogma, das Postulat, der Glaube — *de profundis*. Aber das Leben ist nur kurz. Der Geist ist Askese. Sagen wir die Wahrheit.

Wir haben im historischen Teil wiederholt Gelegenheit gehabt, nachzuweisen, daß politische Postulate für Theorie ausgegeben wurden. Daß das Naturrecht, soweit es sich für positives Recht oder für den „Grund“ positiven Rechtes aus gibt, in einer Vermischung von Politik und Theorie besteht, ist eine altbekannte Wahrheit. Daß auch die historische Schule zu einem großen Teil eine Umschreibung einer (quietistisch-positiven) Rechtspolitik war, hat man angefangen einzusehen, und diese Auffassung ist in unserer Analyse der Schule näher begründet worden. Endlich haben wir auch nachgewiesen, daß selbst der Positivismus, der geschworene Feind des Naturrechts, eine politisch orientierte, formal-naturrechtliche Rechtslehre ist. Und was sind die modernen, freirechtlichen Bewegung anders? Sie reagieren gegen den Positivismus als Politik — von einem politischen Standpunkt aus. Anstelle einer formalen und lebensfremden wünschen sie eine materielle, soziologische Rechtspolitik. Aber diese Forderung erborgt sich den Namen der Theorie.

Das Sonderbare ist, daß diese Orientierung der Theorie der Rechtswissenschaft in Richtung auf eine politische Wirksamkeit nicht allein den Theorien gilt, die sich in Verbindung mit der Geschichte der positiven Rechtswissenschaft entwickelt haben. Dasselbe gilt von zahlreichen modernen, spezifisch rechtsphilosophischen Leistungen, die entweder von Fachphilosophen, oder von Juristen mit ausgeprägt philosophischen

Prätensionen, vollbracht wurden. Man denke an die überströmende Kulturgeisterung der Neo-Hegelianer (sie hatten als philosophische Emporkömmlinge sich zu Unrecht Hegel als ihren geistigen Stammvater angemahnt); oder an die süddeutsche, neo-kantische Richtung. Für Lask, Radbruch, Kantorowicz (und Binder) ist Rechtswissenschaft eben gleich Interpretationswissenschaft⁶⁾. Dasselbe gilt auf Marburger Grundlage von einem so tüchtigen Werk wie Max Salomons „Grundlegung zur Rechtsphilosophie“.

Mit dieser allgemeinen Verschmelzung von Politik und Theorie als Hintergrund treten die einzelnen Forscher, die ausnahmsweise versucht haben, die Theorie der Rechtswissenschaft gegen eine unpolitische Rechtserkenntnis zu orientieren, umso klarer hervor. Erwähnt werden muß hier in erster Reihe die englische analytische Schule (John Austin) und die jungösterreichische Schule (Hans Kelsen).

Hiermit haben wir unsere Aufgabe und unsere Methode festgelegt. Es gilt für uns, mit Rücksicht auf den Teil des Faktums der Rechtswissenschaft, der in einer objektiven, rechtserkennenden Funktion besteht, mit Hilfe der kritisch-transzendentallogischen Methode, zu begründen, wie Rechtswissenschaft möglich ist. Als ohne Bedeutung für unser Ziel scheiden wir indessen die Frage aus, ob die juristische Erkenntnis die Form einer eigentlichen Wissenschaft annehmen kann⁷⁾ und beschränken uns darauf zu fragen, wie überhaupt juristische Erkenntnis möglich ist.

4. Schon aus diesem Grund müssen wir absehen von neueren, bemerkenswerten Versuchen, die Rechtswissenschaft als eine Rechtsproblematik zu begründen (Max Salomon). Hiermit ist eine systematische Darstellung der Probleme gemeint, die Gegenstand einer möglichen Gesetzgebung sein können⁸⁾. Doch muß dies nicht in dem Sinne verstanden werden, wonach der Gegenstand jeder Wissenschaft in Problemen besteht, d. h. in Fragen, die eine Lösung verlangen. Es kommt (nach Ansicht des Verfassers) nicht der Rechtswissenschaft zu, sondern der Rechtsphilosophie, die rechtlichen Probleme zu lösen. Die Aufgabe der Rechtswissenschaft besteht bloß darin, die Probleme in ihren syste-

⁶⁾ Vgl. unten X, 2 und 7.

⁷⁾ S. hierüber v. Kirchmann, Über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848; Nußbaum, Über Aufgabe und Wesen der Jurisprudenz, 1906; Max Rumpf, Volk und Recht, 1910; Max Salomon, Grundlegung zur Rechtsphilosophie, 11—81; Binder, Philosophie des Rechts, § 28; H. Marx, Der Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz, 1918; Binder, Der Wissenschaftscharakter der Rechtswissenschaft, 1920.

⁸⁾ Max Salomon, a. a. O. 54.

matischen Zusammenhängen darzustellen⁹⁾. Ohne hier näher auf diese höchst problematische Möglichkeit der Problematik einzugehen, genügt es zu bemerken, daß eine Problematik sich nur von einer bestimmten Problemstellung aus denken läßt. Darunter versteht der Verfasser eine ethisch-politische Problemstellung. Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie machen zusammen die gesamte Rechtspolitik aus. Wenn es auch unkorrekt ist, Max Salomons „Rechtswissenschaft“ als Rechtspolitik zu bezeichnen¹⁰⁾ (denn sie will ja nicht die Probleme lösen), kommt man doch nicht darum herum, daß sie eine Einleitung in die Rechtspolitik ist, sie ist, genau ausgedrückt, keine Rechtsproblematik, sondern eine Rechtspolitikproblematik. Ist nun auch eine Terminologie ohne tiefere Bedeutung, so ist es doch unglücklich, wenn Max Salomon die (nehmen wir an) so begründete Wissenschaft als Rechtswissenschaft bezeichnet. Selbst wenn man, wie der Verfasser, annehmen will, daß die Rechtspolitik nicht eine bloße Anwendung der Ethik ist, ist es doch klar, daß sie in allerhöchstem Grade mit der Ethik gleichgestaltet ist. Sie ist dagegen ohne jede Verbindung mit dem positiven Recht. Da die „Rechtswissenschaft“ des Verfassers ganz und gar von der Rechtspolitik abhängig ist, muß auch die Rechtswissenschaft mit der Ethik gleichgebildet sein. Wollte man auch dem Verfasser in allen seinen Betrachtungen zur Grundlegung der behandelten Wissenschaft beistimmen, müßte man doch behaupten, daß sie den Namen Rechtswissenschaft nicht verdient. Denn sie ist ohne Verbindung mit dem positiven Recht. Nun nimmt der Verfasser wohl an (in Übereinstimmung mit v. Kirchmann), daß das, was im allgemeinen als positive Rechtswissenschaft bezeichnet wird, keine Wissenschaft ist. Aber er hat keineswegs den negativen Beweis dafür erbracht, daß eine solche Wissenschaft nicht möglich ist. Auf der anderen Seite versucht der Verfasser — wenngleich ohne Glück — das positive Recht in sein System hineinzupressen (es ist ihm wohl absurd vorgekommen, eine Rechtswissenschaft zu begründen, die ohne aller Verbindung mit positivem Recht war). Dieser Versuch mußte notwendigerweise mißglücken. Rechtsphilosophie (und Rechtswissenschaft) handeln nach Max Salomon von dem richtigen Recht, der Rechtsidee. Das positive Recht bestimmt der Verfasser als den Willen der herrschenden Majorität. Der Verfasser ist sich ganz klar darüber, daß eine Analyse des positiven Rechts niemals zur Idee des Rechts führen wird, sondern nur zu seinem Begriff¹¹⁾. Er gibt zu,

⁹⁾ A. a. O. 55—57.

¹⁰⁾ So wie Binder [26 c] 343; dagegen mit Recht Salomon, a. a. O. 38, Anm. 1.

¹¹⁾ Salomon, a. a. O. 195.

daß das positive Recht als Wille der herrschenden Majorität positives Recht ist und bleibt, ohne Ansehen seiner Übereinstimmung mit der Rechtsidee¹²⁾. Umsomehr muß man sich darüber wundern, wenn der Verfasser doch die Rechtsidee das positive Recht konstituieren läßt. „Die Idee des Rechts lehrt uns, in welchen Fällen Phänomene . . . als rechtliche Phänomene, als Phänomene des Rechts angesprochen werden dürfen. Insofern wirkt die Idee des Rechts als konstitutiver Faktor des Rechts der Erscheinung“ . . .¹³⁾. Wie ist es möglich, daß die Idee des Rechtes — als „einer Abbeviatur der Sittlichkeit“¹⁴⁾ — den Begriff des Rechtes — als den Willen der herrschenden Majorität — konstituieren kann?? Der Verfasser sucht um die Schwierigkeit herumzukommen, indem er das positive Recht für einen Versuch zum richtigen Recht erklärt. „Das positive Recht ist demnach weiter zu charakterisieren als ein Versuch durch Bestrahlung der von ihm erfaßten Probleme mit einer ganz konkreten Auffassung von der Idee des Rechts diese Probleme im Sinne des Rechts zu lösen . . .“ „In dem geltenden, positiven Recht kommt zum Ausdruck, wie . . . die Lösung von Rechtsproblemen augenblicklich für richtig befunden wird, welches also zur Zeit die begriffliche Fixierung der Rechtsidee ist. Das positive Recht ist also mithin eine Erscheinungsweise der Idee des Rechts, wenn auch noch so sehr seine einzelnen Bestimmungen dieser Idee vielleicht widerstreiten“¹⁵⁾. Diese Verbindung scheint gar keinen Sinn zu haben. Objektiv gesehen kann ja das positive Recht soviel es nur will, gegen die Idee streiten und bleibt doch positives Recht. Die Formulierung bei Max Salomon p. 191 deutet auf eine subjektive Verbindung, indem eine subjektive Auffassung der Rechtsidee ein entscheidendes Motiv zum Entstehen des Rechts gewesen sein soll. Abgesehen davon, daß in diesem Falle nicht die Idee als Idee, sondern die Ideevorstellung als psychisches Seinsfaktum den Begriff des Rechts „konstituiert“, ist es durchaus einleuchtend, daß diese behauptete Verbindung ganz fiktiv ist. Bei wem findet sich dieses Motiv? Machen sich nicht andere Motive geltend? Wie relativ stark soll es sein? Verlangt man denn wirklich, daß wir glauben sollen, daß das überwiegende Motiv bei aller Rechtsgestaltung ein Streben nach dem Rechtsideal ist? Will man den Rechtscharakter des positiven Rechts davon abhängen lassen?

Die Vorstellung von dem positiven Recht als einer „Erscheinungsweise der Idee des Rechts“ ist eine äußerst verbreitete Vorstellung. Sie

¹²⁾ A. a. O. 190.

¹³⁾ A. a. O. 174.

¹⁴⁾ A. a. O. 153 f.

¹⁵⁾ A. a. O. 190—191.

muß notwendigerweise auftauchen, sobald die Rechtswissenschaft in Richtung einer Rechtspolitik orientiert wird; sobald man in der einen oder anderen idealistischen Philosophie seinen Ausgangspunkt nimmt und das Primat der Rechtsidee gegenüber dem Rechtsbegriff behauptet. Sie ist ein Kompromiß zwischen der idealen Bestimmung der Rechtswissenschaft und der realen Positivität des Rechtes. In Deutschland ist sie oft ein Überbleibsel der Hegelschen Philosophie, und erhält in jedem Fall nur auf dem Grunde einer Hegelschen Metaphysik Bedeutung. Nur unter Annahme einer absoluten Idee, die sich im Dasein entfaltet, und offenbart, nur unter Voraussetzung einer Identität zwischen Sein und Sollen, Wirklichkeit und Idee, hat es einen Sinn, das positive Recht als Erscheinung der Rechtsidee, d. h. als ihre „Offenbarung“ zu bezeichnen, die Idee als Idee, als Sollen, das positive Recht als Wirklichkeit, als Sein, konstituieren zu lassen. Aber da Max Salomon nicht (und da Binder sagt, daß er nicht) die erwähnte Metaphysik annimmt, so bleibt die Lehre sinnlos, unmöglich.

Wir müssen also schließen, daß Max Salomon das Problem verschoben hat. Seine Lehre enthält (unbesehen ihrer Richtigkeit) eine interessante Grundlegung der Theorie der Rechtspolitik. Sie ist ohne jegliche Verbindung mit dem positiven Recht. Der Verfasser hat nicht den negativen Beweis dafür geführt, daß eine Wissenschaft von ihm nicht möglich ist. Durch die traditionell-banale Definition des positiven Rechts als „Wille der Majorität“ schiebt er mit einer nichtssagenden, problemheischenden Phrase die Probleme des positiven Rechts beiseite. Der Verfasser hätte einsehen müssen, daß bei einem Ausgangspunkt von dem Begriff des positiven Rechts sich eine positive Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie nicht alleine ebenbürtig mit, sondern primär im Verhältnis zu der von ihm begründeten „Wissenschaft und Philosophie des richtigen Rechts“ begründet. Denn der Verfasser bestimmt doch eben den Gegenstand seiner Rechtswissenschaft als „den Gegenstand möglicher Gesetzgebung“, d. h. positiver Gesetzgebung.

5. Nachdem wir die Rechtspolitik aus dem Faktum der Rechtswissenschaft ausgeschieden haben, kehren wir zum Problem zurück: wie ist eine spezifisch rechtserkennende Wissenschaft möglich?

Die moderne Diskussion über diese Frage wurde in der Mitte des vorigen Jahrhunderts mit einer These eingeleitet, die durch ihre revolutionäre Dreistigkeit verblüffte, Ärgernis erweckte, bei vielen heimliche Zweifel auslöste, und faktisch in der kommenden Zeit, ja bis in unsere Tage, bestimmend auf das rechtstheoretische Denken wirkte. Es war die von dem angesehenen und hochstehenden juristischen Beamten

I. H. v. Kirchmann im Jahre 1847 aufgestellte Behauptung von der „Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“¹⁶⁾. v. Kirchmanns Schrift wird sicher häufiger zitiert als gelesen. Auf jeden Fall sind Wiedergaben ihres Inhaltes sehr häufig äußerst mangelhaft. Es werden darin zwei verschiedene Thesen aufgestellt, eine praktisch-politische und eine theoretische¹⁷⁾.

Die erste geht darauf aus, daß die Tätigkeit, die faktisch unter dem Namen Rechtswissenschaft, Jurisprudenz stattfindet — ohne Rücksicht darauf, welcher theoretische Charakter ihr zukommen mag — praktisch schädlich für das Rechtsleben ist. Die gelehrte Juristerei vernichtet das gesunde, starke, unmittelbare Rechtsgefühl des Volkes, die Rechtsprechung wird zu einer Zufälligkeit, die sich auf gelehrte Diskussionen über die Auslegung eines Paragraphen gründet. Der Prozeß wird zu einem Spiel, das man verliert oder gewinnt, nicht zu einem Kampf um das Recht. Der Verfasser empfiehlt daher, aufs neue zu Zuständen zurückzukehren, wie sie herrschten, bevor die Schlange der Juristerei sich in das Paradies einschlich. Die Macht der Rechtsprechung soll von Ungelehrten, aus dem Volke stammenden Richtern ausgeübt werden. Ihr Rechtsgefühl wird eine Garantie für gute Entscheidungen, der Prozeß wird kurz und klar sein. Obgleich v. Kirchmann sich mit Hohn gegen die mikrologischen Spitzfindigkeiten der historischen Schule wendet, fällt es doch nicht schwer zu sehen, daß sein Gedankengang eine radikale Fortsetzung des Ausgangspunktes der historischen Schule bedeutet. Die eigentliche Heimstätte des Rechtes ist das Bewußtsein des Volkes, v. Kirchmann bestreitet bloß die andere These der Schule; er bestreitet, daß der gelehrte Juristenstand immer, oder bloß häufig, als Depositär für dieses Bewußtsein angesehen werden kann. Seine Lehre ist insofern eine Fortsetzung der Georg Beselers, der wenige Jahre vorher behauptet hatte, daß „das Juristenrecht“ oft im Widerstreit zu dem Volksrecht stehe.

Diese praktische These, nach der die gelehrte Reflexion als Mittel zu einer gesunden Rechtspolitik verworfen wird, die sich ausschließlich auf das Rechtsgefühl des Volkes begründen sollte, machte das Hauptgewicht in v. Kirchmanns Vortrag aus. Gegen sie wandten sich auch

¹⁶⁾ Über v. Kirchmann und seine Schrift, s. besonders Sternberg, I. H. v. Kirchmann und seine Kritik der Rechtswissenschaft; Binder, Der Wissenschaftscharakter der Rechtswissenschaft, 321; Landsberg, Geschichte, III, 2, p. 737 f.; Max Rumpf, Volk und Recht, 1910, p. 96 f.; Pachmann, Über die gegenwärtige Bewegung in der Rechtswissenschaft, 1882, p. 30 f.; Max Salomon, Grundlegung, 13.

¹⁷⁾ Richtig hervorgehoben von Binder [26 c] 322.

die Gegenschriften zuerst und vor allem¹⁸⁾. Die nachfolgende Zeit indes interessierte sich für diese These nicht. Die Entwicklung hat längst dokumentiert, daß man v. Kirchmanns optimistischen Glauben an den unreflektierten, volksmäßigen Wissen von Gut und Böse nicht teilen kann. Man ahnt, welche Launenhaftigkeit, Unsicherheit in der Rechtspflege entstehen würde, wenn diese dem Instinkt des Volkes übergeben würde.

Umsomehr interessiert uns die andere These. In ihr heißt es, daß das, was den Namen Rechtswissenschaft trägt, in Wirklichkeit nicht berechtigt sei, diesen Namen zu führen. Es ist keine Wissenschaft. Diese Behauptung stützt sich auf folgende Argumente: vergleicht man die Rechtswissenschaft mit einer echten Wissenschaft, z. B. der Naturwissenschaft, so zeigt sich ein tiefgreifender Unterschied. „Die nächste Eigentümlichkeit, die hervortritt, ist die Veränderlichkeit des natürlichen Rechts als Gegenstand der Jurisprudenz. Sonne, Mond und Sterne scheinen heute wie vor Jahrtausenden; die Rose blüht heute noch so, wie im Paradiese; das Recht aber ist seitdem ein anderes geworden“¹⁹⁾. Diese Veränderlichkeit in dem Gegenstand der sogenannten Rechtswissenschaft wird durch einen anderen Umstand weiter verstärkt. „Es ist die Gestalt des positiven Gesetzes . . . die zwischen dem Recht und der Wissenschaft sich eindringt und beide mit ihren verderblichen Wirkungen bedeckt“²⁰⁾. Das positive Gesetz ist das willkürliche, das das Wahre wie das Unwahre enthält. „Aus einer Priesterin der Wahrheit“ hat es die Rechtswissenschaft zu einer „Dienerin des Zufalls“ gemacht. Die Arbeit der Rechtswissenschaft ist eitel. „Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers, und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur“²¹⁾.

Ein anderes Argument holt der Verfasser von dem Umstande, „daß das Recht nicht bloß im Wissen, sondern auch im Fühlen ist, daß ihr Gegenstand nicht bloß im Kopfe, sondern auch in der Brust des Menschen seinen Sitz hat“²²⁾. Ob das Licht eine Wellenbewegung im Äther ist, oder eine lineare Bewegung in feinen Stoffteilen, läßt sich ohne Leidenschaft entscheiden. „Im Rechte dagegen, welche Erbitterung, welche Leidenschaften, welche Parteiungen, mischen sich in die Aufsuchung der Wahrheit. Alle Fragen des öffentlichen Rechts sind davon

¹⁸⁾ Retsag, Apologie der Jurisprudenz; Rudorff, Kritik der Schrift des Staatsanwalt v. Kirchmann über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft von einem Lehrer dieser Wissenschaft; Stahl, Rechtswissenschaft oder Volksbewußtsein?

¹⁹⁾ v. Kirchmann, Die Wertlosigkeit . . ., 11.

²⁰⁾ A. a. O. 20.

²¹⁾ A. a. O. 19.

²²⁾ A. a. O. 14.

durchzogen. Ob Konstitution oder nicht, ob Preßfreiheit oder Zensur, ob zwei Kammern oder eine . . . hier und beinahe überall im Recht hat das Gefühl sich schon für eine Antwort entschieden, ehe noch die wissenschaftliche Untersuchung begonnen hat“²³⁾.

Es lohnt sich, diese Argumente v. Kirchmanns näher in Augenschein zu nehmen. Sie bergen in einem Kern den „Kampf um die Rechtswissenschaft“ der Folgezeit. Zugleich sind sie zweifellos noch ein Ausdruck für die gebildete populäre Auffassung, soweit diese noch nicht einen naturalistischen Positivismus überwunden hat. Wenn sich heutzutage mancher Jurist dagegen wehrt, v. Kirchmanns pessimistische Schlüsse anzuerkennen, so liegt das sicher nicht immer daran, daß er mit diesem in den Prämissen uneinig ist. Oft sicher nur daran, daß er nicht genügend intellektuelle Konsequenz und Ehrlichkeit besitzt, die „Wissenschaftlichkeit“ seines Lebensberufs zu verleugnen.

Was ist es, was v. Kirchmann nicht als Wissenschaft gelten lassen will? Hier begegnen wir sogleich einer Unsicherheit in der Darstellung. Als Gegenstand der Rechtswissenschaft gibt der Verfasser zuerst das natürliche Recht an. Hierunter versteht er in Übereinstimmung mit der historischen Schule nicht ein abstraktes, unveränderliches, sondern ein konkretes, historisches, volksmäßiges Recht²⁴⁾. Auf der anderen Seite geht der Verfasser davon aus, daß der Gegenstand der Rechtswissenschaft das positive Recht ist. Eben auf dessen Veränderlichkeit beruht das geflügelte Wort von den drei berichtigenden Worten des Gesetzgebers. Diese Doppeltheit verstehen wir erst, wenn wir uns erinnern, daß die Methode des Verfassers nicht kritisch ist. Er fragt nicht, ob und wie eine Rechtswissenschaft möglich ist. Er geht davon aus, wie eine solche Wissenschaft aussehen muß, wenn sie möglich ist, und vergleicht sie darauf mit der faktisch vorliegenden Jurisprudenz. Als Ausdruck für diese Voraussetzung bestimmt der Verfasser den Gegenstand der Rechtswissenschaft als das natürliche Recht. Er geht davon aus, daß die Aufgabe der wahren Rechtswissenschaft darin bestehen muß, das Gültige, das Wahre zu bestimmen, die Gerichte zur besten Urteilsfällung praktisch anzuleiten. Kurz, er bestimmt die Rechtswissenschaft als Rechtspolitik. Wenn er ein anderesmal von dem Gegenstand der Rechtswissenschaft als dem positiven Recht spricht, meint er das Material, mit dem die Jurisprudenz faktisch arbeitet.

²³⁾ A. a. O. 15.

²⁴⁾ A. a. O. 8, vgl. 11, 18. Hierzu paßt, daß das Recht vom Gefühl erkannt wird, s. Zitat oben, Anm. 22, 23.

Die These des Verfassers wird hiernach eine doppelte:

Zum ersten bezweifelt er, ob überhaupt eine wahre Rechtswissenschaft möglich ist. Denn selbst das natürliche Recht, selbst das „wahre“ ist auf diesem Gebiet variabel, und dazu teilweise eine Gefühlsangelegenheit. Ferner: in jedem Fall kann kein Zweifel darüber herrschen, daß die Jurisprudenz, die positive Rechtswissenschaft, keine wirkliche Rechtswissenschaft ist. Denn das positive Recht hat sich hier dazwischengeschoben und der Jurisprudenz jede Verbindung mit dem „Wahren“ genommen. Das läßt sich auch so ausdrücken, daß der Verfasser von vornherein unkritisch voraussetzt, daß wahre Rechtswissenschaft gültige Rechtspolitik, Wissenschaft von dem natürlichen Recht bedeutet, und daß er dann den Wert der positiven Rechtswissenschaft als Rechtspolitik verkennt. Somit geht das Ganze eigentlich darauf hinaus, daß positive Rechtswissenschaft nicht Naturrechtswissenschaft ist, positives Recht nicht Naturrecht ist! Dagegen hat v. Kirchmann überhaupt nicht die Frage beachtet, ob die positive Rechtswissenschaft von anderen Gesichtspunkten aus, nicht mit dem Maßstab der Politik gemessen, als Wissenschaft angesehen werden kann; als Wissenschaft eben von dem positiven Recht und nicht von dem natürlichen. Man hat nicht genügend darauf geachtet, daß v. Kirchmann als Rechtspolitiker die Jurisprudenz verurteilt. Seine theoretische These schmilzt in Wirklichkeit mit der praktischen zusammen²⁵⁾. Das liegt an der noch eingebürgerten Vorstellung, daß die Aufgabe der Rechtswissenschaft darin bestehe, sowohl klarzumachen, was geltendes Recht ist, als es zu „bearbeiten“, „supplieren“. Man übersieht, daß hierin zwei methodisch weit verschiedene Aufgaben liegen, die sich nicht zu einer Wissenschaft vereinigen lassen.

Auch v. Kirchmanns Beantwortung der Frage, ob Rechtswissenschaft möglich ist, muß deshalb beiseite geschoben werden. Sie geht nicht die Theorie der positiven, rechtserkennenden Wissenschaft an, sondern die der Rechtspolitik.

Wir haben oben in dem historischen Teil gesehen, daß v. Kirchmanns Vortrag der Auftakt zu einer ganzen Reihe von Angriffen auf die herrschende, historische Richtung wurde. Auf doppelte Weise gingen diese aus v. Kirchmanns Theorien hervor.

Wie von Sternberg richtig nachgewiesen, beruhten die Angriffe dieses Verfassers auf die Jurisprudenz auf einer naturalistisch-positivistischen Auffassung des Wesens der Wissenschaften²⁶⁾. Der Jurisprudenz (Rechtspolitik) wird der Charakter als Wissenschaft abgestritten, weil

²⁵⁾ Der Verfasser stellt sie überhaupt nicht gesondert dar, sondern gibt, wie er selbst sagt, seiner Darstellung ein zweideutiges Gepräge, a. a. O., p. 7.

²⁶⁾ Sternberg [313 a] 16 f.

sie nicht, wie die Naturwissenschaften, das unveränderliche, ewig geltende zum Gegenstand hat. Wissenschaft ist Naturwissenschaft. Was würde nun von diesem Gesichtspunkt näherliegen, als zu versuchen, die Rechtswissenschaft als eine Art Naturwissenschaft zu begründen? So entstand die soziologische Jurisprudenz, deren Bestrebungen eben darauf hinausgingen, naturwissenschaftliche Methoden in die Rechtswissenschaft einzuführen; ob nun das Ziel dabei war, auf diesem Wege das richtige Recht zu bestimmen, oder in Verbindung mit dem tonangebenden Evolutionismus eine naturalistische Rechts-Entwicklungsgeschichte aufzubauen (Post)²⁷⁾. Aber vorläufig dachte diese soziologische Wissenschaft doch keineswegs daran, an Stelle der positiven zu treten.

Auch ein anderer Schluß mußte von v. Kirchmanns Prämissen aus naheliegen. Wenn die Hauptursache zu dem Versagen der Jurisprudenz das positive Gesetz war, das sich zwischen die Rechtswissenschaft und ihren eigentlichen Gegenstand: das natürliche Recht, eingeschoben hatte — mußte der Schluß bei der Hand liegen, daß die Jurisprudenz, um den Rang einer Wissenschaft zu gewinnen, sich aufs neue gegen das natürliche Recht, das wahre und geltende wenden mußte. Allerdings nährte v. Kirchmann noch das Bedenken, daß dieses wahre Recht sich eigentlich nur durch das Gefühl finden ließ. Aber ließ dieses Gefühl sich doch nicht von einer Wissenschaft analysieren und einfangen? Solche Schlüsse zogen faktisch Adickes, Schloßmann, Ehrlich u. a. Adickes führte die subjektive Vernunft als letzte Quelle allen Rechts an, Schloßmann sprach wie v. Kirchmann, von einem Rechtsgefühl²⁸⁾. Ob diesen Verfassern ihre Verbindung mit v. Kirchmann bewußt gewesen ist, will ich dahingestellt sein lassen. Ich habe nur zeigen wollen, daß ihre Theorien sich logisch als Fortsetzungen der seinigen verstehen lassen.

Es bedarf nun nur noch eines kleinen Schrittes, damit sich die beiden von v. Kirchmann ausgegangenen Strömungen in einer treffen konnten. Wenn man annahm, daß das natürliche Recht sich nur auf soziologischem Wege finden ließ, würde der Unterschied zwischen den beiden Tendenzen verwischt werden. Diese Annahme war von der Auffassung der Zeit aus ganz selbstverständlich. Das natürliche Recht war ja nicht mehr ein „Naturrecht“, sondern ein historisch-relatives, volkliches Bewußtheitsphänomen. Es bedurfte nur einer kleinen

²⁷⁾ Post, Einleitung in eine Naturwissenschaft des Rechts, 1872; Der Ursprung des Rechts. Prolegomena zu einer allgemeinen, vergleichenden Rechtswissenschaft, 1876; Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichend-ethnologischer Basis, I—II, 1880—1881; Grundlagen des Rechts und die Gezüge seiner Entwicklungsgeschichte, 1884.

²⁸⁾ Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen, 1872, besonders p. 22; Schloßmann, Der Vertrag, p. 193 f.

Verschiebung, um das natürliche Recht von dem volklichen Bewußtsein als ideales Phänomen zu den volklichen Lebensverhältnissen selber, zu den Forderungen ihrer soziologischen Struktur zu verlegen.

Diese Verschmelzung fand statt. Der Leser wird bemerkt haben, daß wir hiermit die Genesis der freirechtlichen Bewegung analysiert haben. Das Freirecht besteht ja eben in der Behauptung eines naturrechtlich-soziologischen Subsidiärrechtes neben dem Gesetze.

Soweit bedeutet die Entwicklung nur eine Veränderung in der Auffassung der Rechtspolitik. „Der Kampf um die Rechtswissenschaft“ bedeutet in Wirklichkeit der Kampf um die Rechtspolitik. Die Forderung einer neuen Methode bedeutet eine neue Methode in der „Rechtsanwendung“, also in der Hervorbringung richtergeschaffenen Rechtes. Das positive Recht (das Gesetz) bleibt noch unberührt davon.

Wie in dem historischen Teil besprochen²⁹⁾, bedurfte es nur noch eines Schrittes, und auch die Theorie des positiven Rechtes wurde revolutioniert. Um einem unbehaglichen Dualismus im Rechtsbegriff zu entgehen, überführte man den soziologischen-naturrechtlichen Charakter des Subsidiärrechtes auch auf das Gesetz. Das war nur konsequent. Wie wir gesehen haben (III, 4f. u. VII, 1f.), wurde die Entwicklung sowohl in Frankreich wie in Deutschland zur Vollendung gebracht. In Frankreich auf überwiegend naturrechtlich-metaphysischer Basis (Geny), in Deutschland auf überwiegend soziologischer (Ehrlich).

So gingen historisch in Verbindung mit v. Kirchmanns politischen Theorien zwei wirkliche Rechtstheorien hervor: eine soziologische und eine naturrechtliche. Diese standen beide in Opposition zu der herrschenden Lehre, dem Positivismus. Abgesehen von ihrer politischen Interpretationstheorie bestand der Kern des Positivismus darin, das Recht als einen autoritären Willen zu bestimmen. Hierin lag, wie wir später sehen werden, negativ, daß das Recht weder Soziologie noch Naturrecht ist; positiv, eine unreife Erkenntnis, daß das Recht ein Normsystem sui generis ausmacht.

Die historische Entwicklung von v. Kirchmanns Tagen bis zu unseren hat uns hiermit drei große Grundtypen der Rechtstheorie dargeboten: einen naturrechtlichen, der das Recht als ein ethisches Sollen bestimmt; einen soziologischen, der das Recht als ein Natur-Sein bestimmt; und einen positiven, der das Recht als ein spezifisch rechtliches Sollen ansieht.

6. Die so historisch gewonnene Dreiteilung hat nicht nur historische, sondern auch systematische Berechtigung. Unter diesen drei Gesichtspunkten lassen alle Theorien von dem „Wesen“ des Rechts sich ohne

²⁹⁾ Vgl. oben p. 187.

Schwierigkeit gruppieren. Die Einteilung beruht auf dem oft in der Philosophie hervorgehobenen Unterschied zwischen Sein und Sollen, zwischen unserer Naturerkenntnis von dem was ist (im engeren Sinne Natur-Sein), und einer Sollenserkenntnis, von dem, was sein soll (Erkenntnis eines Seins oder Geltung des Sollens, Sein im weiteren Sinne). Von dieser Dreiteilung aus wollen wir eine kurze systematische Übersicht über die vorliegenden Theorien bieten, und alle die heraussondern, die sich zu näherer Untersuchung darbieten.

a) Das Recht als ethisches Sollen. Hierunter fällt jede Art von Naturrecht, das sich nicht darauf beschränkt, bloße Rechtspolitik zu sein. Indessen ist es kaum zu viel gesagt, daß niemals ein konsequent durchgeführtes naturrechtliches System vorgelegen hat. Die naturrechtlichen Doktrinen aller Arten haben stets außer von dem Naturrecht noch von einem besonderen, positiven Recht gesprochen. Haben sie auch das positive Recht gering geachtet und dem Naturrecht unterworfen, so haben sie doch eben dadurch die Selbständigkeit des positiven Rechts anerkannt. Zahllos sind besonders die Versuche, die gemacht wurden, die verpflichtende Kraft des positiven Rechts zu „rechtfertigen“ oder „begründen“³⁰⁾. Aber selbst, wenn man auf diese Weise noch so sehr die vermeintlich ethisch verpflichtende Kraft des Rechtes auf naturrechtliche Prinzipien zurückführt, setzt man doch — als Faktum, das

³⁰⁾ Sie werden fast alle auf den Versuch zurückgeführt, das Recht in dem rechtsunterworfenen Willen zu verankern. Man glaubt, auf's beste den Rechtszwang gerechtfertigt zu haben, wenn gezeigt werden kann, daß er letzten Endes von dem Gezwungenen selbst gewollt wird. Das ist der Grundgedanke in der Kontraktstheorie. Von hier geht, wie in dem deutschen historischen Teil gezeigt, eine deutliche Verbindung zur Lehre der historischen Schule von der Entstehung des Rechtes im Volksgeiste, an dem jeder Einzelne als teilhaftig angesehen wird. Diese Theorien machten sich einer Inkonsequenz schuldig, soweit sie den Einzelnen von dem einmal bezeugten Willen gebunden sein ließen, ohne Rücksicht darauf, ob ein solcher später nicht mehr zur Stelle war. Diesen Fehler suchte Bierling abzuwehren. Er spannte den Grundgedanken der Kontraktstheorie auf das äußerste. Das Ergebnis wurde seine Anerkennungstheorie, wie sie in „Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe“ vorliegt, wonach für die verpflichtende Kraft eine Anerkennung gefordert wird, die prinzipiell zu jeder Zeit widerrufen werden kann. Die Anerkennungstheorie hat ausgedehnten Anhang gefunden. In Frankreich wird sie von Duguit, Berthélémy, May u. a. vertreten, s. oben II, Anm. 38 u. III, Anm. 46, 47. Indessen ist die Anerkennungstheorie als ethische Theorie zur Rechtfertigung der verbindenden Kraft des Rechts sehr leicht geeignet, durch eine fast unmerkliche Veränderung der Bedeutung des Wortes in eine positive Theorie zur Bestimmung der Wirklichkeit, Positivität des Rechtes überzugehen. Man denkt nicht länger an die ethische Bedeutung der Anerkennung, sondern an ihr Faktum als Ausdruck für eine (vielleicht erzwungene) Zustimmung, Befolgung eines Willens. Die Anerkennungstheorie ist damit zu einer soziologischen Befolgungstheorie geworden, die auf Grund ihrer naturrechtlichen Abstammung von „der falschen

justifiziert wird — die Existenz des positiven Rechts als solchen voraus. Diese Existenz an sich wird problemlos vorausgesetzt. Schon die Problemstellung, wie die „verpflichtende Kraft“ des Rechtes, seine Geltung zu „begründen“ ist, ist an sich eine Verkennung des Positivitätsproblems des Rechtes. Sie setzt als selbstverständlich voraus, was in Wirklichkeit das zentrale Problem bildet: daß das Recht gilt. Zitelmann — in seinem unvergeßlichen, aber vergessenen oder unverstandenen Artikel über Ge-

Seite“ formuliert wurde. Eine solche Veränderung hat Bierlings Theorie faktisch in seinem nächsten Werk „Juristische Prinzipienlehre“ durchgemacht. Aber abgesehen davon, wie diese verschiedenen Versuche, das positive Recht zu rechtfertigen, geglückt sind: alle haben sie gemeinsam, daß sie das positive Recht und seine bindende Kraft, die es nun zu „rechtfertigen“ gilt, voraussetzen. Als Rechtstheorie im engeren Sinne, zur Erklärung des Faktums des positiven Rechts kommen sie deshalb nicht in Betracht.

In der allerneuesten Literatur hat die Anerkennungstheorie — in phänomenologischer Einkleidung — in Gerhard Husserls „Rechtskraft und Rechtsgeltung“, 1925, Ausdruck gefunden. Der Verfasser beginnt mit einer guten formalen Bestimmung der Geltung des Rechtes als „die Seinsform des Rechts, . . . eine irgendwie geartete Faktizität, eine historisch-einmalige Tatsächlichkeit“ (6). Es heißt auch richtig, daß das Sein des Rechtes nicht ein Naturphänomen ist (6). Aber es ist vielleicht für die vom Verfasser benutzte phänomenologische Methode charakteristisch, daß er über diese formal-analytische Bestimmung der Geltung, das Sein des Rechtes nicht hinauskommt. Worin dieses Sein besteht, wie es erkannt werden kann, darüber erfährt man nichts. Der Verfasser begnügt sich damit, zu empfehlen, „das geistige Auge für die unsinnliche Wahrnehmung geistiger Realitäten, deren Seinsform unsichtbar ist, [zu] schärfen“, denn „diesem Auge ist die Rechtsnorm deutlich genug erkennbar“. Ein Rat, der dem nicht viel nützt, der nur zwei Augen besitzt, und der in jedem Fall, ganz gleich, was man mit dem inneren Auge meint, eine analogisierende Redeweise ist, die nicht die geringste Aufklärung über die Natur dieser inneren Anschauung und damit über den Charakter des rechtlichen Seins gibt. — Nur indirekt geht aus der Darstellung hervor, wie dieses Sein bestimmt wird. Es wird nämlich erklärt, wie dieses Sein konstituiert wird. „Die Konstituierung des Rechts — seine Geltungserzeugung — erfolgt durch konkrete Willensakte . . . durch Willensakte der normbetreffenden Rechtssubjekte, die sich dem „Recht“ als Norm ihres personalen Kreises unterwerfen, dadurch die Rechtsgemeinschaft zeugend“ . . . „Ein Rechtssubjekt, das einen Tatbestand als Rechtsnorm willentlich anerkennt [von mir hervorgehoben], verleiht ihm damit den Seinswert einer intersubjektiven, dem eigenen Bewußtseinsstrom gegenüber transzendenten sozialen Wirklichkeit“ (11, 47 u. 8). Auf dieser Vorstellung von der Geltung des Rechtes als durch eine Anerkennung, eine Willensbeistimmung vom Seiten des Normunterworfenen konstituiert („eigene Willensleistung der beteiligten Subjekte“, p. 40), beruhen alle anderen Ausführungen des Verfassers. Ihr Ziel ist, überall das Recht auf die subjektive Anerkennung, die Willenspartizipation, zurückzuführen, und sie stehen und fallen mit der Richtigkeit dieses Grundgedankens. Die Theorie, wie sie bei Husserl vorliegt, erinnert sogar noch mehr an die ursprüngliche Kontraktstheorie oder gar Bierlings Anerkennungstheorie, denn der Wille, die Anerkennung, ist, einmal gegeben, „nicht

wohnheitsrecht und Irrtum — war der erste, der glänzend die Behauptung vertrat, daß es nicht darauf ankommt, zu fragen, weshalb das Recht gilt, sondern was es bedeutet, und woher wir wissen, daß das Recht gilt. Nichtsdestoweniger findet man häufig in modernen Theorien die naturrechtliche Problemstellung wieder, nach der man das Recht auf die eine oder andere Weise zu „begründen“ sucht³¹⁾.

Es liegt deshalb kein Grund vor, näher auf die naturrechtlichen Doktrinen einzugehen. Als Rechtstheorie in engerem Sinne können sie nicht in Betracht kommen. Ihre Eigenart besteht eben darin, daß sie durch eine Spaltung des Rechtsbegriffes das positive Recht und seine Probleme aussondern.

mehr rücknehmbar“ (40). — Aber im Unterschied von der Kontraktstheorie will Husserl mit dem individuellen Willen nicht die ethisch verbindende Kraft des Rechtes begründen, sondern seine Wirklichkeit, seine Positivität oder Geltung. Abgesehen davon, daß der Verfasser nirgends aufgeklärt hat, worin diese Wirklichkeit besteht, scheint es ganz unbegreiflich, wie diese transsubjektive, soziale Wirklichkeit durch den individuellen Willen konstituiert werden kann — im Verhältnis zu dem sie eben transzendent sein soll. Indem er voraussetzt, daß der einmal abgegebene Wille nicht zurückgenommen werden kann, drückt er hiermit eine Norm aus, die nicht selber in dem individuellen Willen begründet werden kann. Gegenüber der Positivität des Rechtes sucht der Verfasser diese in ihrem Ursprung rein naturrechtliche Theorie zu modifizieren. Wie Bierling nimmt er an, daß die Anerkennung sowohl indirekt (Anerkennung der Verfassung involviert Anerkennung der ganzen Rechtsordnung) vorliegen kann, wie stillschweigend — konkludent — und — gezwungen! (72 bis 73, sp.: „Indem sich die neue Regierung behauptet, d. h. stillschweigende Anerkennung bei der Volksgesamtheit findet, wird sie legal.“) So hat auch diese Anerkennungstheorie — vor die Positivität des Rechtes gestellt — sich in eine soziologische Macht-Befolgungstheorie verwandelt. Husserl macht selbst diese Verwandlung offenkundig, indem er nach und nach die Scheidung zwischen der Geltung des Rechtes als spezifisch normatives Sein und den konstituierenden Willenshandlungen aufgibt und kurz und gut das Recht selbst als einen Willen bezeichnet (p. 4: „Gemeinschaftswille“, an dem der Einzelne teilhaftig ist; p. 23 wird vom dem Recht als einer Willenswirklichkeit gesprochen; p. 82 vom „Willen der Rechtsordnung“). Ja, der Verfasser berührt sogar an einzelnen Stellen die Frage, was das ist, was diesen Willen zu einer Norm, zu einer sozialen Wirklichkeit macht; p. 40 wird der Rechtswille als „eine behauptungsfähige Rechtswirklichkeit“ charakterisiert; p. 74 heißt es: „eine stillschweigende Anerkennung liege darin, daß „eine neue Regierung sich behauptet“, d. h. das Schwergewicht wird auf die „Behauptungsfähigkeit“ eines herrschenden Willens gelegt. Wir können so schließen, daß Husserls in feierlichen „phänomenologischen“ Gewändern auftretende Theorie sich als eine leere Wiederaufnahme der naturrechtlichen Kontraktstheorie in ihrer primitivsten Form enthüllt (s. bes. p. 4), die, der Positivität des Rechtes gegenübergestellt, sich nach und nach in eine soziologische Macht-Befolgungstheorie verwandelt. Für die Grundlegung der Positivität des Rechts kommt sie daher ebenso wenig wie die anderen in Betracht. Viel — phänomenologisches — Geschrei und wenig Wolle.

³¹⁾ So ist die französische Theorie zum größten Teil noch nicht über diesen Standpunkt hinausgelangt.

b) Das Recht als Sein, als Wirklichkeit, dem Sollen gegenüber, als Idee. Es ist verführerisch, hierunter die große, in zahlreich variierenden Formen vorkommende Gruppe von Rechtstheorien zu rechnen, wonach das Recht als ein Wille angesehen wird: der Wille des Souveräns, des Staates, des Gesetzgebers, der Stärksten, der Rechtsmacht, des Volksgeistes usw.³²⁾ Denn ein Wille ist ja ein psychologisches Phänomen und als solches ein Teil der Naturwirklichkeit.

Ein solcher Schluß ist indessen übereilt. Es zeigt sich nämlich, daß die allermeisten Verfasser, die von dem Recht als einem Willen sprechen, damit nicht eine psychologische Realität meinen. Sie nehmen z. B. gar keine Stellung zu der schwierigen Frage, in welcher Psyche dieser Wille wirklich ist, auch wollen sie damit nicht ein kollektiv-soziologisches Phänomen ausdrücken. Aus dem einen oder anderen Grunde muß der Ausdruck fiktiv gebraucht sein und etwas anderes bedeuten, als er direkt aussagt. Es zeigt sich bei näherem Zusehen, daß dies auch der Fall ist. Um das zu verstehen, werden folgende Bemerkungen vorausgeschickt.

Man sagt in täglicher Redeweise: „Ich will, daß du das und das tun sollst.“ Dieser Sprachgebrauch ist ungenau. Als Gegenstand des Willens wird hier eine Norm angegeben, nämlich: „Du sollst das und das tun.“ Nun ist indessen klar, daß eine Norm als eine objektive Aussage, eine Sollensaussage, ebensowenig gewollt werden kann, wie man ein Naturgesetz wollen kann, z. B. das Gravitationsgesetz. Gewollt werden kann nur eine Handlung, nicht ein Urteil. Selbst wenn wir nun obiger Aussage folgende Bedeutung beilegen wollen: „Ich will, daß du das und das tust“, so wird die Sache doch nicht besser. Als Gegenstand für den Willen wird hier eine fremde Handlung angegeben. Aber auch eine solche kann ebensowenig gewollt werden. So wenig man etwas wollen kann, dessen Realisation gänzlich außer Reichweite liegt (z. B., daß morgen gutes Wetter wird), kann man etwas wollen, zu dessen Realisation man nur indirekt beitragen kann. Gewollt werden kann nur, worauf man direkt einwirken kann: die eigene Handlung. Alle außerhalb der Handlung selbst liegenden Folgen können als berechnet, gewünscht erscheinen; sie können für meinen Willen bestimmend gewesen sein; ihr Gegenstand bleibt meine eigene Handlung. Als mittelbaren Gegenstand wird man höchstens die vorausberechneten Folgen dieser Handlung bezeichnen können.

Die Aussage: „Ich will, daß du das und das tun sollst,“ kann deshalb keine andere Bedeutung haben, als daß mein Wille darauf gerichtet ist,

³²⁾ Eine solche Willenstheorie macht oft den positiven Bestandteil der dualistischen Naturrechtstheorien oder soziologischen Theorien aus. So bei Geny, Duguit, Radbruch, Binder usw., s. die entsprechenden Stellen.

wenn du die erwähnte Handlung nicht unternimmst, gewisse eigene Handlungen vorzunehmen (Strafen, Sanktionshandlungen jeder Art, evtl. nur als psychische Mißbilligung). Der Gegenstand für meinen Willen ist nicht die Norm, ebensowenig die geforderte Handlung, sondern ausschließlich meine eigene bedingte Sanktionshandlung. Nicht einmal als mittelbarer Gegenstand für meinen Willen kann die betreffende Handlung bezeichnet werden, denn sie ist nicht Folge der Sanktionshandlung. Die objektive, normative Aussage „Du sollst das und das“ kann — im gegenwärtigen Falle jedenfalls — keine andere Bedeutung haben, als die, ein objektiver Ausdruck für die Existenz eines Sanktionswillens zu sein. Indessen ist es psychologisch verständlich, daß das vorwissenschaftliche Bewußtsein geneigt sein wird, die objektive Normaussage mit dem hinter ihr liegenden Sanktionswillen zu identifizieren. Die Norm wird selbst als Ausdruck für einen Willen betrachtet. Norm und fremder (autoritativer) Wille werden identische Begriffe. Selbst bei Normgebeten, bei denen anscheinend keine „Befehle“ vorliegen, wird ein solcher unterschoben. Die moralischen Normen werden zu „Gottes Willen“. Ist es da zu verwundern, daß man da auch die rechtlichen Normen als einen Willen auffaßt, der von einem Befehlenden ausgeht: dem Staat, dem Gesetzgeber oder dergleichen?

Danach verstehen wir, daß die behandelten Theorien, wenn sie das Recht einen Willen nennen, keineswegs ausdrücken wollen, daß das Recht ein psychisches Faktum ist. Sie wollen damit nur den normativen, verpflichtenden Charakter angeben. Das, was verpflichtet, wird in Übereinstimmung mit der Redeweise: „Ich will, daß du sollst . . .“ ein Wille genannt. Wenn man speziell diesen Willen als den Willen aller, den gemeinsamen Willen, den Staatswillen und dergleichen bezeichnet, so ist der Sinn dieser fiktiven oder unerklärten Ausdrücke der, daß sie den heteronomen, transsubjektiven Charakter der rechtlichen Normen angeben.

Das Wesentliche in den Willenstheorien liegt deshalb darin, daß sie, wenn auch auf eine unbeholfene Weise, den spezifisch normativen Charakter des Rechtes ausdrücken wollen. Dazu paßt, daß wir diese Theorien vorzugsweise innerhalb des Positivismus vertreten finden, dessen richtiger, negativer Gedanken eben der ist, daß das Recht weder Ethik noch Soziologie ist. Der nähere Charakter der verschiedenen Willenstheorien, besonders als Autoritätstheorie oder Machttheorie, beruht dagegen auf Gesichtspunkten, die für unsere gegenwärtige Problemstellung irrelevant sind. Es werden darin Kriterien angegeben, zu bestimmen, welcher Wille der rechtliche ist, welche Normen geltendes Recht. Aber der Charakter des Rechtes als spezifisch normativ wird hiervon nicht berührt.

Die Willenstheorien müssen deshalb zur dritten Hauptgruppe gerechnet werden.

Unter den hier behandelten Gesichtspunkt fallen dagegen zwei verschiedene Untergruppen. Einerseits eine soziologische Richtung, die die positive Rechtswissenschaft zu einem Teil der Naturwissenschaften machen will, das positive Recht zu naturwissenschaftlichen Regeln, andererseits eine Richtung, die auch den Seinscharakter des Rechtes behauptet, doch nicht als Natur-Sein, sondern als ein Kultur-Sein, als eine Kulturwirklichkeit, die einen Teil der gesamten Wirklichkeit im Gegensatz zu dem „Reich des Sollens“ ausmacht.

c) Das Recht als spezifisch rechtliches Sollen. — Hierunter fallen, wie erwähnt, verschiedene Willenstheorien. Es wird indessen kein Grund vorliegen, auf diese näher einzugehen, denn der hinter ihnen — in dieser Hinsicht einzig relevante — liegende normative Gesichtspunkt hat seinen bewußten und abgeklärten Ausdruck in der normativen Rechtswissenschaft von Hans Kelsen und seinen Anhängern gefunden. Die Einwendungen, die man gegen die Willenstheorien erheben kann, richten sich vorzugsweise gegen die mangelhafte Weise, in der der normative Gesichtspunkt durchgeführt ist. Er kommt hier noch stark vermengt mit psychologischen und metarechtlichen Elementen vor. Diese äußern sich besonders in der Vorstellung von dem Rechte als Befehlen (eine sprachlich-psychologische Figur), die von einem „hinter“ dem Recht stehenden, d. h. metarechtlichen Staat „ausgehen“. Da diese Auffassung besonders bei der Bestimmung des Begriffes Rechtsquelle von Bedeutung ist, soll die nähere Kritik der Willenstheorie für später ausgesondert werden, wo dieser Begriff besprochen wird. (XII, 3.) In gegenwärtigem Zusammenhang wird es genügen, den Positivismus in der abgeklärten Form zu studieren, die er in der normativen Jurisprudenz gefunden hat. Auf Grundlage dieser Übersicht können wir den kritischen Teil unserer Untersuchungen auf folgende Weise anlegen. Gruppe a — die naturrechtlichen Theorien — kommt als solche für unser Problem gar nicht in Betracht. Gruppe c — die positivistischen Theorien — werden nur in der Form der normativen Rechtswissenschaft behandelt. Zurückbleiben so drei Theorietypen, die wir kritisch untersuchen wollen: das Recht als Natur-Sein, als Kultur-Sein und als Sollen sui generis. Im Kapitel IX wird die erstgenannte Theorietype dargestellt und kritisiert. Im Kapitel X werden wir die beiden letztgenannten miteinander konfrontieren und einer Kritik unterwerfen. Endlich werden wir im Kapitel XI einen Versuch machen, die Lehre von der Positivität des Rechtes selber aufzubauen.

Kapitel IX.

Das Recht als Natur-Sein.

1. Kornfeld.
2. Ehrlich.

1. Wir haben in der Einleitung von der Verbindung dieser Lehre mit v. Kirchmanns Theorien gesprochen. Sie wird besonders von Kornfeld und Ehrlich repräsentiert. Die Grundstimmung in ihren Schriften ist denn auch dieselbe, wie in denen v. Kirchmanns: der naturalistische Positivismus. Wissenschaft ist Naturwissenschaft. Es gibt nur einen Weg zur Erkenntnis: unsere Sinne. „Das einzige Mittel“, sagt z. B. Kornfeld, „um zu allgemeingültigen Erkenntnisbegriffen zu gelangen, ist die Induktion aus unmittelbaren Anschauungen wirklicher Vorgänge“¹⁾.

Von den beiden erwähnten Verfassern hat Kornfeld mit der größten Konsequenz den Gedankengang von dem Recht als Natur-Sein durchgeführt. In Übereinstimmung hiermit lehrt dieser Verfasser, daß „alles positive Recht aus Regeln besteht, die in einem gesellschaftlichen Leben tatsächlich gelten“²⁾. Hiermit wird ausgedrückt, daß das Recht weder aus Normen noch aus Naturgesetzen besteht. Es gibt nämlich noch ein Drittes: die naturwissenschaftlichen Regeln. Ohne als Naturgesetze eine unzerbrechliche ausnahmsfreie Notwendigkeit zu besitzen, geben sie an, wie ein Naturprozeß am häufigsten, wahrscheinlichsten, regelmäßig verlaufen wird. Diese Rechtsregeln sind deshalb weder Normen, die angeben, wie Menschen handeln sollen, noch auch Naturgesetze, die angeben, wie sie notwendig und ohne Ausnahme handeln müssen, sondern naturwissenschaftliche Regeln, die mit einer gewissen Ausnahme zulassenden Sicherheit die faktische Handlungsweise von Menschen angeben. Wohl zu merken, nicht so, daß sie erst hinterher das Gewöhnliche beschreiben, sie teilen mit den Naturgesetzen die Eigenschaft, voraussagend zu sein³⁾.

Es kann, trotzdem der Verfasser sich darüber nicht klar ausspricht, nicht die Meinung sein, daß diese Regeln eine von den Naturgesetzen verschiedene Erkenntnisart ausmachen sollen. Letzten Endes müssen die Regeln auf der Annahme einer Kausalität beruhen: nur auf einer ungenau erkannte Kausalität. Woher rührt sonst ihre relative Notwendigkeit, ihre Fähigkeit, vorauszusagen? Der Unterschied von den Naturgesetzen liegt weder im Gegenstand, noch in der Methode, sondern allein

¹⁾ Ganz entsprechend Ehrlich, Soziologie des Rechts, 38.

²⁾ Kornfeld, Allgemeine Rechtslehre, 66.

³⁾ A. a. O. 66

in der Genauigkeit, mit der es uns glückt, den Kausalzusammenhang zu erkennen⁴⁾: die Regeln sind ungenau erkannte Naturgesetze. Daß dies auch die Meinung des Verfassers ist, wird durch das gestützt, was er von der Erfahrung anführt, auf der diese Regeln sich gründen. Erfahrung, sagt er, kann nicht nur die äußeren, sinnlichen Wahrnehmungen angehen, sondern auch das Innere, das Psychische — „die Verstandeskategorien“, wie der Verfasser sich etwas eigentümlich ausdrückt. Da nun die Menschen sowohl isoliert, wie auch in ihrem sozialen Leben zu der Natur in ihrem weiteren Sinne gehören, eröffnet sich damit die Möglichkeit für eine Naturwissenschaft vom sozialen Leben: die Soziologie^{5a)}.

Um zu bestimmen, welche soziologischen Regeln die rechtlichen sind, geht der Verfasser davon aus, daß Gegenstand für soziale Regeln immer Handlungen von Menschen sind, soweit sie sich auf ein gemeinsames Ziel richten. Da nun ein solches Ziel ohne Rücksicht auf seinen materiellen Charakter nicht erreicht werden kann, ohne daß anti-soziale, egoistische Handlungen zurückgedrängt werden, so ergibt sich daraus ein formelles Gemeinschaftsziel, „bestehend in der Bekämpfung anti-sozialer und in der Förderung sozialer Willensstärkungen, d. h. in der Sicherung des sozialen Lebens an sich . . .“^{5b)}. Hiernach werden die Rechtsregeln definiert als „die dem Zweck der Selbstbehauptung gesellschaftlichen Lebens dienenden Regeln“^{5c)}.

Nach den Quellen zu diesen naturwissenschaftlichen Regeln zu fragen, kann keine andere Bedeutung haben, als nach den „realen Gründen“ zu fragen: den Ursachen dazu, daß Menschen faktisch in Übereinstimmung mit diesen Regeln handeln. Diese Ursachen liegen — wie alle Ursachen zu einer Handlung — in gewissen Gefühlen. „Die dem rechtlich-sozialen Verhalten zugrundeliegenden Gefühle enthalten das Bedürfnis und den Wunsch, daß bestimmte Arten von Willensbetätigungen innerhalb der Gesellschaft eine soziale Unterstützung, andere eine soziale Einschränkung erfahren“^{5d)}.

Der so als „faktisch“ bestimmten Rechtsordnung kommt als solcher kein normativer Charakter zu. Eine verpflichtende Kraft kommt erst der Rechtsregeln zu, indem sich an sie ethische Forderungen knüpfen.“

⁴⁾ Dies folgt auch deutlich aus den „Sozialen Machtverhältnissen“, p. 26, wo es heißt, daß die Regeln auf dem Prinzip beruhen: „Auf ähnliche Erscheinungen folgen ähnliche Erscheinungen“. Im übrigen ist die Art, in der der Verfasser die „Regeln“ als empirische Gesetze im Gegensatz zu den exakten Naturgesetzen charakterisiert, äußerst irreführend. Die Naturgesetze sind ja gerade empirisch — und nicht exakt.

⁵⁾ a—f) A. a. O. a) 71; b) 73; c) 73; d) 133—134; e) 115; f) 119.

An die tatsächliche Geltung positiven Rechts reiht sich die ethische Forderung rechtmäßigen Verhaltens“^{5e)}. Das wird damit begründet, „daß die soziale Machtordnung an und für sich eines der wichtigsten, wenn nicht das wichtigste Mittel sozialer Kultur ist“^{5f)}.

Der kulturelle Wert heftet sich an die Form des Rechtes unangesehen ihres Inhalts und deshalb knüpfen sich die ethischen Forderungen ohne Unterschied an die faktisch geltenden Regeln⁶⁾.

Dies ist Kornfelds Lehre in den Hauptzügen. Ist es ihm gelungen, den Gesichtspunkt von den Rechtsregeln als einen Teil der naturwissenschaftlichen Erkenntnis durchzuführen? Nein. Es glückt Kornfeld nicht, sich von dem normativen Gesichtspunkt frei zu machen. Dieser taucht auf, wie der Kobold, der mit umzieht.

Der normative Gesichtspunkt taucht erst auf, als Kornfeld die für alle naturwissenschaftliche Rechtstheorie so schwierige Abgrenzung der Rechtserfahrung von anderer Naturerfahrung vornehmen will. Der Verfasser bestimmt unter diesem Gesichtspunkt die rechtlichen Normen als „die dem Zweck der Selbstbehauptung gesellschaftlichen Lebens dienenden Regeln.“ Abgesehen davon, daß wir hier einem Gespenst begegnen, daß nirgends in der Naturwirklichkeit zu Hause ist, dem sozialen Leben an sich, muß diese Definition sofort aus einem anderen Grund in Erstaunen setzen. Was soll es heißen, daß ein Naturgesetz (wenn auch nur in der unvollständigen Form einer Naturregel) einem menschlichen Zweck dient? Kann z. B. das Gravitationsgesetz einem solchen Zwecke dienen? Nein! Mit einer solchen Zweckbetrachtung überschreitet der Verfasser die Grenzen einer bloß erklärenden und konstatierenden Naturwissenschaft. Das ist um so klarer, als der Zweck, dem die rechtlichen Regeln dienen sollen, die Selbsterhaltung des sozialen Lebens, kein Faktum angibt, sondern eine Norm ausdrückt. Ein Gemeinwesen kann auf zahllose Weisen bestehen, „leben“. Auch ein Räuberstaat, ein Gemeinwesen, das auf Ausnutzung und Unterdrückung basiert ist, ist ein Staat. Aber er kann „gut“ oder „schlecht“ von einem gewissen Maßstab aus bestehen. Es ist letzten Endes ein solcher vorausgesetzter Wertmesser, auf den verwiesen wird, wenn man von dem Recht als dem Inbegriff der Existenzbedingungen des sozialen Lebens spricht.

⁶⁾ Kelsen bemerkt richtig zu diesem Beweis: „Darin steckt nicht nur eine Fiktion, sondern auch ein Trugschluß. Daß ein gesellschaftliches Zusammenleben Voraussetzung für die Kultur ist, mag vielleicht richtig sein. Aber deswegen muß nicht jedes gesellschaftliche Zusammenleben diese Qualität haben und nicht jede beliebige Rechtsordnung in allen ihren Teilen — bloß weil sie überhaupt ein Zusammenleben bewirkt — kulturfördernd und daher ethisch gerechtfertigt sein“. Kelsen [168 g] 610.

Auch auf eine andere Weise zeigt es sich, daß Kornfeld unmöglich seine Theorie durchführen kann, ohne zu normativen Gesichtspunkten seine Zuflucht zu nehmen. Soll es überhaupt einen Sinn haben, die Rechtsregeln als Erfahrungssätze von der wahrscheinlichen Handlungsweise der Menschen zu bestimmen, so muß natürlich der Erfahrungsprozeß, in dem die Regeln entstehen, nicht selbst als gegeben voraussetzen, was Recht ist. Von Kornfelds Programm aus mußte seine Aufgabe sich ungefähr so ausnehmen: die rechtlichen Regeln sind Ausdruck für eine gewisse, regelmäßige, wahrscheinliche Handlungsweise. Worin diese Handlungsweise besteht, läßt sich nur kausal dadurch bestimmen, daß man auf die Ursachen zu den entsprechenden menschlichen Handlungen zurückgeht. Durch ein Studium dieser Ursachkomplexe sollte man zu einer Vorausbestimmung der regelmäßigen Handlungsweise gelangen können. Aber so führt der Verfasser die Aufgabe nicht durch. In „der Ursacherklärung“ der rechtlichen Regeln verweist er auf das Recht! Auf die Rechtsregeln selbst! So heißt es: „Gesetzliches Recht resultiert aus gleichartigen Antrieben zur Unterordnung unter Rechtsgesetze, d. h. unter sprachlich formulierte Ideen sachlicher Rechtszwecke, wodurch mittelbar diese selbst gewährleistet werden“⁷⁾. Hier werden also die Rechtssätze vorausgesetzt, die erst aus der Erfahrung abgeleitet werden sollten. Wenngleich der Verfasser mit der Bezeichnung *Rechtssätze* eine Unterscheidung von den *Rechtsregeln* scheint machen zu wollen, so ist doch klar, daß man in diesem Zusammenhang unter *Rechtssatz* nicht jede sprachliche Formulierung eines Rechtszweckes verstehen kann. Der Verfasser muß gewisse autoritativ formulierte *Rechtssätze* meinen. An einer anderen Stelle spricht er denn auch ohne weiteres vom Gesetzgeber⁸⁾. D. h. die Existenz des positiven Rechts als solches wird vorausgesetzt. Was der Verfasser zum Gegenstand einer naturwissenschaftlichen Erfahrung macht, sind nicht die *Rechtsregeln* selber in ihrer Existenz als positives Recht, sondern vielmehr die *Erklärung* dafür, weshalb sie, ihre Existenz vorausgesetzt, faktisch befolgt werden. Der Verfasser erklärt nicht naturwissenschaftlich, was befolgt wird, was Recht ist, sondern weshalb gewisse Sätze, ihren rechtlichen Charakter vorausgesetzt, faktisch befolgt werden. Erst in dieser ihrer befolgten Form nennt der Verfasser die *Rechtssätze* *Rechtsregeln*. Diese Wendung in Kornfelds Standpunkt können wir nur billigen, da er die soziologische Betrachtungsweise auf ihren rechten Platz setzt. Es kann aber nicht geleugnet werden, daß dies eine völlige Aufhebung der Theorie des

⁷⁾ Kornfeld, Soziale Machtverhältnisse, 74.

⁸⁾ Kornfeld, Allgemeine Rechtslehre, 140—141, vgl. [175 a] 78—79.

Verfassers von dem Rechtscharakter der Rechtsregeln als in einer naturwissenschaftlichen Erkenntnis begründet, bedeutet. In seiner neuesten Arbeit, „Allgemeine Rechtslehre“, sucht Kornfeld wohl dieses Im-Kreise-Gehen zu vermeiden. Als der reale Grund werden hier, wie wir gesehen haben, gewisse Gefühle angeführt. Indessen sind diese (s. Zitat oben bei Anm. 5 a) so allgemein formuliert, daß hierin überhaupt keine Abgrenzung gegenüber aller anderen sozialen Aktivität liegt. Es kann daher in einer Weise nicht überraschen, selbst wenn alle Begründung fehlt, daß der Verfasser unmittelbar in Bezug auf diese Gefühle fortfährt: „Sie heißen deshalb *Rechtsgefühle*“⁹⁾. Aber entweder müssen nun diese *Rechtsgefühle* voraussetzen, was positives Recht ist, womit der Kreislauf aufs neue offenbar wird, oder man landet bei dem alten Aberglauben von einem originären, spezifischen Rechtssinn, dem siebenten Sinn. Selbst hiervon abgesehen, ist diese „Erklärung“ doch nicht besser als die vorhergehende. Von Kornfelds Voraussetzungen aus sollte es möglich sein, durch ein Studium des originären *Rechtsgefühls* des Volkes durch lauter kausale Zwischenglieder auf die positive Rechtsordnung eines Volkes Schlüsse zu ziehen. Dies ist unmöglich. Die Verwechslung ist dieselbe wie vorher. Die Existenz der positiven *Rechtssätze* wird vorausgesetzt. Das *Rechtsgefühl* soll nur erklären, weshalb sie befolgt werden.

Es ist nicht schwer zu sehen, was die Ursache zu der mißglückten Theorie Kornfelds gewesen ist. Der Verfasser identifiziert nämlich Norm mit absoluter Vernunftnorm, Pflicht mit ethischer Pflicht, als eine autonome Forderung, Emanation aus der ewigen und absoluten praktischen Vernunft¹⁰⁾. Vor eine solche Wahl gestellt, ist es begreiflich, daß man versucht, das Recht unter die Naturwirklichkeit einzureihen. Der Verfasser hat aber nirgends gezeigt, daß man wirklich vor dieses Dilemma gestellt ist. Indem der Verfasser ohne weiteres in seiner Polemik gegen die normative Rechtswissenschaft einen solchen ethischen Normbegriff seiner Kritik zugrundelegt, dokumentiert er, daß er die elementarsten Bestandteile der bekämpften Theorie nicht verstanden hat.

Was dem Verfasser zumeist bei seiner Theorie im Sinne gelegen hat, ist wohl, daß er den soziologischen Existenzbedingungen des Rechtes einen wahreren Ausdruck geben wollte, daß er den Unterschied zwischen den *Rechtssätzen*, die nur auf dem Papiere stehen, und den *Rechtsregeln*, die soziologisch wirksam sind, zu betonen wünschte. Er hat

⁹⁾ [175 b] 134.

¹⁰⁾ „Das Gegenstück zum Seienden und Geschehenden bildet ausschließlich das Sollen im Sinne einer Vernunftpflicht“ [175 b] 23. Daß K.s. Irrtümer sich hiervon herleiden, behauptet auch Henrich [136 a] 160.

fälschlich die Ursachen für die Existenz des Rechtes als diese Existenz selber, d. h. als seine Bedeutung und den Erkenntnisgrund ausgegeben. Wir können indessen unsere Kritik von Kornfelds Theorie nicht schließen, ohne das Anerkennenswerte in ihren Motiven zu bemerken. Sie gehört zu den wenigen Rechtstheorien, deren Zweck es ist, die Rechtswissenschaft als eine reine Wissenschaft zu begründen, d. h. nicht als eine versteckte Politik, nicht als Handlanger der Rechtsanwendung¹¹⁾.

2. Ehrlich ist weniger weitgehend naturalistisch als Kornfeld. Für einen großen Teil des Rechtsgebietes — die sogenannten „Entscheidungsnormen“, die durch Gesetzgebung oder durch Wissenschaft oder Praxis — ausgebildet sind, erkennt er den normativen Charakter an. In Gegensatz hierzu stellt der Verfasser indessen einen anderen Teil innerhalb des Rechtes von ausschließlich faktischem Charakter: das Gewohnheitsrecht als bloß faktische Gewohnheiten und Formen des Gemeinschaftslebens, die „Tatsachen des Gewohnheitsrechts“ oder die „Rechtseinrichtungen“. Die übliche Rechtswissenschaft identifiziert fälschlich Rechtssatz und Entscheidungsnorm, d. h. das, was der Richter seiner Entscheidung zugrunde legt: ein Irrtum, der von dem Charakter der Universitäten als Richterbrutanstalten herrührt. Aber Recht ist viel mehr. Es ist die faktisch befolgte Ordnung menschlicher Verhältnisse des Gemeinschaftslebens. Die beiden Teile des gesamten Gebietes des Rechtes charakterisiert Ehrlich auch als bzw. staats- und gesellschaftsgeschaffen¹²⁾.

Es muß von vornherein als unbegreiflich erscheinen, wie die beiden verschiedenen Elemente, wie die rechtlichen Entscheidungsnormen und die rechtlichen Tatsachen sich zu einem homogenen (einheitlichen) Gegenstand für eine methodisch homogene (einheitliche) Wissenschaft vereinen lassen. Ehrlich hat nirgends eine Erklärung dafür gegeben, worin der gemeinsame Charakter dieser zwei Elemente als rechtliche besteht¹³⁾. Aber davon abgesehen, zeigt es sich bei näherer Prüfung,

¹¹⁾ Kornfeld [175 a] Vorwort und Ehrlich [83 a] 1 und 19.

¹²⁾ Vgl. dazu Ehrlich, Soziologie des Rechts, 376—377, 368, 405 (die Hauptstellen); 393 (Rechtssatz); 4 (Entscheidungsnorm); 68 f. 382 (Tatsachen des Rechts); 17, 68 (Recht als Ordnung); 8, 379, 408 (gemeinwesengeschaffen — staatsgeschaffen). Über „Tatsachen“, s. die selbständige Abhandlung „Tatsachen des Gewohnheitsrechts“.

¹³⁾ Ehrlich definiert in „Tatsachen des Gewohnheitsrechts“, p. 8, Recht als „die gesellschaftlichen Einrichtungen und Maßnahmen, die von den in der Gesellschaft maßgebenden Kreisen als Grundlage der staatlichen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Ordnung empfunden werden“. — Abgesehen davon, daß nirgends erklärt wird, worin die letztgenannten Ordnungen, besonders die staatliche, im Unterschied von den rechtlichen bestehen, begreift man nicht, was es heißen soll, daß das Recht, das ja selbst eine Ordnung ist (s. Anm. 43), als

daß diese Scheidung überhaupt nicht möglich ist. Auch die faktisch befolgte Ordnung muß aus Normen bestehen. Ihre Bedeutung ist normativ, wenn es auch ein Faktum ist, daß sie befolgt wird. Auch diese Normen müssen sodann darauf berechnet sein, einem Rechtsstreit zugrunde gelegt zu werden, falls man sie als rechtliche soll ansehen können. Das geht auch aus den Beispielen hervor, die Ehrlich selber angibt. Mit Hinblick auf die Verhältnisse zur Zeit der Volkssrechte meint der Verfasser z. B., daß die Regeln von Strafe für Diebstahl wirkliche „Entscheidungsnormen“ waren. Sie setzten aber einen für das Eigentumsrecht entscheidenden, den rechtmäßigen Erwerber vom Dieb trennenden faktischen Gesellschaftszustand voraus¹⁴⁾. Aber eben dies zeigt ja, daß ja auch diese Ordnung darauf berechnet war, einer Rechtsentscheidung zugrunde gelegt zu werden. Auf ihrer Grundlage wurde man als Dieb qualifiziert. Direkt werden ihre Regeln entscheidend sein, wenn der Streit eben darauf ausgeht, ob Diebstahl vorliegt oder rechtmäßige Erwerbung, oder wer von mehreren der rechtmäßige Eigentümer ist. Auf der anderen Seite sind „die Entscheidungsnormen“, soweit sie wirklich befolgt werden, in ebenso hohem Maße „Tatsachen“, wie das Gewohnheitsrecht. Ehrlichs Scheidung ist nicht nur wunderbar, sondern auch unmöglich.

Der organische Zusammenhang in Ehrlichs Lehre offenbart sich, wenn man sie von der Voraussetzung aus interpretiert, daß nicht von zweierlei Art Recht die Rede ist, sondern von zwei verschiedenen Methoden, die vermengt werden. Was „die Entscheidungsnormen“ angeht, so legt der Verfasser einen positiven Gesichtspunkt an. Sie sind ein Ausdruck dafür, was Recht ist. Was dagegen „die Tatsachen des Rechts“, die faktischen Gewohnheiten, angeht, so sind die Betrachtungen des Verfassers über diese Ausdruck für eine soziologisch-explikative Betrachtungsweise. Hiermit wird nicht angegeben, was Recht ist, sondern vielmehr, was eine der wichtigsten rechtschaffenden Ursachen in den kausalen Entstehungsprozeß des Rechtes ist. Aber der Verfasser hätte — wie sein französischer Lehrmeister Lambert — einsehen sollen, daß

Grundlage für diese anderen Ordnungen aufgefaßt wird. Es hat sicher dem Verfasser vorgeschwebt, daß die rechtlichen Normen die sind, die von den angegebenen Kreisen als besonders wesentlich und bedeutungsvoll innerhalb der sozialen Normsysteme angesehen werden; so daß die Gesellschaftsordnung als Ganzes mit ihrem Fortfall ein wesentlich anderes Gepräge bekommen würde. Daß dies verkehrt ist, wird man leicht einsehen. Ist es z. B. unter Androhung von Strafe wegen Tierquälerei verboten, neugeborene Vogeljunge aus dem Nest zu nehmen, was soll es dann bedeuten, daß diese Regel die Grundlage für die „staatliche, gesellschaftliche und ökonomische Ordnung“ bildet?

¹⁴⁾ Tatsachen, 50, vgl. 49.

die faktischen Gewohnheiten nicht selber als solche Recht sind. Es ergibt sich als selbstverständlich aus dieser Interpretation, daß die versuchte Scheidung zwischen zwei Arten Recht mißglücken mußte. Auch Ehrlichs andere Mißverständnisse erweisen sich als Konsequenzen seiner methodischen Versündigung. So ist z. B. die Charakteristik der zwei Teile des Rechtes als staatsgeschaffen bzw. gemeinschaftsgeschaffen nur eine Art Hypostasierung des methodischen Unterschieds in der Betrachtungsweise. Alles Recht ist staatsgeschaffen, auch das Gewohnheitsrecht, denn hiermit wird nur der normative Einheitsbezug des Rechtssystems ausgedrückt. Und alles Recht ist gemeinschaftsgeschaffen, auch das Gesetz. Denn hiermit wird die soziologisch-kausale Bedingtheit des Rechtes ausgedrückt, die von dem Gesetz so gut gilt, wie von dem Gewohnheitsrecht.

Hiernach verstehen wir auch, daß es Ehrlich unmöglich ist, dem Rechtsbegriff eine bestimmte Abgrenzung zu geben. Er soll zugleich die rechtlichen Phänomene selber (d. h. die Normen) und ihre faktischen Ursachen (d. h. faktische Gewohnheiten und dergleichen) umfassen. Die Konsequenz ist, daß für Ehrlichs Darstellung in einer unterschiedslosen Vermengung Recht, andere nicht-rechtliche, normative Ordnungen (Sitte und Brauch) und das bloß Faktische Gegenstand wird. Man kann sich davon leicht überzeugen, wenn man die Beispiele durchliest, die Ehrlich von dem „lebenden Recht“ gibt. Nur eine einzige Äußerung zur Charakteristik: „Wer wollte unser Familien- oder Vereinsleben nach den Familien- oder Vereinsstreitigkeiten beurteilen?“¹⁵⁾. Niemand — aber ebenso klar ist, daß Familien- und Vereinsleben ein anderes Studienobjekt ist, als das Familien- und Vereinsrecht. Das Familien- und Vereinsleben umfaßt moralische, religiöse, ökonomische, konventionelle, bloß faktische Aspekte außer dem Rechtlichen. Dies übersieht Ehrlich. Die Rechtswissenschaft verschwindet. Zurück bleibt eine vollständige, soziologische Gemeinschaftslebensmorphologie, die sowohl das moralische, das religiöse, das ökonomische, das konventionelle, das bloß faktische Gemeinschaftsleben umfaßt — wie das rechtliche.

Diese Kritik der Theorien Kornfelds und Ehrlichs involviert eine Kritik der Lehre von dem Recht als einem Natur-Sein. Aus dem an sich aner kennenswerten Motiv hervorgegangen, die soziologischen Existenzbedingungen des Rechtes zu bestimmen, besteht diese Auffassung in einer Verwechslung dieser Bedingungen mit der spezifischen Existenz des Rechtes selber. Die spezifisch rechtliche Geltung wird zum Teil in ein Naturfaktum aufgelöst, zum Teil in eine nachfolgende „Ethisierung“ dieses Faktums.

¹⁵⁾ Soziologie des Rechts, 400.

Kornfelds und Ehrlichs Arbeiten sind zu einem großen Teil Fortsetzungen des im Verhältnis zu ihnen in zu hohem Maße übersehenen Werkes von Georg Frenzel „Recht und Rechtsätze“, 1892. Nur ist Frenzels Methode mehr psychologisch, die der anderen soziologisch. Wie schon der Titel andeutet, scheidet Frenzel scharf zwischen Recht und Rechtsätzen. Recht wird als eine besondere Art allgemeiner Gewohnheiten behandelt, d. h. als psychische Handlungsassoziationen (p. 19, 67—68, 25—26). Die Rechtsätze dagegen sind psychologische Vorstellungen, die in Form von Regeln — vielleicht in einer Zeichensprache ausgedrückt — sich im Geiste der Menschen in Bezug auf diese Gewohnheiten finden. Aber nur diese selbst, nicht die Rechtsätze sind Recht. Die Aufgabe der Rechtswissenschaft besteht daher nicht darin, die Bedeutung gewisser Zeichenfolgen in einem Gesetztext zu entwickeln, sondern die wirklichen Gewohnheiten zu erkennen (p. 1 und 77). — Auch Frenzel kommt um den normativen Gesichtspunkt nicht herum. Er taucht auf, wenn es gilt, den Inhalt der Gewohnheiten zu bestimmen. Dieser wird als eine Ordnung bestimmt, die gewohnheitsmäßig befolgt wird, also ein Normsystem (p. 29). Was im besonderen das Gesetz angeht, so wird von einem allgemeinen Gewohnheitsgehorsam gegenüber den Normen, die von gewissen Individuen aufgestellt werden, gesprochen (p. 29), womit eben die rechtlichen Kompetenznormen für die Gesetzgebung vorausgesetzt werden. Ganz wie bei Kornfeld können wir also sagen, daß die Gewohnheiten (Kornfeld nennt sie die „Regeln“) das Recht nicht begründen, es vielmehr voraussetzen. Denselben Unterschied zwischen „Rechtsordnung“ (Gesetz, dem „offiziellen“ Recht, dem Recht der Rechtsdogmatik) und der „Rechtswirklichkeit“ vertritt Sinzheimer (Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft, p. 7) und Ludwig Spiegel (Gesetz und Recht, p. 18, 26, 27, 38, 57). Wie Ehrlich nehmen diese Verfasser eine supplierende soziologische Methode neben der dogmatischen an (Spiegel, a. a. O., p. 33, 34, 38, 40, Sinzheimer, a. a. O., p. 14). Hiermit setzen diese Verfasser sich denselben Schwierigkeiten aus, wie Ehrlich, besonders dem Dualismus im Rechtsbegriff und der fehlenden Abgrenzung gegenüber der „Sitte“.

Als Ausdruck für dieselbe naturalistische Auffassung — die, indem sie das Wirkliche mit dem, was wir sehen können, das Psychische mit Bewegungen der Gehirnmoleküle usw. identifiziert, sich guten Glaubens für den Ausdruck eines „echt wissenschaftlichen“, nüchternen realistischen Kritizismus hält, in Wirklichkeit aber natürlich in einem Dogmatismus von erheblich geringerem Wert besteht — kann man Hoppe (Der psychologische Ursprung des Rechts, 1888) und Bernhard Stark (Die Analyse des Rechts, Eine Beschreibung der Rechtsdinge auf Grundlage der Psychophysiologie des Organismus, 1916) nennen. Vgl. auch Henri Rolin (Prolégomènes à la science du droit. Esquisse d'une sociologie juridique, 1911), der die Rechtswissenschaft als eine Art Zoologie begründen will! (p. 5). Eine nicht-scholastische Wissenschaft studiert ausschließlich, was „existence phénoménale“ hat; aber „il n'y a que des phénomènes psychologiques, vitaux, psychico-chimiques, mécaniques“ (p. 4). Ebenfalls Petrazycski geht von der naturalistischen Annahme aus, daß das Recht entweder ein materielles Ding ist — oder eine psychische Tatsache. Da nun das Recht nicht mit unseren Sinneswerkzeugen wahrgenommen werden kann, so schließt er: „Il est donc impossible de chercher le droit dans l'espace, dans le monde des choses; il est donc impossible d'y chercher des éléments. Le phénomène juridique n'existe pas ou c'est un phénomène de conscience“. Zit. nach dem Referat von Grauber.

Über Baumgarten (Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode, Bd. 1. bis 3., 1922), dessen Theorie in vielen Punkten an die Kornfelds erinnert, siehe

Henrich, Das Sollen als Grundlage der Rechtswissenschaft 131 f., dessen Kritik im großen und ganzen das Richtige trifft. Baumgarten will jedes Sollen realpsychologisch verstehen und alle normative Wissenschaft zu Kausalwissenschaft reduzieren (III. 538 f.) und ist insofern noch naturalistischer als Kornfeld. Daß er seinem eigenen Prinzip untreu wird und zu dem Normativen rekurriert, ist in Henrichs Kritik gut nachgewiesen (s. nun auch Bd. III. 340—341). Im übrigen ist Baumgartens Werk in einem so unkritischen Geiste geschrieben, daß eine eingehende Kritik sich nicht lohnt.

Eine solche wäre dagegen angebracht — würde aber leider zu weit führen — gegenüber Fritz Sanders interessantem Versuch, erkenntnistheoretisch die Rechts-erkenntnis in einem synthetischen Prozeß, analog der Naturerkenntnis zu begründen. Soweit ich es beurteilen kann, führt Sanders Theorie doch — abgesehen von ihrem höheren erkenntnistheoretischen Wert —, was das Verständnis der Positivität des Rechtes angeht, nicht über Kornfelds Standpunkt hinaus. (S. Fritz Sander, Staat und Recht, Leipzig-Wien 1922; Das Recht als Sollen und das Recht als Sein; Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung, 1921; Kelsens Rechtslehre, Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz, Tübingen 1923.)

Kapitel X.

Das Recht als Sollen sui generis und als Kultur-Sein.

1. Kelsens Lehre von dem Recht als einem reinen Sollen.
2. Die Lehre der südwestdeutschen Richtung von dem Recht als einem Kultur-Sein.
- 3.—8. Kritik der Theorien des Kultur-Seins.
 3. Kritik des Kulturbegriffs.
 4. Kritik der Bestimmung des Rechtes als eines Teils der Kulturwirklichkeit.
 - 5.—7. Die Bestimmung der wirklichen Bedeutung des Kulturbegriffs in den behandelten Theorien.
 5. Er konstituiert nicht den Begriff des Rechtes.
 6. Er begründet nicht die Geltung des Rechts.
 7. Er involviert ein verkleidetes Naturrecht.
 8. Resumé.
9. Kritik der Lehre von dem Recht als einem reinen Sollen.
10. Konsequenzen.

1. Der leitende Gedanke des Positivismus war der negative, daß Rechtswissenschaft weder Soziologie noch Ethik ist. Diese negative Erkenntnis formulierte der Positivismus auf die Weise, daß er das Recht für einen Willen erklärte — nämlich den Willen der (rechtlich) kompetenten Macht. So scharf auch die Eigenwesenheit des Rechtes in dieser Zirkeldefinition zutage tritt, sagt sie — eben aus diesem Grunde — nichts darüber aus, worin das Wesen des Rechtes positiv besteht. Eine Beantwortung dieser Frage — als eine Erklärung der innersten Gedanken des Positivismus — gab Hans Kelsen, der Grundleger der normativen Rechtswissenschaft, d. h. der Lehre von dem Recht als einem spezifisch rechtlichen Sollen.

Für Kelsen bedeutet Sollen „eine ursprüngliche Kategorie“, „ein Denkmodus“, der Seinskategorie beigeordnet, aber absolut verschieden von ihr¹⁾. „Diese Gegensätzlichkeit von ‚Sollen‘ und ‚Sein‘ ist ein Grundelement der geisteswissenschaftlichen Methode im allgemeinen und der staats- und rechtswissenschaftlichen Erkenntnis im besonderen. Denn in dem Gegensatz von Sollen und Sein tritt hier derjenige von Geist und Natur auf. Daß der Staat sowie das Recht als Normsystem in den Bereich des Sollens, nicht aber den des Seins fällt, will zunächst nichts anderes besagen, als daß die spezifische Existenz und Gesetzlichkeit des Staates eine andere sei als jene der Natur. Dem Natursein, das man gemeinhin als das ‚Sein‘ schlechthin bezeichnet, wird das Sein des Staates,

¹⁾ Hauptprobleme, 7, im Zitat von Simmel.

der Kausalgesetzlichkeit der Natur — die man für Gesetzlichkeit schlechthin hält — wird die Normgesetzlichkeit des Staates als eine von der Kausalgesetzlichkeit gänzlich verschiedene entgegengestellt²⁾. Solange wir uns an die formallogische Struktur des Denkens halten, besteht „eine vollkommene Disparität von Sein und Sollen“. „Wie ich von etwas behaupte es ist, so kann ich auch von eben demselben sagen: es soll sein, und habe in beiden Fällen etwas völlig Verschiedenes ausgesagt“³⁾. Diese Disparität zeigt sich noch deutlicher, wenn es gilt, eine Denkbewegung vorzunehmen. So wenig ich von zwei Prämissen aus, die im Indikativ stehen, einen Schluß ziehen kann, der im Imperativ steht, so wenig kann ich von zwei Voraussetzungen aus, die in der Form der Seinskategorie gedacht sind, logisch einen Schluß in der Form der Sollenskategorie begründen. Oder umgekehrt: soll ich versuchen, ein Sollen zu begründen, d. h. die Voraussetzungen anzugeben, von denen aus es sich logisch verstehen läßt, so ist es von vornherein ausgeschlossen, diese Voraussetzungen innerhalb des Gebietes der Seinskategorie zu suchen. Aller Denkinhalt, ausgedrückt im Modus Sein und aller, ausgedrückt im Modus Sollen, läßt sich mit zwei parallelen Flächen vergleichen: sie haben keinen Punkt gemeinsam — aber doch ist es möglich, die Punkte zusammenzuordnen, so daß jedem Punkt in der einen Fläche ein gleichliegender Punkt in der anderen entspricht.

Das allgemeine Bewußtsein scheint indessen diesen radikalen Unterschied in den Formen des Denkens nicht anerkennen zu wollen. Im allgemeinen nimmt man keinen Anstoß daran, die Frage nach dem Grunde zu einem Sollen mit einem Sein zu beantworten. „So ist man gewohnt, auf die erste Frage nach dem Geltungsgrunde des Rechtes, dem Grunde des rechtlichen Sollens die Antwort: weil (wie man sich ausdrückt) der Staat oder der absolute Fürst oder das Parlament usw. es befiehlt, als ebenso befriedigend hinzunehmen, wie auf die Frage nach dem religiösen oder sittlichen Sollen die Antwort: weil Gott es befiehlt, oder weil das Gewissen es fordert, oder weil die Vernunft es so will“⁴⁾. Hierzu bemerkt Kelsen: „Allein es ist doch nur ungenauer, salopper Sprachgebrauch, der über das wahre, logische Verhältnis hinwegtäuscht. Nicht weil Gott, das Gewissen oder die Vernunft befiehlt, soll ich mich so oder anders verhalten, sondern weil ich dem Befehl Gottes, der Vernunft oder des Gewissens gehorchen soll; das ist der letzte, nicht weiter ableitbare Grund für die Geltung der Religion und Moral; nur als Inhalt einer obersten Norm kann der Befehl Gottes, des

²⁾ Der soziologische und juristische Staatsbegriff, 75.

³⁾ Hauptprobleme, 7.

⁴⁾ Problem der Souveränität, 95.

Gewissens oder der Vernunft das Sollen einer besonderen Norm rechtfertigen. Wenn überhaupt ein letzter Grund für irgend ein Sollen angegeben wird, kann dies nur wieder ein Sollen sein“⁵⁾. Indem so der Geltungsgrund einer Norm logisch nur in einer anderen Norm gesucht werden kann, ist man gezwungen, als Grundlage für die Geltung des positiven Rechts eine (logisch) erste Norm anzunehmen — die Ursprungsnorm — die die Grundlage für alle übrigen, in Hinblick auf diese gesetzten Normen bildet, selbst aber nicht „gesetz“ ist, sondern nur vorausgesetzt. Diese Ursprungsnorm darf indessen nicht als eine inhaltvolle Form aufgefaßt werden, aus der der Rechtsinhalt des Rechtssystems sich logisch deduzieren läßt. Sie ist Ausdruck für die formale Einheit des Rechtssystems. Sie ist die oberste Norm von der Schaffung des Rechtes. Indem sie festsetzt, unter welchen Bedingungen etwas als Recht angesehen werden soll, delegiert sie die rechtsinhaltsdeterminierende Befugnis zu einer ersten normsetzenden Instanz. Deren Normen können aufs neue eine Rolle als relative Ursprungsnorm im Verhältnis zu anderen untergeordneten Normen spielen. Logisch gibt es keine Grenze, wievielmale eine solche Instanzenfolge stattfinden kann. In dieser Stufenfolge entfaltet sich das Recht und nimmt Inhalt an. Die rechtliche Geltung holt das Recht in allen Lagen in letzter Instanz von der vorausgesetzten Grundnorm. Wie eine Flut strömt sie von dem Höhepunkt hinaus und verteilt ihre „normative Kraft“ in viele Zweige. Aber der Inhalt des Rechtes wird erst durch eine steigende Konkretisation unter materieller Benutzung der delegierten rechtschaffenden Macht festgestellt⁶⁾.

Mit diesem Versuch, alles Recht als abgeleitet im Verhältnis zu einer Ursprungsnorm aufzufassen, erinnert Kelsens Lehre an die naturrechtlichen Theorien, nach denen alles Recht von einem obersten Rechtsprinzip aus deduziert wird. In beiden Fällen ist der Gedankengang Ausdruck für ein Bestreben, das Rechtssystem als eine Einheit aufzufassen. Aber — wie Kelsen selber es hervorhebt⁷⁾ — es besteht ein entscheidender Unterschied zwischen seiner Lehre und der naturrechtlichen. Kelsens Grundnorm ist im Gegensatz zu einem naturrechtlichen, materiellen Rechtsprinzip nur ein Ausdruck für die formale Einheit der Rechts-

⁵⁾ A. a. O., vgl. Hauptprobleme, 8.

⁶⁾ Diese „Stufentheorie des Rechts“ auf normlogischer Grundlage hat zuerst Merkl in einer Reihe Arbeiten formuliert: Das doppelte Rechtsantlitz, Juristische Blätter, 1917; Das Recht im Lichte seiner Anwendung, 1917; Die Rechtseinheit des österreichischen Staates, Archiv f. öff. Rechts, 1918, Bd. 37; Hans Kelsens System einer reinen Rechtstheorie, a. a. O., 1921, Bd. 41; Die Lehre von der Rechtskraft, 1923.

⁷⁾ Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates, § 5 B.

ordnung. Wo das Naturrecht apodiktisch ein absolutes, materielles Rechtsprinzip postuliert, setzt Kelsen als Hypothese ein relatives, formales voraus. In dem hypothetischen, relativen und formalen Charakter der Grundnorm liegt der entscheidende Unterschied gegenüber dem apodiktischen, absoluten und materialen Rechtspostulat des Naturrechts.

2. Von der Annahme desselben radikalen Unterschiedes zwischen Sein und Sollen aus hat eine andere rechtstheoretische Richtung versucht, das Recht unter das Sein einzureihen, und die Rechtswissenschaft als eine Wirklichkeitserkenntnis aufzufassen. Im Unterschied von der in Kapitel IX. behandelten soziologischen Theorie meint die hier behandelte Auffassung mit „Sein“ nicht die Naturwirklichkeit, sondern eine spezielle Kulturwirklichkeit. Diese hat wohl als Substrat ein Natursein und scheidet sich damit von der reinen Sollenskategorie, aber ihren spezifischen Charakter als Kultur erhält sie erst durch ein gewisses Verhältnis zu dem Sollen, zu den Werten. Hiermit erhält sie ihre besondere Bedeutung und wird als eine neue Wirklichkeit konstituiert. Kultur ist eine wertvolle, eine wertbezogene Wirklichkeit.

Wie man sieht, beruht diese Auffassung auf Rickerts bekannter Scheidung zwischen Naturwissenschaft und Kulturwissenschaft als den beiden Hauptgruppen innerhalb der Wirklichkeitswissenschaften im Gegensatz zu den normativen Wissenschaften. Rickert selbst führte indessen diesen Gesichtspunkt in Bezug auf die Rechtswissenschaft nicht weiter durch. Diese Aufgabe wurde von seinem Schüler Emil Lask ausgeführt. Mit dem Ausgangspunkt in dem Unterschied zwischen Sollen und Sein bestimmte Lask die Rechtsphilosophie als eine Rechtswertlehre, die Rechtswissenschaft als eine Rechtswirklichkeitslehre. Innerhalb der letztgenannten scheidet er wieder zwischen einer sozialtheoretischen Wissenschaft (Rechtssoziologie), die sich auf eine empirische Betrachtung der sozialen Realität gründet, und einer dogmatischen Rechtswissenschaft. Lask erkennt durchaus die Verschiedenheit der letzteren von der Soziologie an. Im Gegensatz zur letztgenannten hat die Rechtsdogmatik nichts mit dem Recht „als realen Kulturfaktor“ und „sozialem Lebensvorgang“ zu tun⁸⁾. Ihr Gegenstand ist nicht „ein existierendes, sondern ein bloß Bedeutendes, nicht ein Seiendes, sondern ein Seinsollendes, eine Befolgung Heischendes“⁹⁾. Dennoch betrachtet Lask auch diesen Zweig der Rechtswissenschaft als eine empirische Wirklichkeitswissenschaft im Gegensatz zu den Normwissenschaften. Das wird damit begründet, daß sich die Rechtsdogmatik zur Rechtssoziologie nicht wie

⁸⁾ Lask, Rechtsphilosophie, 302.

⁹⁾ A. a. O. 304.

Sollen zum Sein, sondern wie „Bedeutung“ zur „Realität“ verhält. Rechtsdogmatik bedeutet nicht eine normative Erkenntnis, sondern eine Deutung von dem, was durch die sozialtheoretische Wissenschaft als Recht bestimmt ist¹⁰⁾.

Später haben mehrere Fachjuristen sich dieser Lehre angeschlossen, so Radbruch und Binder. Radbruch¹¹⁾ geht von einem ethischen Relativismus aus. Er bestimmt die Kultur als ein Reich zwischen Sein und Sollen¹²⁾. Der Gegenstand der Rechtswissenschaft ist für ihn eine empirische Wirklichkeit, ihre Methode dagegen normativ¹³⁾. Als der in der Reihe zuletzt gekommene kann Julius Binder genannt werden, der sich (nach seiner eigenen Aussage) unter dem psychischen Einfluß der Kriegszeit von Kritizismus zu einem metaphysischen Idealismus gewendet hat¹⁴⁾. Binder nimmt seinen Ausgangspunkt in einer Erneuerung des deutschen klassischen Idealismus: Fichte, Schelling, Hegel. Sein Standpunkt steht dem Hegels am nächsten. (Binder konnte sich mit Recht den Titel Neo-Hegelianer beilegen), nur mit dem Unterschied, daß er nicht mit Hegel eine Ideenimmanenz in der Wirklichkeit annimmt, sondern eine „Beziehung“ zwischen Idee und Wirklichkeit. Im übrigen nimmt Binder ebenso wie Hegel die Existenz eines objektiven Geistes an, der sich in dem subjektiven Geist spiegelt und entfaltet¹⁵⁾. Die Ideen sind überempirische, absolute Normen, die von der „praktischen Vernunft“ durch Intuition erkannt werden. Ihr Wesen ist das unbedingt (schlechthin) Gültige, die reine Geltung¹⁶⁾. In Relation zu diesem absoluten Idealismus baut Binder seine Kulturphilosophie und Rechtsphilosophie auf.

Der Grundgedanke in allen Bestrebungen, das Recht als ein Kultursein zu bestimmen, ist ein Kompromiß. Auf der einen Seite hat man das Gefühl, daß das Recht etwas mehr ist, als die bloße Natur. Es wird in der Rechtswissenschaft mit Begriffen wie Pflicht, Geltung, Schuld usw. operiert, lauter Begriffen, die zu einem normativen Denken gehören. Auf die eine oder andere Weise muß die rechtliche Betrachtungsweise deshalb mit der normativen in Verbindung stehen. Auf der anderen Seite trägt man Bedenken, das Recht in die eigentliche normative Sphäre zu überführen und damit seine Existenz in der bloßen Geltung ohne

¹⁰⁾ A. a. O. 304.

¹¹⁾ Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie.

¹²⁾ A. a. O., p. 38, „ein merkwürdiges Zwischenreich“.

¹³⁾ A. a. O. 186.

¹⁴⁾ Binder, Philosophie des Rechts, XLVI.

¹⁵⁾ A. a. O. 283, vgl. 272, 274.

¹⁶⁾ A. a. O. 112.

Halt in der Wirklichkeit, verflüchtigt zu sehen. Da nämlich das positive Recht nach gegebenen, empirischen Verhältnissen variiert, da es in Relation zu diesen mit ganz bestimmtem Inhalt *hic et nunc* gilt, muß es als ein Glied der empirischen Wirklichkeit betrachtet werden. Auf Grund dieser Doppeltheit sucht man das „Wesen“ des Rechtes durch einen Kompromiß zu bestimmen: das Recht ist ein Sein, aber ein Sein, das auf die eine oder andere Weise mit einem Sollen in Berührung steht, ein Sein, das mit normativen Gesichtspunkten behaftet ist. Als Grundlage für diese Brücke zwischen Sein und Sollen dient der Kulturbegriff. Diese Doppeltheit in der Rechtsbetrachtung tritt bei Lask und Binder in der Weise hervor, daß sie das Recht als eine Realität ansehen, die gedeutet oder interpretiert wird. Denselben Gedanken drückt Radbruch — weniger geschickt, aber offener — so aus, daß er den Gegenstand der Rechtswissenschaft als eine Realität ansieht, ihre Methode als eine normative Methode.

3. Im folgenden wollen wir den Kulturbegriff näher untersuchen, der zwischen Sein und Sollen eine Brücke schlagen soll. Die Kultur wird — wenn wir für die dahingehörenden Verfasser eine kurze Einheitsformel geben sollen — als eine wertbezogene Wirklichkeit bestimmt. Wie schon von Kelsen nachgewiesen, liegt in dieser Bestimmung eine Unsicherheit, indem man das Wort Wert entweder als Ausdruck für eine objektive, geltende Norm verstehen kann, oder als Ausdruck für eine bloß subjektive Bewertung¹⁷⁾. Wir behaupten nun, daß dieser Kulturbegriff in seinen beiden möglichen Formen ungeeignet ist, eine Wirklichkeit, die von der Naturwirklichkeit verschieden ist, zu konstituieren. Die Gründe sind kurz ausgedrückt folgende: a) in objektiver Formulierung ist der Kulturbegriff ungeeignet, eine spezifische Wirklichkeit zu konstruieren, 1) weil er als Ausdruck für ein Sollen nicht imstande ist, eine Synthese mit dem Sein der Naturwirklichkeit einzugehen, und 2) weil eine nicht-synthetische Relation nicht imstande sein kann, eine neue Existenz zu konstituieren, da die beiden Elemente in einer solchen Relation ihre ursprüngliche Eigenartigkeit und Selbständigkeit nicht verlieren. b) In subjektiver Formulierung ist eine Konstitution unmöglich, 1) aus dem Grunde, weil mit einem solchen Begriff überhaupt keine Abgrenzung gegeben wird. Alle menschlichen Handlungen sind Ausdruck und alle Naturobjekte können Gegenstand für eine subjektive Bewertung sein, und 2) weil (von dem hier vorausgesetzten, absoluten Unterschied zwischen Sein und Sollen aus) eine solche subjektive Bewertung nicht Ausdruck für ein Sollen ist, sondern nur

17) Kelsen, Die R. als Norm- oder Kulturwissenschaft, 1200 f.

für eine psychische Seins-Tatsache; aus diesem Grunde wird nicht eine neue Wirklichkeit außerhalb der Naturwirklichkeit konstituiert, sondern es werden nur innerhalb dieser kausale Relationen gesetzt.

Einen ausführlicheren Beweis für diese Behauptung geben wir in folgendem durch eine genauere Kritik des Kulturbegriffes. Da indessen Kelsen¹⁸⁾ schon für Rickert, Lask und Radbruch eine solche Kritik geliefert hat, wollen wir aus Raummangel uns bei diesen drei Verfassern mit einem Hinweis auf Kelsens scharfsinnige Kritik begnügen und uns selber auf eine Besprechung des Kulturbegriffes Binders beschränken.

Binder will den Kulturbegriff finden und begründen, indem er die kritisch-transzendentallogische Methode auf gewisse Kulturgegenstände als Faktum anwendet. Der Verfasser will von einigen Beispielen aus zeigen, daß es Gegenstände gibt, die sich nicht von einer Natur-, sondern nur von einer spezifischen Kulturbetrachtung aus fassen lassen, und die deshalb transzendentallogisch einen besonderen Kulturbegriff voraussetzen und eine entsprechende Kulturwirklichkeit begründen. Denkt man sich so einen Naturmenschen — z. B. einen Wilden aus Zentralafrika, der noch nie mit irgendeiner Art Kultur in Berührung gewesen ist (unangesehen, ob es einen solchen Menschen gibt) — einem Eisenbahndamm gegenübergestellt, so würde er ihn mit denselben Augen betrachten wie wir. Aber er wird ihn niemals als Eisenbahndamm, als Kulturgegenstand fassen können. Vielleicht wird die Regelmäßigkeit seiner Form ihm auffallen, aber er wird doch ein Stück Natur bleiben. Auf dieselbe Weise wird eine Symphonie für den ästhetisch Unempfindlichen ein Lärm bleiben, eine griechische Venus ein Stück Marmor. Erst in Relation zu den Ideen (siehe oben: die absoluten Normen) als Produkt einer menschlichen Handlung unter Freiheit gewinnen diese Gegenstände ihre besondere Bedeutung (Sinn), werden sie Kulturgegenstände¹⁹⁾.

Auf doppelte Weise ist dieser Kulturbegriff ungeeignet, eine besondere Kulturwirklichkeit abzugrenzen. Zum ersten ist alle menschliche Handlung Handlung unter Freiheit. Ob die Handlung als frei oder unfrei betrachtet wird, ist nicht eine Scheidung zwischen zwei verschiedenen Arten von Handlung, sondern ausschließlich zwischen zwei verschiedenen Betrachtungsweisen: einer kausal-naturwissenschaftlichen und einer normativen. Hiermit ist auch Binder zufolge seiner eigenen Darstellung einverstanden²⁰⁾. Die Freiheit ist nur ein Postulat „der prak-

18) A. a. O. 1181 f.

19) Binder, Phl. des Rechts, 104, vgl. 106, 107.

20) A. a. O. 53 f.

tischen Vernunft“. Hieraus folgt, daß alle menschliche Handlung Kulturhandlung ist. Im übrigen ist von den vom Verfasser gegebenen Beispielen und dem Charakter seines Raisonnements aus gar kein Grund, sich auf „Freiheit“ und „Ideen“ zu berufen, um die Kulturqualität der besprochenen Phänomene zu begründen. Die Unverständlichkeit eines Eisenbahndammes für einen Neger setzt nicht eine „Idee“, eine objektive, unbedingt-gültige Norm voraus. Zu seiner Faßlichkeit ist nur erforderlich, daß man weiß, was eine Eisenbahn ist, d. h., daß man den Damm als ein Mittel zu einem empirischen Zweck subjektiver Art versteht, den die Menschen häufig verfolgen. Der Begriff setzt nur ein Interesse voraus, ein empirisches Begehrungsvermögen, das innerhalb der Natur eine Grenze zieht, je nachdem, ob sie Mittel zur Erfüllung des Begehrens ist oder nicht. Auf dieselbe Weise brauchen die ästhetischen Kulturgegenstände ebensowenig etwas anderes vorauszusetzen, als eine empirisch-individuelle Lustempfänglichkeit gegenüber Symphonien, einer griechischen Venus usw.

Hieraus folgt der andere Grund, weshalb Binders Kulturbegriff sich nicht zur Abgrenzung besonderer Kulturgegenstände eignet. Es liegt zufolge der inneren Struktur seines Gedankenganges, kein Grund vor, innerhalb des „Reiches der Freiheit“ zu bleiben. Die Sonderstellung des Kulturgegenstandes beruht, wie wir gesehen haben, darauf, daß er Gegenstand für ein Interesse ist, in Relation zu einem besonderen Zweck steht. Aber dies kann der Fall sein, ohne Rücksicht darauf, ob der Gegenstand von Menschen geschaffen ist, ja, ohne Rücksicht darauf, ob der Zweck ein menschlicher ist. Ob das Objekt von einem Neger verstanden werden kann, ist von der Genesis des Objektes unabhängig. Dasselbe gilt auf dem ästhetischen Gebiete. Auch die natürliche Schönheit des menschlichen Körpers, ein Sonnenniedergang u. ä. kann für den Betrachter eine besondere Bedeutung haben, die der eines Kunstwerkes analog ist und für den unfaßlich bleibt, der ästhetisch blind ist. Endlich braucht, wie gesagt, das Interesse nicht einmal menschlich zu sein. Auch ein Bienenkorb ist für den Unkundigen als Bienenkorb unfaßlich, selbst wenn der Zweck, dem er dient, nur ein Bienenzweck ist.

Der Kulturbegriff, so wie ihn Binder von den gegebenen Beispielen aus als Faktum feststellen kann, ist wohl ein Faktum, aber ganz unbrauchbar, da er alle menschlichen Handlungen und die gesamte Natur umfaßt. All dieses ist Ausdruck oder Gegenstand für eine subjektive Bewertung und erhält dadurch eine „Bedeutung“, die für eine bloß naturwissenschaftliche Betrachtung unfaßlich ist. Selbst die Sterne des Himmels sind nicht ausgenommen. Wer will leugnen, daß sie für ein poetisches Gemüt eine andere Bedeutung haben, als die, selbstleuchtende

Weltkörper von einer Größe „n“ in einem Abstände von „m“ Lichtjahren von der Erde zu sein?

Es kann nun auch kein Zweifel sein, daß so wie der Verfasser den Kulturbegriff in seiner weiteren Darstellung anwendet, er ihm eine andere Bedeutung beilegt. Er meint richtige, objektiv-normgültige Kultur, er meint, daß eine Symphonie von Beethoven nicht nur als subjektiv lusterregend, sondern als ein ästhetisch-objektives Kunstwerk existiert, das objektiv größeren Kulturwert besitzt, als eine Eintags-Jazz-Melodie. Aber sobald der Kulturbegriff auf eine objektive Norm bezogen wird, gilt nicht länger, daß Binder die Existenz der Kultur als Faktum nachgewiesen hat. Daß Kultur in emphatischer Bedeutung existiert, daß wir z. B. in der Kultur „höher“ stehen als die Chinesen, ist kein Faktum und nicht notwendige Voraussetzung für irgend ein Faktum. Das zeigt, mit welcher (natürlich unbewußten) Falschheit Binder — statt sich ehrlich zu seiner Metaphysik und metaphysischen Methode zu bekennen — sich mit einer kritisch-transzendentallogischen Problemstellung und Methode schmückt. Von dem Faktum eines Eisenbahndammes auf die ewige Gültigkeit absoluter Normen transzendentallogisch schließen zu wollen! Entweder wird das Faktum richtig bestimmt, und man kann dann nur durch einen falschen Schluß zu dem gewünschten Resultat gelangen — oder man bestimmt unrichtig das Faktum als richtige Kultur und schiebt damit von vornherein im Faktum das ein, was begründet werden soll. Binders kleine Taschenspielerkünste sind einfach ein Ausdruck für einen religiös-metaphysischen Drang, um (nach dem Kriege) das richtige Oben und Unten in der geistigen Welt zu finden. Aber ebenso, wie wir in der physischen Welt längst gelernt haben, daß Oben und Unten keine absoluten Orientierungen im Weltraum sind, sondern relative im Verhältnis zu unserem Erdball und seinem Mittelpunkt und in sämtliche Richtungen der Himmelskugel hinausdeuten — ebenso ist es jetzt Zeit zu lernen, daß Oben und Unten auch in der geistigen Welt relative Bestimmungen sind, die Richtungen angeben, die von dem Zentrum unseres geistigen Daseins ausstrahlen.

Es ist hier nicht der Ort, näher Binders Metaphysik zu kritisieren. Wir begnügen uns damit, darauf hinzuweisen, daß er, wie alle Metaphysiker, gezwungen ist, seine metaphysische Erkenntnis in einer Intuition, einer „intellektuellen Anschauung“ zu begründen und sich damit außerhalb einer objektiven Diskussion stellt.

Hier sollen wir nur untersuchen, in welchem Grade es möglich ist, selbst unter Annahme solcher absoluten, normativen Prinzipien eine besondere Kulturwirklichkeit zu etablieren. Die Kritik bleibt also immanent.

Man könnte hier versucht sein, diese neue Wirklichkeit durch eine Synthese a priori von Stoff und Raum, Naturwirklichkeit und Wert zu bilden. In dieser Richtung geht die Darstellung einer Wertimmanenz bei Hegel und einer „wertvollen Wirklichkeit“ bei Rickert. Binder indessen nimmt von dieser Auffassung ausdrücklich Abstand²¹⁾, er folgt hier Kelsen, der mit Recht fragt, wie es möglich ist, in einer Existenz Wirklichkeit und Wert, d. h. Nichtwirklichkeit zu vereinen, wie es möglich ist, von einer Wirklichkeit als „voll“ von etwas Unwirklichem zu sprechen. Als Wirklichkeit existiert der Gegenstand nur in seinem Natursein. Als reine Geltung ist ein Wert Ausdruck für ein Sollen, eine Norm. Solange wir ausdrücken, was ist, können wir niemals ausdrücken, daß die Wirklichkeit (das was ist) wertvoll ist. Solange wir etwas als wertvoll erkennen, können wir niemals ausdrücken, daß der Wert (das, was wertvoll ist) wirklich ist. Der populäre Ausdruck „eine wertvolle Wirklichkeit“ (oder „ein wirklicher Wert“) ist eine unrichtige Zusammenziehung zweier kategorisch verschiedener Urteile mit gemeinsamen „Substrat“. (Das „etwas“, das das einmal in die Form der Seinskategorie gekleidet wird, das andermal in die der Sollenskategorie, ist dasselbe.) Sein kann nicht Substrat für ein Sollen sein, oder umgekehrt²²⁾.

Alles dies räumt Binder ein und gibt es deshalb auf, von einer synthetischen Hervorbringung der Kulturwirklichkeit zu sprechen. Dagegen versucht er die Kulturwirklichkeit gemäß einer Beziehung zu begründen, in der die Naturwirklichkeit zu einer Norm, einem Werte steht.

Bevor wir auf Binders Darstellung eingehen, können wir bemerken, daß dieser Ausweg hoffnungslos sein muß. Denn wie oben besprochen, wenn keine Synthese stattfindet, kann keine neue Existenz entstehen. Alles muß beim Alten bleiben: ein Naturgegenstand, der nur als Natur wirklich ist, und eine Norm, die ohne Rücksicht auf die Wirklichkeit einen Wert ausdrückt — selbst wenn das Substrat dieser möglicherweise mit dem des Seinsurteils identisch ist. Populär ausgedrückt: der Gegenstand ist nur als Naturphänomen wirklich; wir können von einem normativen Gesichtspunkt aus ihn als wertvoll oder nicht, normadäquat oder normstreitig bewerten; aber diese Beurteilung bleibt eine Sache für sich, die nicht das Geringste mit der Wirklichkeit des Gegenstandes zu tun hat.

²¹⁾ A. a. O. 101 f., 198 f.

²²⁾ Vgl. hierzu Kelsen in Anm. 17. a. O. 1188 f., insb. 1190.

Binder bezeichnet das für die Kulturwirklichkeit konstituierende Verhältnis als die Beziehung, in der der Gegenstand zur Idee steht²³⁾. Aber über das Negative hinaus, daß es nicht eine Synthese ist, ist es nicht klar, was der Verfasser mit diesem Ausdruck meint. Die Äußerungen, die hierüber vorliegen, sind unklar und widerspruchsvoll.

Ein klarer Standpunkt — abgesehen von dessen Wert im übrigen — wäre es gewesen, wenn Binder — wie Radbruch — einen Kulturbegriff durch Beziehung zu einer Norm in dem Sinne bestimmt hätte, daß die entsprechende Norm sinnvoll innerhalb ihres Gebietes Anwendung finden kann, ohne Rücksicht darauf, ob sich das Objekt als wertvoll oder wertlos darstellt²⁴⁾. Die Beziehung ist also so verstanden formal. Es finden sich nun bei Binder auch Stellen, die auf eine solche Auffassung hindeuten²⁵⁾. Aber wie aus dem folgenden hervorgehen wird, finden sich unzweideutige Zeichen dafür, daß der Verfasser in der entscheidenden Anwendung nicht bei einer bloß formalen Beziehung hat stehen bleiben wollen, mit der er nur in allzugeringem Grade die „idealisierenden“ Zwecke hätte verfolgen können, die den wahren Beweggrund zu seiner Lehre bilden.

Wenn die Beziehung nicht bloß formal sein soll, muß sie auf die eine oder andere Weise material sein. Ein anderer klarer Standpunkt wäre es nun gewesen, eine material-objektive Übereinstimmung zwischen Objekt und Idee zu verlangen. Diese Lösung ist indessen so offenbar im Widerstreit zu der Positivität des Rechtes, daß ihre Unmöglichkeit einleuchtend ist. Dagegen wäre sie natürlich wohl geeignet, „idealisierenden“ Zwecken zu dienen. Wir sehen sie denn auch nur gelegentlich angewendet, wenn der Zweck es besonders wünschenswert macht²⁵⁾.

Im übrigen nimmt der Verfasser eine schwankende Stellung zwischen diesen beiden klaren Standpunkten ein. Es scheint, als ob der Verfasser annimmt, daß die Frage, ob die Forderungen, welche die Idee stellt, erfüllt sind oder nicht, sich nicht mit einem klaren Ja oder Nein beantworten läßt, als ob die Idee mehr eine Richtung als feste Forderungen angebe. Auf der anderen Seite muß ein Maximum und ein Minimum angenommen werden, denn der Verfasser setzt sowohl voraus, daß die

²³⁾ Z. B. 688, 762: „denn wir wissen, daß dieses rein Empirische gar nicht Recht ist; daß es nur seine Beziehung zur Idee des Rechts ist, was dieses Empirische zum Recht macht“.

²⁴⁾ Der Einfachheit halber bedienen wir uns dieses unkorrekten Sprachgebrauchs.

²⁵⁾ S. unten Anm. 31.

Forderungen der Idee ganz realisiert sein können, wie ganz unerfüllt²⁶⁾. Aber auch zu einer solchen Intervallsauffassung wagt der Verfasser mit Rücksicht auf die Positivität des Rechtes sich nicht zu entschließen.

Es bleibt deshalb kein anderer Ausweg für den Verfasser, als die Beziehung von dem Objektiven zum Subjektiven zu verlegen. Das Entscheidende bleibt danach, daß die Hervorbringung des Kulturwerkes unter dem Einfluß der Idee (Ideevorstellung) vorgegangen ist. Auch in dieser Formulierung erhebt sich die Frage, ob der subjektive Einfluß eine objektive Spur im Werke hinterlassen haben muß. Der Verfasser schwankt. Seine Äußerungen deuten darauf, daß die Ideevorstellung wirksam gewesen sein soll, daß sie Veranlassung zur Realisation eines ideenentsprechenden Zustandes gewesen sein soll. Da diese Ausdrücke nach der eigenen Aussage des Verfassers nicht in Übereinstimmung mit Hegels Lehre als Ausdruck für die Immanenz der Idee, ihre Selbstrealisation in der Geschichte verstanden werden können, müssen sie empirisch-psychologisch verstanden werden. Aber hiermit wird ein Prinzip als kulturkonstituierend eingeführt, das zugleich irrelevant und unmöglich ist. Es ist irrelevant, weil es für die Bestimmung und Erkennbarkeit der Kulturqualität des fertigen Produktes gleichgültig sein muß, unter welchen psychologischen Umständen es entstanden ist²⁷⁾. Es ist unmöglich, soweit auch diese Formulierung der Positivität des Rechtes widerstreiten wird. Der Verfasser gibt deshalb auch diesen Standpunkt auf. Die letzte Formulierung, die wir feststellen können, ist eine rein subjektive, ohne Rücksicht darauf, welches objektives Resultat hervorgebracht wird. Es wird behauptet, daß die Kulturhervorbringung ein subjektiver Versuch zur Realisation der Idee ist, ohne daß etwas davon gesagt wird, in welchem Grade dieser Versuch geglückt sein soll. Versuche können ja ebenso gut mißglücken wie glücken. Das Entscheidende ist nur, daß die Ideevorstellung motivierend gewirkt hat. Ob innere oder äußere Hinderungen sich in den Weg gestellt haben und den Versuch zum Scheitern brachten, nimmt deshalb dem Werke nicht seinen Charakter als Kulturwerk. In Übereinstimmung hiermit kann der Verfasser schließlich Kultur definieren als „diejenige Wirklichkeit, die ihr Dasein dem freien, vernünftigen, ideengeleiteten Handeln des

²⁶⁾ 770—771 wird ausdrücklich erklärt, daß das Recht normadäquat sein, d. h. restlos die Forderungen der Idee erfüllen kann; 461 wird sowohl „die willkürliche Aufkündigung der Ehe durch einen Gatten allein“, wie „die vollkommene Unauflöslichkeit der Ehe“ für „unsittlich und verwerflich, als mit der Idee der Ehe unvereinbar“ erklärt. Ebenso heißt es 427 von der Sklaverei.

²⁷⁾ Eine Frage, die übrigens für kollektiv geschaffene Gegenstände, z. B. das Recht — keine Bedeutung zu haben scheint.

Menschen verdankt und die nur deshalb vernünftigerweise unter dem Gesichtspunkte der Freiheit der Normativität betrachtet werden kann“²⁸⁾.

Aber auch mit dieser Formulierung können wir uns nicht zufrieden erklären. Abgesehen davon, daß die subjektive Formulierung, wie erwähnt, die Kulturwelt auf die menschlichen Handlungen selber einschränken muß, ist sie aus anderen Gründen überhaupt nicht imstande, eine neue Wirklichkeit zu konstituieren. Der Beziehungspunkt ist nämlich nicht eine Norm, sondern eine Normvorstellung — also eine real-psychische Seinstatsache. Die Beziehung zwischen Wirklichkeit und Idee erweist sich ganz einfach als ein Kausalnexus zwischen einem bestimmten psychischen Motiv und gewissen Handlungen. Wir bleiben innerhalb der Naturwirklichkeit. Aber selbst diese letzte, geringe Verbindung mit der „Idee“ durch die Ideevorstellung als wirkendes Motiv muß der Verfasser gegenüber der Positivität des Rechtes aufgeben — wenn auch nur als ein „Versprechen im Vorbeigehen“ und nicht als ein offenes Zugeständnis. Zuerst sagt Binder in Übereinstimmung mit dem Vorangegangenen: „Soll ein Gesetzbuch wirklich Recht schaffen, so muß es nicht auf Willkür, sondern auf der Vernunft beruhen, muß es sich als einen Versuch darstellen, der Rechtsidee gerecht zu werden, und innerhalb dieser Aufgabe den sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen, dem Geist des Volkes und seiner Sittlichkeit zu entsprechen. Das ist etwas ganz anderes als die Willkür.“²⁹⁾ Aber dann heißt es kurz darauf: „Von blinder Willkür ist also keine Rede, auch nicht in der Gesetzgebung, oder sollte doch keine Rede sein.“³⁰⁾ Die letzten von mir hervorgehobenen Worte zeigen, daß Binder die Forderung aufgibt, daß das Recht wirklich als Versuch zum richtigen entstanden ist. Die Forderung wird hier deutlich nur als eine normative, nicht als eine konstitutive ausgedrückt.

Unsere Behauptung ist bewiesen. Es ist Binder nicht geglückt, eine neue Kulturwirklichkeit zu konstituieren. Die in vielen Schattierungen variierenden Bestimmungen der „Beziehung“, die Kultur-(Rechts-)gegenstände konstituieren soll, hat der Verfasser alle, eine nach der anderen, als undurchführbar gegenüber der Positivität des Rechtes fallen lassen müssen. Diese Zugeständnisse sind nur nicht offenkundig *ex professo* geschehen. Sie hindern deshalb den Verfasser nicht — wenn der Zweck es verlangt, und die Positivität des Rechtes nicht

²⁸⁾ 866.

²⁹⁾ 848.

³⁰⁾ 849.

allzusehr in die Augen fällt (das extra-legale Recht, Interpretation) — mit einem idealistisch bestimmten Rechtsbegriff zu operieren³¹⁾.

4. Unter der vorigen Nummer haben wir eine Kritik des Kulturbegriffes im allgemeinen gegeben. Hier wollen wir zeigen, daß bei der Bestimmung des Rechtes als eines Teiles der Kulturwirklichkeit notwendigerweise gewisse besondere Schwierigkeiten entstehen müssen. Das Recht unterscheidet sich nämlich von anderen Kulturgegenständen dadurch, daß es nicht nur eine Realität ist, die einer Norm beigeordnet ist (wie z. B. auch einer Symphonie), sondern gleich selbst eine gewisse normative Bedeutung hat (was dagegen nicht der Fall ist bei der Symphonie). Es gilt deshalb, das Wirklichkeitssubstrat des Rechtes

³¹⁾ In dieser Anmerkung geben wir eine Übersicht über die verschiedenen Äußerungen bei Binder über die „Beziehung“ zwischen der empirischen Wirklichkeit und der Idee, die das Recht konstituiert. Alle Zahlen beziehen sich auf die „Philosophie des Rechts“.

a) Stellen, die auf eine bloß formale Beziehung deuten: 1) p. 110, wo von einer Abgrenzung eines Kulturgebiets im Verhältnis zu der entsprechenden Gebietsnorm die Rede ist. Weiter: „Wir messen dem empirischen Gegenstand, dem Kunstwerk, dem Handeln des Menschen usw. einen Wert bei, wenn wir finden, daß sie der zuständigen Norm entsprechen“; hieraus scheint hervorzugehen, daß ein Kunstwerk nicht mit der Norm übereinzustimmen braucht. 2) p. 111: „Es besteht also eine Wechselbeziehung zwischen der Norm und ihrem Kulturgebiet: es hat keinen Sinn, ein Dreieck tugendhaft oder eine mathematische Formel schön zu finden...“ Hier scheint die Voraussetzung nur zu sein, daß die Norm mit Sinn Anwendung finden kann, d. h. daß die „Beziehungen“ formal sind. 3) p. 432 heißt es, der jetzige deutsche Staat entspreche nicht seiner Idee, „es handelt sich in unserem öffentlichen Leben nur um den Kampf aller um den Leichnam des Staates, der nicht lebendig ist, weil seine Idee seit langem gestorben ist“. Sofern der Verfasser nicht hiermit allem geltenden, positiven, deutschen Recht den Rechtscharakter absprechen will, folgt hieraus, daß die Dissonanz zwischen dem Kulturgegenstande und der Idee inhaltsmäßig absolut sein kann. Denn der erwähnte „Leichnam“ ist wohl noch ein Staat, und sein Recht positives Recht, trotzdem die Idee tot ist.

b) Stellen, die auf eine materielle Beziehung deuten:

a) primär objektive Formulierung: die Forderungen der Rechtsidee müssen objektiv (jedenfalls in einem gewissen Grade) erfüllt sein, bevor der Gegenstand als Recht erkannt werden kann: 238 „Recht ist alles, worin die Rechtsidee funktioniert“, vgl. 235: „der Sinn eines empirischen Faktums besteht gerade darin, daß es in seinem Dasein und Sosein einer Idee, einer kategorischen Forderung der Vernunft entspricht“.

β) primär subjektive Formulierung: die Schaffung des Kulturgegenstandes muß unter Einfluß der Idee(vorstellung) erfolgt sein.

*) Mit der Forderung eines objektiven Resultats: 1) p. 62 heißt es, daß die Idee Einfluß auf die empirische Welt gewinnt, daß es ihr Wesen ist, in Kultur und Geschichte wirksam zu sein. Da nun Hegels Meta-

auf eine solche Weise zu bestimmen, daß es zugleich Naturwirklichkeit ist (die durch ihre Beziehung zur Idee Kulturwirklichkeit wird) und Substrat für eine normative Bedeutung. Diese Aufgabe muß zu unlösbaren Schwierigkeiten führen. Wie aus dem folgenden hervorgehen wird, erhält sie auch nur eine Scheinlösung, die sich auf die Verwechslung eines psychischen Aktes als Akt und ihren Inhalt als logischer Bedeutung gründet.

Radbruch will den Realitätscharakter des Rechtes im Gegensatz zum Sollenscharakter der Moral so bestimmen, daß der erstgenannte aus Imperativen besteht, der letztgenannte aus Normen. Der Unterschied wird durch ein Beispiel, den Satz „Tue deine Pflicht!“ illustriert. „Wenn man in diesem Satze den Sinn von seinem Träger, das Ausge-

physik abgelehnt wird, kann nicht eine Selbstrealisation der Idee gemeint sein, sondern der Einfluß der Ideevorstellung in dem kulturschaffenden Individuum. 2) p. 135 wird folgendermaßen erklärt, was es heißt, daß die Rechtsidee für die Rechtswirklichkeit konstitutiv ist: „Die Idee des Rechts schreibt einen bestimmten Zustand vor und ist insofern die Veranlassung, daß dieser Zustand hergestellt wird; sie ist insofern konstitutiv für die Wirklichkeit des Rechts“. 3) p. 1042 wird Recht als „ein durch die Rechtsidee bestimmtes Wollen“ definiert.

**) Ohne Forderung eines objektiven Resultates. 1) Daß keine Idee adäquanz vorzuliegen braucht, wird deutlich ausgedrückt p. 771: „Bezeichnen wir nun ein Recht, das der Idee restlos entspringt, als richtiges Recht, so ist die Konsequenz, daß das geschichtlich gegebene, positive Recht bald richtiges, bald unrichtiges Recht sein kann“. Im Gegensatz zu der Übereinstimmung mit der Idee wird nur gefordert: „daß alles Recht... die Richtung nach ihr hin besitzen muß, um überhaupt Recht zu sein, so daß, was diese Richtung nicht hat, was die Idee nicht zu erfüllen sucht, überhaupt nicht Recht genannt werden kann“. 2) 687 wird das phänomenale Recht als „ein Versuch der Rechtsidee möglichst vollständig zu entsprechen“ bestimmt. 3) 848: „Soll ein Gesetzbuch wirklich Recht schaffen... muß es sich als einen Versuch darstellen, der Rechtsidee gerecht zu werden“. 4) p. 1041 wird die Rechtsgeschichte als „das rechtbildende Leben der Völker, Nationen, Staaten unter dem Antriebe der Idee des Rechtes“ bezeichnet. 5) p. 22 heißt es, „daß wir das Wesen der Gegenstände dieses Gebietes [des Rechtsgebietes] überhaupt nicht anders erfassen können, als indem wir die Frage nach dem Grund und Zweck dieser Gegenstände stellen. Das sind die eigentlichen Konstituenten der Kulturobjekte...“ Auch hiermit scheint die Konstitution in das Subjektive verlegt. 6) Die Kulturdefinition, p. 866, s. den Text bei Anm. 28. — Diese Zusammenstellung muß notwendigerweise kurzgefaßt und nicht erschöpfend sein. Wenn man die entsprechenden Stellen nachschlägt, wird man den lebendigsten Eindruck von dem gegenseitigen Widerspruch zwischen den verschiedenen, nach Zweck und Umständen variierenden Bestimmungen der „Beziehung“ auf die Idee, die die empirische Wirklichkeit als Recht konstituiert, bekommen. — (Alle Hervorhebungen von mir.)

sprochene vom Ausspruch loslöst, so erhält man auf der einen Seite ein Seinsgebilde, zeitlich und räumlich bestimmt, kausal verursacht und weiter wirkend, eine Lautfolge, die jetzt hier erklingt, diesem psychophysischen Prozesse im Sprechenden entspringt und jenen anderen im Hörer hervorruft; auf der anderen Seite einen unzeitlichen, unräumlichen, unkausalen Bedeutungsgehalt, eine sittliche Notwendigkeit, die unabhängig vom Ort, vom Zeitpunkt, von der Wirksamkeit dieses Ausspruches gilt. Jener Satz ist nun ein Imperativ, sofern er ist und wirkt, eine Norm, sofern er bedeutet und gilt, Imperativ, sofern sich durch ihn ein Wollen durchsetzt, Norm, sofern sich in ihm ein Sollen setzt — beides zwar in dem vorliegenden Satz, aber keineswegs immer verbunden³²⁾. In Übereinstimmung mit dieser Scheidung wird die Rechtswissenschaft als eine „Tatsachenwissenschaft“ im Gegensatz zu einer Normwissenschaft bestimmt. Indessen ist klar, daß, wenn diese Scheidung bestehen bleiben soll, der Imperativ konsequent als ein kausalbestimmtes, zeitlich-räumliches Seins-element aufgefaßt werden muß. In dem erwähnten Beispiel kann folgendes als Imperativ gelten: der faktische, psychische Prozeß, der zum Ausspruch des Satzes führt, die Ausspruchhandlung, (die Lautwellen), die entsprechenden Auffassungsphänomene. Alles dies im Gegensatz zum unräumlichen Bedeutungsinhalt. Aber Radbruchs nähere Ausführungen stehen auf das schärfste im Widerspruch hierzu. Er sagt: „Die Norm ist eine Nichtwirklichkeit, die verwirklicht sein will, der Imperativ eine Wirklichkeit, die wirken will. Die Norm will Zweck, der Imperativ nur Mittel zum Zweck sein: . . . die Norm fordert normgemäßes Verhalten aus normgemäßem Motiv; dem Imperativ geschieht durch wie auch immer motiviertes imperativgemäßes Verhalten Genüge. Mit anderen Worten: die Norm verlangt Moralität, der Imperativ bloße Legalität“³³⁾. In diesen und ähnlichen Sätzen auf derselben Seite wird also ausgesprochen, daß der Imperativ „wirken will“, daß er „Mittel zum Zweck sein will“, und daß er „befriedigt“ ist, wenn das Ziel realisiert ist, das dem Imperativ „Genüge geschieht“ durch imperativmäßige Handlung, daß er nur „Legalität verlangt“. Es kann hiernach kein Zweifel herrschen, daß der Verfasser mit Imperativ auch einen Bedeutungsinhalt meint, ein unräumliches Sinngebilde. Das ist so sicher, wie, daß es keinen Sinn hat, davon zu sprechen, daß ein zeit-räumliches Seinsphänomen etwas will, etwas verlangt usw. So wie Radbruch den Imperativ charakterisiert, liegt der Unterschied von einer Norm nicht in der Form, sondern nur im Inhalt, der Imperativ verlangt nur Legalität, die Norm Moralität. Es zeigt sich da auch, daß der Verfasser keineswegs

³²⁾ Radbruch, Grundzüge, 62—63.

³³⁾ A. a. O. 63.

den Gedanken durchführt, den Gegenstand der Rechtswissenschaft als einen Imperativ, ein „Seinsgebilde“ zu bestimmen. Er gibt zu, daß die Rechtsdogmatik sich mit dem Imperativ als „Sinngebilde“ beschäftigt, ja daß sie hierzu eine normative Methode anwendet. „Seinem Sinne nach betrachtet ist . . . ein Imperativ von einer Norm nicht zu unterscheiden; man kann den Imperativ ja gar nicht anders definieren, denn als ein Wollen, das zu seinem Inhalte ein Sollen hat“³⁴⁾. Aber in diesem Sinne ist der Imperativ niemals eine Seinsrealität gewesen. Radbruchs Konstruktion beruht auf der verkehrten Auffassung einer Bedeutung, z. B. einer Norm, als „Inhalt“ eines „Wollens“ als „Seinstatsache“. Als psychologische Realität kann der Gegenstand für ein „Wollen“ nur ein Moment in dem psychischen Akt sein: eine lustbetonte Vorstellung von etwas, was realisiert werden kann. Die logische Bedeutung des Aktes (das Sollen) hat niemals an der Seinsqualität der Handlung partizipiert. So bleibt von Radbruchs Scheidung nichts anderes zurück, als die transzendentallogisch unmögliche Behauptung, daß der Gegenstand der Rechtswissenschaft einen anderen kategorialen Charakter hat, als ihre Methode³⁵⁾.

Auch Binder bemüht sich, das Recht (und seine „Bedeutung“) unter die Naturwirklichkeit einzureihen (die durch Beziehung auf die Rechts-idee als Kulturwirklichkeit konstituiert wird). Mit diesem Ziel vor Augen bemerkt er, daß unter Naturwirklichkeit, Kausalität nicht nur die physischen, sondern auch die psychischen Phänomene fallen. Hierin können wir dem Verfasser natürlich nur recht geben. Darauf fügt er hinzu: „Realität aber hat nicht nur das Denken als Vorgang, sondern

³⁴⁾ A. a. O. 186.

³⁵⁾ Endlich kann auch bemerkt werden, daß diese Konstruktion, auch was den Sollensbegriff angeht, Radbruch zu augenfälligem Widerspruch führt. Wenn das Recht als Sein, Imperativ, definiert wird, so kommt das daher, daß der Verfasser die Begriffe Sollen, Norm, Wert, Pflicht als alle auf eine subjektiv-ethische Wertung bezogen bestimmt hat. „Nur in der Ethik findet also der Begriffskomplex Freiheit, Norm, Geltung, Pflicht seine Stellung, nicht aber in der Rechtsphilosophie“ (73). Dazu steht es in unvereinbarem Widerspruch, wenn nichtsdestoweniger die Begriffe Pflicht, Norm usw. auf die Rechtswissenschaft als empirische „Tatsachenwissenschaft“ überführt werden, und wenn der Verfasser die Bedeutung des empirischen Imperativs als ein Sollen bestimmt. Das innere Gerüst für den Gedankengang des Verfassers fällt damit zusammen. Er geht von einer scharfen Scheidung zwischen Sein und Sollen aus und reiht das Recht unter das Sein im Gegensatz zu dem subjektiv-ethischen Sollen (Norm) ein. Nichtsdestoweniger schließt er: „Die Jurisprudenz tut also ganz recht daran, die Imperative des Rechtes . . . unbefangem als Normen zu bezeichnen, und mit dem Begriff der Norm auch seinen Tochterbegriffen . . . insbesondere dem Begriff der Pflicht, unbedenklich Aufnahme zu gewähren“ (161—162).

auch der Gedanke als Gedachtes, als durch das Denken Geschaffenes und durch seine Mitteilbarkeit in Worte dem ‚geflügelten Werkzeug des Gedankens‘ auch Fortwirkendes. Und so ist auch das Recht als ein Inbegriff von Gedachtem und Gewolltem... etwas Wirkliches, das nicht nur bewirkt, sondern gerade in seiner Geistigkeit bestimmt und geeignet ist, weiter zu wirken“³⁶). Zurück ist nur, um das Recht in der Realität zu verankern, zu entscheiden, wessen Wille und Denken es ist, wodurch das Recht bestimmt wird. Binder geht davon aus, daß es der Wille des Volks ist. Das Recht ist der objektivierte Volkswille, „der Wille der Gemeinschaft“³⁷).

Binder macht hier genau denselben Fehler wie Radbruch. Er läßt die logische Bedeutung einer psychischen Handlung, das Gedachte und Gewollte, an der Realität der psychischen Handlung partizipieren. Dies ist unmöglich. Denke ich z. B. „Napoleon lebt noch“, so ist dieser Gedanke als psychischer Prozeß wirklich. Es ist wirklich, daß er sich auf die Vorstellung richtet: „Napoleons Jetzt-im-Leben-Sein“. Aber dieser Inhalt selbst in seiner logischen Bedeutung, das Gedachte, ist keineswegs wirklich. Dasselbe gilt (besonders in Beziehung auf das Recht), wenn die psychische Handlung eine Willenshandlung ist und ihr Gegenstand eine Norm. Abgesehen davon, daß sich außerdem zwei schwierige Fragen ergeben, die Binder übersieht: Was es heißt eine Norm zu wollen (vgl. oben VIII., 6 b), und was es bedeutet, daß eine Norm „Wirklichkeit“ ist (vgl. oben I., 3 a). Im übrigen schließt Binder sich Radbruchs Scheidung zwischen Imperativ und Norm an. Es verändert die Sache nicht, daß Binder den Gegenstand der Rechtswissenschaft als empirische Normen bezeichnet. Denn diese sind ebenso wie die Forderungen der Imperative von empirischen Subjekten ausgegangen und werden bloß als empirische Normen bezeichnet „insofern sie mit dem Anspruch auftreten, daß ihre Forderungen nicht in der bloßen Willkür, sondern in der Notwendigkeit der Vernunft begründet sind“³⁸). Das Unhaltbare an dieser Scheidung wurde oben bei der Kritik von Radbruch nachgewiesen.

5. Unsere Kritik der Lehre von dem Recht als einem Kultur-Sein wird erst vollständig, wenn wir nachgewiesen haben, welche systematische Rolle der Kulturbegriff innerhalb dieser Theorien spielt. Erst, wenn man sich dies klar macht, erhält man ein Bild von dem wahren rechtstheoretischen Charakter der Theorien. Was liegt am tiefsten hinter dem Kulturbegriff?

³⁶) Binder, Ph. des Rechts, 691.

³⁷) A. a. O. 695, 698.

³⁸) A. a. O. 708.

Nach unserem Nachweis der Ungeeignetheit des Kulturbegriffs, eine neue Wirklichkeit zu konstituieren, kann es in dieser Hinsicht nicht in Erstaunen setzen, daß die betreffenden Verfasser — trotz ihrer offiziellen Aussprüche — in Wirklichkeit den Kulturbegriff nicht benutzten, um den Rechtsbegriff (no. 5), oder die Geltung des Rechtes (no. 6) zu konstituieren. Mehr überrascht es vielleicht, zu bemerken, daß sich hinter allen diesen Theorien — in seiner neuesten Verkleidung — ein Naturrecht verbirgt (no. 7). Das soll in folgendem näher nachgewiesen werden.

Es wurde früher erwähnt, wie wenig Ernst in Binders Berufung auf die kritisch-transzendentallogische Methode ist. Das zeigt sich auch bei seiner Bestimmung des Rechtsbegriffes. Seine Methode geht hier darauf aus, zuerst durch eine Untersuchung des üblichen vorwissenschaftlichen Rechtsbegriffes das *genus proximum* des Rechtsbegriffes zu finden, sodann durch eine „Besinnung“ auf einzelne Gegenstände, die unzweifelhaft für alle Rechtscharakter besitzen, die *differentia specifica* des Rechtsbegriffes, den eigentlichen „Sinn“ des Rechtes zu finden. Diese Methode ruht — wie oben näher besprochen — auf einer Reihe von Mißverständnissen. Es ist ein Mißverständnis zu glauben, daß die Nominaldefinition eines Begriffes auf Grundlage dessen stattfinden kann, was der allgemeine Sprachgebrauch unter dem Worte versteht, das den Begriff bezeichnet. Sprachgebrauch ist immer für die wissenschaftliche Begriffsbildung irrelevant. Nominaldefinition ist nicht eine Sprachanalyse, sondern eine Festlegung der wissenschaftlichen Funktion des Begriffes. Es ist auch ein Mißverständnis, zu meinen, daß es einzelne Gegenstände gibt, die zweifellos rechtliche Phänomene sind, weil niemand — „weder Juristen noch Laien“³⁹) — an dem rechtlichen Charakter dieser Phänomene zweifelt. Binder erwähnt z. B. B. G. B. und das Strafgesetzbuch⁴⁰). Eine solche Annahme ist der größte Hohn auf die kritische Methode, auf welche Binder sich beruft. Es ist in dieser Hinsicht weniger bedeutungsvoll, daß der Rechtscharakter dieser Gegenstände faktisch häufig bezweifelt wurde, z. B. von Bülow, Kornfeld, Georg Frenzel, Ehrlich, Duguit, Cruet, Leroy u. a. und mehr oder weniger von allen „Naturalisten“⁴¹). Das Entscheidende ist, daß der Rechts-

³⁹) A. a. O. 223, 226.

⁴⁰) A. a. O. 226.

⁴¹) Bülow, Gesetz und Richteramt. In der Scheidung der Soziologen zwischen Recht, Rechtsregeln und Rechtsätzen (s. oben IX) liegt ein Leugnen, daß das Gesetz als solches Recht ist. Duguit z. B. leugnet den Rechtscharakter des französischen Gesetzes vom 5. April 1910, s. oben III, Exkursus; Cruet, La vie du droit et l'impuissance des lois, besonders 239 f. (240, 241), 304, 335, 336; Leroy, La loi 328.

Charakter dieser Gegenstände prinzipiell anzweifelbar ist, bis kritisch begründet ist, worin er besteht. Wir legen nach einer kritischen Methode dem Gesetze Rechtscharakter bei, und finden diese nicht, indem wir es von vornherein für unzweifelhaft ansehen, daß das Gesetz einen solchen Charakter hat. Endlich ist es ein Ausdruck für eine unkritische Begriffsmetaphysik, wenn man annimmt, daß den Begriffen an sich, außerhalb ihres wissenschaftlichen Systems ein selbständiger „Sinn“ zukommt, der sich durch eine „Besinnung“ auf die entsprechenden Phänomene finden läßt. Eine solche Vorgangsweise, die mehr an eine mystische Meditation erinnert, als an eine kritische Begründung, entbehrt jeder Garantie für Objektivität.

Auf Grundlage dieser Methode bestimmt der Verfasser den Rechtsbegriff als eine Zwangs-Gemeinschaftsordnung, die ihren spezifischen Charakter, Sinn, von einer Beziehung auf die Rechtsidee herleitet⁴²⁾. Daß diese letzte das Resultat der „Besinnung“ des Verfassers auf gewisse unbezweifelbare Rechtsphänomene wurde, kann uns nach dem Vorangegangenen nicht verwundern. Und es ist streng genommen nach dem subjektiven Charakter der „besinnlichen“ Methode außerhalb jeder Diskussion. Doch sind wir imstande, verschiedene objektive Elemente und Raisonemente zu kritisieren, die der Verfasser zur Stütze seiner „Besinnung“ anführt.

Binder beginnt damit, daß er drei Gruppen von Tatsachen angibt, die uns rechtlich bedeutungsvoll vorkommen können. „Normen für menschliches Verhalten . . . ; Handlungen, die der Verwirklichung und Durchsetzung der Rechtsordnung dienen; Handlungen, die nach den Normen des Rechts beurteilt werden“⁴³⁾. Vollständig richtig bemerkt hiernach der Verfasser, daß das eigentliche Rechtsproblem sich doch auf die erste dieser drei Gruppen beschränkt. Die beiden anderen, die Handlungen, haben ihren eigenen spezifischen „Sinn“, und ihre rechtliche Bedeutung erhalten sie eben nur infolge ihrer Relation zu den Normen in Gruppe 1. „So können wir das Problem des empirischen Rechts im wesentlichen auf die Normenwelt des Rechts beschränken . . .“⁴⁴⁾. Es muß hiernach außerordentlich überraschen, daß der Verfasser doch als Beispiele, von denen aus er sich auf die eigentliche Bedeutung des Rechtes „besinnen“ will, gewisse Handlungen wählt. In eindrucksvollen Bildern schildert er uns: *a)* den Scharfrichter, der ordnungsgemäß ein Todesurteil vollstreckt — und *b)* den Mörder, der in der Nacht den schlafenden Bourgeois ermordet. Und: *a)* die Balldame,

⁴²⁾ Binder, Ph. des Rechts, 223, 224, 227, 235, 238.

⁴³⁾ A. a. O. 229.

⁴⁴⁾ A. a. O. 231.

die einem Herrn den nächsten Tanz verspricht — und *b)* den Schuldner, der einen Schuldschein ausstellt. Es fragt sich nun, wie es möglich ist, daß der eine haftet (*b*-Fälle), während der andere frei ausgeht (*a*-Fälle). Diese Frage glaubt Binder von der Rechtsidee beantworten zu können: weil Zwangsanzwendung in den *b*-Fällen vernünftig, sinnvoll, in den anderen Fällen aber unvernünftig, sinnwidrig sein wird. Von dem Ballversprechen heißt es: „Unerträglich würde in diesem und ähnlichen Fällen der Zwang des Rechtes deshalb werden, weil er bei klarem Denken als widersinnig eingesehen werden würde“⁴⁵⁾. In Bezug auf den Scharfrichter wird das Resultat damit begründet, daß Todesstrafe notwendig sinnvoll ist. „Die Antwort [auf die Frage nach der Berechtigung und der Notwendigkeit der Todesstrafe] wird immer lauten: die Todesstrafe ist notwendig, ist gerecht, weil sie die Gemeinschaft, für die das Strafgesetz gilt, nicht entbehren kann, die bestehen soll und ohne diese Strafe zugrunde gehen würde“⁴⁶⁾. In Übereinstimmung hiermit definiert Binder Recht als „alles, worin die Rechtsidee funktioniert“⁴⁷⁾. Das Recht erlangt seinen Sinn von der Rechtsidee. Zur weiteren Aufklärung kann man anführen, daß „der Sinn eines empirischen Faktums . . . gerade darin besteht, daß es in seinem Dasein und Sosein einer Idee, einer kategorischen Forderung der Vernunft entspricht“⁴⁸⁾.

Wenn dieser Gedanke sich durchführen ließe, läge hier wirklich eine Konstitution des Rechtsbegriffes durch die Rechtsidee vor. Der Verfasser optiert für eine klare objektiv-materielle „Beziehung“. Aber wie wir bereits früher nachgewiesen haben, ist diese Begriffsbestimmung unhaltbar.

Die Fehlerquelle liegt darin, daß der Verfasser, obwohl er selber das eigentliche, rechtliche Problem „auf die Normenwelt des Rechts“ eingeschränkt hat, doch gewisse Handlungen als Grundlage für seine „Besinnung“ wählte. Die betrachteten Handlungen fallen unter Gruppe 3, die rechtlich beurteilten Handlungen. Ihre rechtliche Qualität beruht — wie Binder selbst es ausdrückt — ausschließlich auf ihrer Relation zu den rechtlichen Normen. Sie können aus diesem Grunde niemals in unmittelbare Relation zur Idee treten. Die einzig mögliche Antwort auf der Frage, weshalb der Scharfrichter und die Balldame frei bleiben, ist denn auch, daß dies aus den Regeln des positiven Rechtes folgt. So steht es im B. G. B., oder einem anderen Gesetz. Steht es dort nicht, so folgt es auf eine andere Weise aus der positiven Rechtsordnung (Praxis). Ist auch dies nicht der Fall, so hat die Frage noch nicht eine ausdrückliche Lösung in der positiven Rechtsordnung gefunden. Sie stellt Deutungsprobleme in Bezug auf die Bestimmungen des Rechtes über Versprechen und Tot-

⁴⁵⁾, ⁴⁶⁾, ⁴⁷⁾, ⁴⁸⁾ A. a. O. 232, 233, 233, 235.

schlag dar. Will man aber solche Deutungsfragen von der Rechtsidee, von Betrachtungen über das „Vernünftige, Sinnvolle“ aus lösen, so ist das eine rein naturrechtliche Annahme. Dies leuchtet ein, wenn wir uns denken, daß die Frage im B. G. B. positiv eine andere Lösung gefunden hätte. Ist das, was die behandelten Beispiele angeht, nicht praktisch wahrscheinlich, so ist es doch nicht schwer, Fälle zu finden, wo eine positive Lösung im Widerstreit mit dem „Vernünftigen“ und „Sinnvollen“ sehr denkbar ist. So behauptet Binder an einer anderen Stelle, daß die Anerkennung der Sklaverei der Rechtsidee widerstreitet, ebenso die Unauflösbarkeit der Ehe, wie auch ihre einseitige Auflösbarkeit. Diese Fälle wurden und werden wohl noch zum Teil von positiven Gesetzgebern im Widerstreit mit dem „Vernünftigen“ gelöst. Die Rechtsidee funktioniert also nicht in ihnen. Ihr Faktum entspricht nicht den Forderungen der Idee. Sind sie aus dem Grunde nicht positives Recht?

Wie oben besprochen und nachgewiesen, wagt Binder nicht, diese Konsequenz zu ziehen. Er sucht seine Lehre in einer bloß subjektiv formalen Beziehung zu retten. Diese endet, wie wir gesehen haben, zuletzt in dem reinen Nichts. Zurückbleibt vom Rechtsbegriff bloß, daß das Recht eine Zwangs-Gemeinschaftsordnung ist. Aber das wird ausschließlich durch Induktion und Abstraktion in Bezug auf die vorwissenschaftliche Rechtserfahrung gefunden, d. h. der Rechtsbegriff bleibt induktiv-empirisch. Von einer Konstitution des Rechtsbegriffes durch die Rechtsidee ist faktisch nicht im geringsten die Rede.

Was hier von Binder nachgewiesen wurde, gilt entsprechend von Radbruchs Bestimmung des Rechtsbegriffes. Aus Platzrücksichten muß der Beweis hierfür unterbleiben⁴⁹⁾.

6. Wie unmöglich es ist, den Rechtsbegriff durch die Rechtsidee zu konstituieren, zeigt sich besonders deutlich, wenn die in dieser Richtung orientierten Verfasser die Geltung des Rechtes in der idealen Gültigkeit der Rechtsidee zu „begründen“ suchen. Auch in diesem Fall wollen wir uns darauf beschränken, Binders Ausführungen hierüber zu betrachten.

In Übereinstimmung mit der Bestimmung der Phänomenalität des Rechtes (als faktisch gewollt und gedacht) sagt Binder, daß die Geltung

⁴⁹⁾ Bemerkt werden soll nur, daß die materiale Definition [251] 42, des Rechtes als „Gemeinschaftsregelung“ ohne Verbindung mit der formalen Definition ist (p. 39), daß Recht ein mögliches Substrat für die Rechtsidee sei; denn die Spezifikation der Rechtsidee ist, p. 42, auf Grund eines Unterschiedes im Substrat erfolgt. Es ist also schließlich dieses und nicht die Idee, was in der Rechtsdefinition primär ist.

des Rechtes dasselbe ist, wie seine empirische Realität⁵⁰⁾. Diese Geltung — als empirisches Faktum — muß strenge von der transzendental-idealen Geltung geschieden werden, die der Rechtsidee zukommt. Mit dieser Anerkennung glaubt Binder, sich gegen jeden Verdacht eines Naturrechtes gewehrt zu haben, da dessen Fehler eben darin bestand, die beiden Arten der Geltung zu vermischen.

Der Verfasser scheint doch hiermit in ein schwieriges Dilemma zu kommen. Entweder macht er wirklich ernst damit, die Geltung des positiven Rechts als unabhängig von der der Rechtsidee zu betrachten, aber in diesem Falle scheint jede Rede von der Konstitution des Rechtes durch die Idee bedeutungslos zu sein und fortzufallen — oder er führt den Gedanken von einer solchen Konstitution durch, muß dann aber auf die eine oder andere Weise die beiden Arten der Geltung in Abhängigkeit bringen — und verfällt damit dem Naturrecht. Welchen Kurs wird der Verfasser wählen? Nach dem Vorhergehenden kann kaum ein Zweifel sein, daß es der naturrechtliche sein muß. Dies wird durch folgendes bekräftigt.

Nachdem der Verfasser den Begriff Geltung auf die erwähnte Weise bestimmt hat, stellt er eine andere Frage. „Von der begrifflichen Frage, was Geltung des Rechtes ist, haben wir die Frage nach dem Geltungsgrunde des Rechtes zu unterscheiden: die Frage nach den Momenten, die es bedingen, daß irgend etwas als Recht ‚gilt‘“⁵¹⁾. Die Bedeutung dieser Frage muß von vornherein unklar scheinen. Binder hat die Geltung des Rechtes als eine empirische Realität definiert, also als ein Naturfaktum, das in der Eigenschaft des Rechtes als „gewollt und gedacht“ besteht. Was will es nun sagen, nach dem Grunde eines Naturphänomens zu fragen? Das scheint ein ungenauer Ausdruck

⁵⁰⁾ Binder, Ph. des Rechts, 749—750. Es erfolgt hier indessen eine widerspruchsvolle Veränderung in der Bestimmung der Realität des Rechtes. Dies war im Vorhergehenden (p. 691, s. hierüber oben p. 246) in der Eigenschaft des Rechtes als „gedacht und gewollt“ bestimmt. In Gegensatz hierzu stellte der Verfasser die soziologische Auffassung, nach der das wirkliche Recht als „die wirklich das gesellschaftliche Leben bedingende Regel, als geübte, gewußte Wirklichkeit“ bestimmt wird (693). Diese Auffassung wird verworfen, indem gesagt wird, daß „diese sogenannte soziologische Wirklichkeit des Rechts gewiß etwas von sozialer Wirklichkeit, aber nur eben keine Wirklichkeit des Rechts ist“ (695). An der hier besprochenen Stelle dagegen heißt es (750), daß die Realität des Rechtes „darin besteht, daß es als praktisch anwendbar und durchsetzbar gewußt und geübt wird“ — was mir ganz identisch scheint mit der, p. 693—695, energisch zurückgewiesenen soziologischen Theorie. Ein weiterer Beweis liegt in der Äußerung, p. 256, wo es einfach heißt: „Die Geltung des positiven Rechts besteht in seiner praktischen Durchsetzbarkeit“.

⁵¹⁾ Binder, Ph. des Rechts, 762.

für die Frage nach den Ursachen dieses Faktums, nach der kausalen Naturgesetzlichkeit zu sein, von der aus diese Einzelfälle sich verstehen und bestimmen lassen. Die Frage gehört zu der Disziplin, die wir Rechtssoziologie benannt haben. Hierauf zielt auch Stammler mit der psychologischen Begründung, die Binder im Anschluß an das gestellte Problem bespricht.

Nichtsdestoweniger ist es nicht dieses Problem, worauf Binder ausgeht. Zwischen den beiden disparaten Elementen: Grund (der sich auf einen logischen Schluß bezieht) und Faktum (das in einen Kausalzusammenhang gehört), kann Harmonie auch durch Veränderung des letzten Gliedes zuwege gebracht werden. In Übereinstimmung mit der traditionellen Problemstellung kann man mit gutem Grund annehmen, daß das die Meinung des Verfassers ist. Er will nach dem Erkenntnisgrund zu der „ethisch verpflichtenden Kraft“ des Rechtes fragen, also, nach dem übergeordneten ethischen Prinzip, von dem aus sich durch einen Schluß begründen läßt, daß dem Recht Geltung zukommt, d. h. ethisch verbindende Kraft. Aber in demselben Augenblick ändert, wie wir sehen, das Wort „Geltung“ seine Bedeutung. Es gibt nicht mehr ein Faktum an, eine Naturrealität, sondern ist Ausdruck für eine normative Idealität. Der Verfasser setzt voraus, daß dem Rechte ein solch normativer Charakter zukommt⁵²⁾, und er fragt, von welchem Prinzip sich dieser verstehen läßt. Daß dies faktisch die Meinung des Verfassers ist, wird über jeden Zweifel erhoben, wenn er erklärt, daß die Lösung innerhalb der Ethik fällt⁵³⁾. Die Antwort lautet: „Der Geltungsgrund des Rechts ist allein die Vernunft“⁵⁴⁾. Der Wert der Antwort selbst soll hier nicht kritisiert werden. Wir betonen nur, daß hiernach Geltung und Geltung zwei Dinge sind. Vorher wurde das Wort als Faktum des Rechtes, seine Naturwirklichkeit angewendet, hier bedeutet es seine ethisch-verbindende Kraft.

⁵²⁾ Die Betrachtungen, die B. anführt, um zu bestätigen, daß dem positiven Recht moralisch bindende Kraft zukommt, beruhen auf demselben Sophismus, wie Kornfelds Argument, s. hierüber oben IX, Anm. 6. Wenn der Verfasser, so z. B. p. 767—768, sagt, daß das Individuum nicht seine eigene sittliche Persönlichkeit bejahen kann, ohne zugleich das Gemeinwesen zu bejahen, das diese Persönlichkeit garantiert, so kann daraus höchstens geschlossen werden, daß er ein Gemeinwesen und eine Rechtsordnung bejahen muß, aber nicht gerade diese geltende Rechtsordnung, unbeschadet ihres Inhaltes.

⁵³⁾ Binder, Philosophie des Rechts, 767.

⁵⁴⁾ A. a. O. 768. Die Problemstellung selbst, aus der nach dem Grunde für die Gültigkeit des Rechtes gefragt wird, zeigt, daß diese Lehre Ausdruck für einen naiven Positivismus ist, der die Existenz des Rechtes als gegeben voraussetzt, s. hierüber oben VIII., 6 a.

Es wäre ja auch ohne jeder Sinn, die „Vernunft“ (also als ethisches Prinzip verstanden) als Grund zu einem Naturfaktum zu erklären.

Und doch tut Binder dies. In einem dritten Abschnitt — nachdem er in den beiden ersten das Wort Geltung auf diese beiden verschiedenen Weisen angewendet hat — vereinigt er sie und erklärt, die ideale Geltung der Rechtsidee für den Grund zur empirischen Geltung des Rechtes! „[Das Recht] gilt nicht, weil die in Gemeinschaft lebenden Menschen es wollen und der einzelne es sich gefallen läßt; sondern es gilt kraft seiner Beziehung auf die Rechtsidee: ist es schon ein Wollen, so bedarf doch dieses Wollen einer Begründung: dieses Wollen gilt für uns, wir müssen es als vernünftige Wesen billigen, bejahen, und bejahen es wirklich, weil wir es als Ausdruck derselben Vernunft erkennen, die unser eigenes Prinzip ist, weil es in der Idee des Rechts von der Vernunft gefordert wird“⁵⁵⁾. In einer so kühnen Weise wird aufs neue die Konstitution des Rechtes durch die Rechtsidee gerettet: die Geltung des Rechtes hängt von der Vernunft, der Idee ab. Wenn man sich nicht von der geschickt geführten, falschen Dialektik blenden läßt, die von der erwähnten Äquivokation in dem Wort „Geltung“ herührt, so tritt hier besonders klar das völlig Sinnlose zutage, eine transzendente Norm für den Grund eines Naturfaktums zu erklären. Es ist erstaunlich, welche intellektuelle Jesuiterei man (wenn auch in gutem Glauben) in einem philosophischen System entfalten kann, das von einem guten Willen zu „Idealismus“ und „Metaphysik“ getragen wird.

Im übrigen entstehen natürlich ganz dieselben Schwierigkeiten, wie oben erwähnt. Wie, wenn das positive Recht als Faktum Bestimmungen enthält, die der Idee widerstreiten? Ist auch in diesem Falle die Idee der Grund für die Geltung des Rechtes?

Wir können so feststellen, daß auch von dieser Problemstellung aus es Binder nicht geglückt ist, das Recht (seine Geltung) in der Idee zu konstituieren⁵⁶⁾. Auch hier hat die Theorie sich als verkleidetes Naturrecht enthüllt.

⁵⁵⁾ A. a. O. 769—770.

⁵⁶⁾ Ganz Entsprechendes gilt von Radbruchs Lehre über die Geltung des Rechts. Der Verfasser scheidet zwischen drei Arten der Geltung: einem juristischen, einem soziologischen und einem philosophischen [251], 159 f. Allein das letzte als Ausdruck für die ethische Richtigkeit des Rechtes bezieht sich auf die Rechtsidee. Die andern beiden stehen mit ihr nicht in Verbindung. Im übrigen ist Radbruchs Geltungslehre Ausdruck für einen naiven Positivismus, der die Existenz des Rechtes als gegeben voraussetzt und nur fragt, wie diese begründet (juristisch und ethisch) oder erklärt (kausal) werden kann. Dies geht schon daraus hervor, daß der Verfasser noch das Problem in der Weise stellt, daß er nach dem Grunde fragt, weshalb das Recht Geltung hat. S. hierüber oben VIII., 6 a.

7. Schließlich wollen wir zeigen, wozu die Rechtsidee in diesen Systemen faktisch verwendet wird. Wir nehmen wieder Binders Darstellung als Prototyp für sie alle. Wie aus dem vorhergehenden hervorgeht, herrscht in Binders Lehre von dem Rechte, das zugleich ein Sein und ein Sollen, ein Sein auf einem Sollen bezogen, ist, eine ständige Unsicherheit. Die Unmöglichkeit, diese disparaten Elemente zu vereinen, bewirkt, daß bald das eine, bald das andere überwiegt. In dieser scheinbaren Willkürlichkeit entstehen Zusammenhänge, wenn wir Binders Lehre auf eine bestimmte Weise interpretieren. Wir finden damit die tiefste Bedeutung der Theorien von dem Rechte als Wirklichkeit und Norm, Sein und Sollensbeziehung. Diese Theorien sind im Innersten nicht so zu verstehen, daß ein homogener Rechtsbegriff durch die eine oder andere Synthese oder die Zusammenordnung von Sein und Sollen konstituiert wird. Die innere (wenn auch nicht erkannte) Unmöglichkeit gibt den Theorien eine andere Wendung. Sie sind in Wirklichkeit nur eine neue Formulierung einer verbreiteten Auffassung, nach der das gesamte Rechtsgebiet in zwei disparate Teile zerfällt: einen positiven und einen ideal-naturrechtlichen. Das Recht als Sein, als Naturfaktum, hat das Gesetz im Auge und diese Auffassung wird durchgeführt, wenn von diesem Teil des positiven Rechts die Rede ist. Das Recht, das auf ein Sollen bezogen ist, das durch eine Idee konstituiert wird, hat das extra-legale, „freie“ Recht im Auge, dessen Positivität weniger in die Augen fällt, als die des Gesetzes. Dieser Gesichtspunkt wird durchgeführt, wenn von der Interpretation die Rede ist. Wir haben früher, besonders bei unserer Erwähnung von Geny, Gelegenheit gehabt, diesen Dualismus des Rechtsbegriffes zu kritisieren. Einerseits (der Begriff des Gesetzes) ist diese Lehre eine Fortsetzung des naiven Positivismus: das Gesetz ist eine problemlose Selbstverständlichkeit. Andererseits reines Naturrecht: das extra-legale Recht wird von der Rechtsidee aus bestimmt. Im Verhältnis zum offenbaren Naturrecht bedeutet diese Formulierung einen Rückzug und eine Verschanzung. Man gibt das Gesetz auf, dessen Positivität zu deutlich ist; versucht vielleicht bloß als Zugabe ihm ideale Geltung zu geben. Andererseits (dagegen) verschanzt man aber seine naturrechtlichen, politischen Postulate um so fester in der Interpretation. Die Aufgabe der Rechtswissenschaft ist dementsprechend eine doppelte: teils das Gesetz zu erkennen, teils dasselbe zu bearbeiten, zu interpretieren — in idealistische Richtung — und dadurch rechtschaffend wirken.

Dies ist ohne Zweifel die Auffassung Binders.

Die Gesetze — B. G. B., das Strafgesetzbuch usw. — sind ihm die Tatsachen „bei denen niemand, weder Juristen noch Laien, daran zweifeln, daß wir es wirklich mit Gegenständen und Fällen des Rechtes zu tun haben“⁵⁷⁾. Das Problem des Gesetzes leuchtet überhaupt dem Verfasser nicht ein. Das Gesetz existiert (ist da) und ist Recht. Das Gesetz (das Recht) wird dann auch vom Verfasser in naiv-positivistischer Weise als der faktische Volkswille⁵⁸⁾ definiert. Wie unter den „Willens-theorien“ erwähnt, ist diese Definition selbstverständlich ein Zirkel. Denn der „Volkswille“, der „Gesellschaftswille“ tritt doch nur rechtschaffend als Staatswille hervor, d. h. durch formgebenden Normen darüber, wie der Staatswille zur Existenz gelangt, bestimmt. Diese Normen können aber nur rechtliche sein — wodurch der Zirkel offenbar wird.

Dem positiven Gesetz gegenüber stellt der Verfasser einen anderen Teil des Rechtes, in einer ganz anderen Weise bestimmt. Wenn er — so wie in den obenerwähnten Beispielen von dem Scharfrichter und der Balldame — eine rechtliche Lösung von Betrachtungen über das „vernünftige“, das „sinnvolle“ und ähnliches deduzieren will, läßt sich der Rechtsbegriff, der dafür zugrunde liegt, mit dem obenstehenden nicht vereinen. Wo ist hier der Wille des Volkes? Ich sehe nur eine überempirische „Vernunft“. Binders Betrachtungen über die erwähnten Beispiele sind einfach naturrechtliche Auslegungen, naturrechtliche Rechtspostulate „post legem“.

Die naturrechtliche Auffassung tritt in der Weise, in der Binder den Charakter und die Aufgabe der Rechtswissenschaft bestimmt, unverkennbar zutage. Das Recht hat ein Sein und die Rechtswissenschaft ist deshalb eine Seins- oder Tatsachenwissenschaft. Da dieses Sein in einer besonderen Bedeutung besteht, so gehört die Rechtswissenschaft doch weder zur Physik noch zur Psychologie, muß vielmehr zu einer dritten Gruppe von Wirklichkeitswissenschaften gerechnet werden, „die wir als Wissenschaften vom Sinnerfüllten und Bedeutungsvollen als interpretative Wissenschaften bezeichnen können“⁵⁹⁾. Auf der anderen Seite arbeitet die Rechtswissenschaft „mit dem Material der Rechtssätze und ist insofern eine Normwissenschaft“⁶⁰⁾. Ja, die Rechtswissenschaft „kann vielleicht auch als praktische Wissenschaft aufgefaßt werden, insofern diese Normen selbst für die Praxis bestimmt sind, und die Rechtswissenschaft, indem sie den Normengehalt der Rechtssätze gegenständlich zu machen sucht, dadurch zugleich die Aufgabe erfüllt, ihre richtige Anwendung zu gewährleisten“⁶¹⁾. Indem der Verfasser so die Inter-

⁵⁷⁾ Binder, Ph. des Rechts, 223.

⁵⁸⁾ A. a. O. 695, 698.

⁵⁹⁾, ⁶⁰⁾, ⁶¹⁾, ⁶²⁾ A. a. O. 887, 889, 889, 899.

pretation, die richtige Anwendung des Rechtes zum Gegenstand der Rechtswissenschaft macht, ist er bei einem offenkundigen Naturrecht gelandet. Die richtige Anwendung des Rechtes ist ein ethisch-naturrechtlicher Begriff und hat mit der positiven „Anwendung“ des Rechtes nichts zu tun.

Dies wird weiter dadurch bekräftigt, daß Binder die Methodik der Rechtswissenschaft als teleologisch und ideologisch bestimmt. Dies gilt zuerst von der juristischen Begriffsbildung. Erlaubt ein juristisch relevanter Begriff (z. B. „Irrtum“) philologisch interpretiert, mehrere Deutungsmöglichkeiten, so kommt für den Juristen alles darauf an, „was sich der Gesetzgeber dabei gedacht hat, was im Rahmen seiner Zweckerwägung und im Zusammenhang mit der Rechtsidee darunter vernünftigerweise verstanden werden muß“⁶²⁾. Hier zeigt sich die idealisierende Wirklichkeitserkenntnis deutlich. Der Verfasser stellt nebeneinander, „was sich der Gesetzgeber dabei gedacht hat“ und „was im Zusammenhang mit der Rechtsidee vernünftigerweise verstanden werden muß.“ Er übersieht dabei, daß damit zwei verschiedene Deutungsprinzipien angegeben werden. Das erste (abgesehen von seiner positivistischen Formulierung) gibt an, was die positive Rechtsordnung (der Gesetzgeber) faktisch „will“, das zweite dagegen, was zu der Idee paßt. Wir haben keine Garantie dafür, daß der Gesetzgeber faktisch das „Vernünftige“ will. Das ist ein ethisch-politisches Postulat. Jede Deutung außerhalb einer positiv-autoritären (rechtschaffenden) ist eine gedachte Vorwegnahme einer solchen, eine antizipierte Aktivität, ein politisches Postulat für die künftige Rechtsbildung. Überhaupt kann eine Idee (als praktische Idee) und Telos (als Zwecksetzung) nicht Prinzip für eine Erkenntnis sein, sondern nur für eine Handlung. Gegenstand für Erkenntnis kann nur sein, wie diese Handlung beschaffen sein muß, wenn man durch sie der Idee folgen will. Diese Formulierung offenbart, daß die faktische, positive Interpretation auch andere Wege gehen kann. Indem Binder dieses Verhältnis verschleiern, indem er die antizipierte Aktivität (die Interpretation) selber für Wissenschaft ausgibt, gibt er ein Ideal für Wirklichkeit aus und verfällt dem Naturrecht.

Was hier von der Begriffsbildung gesagt ist, gilt unverändert von der eigentlichen Auslegung. „Auch die Auslegung muß unter teleologischen und idealen Gesichtspunkten vor sich gehen“⁶³⁾. So kann der Verfasser schließen, daß die Aufgabe der Rechtswissenschaft darin besteht, „die empirisch gegebenen Rechtsinhalte zu bearbeiten, und dies ist eine produktive Tätigkeit“⁶⁴⁾. Hiermit landet der Verfasser bei dem

⁶²⁾, ⁶⁴⁾ A. a. O. 911, 921.

sinnslosen Begriff einer produktiven Wissenschaft. Produktion ist Aktivität. Wissenschaft ist Erkenntnis (Erkenntnisaktivität) und nicht (irgend eine andere) Aktivität. Der Begriff involviert eine *contradictio in adjecto*. Bearbeitung — Aktivität — ist Politik, nicht Wissenschaft.

Hiermit hat Binders Konstitution des Rechtes als eines Kultur-Seins, einer auf die Idee bezogenen Wirklichkeit, sich als eine groß angelegte Verkleidung einer naturrechtlichen Theorie enthüllt⁶⁵⁾.

8. Fassen wir zusammen, was im Vorhergehenden zur Kritik der Theorie des Rechtes als eines Kultur-Seins gesagt ist, so müssen wir behaupten, daß diese Theorie sowohl aus formallogischen wie aus transzendentallogischen Gründen zu verwerfen ist.

Formallogisch müssen wir Kelsen recht geben, daß, wenn man einmal den radikalen Unterschied zwischen Sein und Sollen, Wirklichkeit und Wert, anerkannt hat, es nicht mehr möglich ist, diese zu einem Begriff zu vereinen. Sie bedeuten gleichgeordnete formale Kategorien, und keine Brücke kann von der einen zur anderen führen. Deshalb muß der Kultur-, Imperativ-, „Bedeutungs“-Begriff u. a., mit dessen Hilfe man die beiden Kategorien zu vereinen sucht, mißglücken. Sie beruhen alle auf der irrtümlichen Voraussetzung, daß ein Sollen in einem Sein „enthalten“, daß die logische Bedeutung eines psychischen Aktes im Akte „enthalten“ ist. Mit dem Worte „enthalten“ soll angegeben

⁶⁵⁾ Das Naturrecht tritt besonders deutlich bei Radbruch hervor. Auch für ihn ist die eigentliche Aufgabe der Rechtswissenschaft teleologische und ideologische Interpretation [251] 190 f. Wenn trotz der Variabilität des Gesetzes die Kontinuität in dieser Wissenschaft doch bewahrt werden kann, so erblickt der Verfasser den Grund hierzu darin, „daß zum mindesten ebensowohl wie das Gesetz die Rechtswissenschaft, umgekehrt die Rechtswissenschaft das Gesetz bestimmt, und daß deshalb eine neue Gesetzgebung nicht den Abbruch, sondern die Fortsetzung der vorhandenen Rechtswissenschaft bedeutet. Das Gesetz selbst ist zu einem guten Teile eine rechtswissenschaftliche Leistung — und also die Rechtswissenschaft insoweit identisch mit ihrem Gegenstande“ (204). Eine Wissenschaft, die mit ihrem Gegenstande identisch ist; eine Wissenschaft, die ihren Gegenstand nicht in transzendental-logischem, sondern im wirklichen Sinne produziert! Das dürften absurde Konsequenzen sein. — Die Rechtswissenschaft ist hiermit als eine rechtschaffende Aktivität begründet, die der Gesetzgebung verwandt ist, die sozusagen anfängt, wo diese aufhört: die Rechtswissenschaft „bearbeitet“ das Halbprodukt des Gesetzes fertig. Der Schritt zu einer Identifizierung der Rechtswissenschaft mit Rechtspolitik ist nur klein — und er wird getan: „man könnte die Rechtswissenschaft aber vielleicht auch als eine Normwissenschaft auffassen, die zu ihrem Objekt das richtige Recht hat, aber bei der Erfassung dieses Objekts durch das Gesetz empirisch gebunden ist und insoweit der wissenschaftlichen Voraussetzungslosigkeit entbehrt“ (206—207). Deutlicher kann die positivistisch-naturrechtliche Spaltung nicht vorliegen: das Gesetz ist positiv, die Interpretation ist ideal. Rechtswissenschaft ist idealisierende Interpretation.

werden, daß das „Enthaltene“ an der Natur-Existenz des „Enthaltenden“ partizipiert. Das ist natürlich falsch.

Aus transzendentallogischen Gründen sind diese Theorien falsch, weil die Beziehung auf die Idee sie alle dazu geführt hat, die Rechtswissenschaft in Richtung der rechtswissenschaftlichen Interpretation zu orientieren. Es gilt von ihnen allen — Lask, Radbruch, Binder, Salomon — daß es (abgesehen von dem Werte ihrer Ausführungen im übrigen) die Theorie der Rechts politik ist, die sie begründen, nicht die Theorie der positiven, rechtserkennenden Wissenschaft. Sie übersehen das Problem des positiven Rechts als solches. Es ist charakteristisch, daß sie alle nur verhältnismäßig flüchtig die Definition des positiven Rechts behandeln und in dieser Hinsicht nicht über die traditionelle, positivistische Formulierung: das Recht ist der Wille des Volkes, hinausgelangen. Womit sie sich beschäftigen, ist vielmehr die Theorie der Politik. Und soweit diese — in verschiedenem Grade: am wenigsten bei Max Salomon, am meisten bei Binder — sich mit der Theorie des positiven Rechts vermischt, wird das Resultat naturrechtlich. Das Positivitätsproblem des Rechtes sind diese Theorien, trotz aller Betonung des Wirklichkeitscharakters des Rechtes, nicht in stande zu lösen. Ihre Stellung gegenüber diesem Problem ist in Wirklichkeit die, daß sie für einen gewissen Teil des Rechtes, das Gesetz, naiv die Positivität als problemlos voraussetzen, und für den anderen Teil den Positivitätscharakter ganz übersehen und das extralegale Recht naturrechtlich bestimmen. Hiermit nehmen die Kultur-Seinstheorien den Charakter eines Freirechts an, wenn man diesen Ausdruck in seiner weitesten Bedeutung als Bezeichnung für den dieser Richtung (Geny) eigentümlichen Dualismus im Rechtsbegriff versteht. Solange man nicht das Positivitätsproblem des Rechtes verstanden hat, muß jede Rechtstheorie zwischen zwei Extremen schwanken, sich eventuell in sie zerspalten: den naiven Positivismus und den naturrechtlichen Idealismus.

9. Im Gegensatz zu diesen politisch-naturrechtlich orientierten Theorien hat Kelsen mit unermüdlicher Energie die Positivität des Rechtes behauptet. Niemand hat innerlicher als er versucht, dieser Positivität Ausdruck zu geben. Die ungeheure Bedeutung dieser Behauptung der Positivität alles Rechts liegt in ihren methodologischen Konsequenzen: der Ausscheidung jedes politischen oder soziologischen Gesichtspunktes von einer reinen, normativen, juristischen Methode. Das ist die Hauptsache. Nicht seine theoretisch-philosophische Grundlegung der Positivität des Rechtes, die — der Natur der Sache nach — immer diskutierbar bleiben muß, aber seine unbarmherzige, minutiöse Entschleierung der kryptopolitischen Tendenzen der ganzen herrschenden Staatslehre und seine

methodologische Reinigung einer Reihe von „Hauptproblemen“ ist Kelsens wissenschaftliche Großtat; der flammende, indignierte Protest des rein wissenschaftlichen Gewissens gegenüber jeder Verschleierung der Wahrheit wegen politischer Absichten. Kelsen hat die Staatslehre des deutschen Kaiserreiches bis ins Herz durchschaut: sie steht jetzt wissenschaftlich kompromittiert da, prostituiert durch ihren intimen und leichtfertigen Umgang mit der Politik.

Diese methodische Reinigung ist das Entscheidende. Weniger bedeutungsvoll ist es, ob man auch dem theoretisch-philosophischen Versuch zur Begründung der Positivität des Rechts beistimmen kann, oder ob man meint, daß es der späteren Forschung zukommen muß, die Theorie von der Positivität weiter zu führen. Indem ich mich so in der Hauptsache mit Kelsen einig erkläre und meine tiefe Schuld in methodologischer Hinsicht ihm gegenüber anerkenne, muß ich gegen die nähere Ausführung seiner Positivitätstheorie einige kritische Bemerkungen anführen.

Nach Kelsen kann, wie bereits oben unter no. 1 erwähnt, die Geltung einer Norm nur in einer anderen Norm begründet werden. „Die Frage nach dem Warum eines konkreten Sollens kann logisch immer wieder nur zu einem Sollen führen . . .“⁶⁶). Hieraus folgt, daß man einmal willkürlich die Fragekette zum Abschluß bringen muß. Kelsen muß, um überhaupt irgendwo anfangen oder enden zu können, eine, wenn auch nur eine einzige Norm, die Ursprungsnorm, voraussetzen, von der aus alle übrigen ihre Geltung ableiten. Alles andere ist im Verhältnis zur Grundnorm „gesetzt“, sie selbst ist nur vorausgesetzt. Diese Grundnorm gründet sich nicht in einem Normsystem einer anderen Art, z. B. der moralischen. Die Positivität des Rechtes besteht nach Kelsen eben in der souveränen Eigengesetzlichkeit des Rechtssystemes, seiner fundamentalen Besonderheit gegenüber jedem anderen Normsystem. In strenger Konsequenz des kategorialen Unterschiedes zwischen Sollen und Sein wendet Kelsen sich auch gegen jeden Versuch, sowohl ein Sollen in einem Sein zu begründen, wie auch das Sollenssubstrat als ein Sein zu bestimmen. Das erste hatten wir bereits Gelegenheit, oben unter no. 1 zu bemerken, das zweite ergibt sich aus der Besprechung von Binders Kulturbegriff oben unter no. 3. Dort wurde erwähnt, daß der letztgenannte Verfasser sich der Kritik Rickerts anschließt, nach der behauptet wird, daß diese Synthese eine wertvolle Wirklichkeit (oder ein wirklicher Wert) unmöglich ist. Solange müssen wir behaupten, daß Kelsen mit einer Schärfe

⁶⁶) Hauptprobleme, 8.

und Konsequenz, die weit die seiner Widersacher übertrifft, die Folgen aus dem gemeinsamen Ausgangspunkt gezogen hat: dem kategorialen Unterschied zwischen Sein und Sollen. Unbarmherzig hat er jede Verbindung zwischen der Grundnorm und einem Festlandterrain abgeschnitten: von dem Normreich des Rechtes ist jede Verbindung sowohl mit anderen normativen Gebieten wie auch mit dem Reiche der Naturwirklichkeit abgebrochen. Grundnorm bleibt im allerstrengsten Sinn das absolut Erste, die Ursprungsnorm. Aber eben deshalb, scheint es, muß die Positivität des Rechts, seine Geltung hier und jetzt in irgendeiner Beziehung zu dieser Welt des Seins unfaßbar bleiben.

Kelsen will keineswegs erklären, was es bedeutet, daß eine Norm Geltung hat. Er sagt bloß, daß, wenn wir begründen wollen, daß eine Norm Geltung hat, das nur geschehen kann, indem wir ihre Geltung auf eine andere Geltung zurückführen. Was aber diese erste vorausgesetzte Geltung bedeutet, davon wird nichts gesagt. Für Kelsen bedeutet sie nichts, nichts anderes, als, daß, wenn diese „Geltung“ einmal vorausgesetzt ist, sie die Grundlage für die „Geltung“ der von der Grundnorm abgeleiteten Normen bildet. Dieser Begriff wird also stets hypothetisch: daß eine Norm Geltung hat, kann nur bedeuten, daß diese Qualität ihr zukommt, wenn sie einer anderen Norm zukommt. Der Begriff drückt also einen inner-systematischen Zusammenhang zwischen zwei Normen aus und ist stets relativ zu der übergeordneten. Die Aussage „die Norm N gilt“, muß absolut verstanden sinnlos sein. Sie muß auf folgende Weise umgeformt werden: Die Norm N_1 gilt relativ zur Norm N_0 , d. h., N_1 läßt sich logisch von N_0 ableiten, und nichts anderes. Hierin liegt von Anfang an ein Fehler in Kelsens Problemstellung. Kelsen übernimmt — sicher unter Einfluß der historischen Kontinuität — die übliche Problemstellung, nach der nach dem Grunde, weshalb das Recht gilt, und nicht danach, was es bedeutet, und wie erkannt werden kann, daß das Recht gilt, gefragt wird.

Auf dieser Grundlage scheint es unmöglich, die Geltung des Rechts mit den empirisch gegebenen Umständen in Verbindung zu bringen. Es scheint unmöglich, hieraus abzuleiten, daß ein bestimmtes Recht hier und jetzt gilt. Ich kann deshalb nicht sehen, mit welchem Rechte Kelsen von seinen eigenen Voraussetzungen aus behaupten kann, „es wäre schlechterdings sinnlos, wollte man heute, um das Wesen des russischen Staates zu begreifen, jene Ursprungsnorm gelten lassen, mit der vor der Revolution jedermann rechnen mußte, der das gleiche Erkenntnisziel verfolgte, jene Norm, die den absoluten Zaren als oberste Normsetzungsautorität einsetzte. Und zwar wäre dies nur darum sinnlos, weil die so

zu gewinnende Ordnung keinerlei Möglichkeit böte, das tatsächliche Verhalten der Russen als sinnvoll, d. h. als irgendwie normgemäß zu deuten“⁶⁷). Denn das rechtliche System besteht in seinem logischen Zusammenhang (Geltung) unbeschadet jeglichen Verhältnisses zur Wirklichkeit. Es ist nicht einzusehen, weshalb es sinnlos sein sollte, daß die normative Sphäre einen Inhalt aufweist, der überwiegend verschieden ist von dem Inhalt der gleichliegenden beigeordneten Seinssphäre. Die rechtliche Geltung sagt ausschließlich aus, daß N_1 sich aus N_0 ableiten läßt, und dies ist von jeder Wirklichkeit unabhängig. Noch bestimmter drückt Kelsen sich aus, wenn er es als „eine unleugbare Tatsache“ bezeichnet, „daß mit der siegreichen Revolution die Staatsideologie sich faktisch ändert, daß man nunmehr bei der rechtlichen Beurteilung von einer neuen, gegenüber der bisherigen verschiedenen Grundnorm ausgeht, in der die in der Revolution tatsächlich zur Macht gelangten Faktoren als oberste Rechts-(Staats)autoritäten eingesetzt sind. Die Macht ist zum Recht geworden“⁶⁸). Was durch eine Revolution geändert werden kann, ist ausschließlich eine faktische Staatsideologie. Die Grundnorm selbst — als eine willkürlich vorausgesetzte Norm — kann nicht von einer Seins-tatsache berührt werden. Wenn gesagt wird, daß „man“ nun von einer anderen Grundnorm ausgeht, so bedeutet das gleichfalls nur eine faktische Änderung in der Ideologie, aber keine Änderung der Grundnorm selbst. Solange sie als Grundlage für die Rechtsbetrachtungen festgehalten wird, so lange ist der rechtliche Zustand unverändert.

Nun sucht wohl Kelsen die behauptete Beziehung zwischen Grundnorm und der Welt des Seins zu begründen, indem er lehrt, daß die Wahl der Grundnorm wohl in juristischer, darum aber nicht überhaupt in jeder Richtung willkürlich sein müsse⁶⁹). Es besteht eine Norm — wenn auch keine Rechtsnorm — die fordert, „nur eine wirksame Ordnung als gültiges Recht vorzusetzen“⁷⁰), wodurch also ein gewisser funktioneller Zusammenhang zwischen der Geltungssphäre des Rechts und der Sphäre der empirischen Seinstatsachen entsteht. Diese Norm meint Kelsen rechtfertigen zu können, indem er sie auf ein höheres, allgemeineres Prinzip zurückführt, nämlich auf den „auf das Gebiet normativer Erkenntnis, auf das Gebiet der Wertung, ausgedehnten Grundsatz der Erkenntnisökonomie“⁷¹). Da nun dieses Machsche Prinzip

⁶⁷) Soziologischer und juristischer Staatsbegriff, 95.

⁶⁸) A. a. O. 98.

⁶⁹) Problem der Souveränität, 97—98.

⁷⁰) A. a. O. 98.

⁷¹) A. a. O. 98—99.

schon an sich sehr zweifelhaft ist, und da außerdem ihre vorliegende Anwendung von Verdross in einer Weise, der ich mich ganz anschließen kann, kritisiert worden ist, soll dieser Punkt nicht näher besprochen werden ⁷²⁾ ⁷³⁾.

⁷²⁾ Vgl. Verdross, Einheit, 79 f.

⁷³⁾ Die Schwierigkeit, die es von Kelsens Standpunkt aus haben muß, die Positivität einer Normart zu fassen, gilt nicht minder von den moralischen, wie von den rechtlichen Normen. Doch macht Kelsen einen unbegründeten Unterschied zwischen diesen Fällen. Kelsen nimmt an — als Ausdruck für den autonomen Charakter der Moral — daß auf diesem Gebiete ein „ich soll“ stets und ausnahmslos verbunden ist und inhaltlich übereinstimmt mit einem qualifizierten „ich will“ (Hauptprobleme, 11). Obgleich es auch in diesem Falle stets möglich ist, formallogisch die normative Betrachtung (das moralische Sollen) von der Wirklichkeitsbetrachtung (dem qualifizierten Willen) zu scheiden, so bewirkt doch diese realinhaltmäßige Übereinstimmung einen praktischen Unterschied. „Vom Standpunkt der oben charakterisierten autonom subjektiven Auffassung hat es vielleicht tatsächlich keinen praktischen Zweck, den formalen Gegensatz zwischen Sein und Sollen beim Sittengesetze in jener Schärfe aufrecht zu erhalten, in der Kant und Fichte ihn formuliert haben“ (a. a. O. 25).

Indessen muß der Ausgangspunkt, die notwendige inhaltmäßige Übereinstimmung der Moral mit einem faktischen Willen, von Kelsens eigenen Voraussetzungen aus unfaßbar scheinen. Für die Moral muß — mit ganz derselben Notwendigkeit wie für das Recht — gelten, daß keine moralische Normerkennntnis möglich ist, es sei denn auf Grundlage einer moralischen Ursprungsnorm. Ganz analog mit der rechtlichen muß diese moralisch willkürlich und radikal verschieden von jedem Sein sein. Es ist deshalb unverständlich, weshalb sie von vornherein mit gewissen Seinsmomenten im Willen überstimmen muß. Hinter der Behauptung des autonomen Charakters der Moral verbirgt sich augenscheinlich ein Problem von ganz derselben Reichweite und Schwierigkeit wie das Positivitätsproblem des Rechtes. Dies hat Kelsen übersehen. Das hängt damit zusammen, daß die Scheidung zwischen autonomen und heteronomen Normen normlogisch unhaltbar ist. Auch innerhalb einer autonomen Moral muß ein Unterschied zwischen den normsetzenden und dem normbestimmten „Willen“ bestehen. Andernfalls würde Sollen schlechthin identisch mit jedem Wollen sein, und Normwidrigkeit unmöglich. In normlogischer Terminologie kann man unter „normsetzendem Willen“ nichts anderes verstehen, als den Inbegriff der Konstitutionsbedingungen einer Norm. Und dieser muß verschieden sein von dem normbestimmten „Wollen“, d. h. dem Inbegriff der Konstitutionsbedingungen der normbestimmten Handlung. Normlogisch sind deshalb auch für die Moral das normgebende und normunterworfenene „Subjekt“ verschieden. Daß diese unter dieselbe psychologische Einheit fallen, ist irrelevant. Der Begriff autonome Norm ist — abgesehen von dem psychologischen Gesichtspunkt — eine *contradictio in adjecto*.

Hieraus folgt, daß kein Grund vorliegt, die Frage nach dem Verhältnis zwischen Norm und Wirklichkeit in den beiden Fällen verschieden zu behandeln. In beiden liegt, koordiniert mit dem normativen, ein realer Willenskomplex vor: ein individueller Wille, oder ein analoges, kollektives Phänomen. Es liegt von vornherein kein Grund vor, die moralischen Normen in höherem Grade mit der individuellen Realität zu verbinden, als die rechtlichen mit der sozialen. In beiden Fällen wird eine solche Verknüpfung doch auf Grund des radikalen Unterschiedes zwischen Sein und Sollen

10. Durch die Ablehnung von Kelsens Positivitätstheorie ⁷⁴⁾ scheinen wir uns selbst in eine peinliche Stellung gebracht zu haben. In der Diskussion zwischen der normativen und nicht-normativen Rechtsauffassung mußten wir zuerst Kelsen in seiner Kritik der Auffassung des Rechtes als eines Seins (Natur- oder Kultur-Seins) recht geben. Und nun

rein unmöglich sein. Eine konsequente Durchführung von Kelsens Standpunkt verlangt deshalb, daß er auch für die Moral das Positivitätsproblem durchführt.

⁷⁴⁾ Unsere Kritik der Positivitätslehre Kelsens wird weiter dadurch gestützt, daß diese Lehre nicht bloß von den Gegnern der normativen Jurisprudenz angegriffen wurde, sondern auch von Forschern, die der normativen Jurisprudenz nahe stehen, einer eingehenden Kritik unterworfen wurde. Merkl ist vielleicht der einzige, der in diesem Punkte Kelsen treu folgt.

Verdross hat klar eingesehen, daß Kelsens Positivitätsbestimmung einen „Sprung in die Gesellschaft“, also in das Metarecht bedeutet (Verdross, Einheit 82). Hierüber lehrt Verdross „die Positivität des Rechts wird vielmehr immanent bestimmt ohne den Bereich des Rechts zu verlassen“, a. a. O. 82. Diese immanente Bestimmung ist möglich, wenn wir wissen, was Recht ist. „Denn dann wissen wir, wie früher dargelegt wurde, daß das Recht eine sich stufenförmig in Organakten entfaltende Ordnung ist, womit gleichzeitig erkannt wird, daß es sich um eine raum-zeitliche Ordnung handelt. Denn die ‚stufenförmige Entfaltung‘ kann nur in einem bestimmten Raume und in einer bestimmten Zeit vor sich gehen. Ist das aber eingesehen, dann ergibt sich von selbst, welche Rechtsordnung eine positive ist. Es ist jene, die sich in Organakten aktuell realisiert“. A. a. O. 80. -- Hierzu müssen wir bemerken, daß es ohne jede Verbindung zwischen Sollen und Sein, zwischen dem Rechte und der Gesellschaft unmöglich sein muß, gewisse bestimmte Akte als realisierende Organakte, ein bestimmtes System als positiv zu erkennen. Wenn man wirklich ernst damit macht, daß man nicht die geringste Rücksicht auf die soziale Befolgung nimmt, dann wird jedes willkürlich stufenförmige Normsystem mit Ursprung in einer willkürlichen Grundnorm sich aktuell in Organakten realisieren. Wenn die Konstitutionsbedingungen erfüllt werden, realisieren die Organakte sich — unangesehen, ob der Inhalt des Systems als Deutungsschema für menschliche Handlungen ohne jeden Sinn und ohne jede Übereinstimmung mit dem Faktischen sein sollte, wovon die immanente Betrachtung ja ganz absieht. Kelsen hat deshalb recht, wenn er bemerkt, daß es eine Illusion sein würde, zu glauben, daß das Positivitätsproblem unter Hinweis auf die stufenweise Konkretisation sich in ein restlos immanentes Problem auflöst. „Vielmehr wiederholt sich das Problem der Beziehung zwischen dem System des Rechtes als Norm, und dem System der — der Norm entsprechenden — Wirklichkeit, als der Wirklichkeit der Natur, auf jeder Stufe der Rechtsordnung immer wieder von neuem“. Allg. Staatslehre, 250.

Schreier sucht das positive Recht auf Grundlage der „Tatsachenerkenntnis“, der „Erfahrung“ zu bestimmen. (Schreier, Grundbegriffe und Grundformen des Rechts, 178.) Die Rechtsnormen selbst sind irreal, zeitlos. Ihre Relation auf das Wirkliche läßt sich dadurch etablieren, daß Tatsachen nachgewiesen werden, „die die Verkörperungen, Träger dieses irrealen Wesens sind“. Dies kann auf zwei Arten geschehen: „entweder . . . die Rechtsnorm wird befolgt, oder das irrealen Wesen ‚subjektiviert‘ sich derart, daß es gedacht wird, der Urteilsinhalt wird in einem Urteilsakt erfaßt, die Rechtsnorm gesetzt“, a. a. O. 178—79. Schreier meint deshalb, daß

sehen wir uns gezwungen, auch die Lehre vom Recht als einem reinen Sollen aufzugeben. Das Recht als reines Sein (die soziologischen Theorien), das Recht als reines Sollen (die normative Rechtswissenschaft) und das Recht sowohl als Sein wie als Sollen (Kultur-Seins-Theorien). Mehr Möglichkeiten scheint es nicht zu geben. Nein, wirklich, von der voraus-

die Zurückführung der Gültigkeit einer Norm auf eine übergeordnete Norm, von der sie als abgeleitet verstanden wird, notwendig in einer „Setzung“ aufhören muß, „sei es durch Gewohnheit (tatsächliche Befolgung), sei es durch sonst eine ‚Autorität‘ die dem zu prüfenden Satz Gültigkeit verliehen hat“ (a. a. O. 179). Schreier kann deshalb schließen: „Der Staat ist also die Gesamtheit aller jener Rechtssätze, deren Gültigkeit (Positivität) auf einem gemeinsamen Grundtatbestand der Setzung beruht“, a. a. O. 180. Diese Ausführungen sind ebenso wie die von Verdross ein Versuch, über Kelsens rein formalnormlogische Bestimmung der Positivität hinauszugehen. Nur scheint man nicht viel dadurch zu gewinnen, daß man „Tatbestand“ für Norm substituiert. Die Tatsache ist ja nur Tatsache in Relation auf eine Norm. Auf neue erhebt sich die Frage, welche Tatsachen autoritativ sind (vgl. Zitat 179), welche Tatsache Grundtatsache ist (vgl. Zitat 180). Schreiers Formulierung ist mehr Ausdruck für einen Drang, die Wirklichkeitsrelation des Rechtes zu betonen, als eigentlich eine Lösung des Positivitätsproblems.

Eine konsequente Durchführung von Kelsens Systemlogik — die eben dadurch die Fehler in einer Karrikatur hervortreten läßt — finden wir in Merkl's Lehre von der Rechtskraft. Merkl's Grundgedanke ist erstens, daß die Frage nach der Veränderlichkeit einer Rechtsnorm nicht normlogischer Natur ist, und zweitens, daß diese Frage sich so wenig wie irgend ein anderes positivrechtliches Problem nur durch einen Hinweis auf das rechtspolitisch Wünschenswerte lösen läßt, wie dies bei der herrschenden Lehre der Fall ist. Merkl behauptet deshalb, daß eine Rechtsnorm prinzipiell unveränderlich ist, und daß das Prinzip *lex posterior* nur gilt, soweit es ausdrückliche, positive Gewähr dafür gibt. Dasselbe gilt von dem Prinzip, dem „Fehlerkalkül“, nachdem in gewissen Fällen anscheinend rechtswidrig entstandenem Recht Rechtskraft beigelegt wird. Merkl sagt wortgetreu: „Die Derogationsbestimmung [und dasselbe gilt von dem Fehlerkalkül] muß mit denselben logisch-grammatischen Mitteln wie der übrige Norminhalt zum Ausdruck gebracht sein“. (Die Lehre von der Rechtskraft, 259.) Er wendet sich gegen Versuche, eine Änderungsnorm in einen anderen Rechtsinhalt, z. B. in die Bestimmung eines bestimmten Produktionsweges hineinzulegen. „Entgegen solcher phantastischen Subintelligenz einer Derogationsbestimmung muß man verlangen, daß sie *expressis verbis* formuliert sei“. (A. a. O. 260.) Die Forderung ist so konsequent und unverhüllt: die Veränderlichkeit des positiven Rechts, wie auch die Rechtskraft des extrasystematischen Rechts verlangt ausdrückliche, positive Gewähr. Man stelle sich die Konsequenz für eine Rechtsordnung vor, die wie die englische oder die dänische, keine oder so gut wie keine Bestimmung der behandelten Art enthält. Nimmt man für das dänische Recht an, daß unsere Grundnorm durch die Verfassung von 1849 und den damaligen Rechtszustand festgelegt wurde, so müßte das Resultat sein, daß die allermeisten späteren Gesetze wie auch Urteile auf Grund mangelnder positiver Gewähr ohne Rechtskraft sind. Ein Resultat, das vielleicht Merkl nicht zurückschreckt, der behauptet, daß Recht ist, was die Rechtswissenschaft als solches erkennt, unangesehen der Praxis (a. a. O. 260). Eine solche Rechtswissenschaft sollte

gesetzten Einteilungsgrundlage aus, dem radikalen Unterschied zwischen Sein und Sollen, sind diese drei Kombinationen restlos erschöpfend. Wir können deshalb mit mathematischer Sicherheit feststellen: wenn man uns in der im Vorangegangenen dargestellten Kritik der drei erwähnten Theorien beistimmt, gibt es nur einen möglichen Weg, den man zu gehen versuchen kann, um zu einer annehmbaren Rechtstheorie zu gelangen — nämlich die gemeinsame Voraussetzung anzugreifen, auf der die drei erschöpfenden Theorien beruhen, den kategorial radikalen Unterschied zwischen Sein und Sollen. Ob dieser Weg auch wirklich zu einem Resultat führen wird, können wir nicht von vornherein wissen. Soll aber überhaupt ein Resultat möglich sein, so kann es nur auf ihm erreicht werden. Als eine vorläufige Stütze für die Annahme, daß dieser Weg wirklich zu einem Resultat führen wird, können wir das Folgende anführen. Eine Besinnung auf das Vorhergehende wird zeigen, daß der Grund dafür, daß alle drei erwähnten Gruppen von Theorien versagen mußten, liegt eben in der Annahme eines kategorial-radikalen Unterschiedes zwischen Sein und Sollen. Reicht man unter dieser Annahme das Recht unter das Sein ein, muß es ein Stück Naturwirklichkeit bleiben und es ist unmöglich, es auf irgend eine Weise an einem Sollen teilhaftig zu machen. Man versucht wohl, an diese Naturwirklichkeit eine rein ideale ethische Geltung zu binden. Aber abgesehen davon, ob dieser Versuch möglich ist, erreichen wir in jedem Fall nur, daß wir die positive Geltung des Rechtes in zwei nicht-rechtliche Bestandteile spalten: eine reine Naturwirklichkeit und eine rein ethische Gültigkeit. Umgekehrt: reicht man das Recht unter das Sollen ein, so ist es unmöglich, es auf irgend eine Weise in Beziehung zur Wirklichkeit treten lassen, und die positive Geltung des Rech-

als Konsequenz sich selbst *ad absurdum et ridiculum* reduziert haben. Aber es ist auch augenscheinlich, daß Merkl von einer Voraussetzung ausgeht, die willkürlich und falsch ist, nämlich, daß positives Recht dasselbe ist, wie ausdrücklich formuliertes Recht. Es liegt, wie oben erwähnt, gar kein normlogischer Grund vor, anzunehmen, daß die Grundnorm nicht auch bloß stillschweigend festgesetztes oder vorausgesetztes Recht instituieren kann. Ebenso wenig liegt etwas im Wege, die behandelten Prinzipien in die Grundnorm selbst einzuführen. Dies wird von Kelsen zugegeben. Zwar muß zugegeben werden, daß wenn auch der „Fehlerkalkül“ in die Grundnorm eingeführt wird, die „Systemlogik“ gesprengt wird.

Was in Kelsens Lehre latent ist, wird in Merkl's offenbar: die Rechtswissenschaft als Ausdruck für eine Systemlogik auf Grundlage des Gesetzes als *naiv-positivistisch* vorausgesetzte Rechtsrealität ist zur Rechtsquelle erhöht, die selber im Streit mit der Rechtspraxis entscheidet, was Recht ist. Das ist formales Naturrecht. Merkl hat die schärfste Formulierung der Theorie von dem Gesetze und dem auf ihr errichteten System als der einzigen Rechtsquelle in der Forderung gegeben, das als Grundlage für das extra-legale Recht — Gesetzgewähr verlangt wird. (Vgl. XI, c, 4 und XIII, 3, 4.)

tes wird in einer nicht-empirischen Systemlogik verflüchtigt. Versucht man endlich, mit den Kultur-Seins-Theorien das Recht sowohl als ein Sein wie als ein Sollen zu bestimmen, so muß dies mißglücken, weil eine solche Vereinigung, von dem angenommenen kategorialen Unterschied aus, unmöglich ist. Aber nicht nur aus formallogischen Gründen stoßen alle diese Kategorien auf Schwierigkeiten. Auch transzendentallogisch bringt der angenommene Dualismus leicht eine fehlerhafte Orientierung der Theorie der Rechtswissenschaft mit sich. Die soziologischen Theorien lösen die Rechtswissenschaft in Soziologie auf und verwischen den Unterschied zwischen Recht und „Sitte“. Kelsens normative Theorie hat die Neigung, die Rechtswissenschaft in Richtung einer formalen Systemlogik zu orientieren und die Existenz extra-systematischer Rechtsbildungen zu verkennen oder zu übersehen, die einen wichtigen und normalen Teil innerhalb der gesamten Rechtswirklichkeit ausmachen⁷⁵⁾. Endlich führt die Vereinigung von Sein und Sollen zu einer Orientierung in Richtung einer idealistischen Naturrechtspolitik und zu einer freirechtlichen Spaltung des Rechtsbegriffes in zwei heterogene Teile, einen naiv-positivistischen und einen naturrechtlichen.

Wir haben deshalb allen guten Grund uns gegen die Scheidung: Sein-Sollen zu wenden. Da der Seinsbegriff gegenüber dem weit weniger durchgearbeiteten Sollensbegriff relativ festliegt, ist es natürlich, daß wir

⁷⁵⁾ Vgl. XI, 4, c und XIII, 3, 4. — Kelsen, Zur Soziologie des Rechts, 605 bis 606. „Es gibt im modernen Rechtsstaate kein Judizieren und überhaupt keine Staatstätigkeit, die im wahren Sinne des Wortes ‚sine lege‘ wäre, das heißt, sich nicht als Realisierung eines Rechtssatzes — sei es im Gesetz oder nur gewohnheitsrechtlich fixierten Rechtssatzes — darstellt... Läßt sich mit einer vernünftigen und zweckmäßigen Interpretation der bestehenden Rechtssätze die behauptete Rechtspflicht des B. nicht feststellen, kann kein Richter der Welt und keine juristische Methode den Rechtsapparat zur Durchsetzung einer solchen Pflicht zur Verfügung stellen. Der Interessent ist abzuweisen, wenn auch der Bestand der fraglichen Rechtspflicht vom Standpunkte der Gerechtigkeit oder Wirtschaftlichkeit sehr erwünscht wäre“ (von mir hervorgehoben). Der letzte Satz ist augenscheinlich als praktische Anweisung reine Politik. Das Einzige, was ein Theoretiker behaupten kann, ist, daß eine Urteilsfällung nicht von einer gewissen Grundnorm aus als Recht gefaßt werden kann. Aber wie, wenn nun der Richter faktisch urteilt? Wenn Urteile sine lege faktisch zum Alltäglichen im Rechtsleben gehören — in England z. B.? Diese Wirklichkeit als rechtlich leugnen zu wollen, wäre absurd. Aber dazu hat Kelsen auch gar keinen Grund, man braucht nur eine entsprechende Delegation in die Ursprungsnorm zu legen. Der Fehler in Kelsens Raisonement liegt darin, daß keine normlogische Notwendigkeit besteht, daß das Urteil Realisation eines Rechtssatzes im Sinne einer bereits fixierten, „bestehenden“ Regel sein soll. Normlogisch genügt es, daß sie sich als Realisation einer bloß vorausgesetzten Norm (der Grundnorm) darstellt. Aber im gleichen Augenblick ist das vollkommen Tautologische in der Behauptung einleuchtend.

unsere Aufmerksamkeit auf diesen letzteren richten. Kelsen hat eingehend das Sollen als Kategorie in vollständiger Disparität zum Sein geschildert und bestimmt, es ist ihm aber nicht geglückt, diese Betrachtung durchzuführen. Es fehlt nämlich in seinem System eine normative Erkenntnistheorie, die zeigt, wie die Geltung der normativen Urteile sich auf eine gewisse Systemeinheit gründet. Kelsen ist bei einer normativen Formallogik und bei einer formalen Auffassung der Geltung der Sollensurteile, als abstammend von einem ersten (wenn auch hypothetisch vorausgesetzten) unableitbaren, absoluten, in sich selbst beruhenden Geltung — der „Geltung an sich“ — stehen geblieben⁷⁶⁾. Aber eine solche Auffassung ist ebenso unmöglich, wie die entsprechende innerhalb des Gebietes der Seinskategorie, die alles Sein von einer obersten absoluten, in sich selbst beruhenden Seins-Einsheit ableiten will. Soll die Auffassung vom Sollen als einer selbständigen Kategorie möglich sein, so müssen wir versuchen, ein solches System zu finden, in bezug auf welches die Sollensurteile ihre Geltungsqualität gewinnen.

Das Nächstliegende würde in dieser Hinsicht sein, sich das normative Geltungssystem in Analogie mit dem Seinssystem durch eine Synthese zwischen spezifisch normativen „Empfindungen“ und apriorischen Verstandesformen errichtet zu denken. Ich weiß indessen nichts von solchen spezifischen „Sollensempfindungen“. Es scheint für die (psychologisch) heteronomen Normsysteme recht einleuchtend und gilt auch für die autonomen. Man könnte wohl daran denken, sich hier auf das „Gewissen“ als Ausdruck einer originären „Sollensempfindung“ zu berufen, aber wie wir gesehen haben, führt die Berufung auf das Gewissen stets zu einer vermeintlichen intuitiven Erkenntnis. Eine Analyse im Stoff und in allgemeingültiger Form läßt sich nicht vornehmen. Das Gewissen

⁷⁶⁾ Im Gegensatz zu den absoluten Naturrechts-Doktrinen postuliert Kelsen nicht ein bestimmtes oberstes Rechtsprinzip. Seine Grundnorm ist unbestimmt hypothetisch und formal. Kelsen bezeichnet sie selber auch als relativ. Das ist wohl in einer Hinsicht richtig, in einer anderen aber nicht. Das Wort „absolut“ ist zweideutig. Wenn wir sagen, daß das Naturrecht ein absolutes Rechtsprinzip postuliert, können wir damit meinen, daß dies Prinzip absolut bestimmt, unbedingt ist, keine Wahl zuläßt. In diesem Sinne ist Kelsens Grundnorm nicht absolut. Sie ist hypothetisch-unbestimmt, bedingt (einer Wahl zugänglich).

Aber das Wort „absolut“ bedeutet in erster Reihe etwas anderes, im Gegensatz zu relativ. Relativ ist, was zu etwas anderem im Verhältnis steht, von ihm bestimmt wird (Absolut = „An-das-Nichts-genüpf-t-sein“, Schopenhauer, Neue Paralipomena, Redam § 96). In dieser Bedeutung ist die Ursprungsnorm nicht relativ, sondern absolut. Sie gilt (wenn auch vorausgesetzt) voraussetzungslos, ohne Grund, ohne Relation — absolut. Sie ist das schlechthin Geltende, die absolute Norm, die Norm an sich. Man kann noch so sehr ihren Inhalt bedingt und unbestimmt machen. Ihre Form, ihre Bedeutung als Norm, bleibt absolut.

ist keine spezifische Synthese, sondern eine unbewußte, eigentümliche Deutung gewisser Erlebnisse.

Wir können es auch so ausdrücken: es hat sich nicht als möglich erwiesen, auf Grund des Gewissen ein objektives System analog dem der Wissenschaft, zu errichten, das uns zu einer transzendentallogischen Anerkennung einer besonderen Sollenskategorie auf Grund besonderer „Solensempfindungen“ berechtigen könnte. Von diesem Gesichtspunkt aus wird man sich nun vielleicht eben auf die heteronomen Normen berufen und auf die Rechtswissenschaft als eine objektive Normwissenschaft hinweisen, die eine besondere Sollenskategorie voraussetzen muß. Hier auf müssen wir antworten, indem wir an das Resultat unserer obigen Kritik erinnern. Eben die Annahme des Sollens als einer selbständigen Kategorie in absolutem Gegensatz zum Sein hat sich als eine Voraussetzung erwiesen, die alle erwähnten Hauptgruppen von Theorien zu Fall brachte und sie hinderte, die Positivität des Rechtes zu erfassen. Wie nun, wenn wir diese Voraussetzung aufgaben, zu deren Verteidigung sich nichts anführen läßt, und die sich einer positiven Rechtstheorie hindernd in den Weg stellt?

Das wäre ein revolutionärer Gedanke. Die Auffassung des Sollens als einer selbständigen, von dem Sein grundverschiedenen Kategorie ist Kelsen und allen seinen Gegnern gemeinsam. Weiter muß zugegeben werden, daß die Auffassung in der deutschen Philosophie Stütze findet. Die Lehre von einem kategorischen Imperativ geht auf Kant zurück. Aber welche Autorität man auch gegen mich anführen kann, ich kann doch mit der größten Ehrlichkeit nicht anders sehen, als daß diese Auffassung falsch ist. Es ist mir unmöglich, anders zu sehen, als daß der kategorische Imperativ — wenn er überhaupt etwas bedeuten soll — ein normativ-metaphysischer Begriff ist, „der Imperativ an sich“, ganz und gar analog mit dem „Ding an sich“. Und ebenso wie die spätere Naturerkenntniskritik „das Ding an sich“ als ein Überbleibsel der Problemstellung vor der „Kopernikanischen Wendung“ beiseite geschoben hat — so muß auch der kategorische Imperativ, „der Imperativ an sich“, aus dem normativen Gebiet verschwinden. Zu meiner Verteidigung kann ich auch anführen, daß oft nachgewiesen wurde, daß Kants kategorischer Imperativ sich unberechtigt einen gewissen Inhalt angeeignet hat, und daß er zu einer rein formalen Gestalt zurückgeführt, absolut nichtssagend ist: Tue deine Pflicht oder du sollst tun, was du tun sollst. Eben diese tautologische Form verrät seine metaphysische Abstammung. Es ist eine altbekannte Wahrheit, daß das metaphysisch-analytische Denken letzten Endes in Tautologien endet; Sein ist, und Nicht-Sein ist nicht. Ganz

entsprechend auf dem normativen Gebiet: das, was sein soll, soll sein, und das, was nicht sein soll, soll nicht sein.

Wenn man bisher in der deutschen Philosophie die Vorstellung eines kategorischen (absoluten) Imperativs nicht energisch kritisiert hat, so liegt das sicher an folgendem Umstand: die besprochene Theorie hat sich ursprünglich im Anschluß an die autonom-subjektiven Moralnomen entwickelt, für die eine metaphysische (d. h. hypostasiert psychologische) Betrachtungsweise teils naheliegen mußte, teils schwer seine Fehler und Mißverständnisse offenbaren würde. Erst Kelsen überführte den dem kategorischen Imperativ zugrunde liegenden absoluten Normbegriff auf das (heteronome) Normsystem des Rechtes. Damit mußte der Fehler offenbar werden. Es mußte sich nun zeigen, daß die Geltung des positiven Rechts sich nicht als von einer ersten absoluten — wenn auch inhaltsmäßig unbestimmten — Geltung deduziert verstehen läßt.

Wir wollen deshalb den Mut haben, die Konsequenz zu ziehen, zu der alles uns zwingt: Das Sollen ist keine selbständige Kategorie im absoluten Gegensatz zum Sein.

Hiermit soll keineswegs gesagt sein, daß die normative Erkenntnis mit der Naturerkenntnis identisch ist. Wir behalten uns noch die Möglichkeit vor, daß die normative Erkenntnis in gewissen eigentümlichen Formen verläuft, und daß das Sollen insofern eine Kategorie ist. Nur müssen wir annehmen, daß auf die eine oder andere Weise eine Verbindung von der normativen Erkenntnis zur Naturerkenntnis vom Sollen zum Sein führt. Nur von einer solchen Annahme aus wird es möglich sein, das Recht zugleich in seinem normativen und empirisch-positiven Charakter zu verstehen. Im nächsten Kapitel ist hiervon näher die Rede.

Kapitel XI.

Das Recht als ein Normsystem als Ausdruck für eine soziale Handlungstotalität.

1. Der Begriff der Norm.
2. Der Begriff der rechtlichen Normen.
3. Norm und Wirklichkeit.
4. Bestimmung der Positivität des Rechtes.
5. Schluß.

1. Welche Bedeutung kommt der Aussage „du sollst dies und das“ zu? Als kategorischer Imperativ, als absolute, in sich selbst beruhende, voraussetzungs- und relationslose Aussage entbehrt er, wie wir gesehen haben, jeglichen Sinnes, denn „Sinn“ ist eben identisch mit Relationssetzung. Wir glauben auch nicht, daß wir der Aussage Bedeutung und Gültigkeit verleihen können, indem wir sie in eine spezifisch normative Geltungsreihe einordnen; es gibt nämlich keine originären, normativen „Empfindungen“. Der einzige Weg, der übrigbleibt, um dieser Aussage eine Bedeutung zu geben, muß deshalb der sein, sie auf die eine oder andere Weise mit der nicht-normativen Wirklichkeitserkenntnis in Verbindung zu setzen. Soll eine Verbindung zwischen der Norm: A soll sein und unsere Wirklichkeitserkenntnis, etabliert werden, so scheint es unzweifelhaft, daß diese Verbindung sich auf die eine oder andere Weise an A's Existenz heften muß. Der Aussage A soll sein — dieselbe Bedeutung zu geben wie A ist, wäre augenscheinlich eine ganz sinnlose Verdoppelung. Das einzig mögliche scheint zu sein, daß man mit der Norm A soll sein — eine Funktion von A's Existenz oder Nicht-Existenz ausdrückt. Das entspricht dem, daß die Norm „du sollst dies und das“ erst bei Beantwortung der Frage: wenn nicht? Bedeutung gewinnt. Man will wissen, welchen Unterschied es macht, ob A ist oder nicht ist, ob die Norm befolgt wird oder nicht. Hiermit steht es in augenscheinlichem Widerspruch, wenn das moralische Bewußtsein in seinen höheren Formen sich selbst kategorischen Charakter beilegt, d. h. postuliert, daß man „das Gute“ soll ohne Rücksicht auf irgend eine Art Sanktion, Belohnung oder Strafe, Himmel oder Hölle. Der Sinn dieses Postulat ist aber in Wirklichkeit nur der, daß die moralischen Normen von jeder äußeren Sanktion unabhängig sind, daß die einen rein subjektiv autonomen Charakter haben und daß ihre einzige Sanktion deshalb in „Gewissensbissen“, in Nicht-Befriedigung eines eigenartigen Komplexes von Willenstendenzen besteht.

Daß die Norm „A soll sein“ Ausdruck für eine Funktion von A's Sein oder Nicht-Sein ist, kann auch so ausgedrückt werden, daß die Norm A soll sein — eine eigentümliche Umschreibung für zwei Redaktionen der Form: wenn nicht A, dann S; und wenn A, dann nicht S, ist. Hierin liegt die Bedeutung der Norm: nur wenn A ist, dann ist S nicht. Die beiden Funktionen, für welche die Norm Ausdruck ist, sind selbst nicht normativ, sondern müssen zu einer der schon bekannten „theoretischen“ Funktionsarten gehören. Damit ist indessen nicht gesagt, daß sie naturwissenschaftlicher Art sind. Es gibt auch andere theoretische Funktionen als naturwissenschaftliche.

Wenn die Doppelfunktionen in einem naturwissenschaftlichen Gesetz besteht, dann wollen wir die Norm als eine *unechte Norm* bezeichnen. Das soll andeuten, daß die Norm in diesem Fall nur in einer Umschreibung eines naturwissenschaftlichen Gesetzes besteht und in keiner Hinsicht über eine rein naturwissenschaftliche Methode hinausführt. Diese Disziplinen, die auf der Basis solcher unechten Normen begründet werden können, bleiben rein naturwissenschaftlich, und es würde nur zu einer Verwirrung führen, wollte man diese mit einem besonderen Namen als normative bezeichnen. Die technologischen oder praktischen Disziplinen sind ein Inbegriff von unechten Normen, also von normativ formulierten Naturgesetzen, die innerhalb der gesamten Menge der Naturgesetze nach dem Prinzip ausgewählt sind, daß die ausgewählt werden, die über die Existenz- oder Realisationsbedingungen eines gewissen gegebenen Verhältnisses Aufklärung geben. So gibt z. B. die Brückenbaulehre Aufklärung darüber, was man „tun soll“, um eine Brücke zu bauen, d. h. sie enthält in (unechter) normativer Formulierung eine Auswahl von Naturgesetzen, nämlich die, die die Realisations- und Existenzbedingungen der Brücken angeben. Auf dieselbe Weise gibt die Rechtstechnologie Aufklärung darüber, welche rechtsetzenden Handlungen man vornehmen „soll“, um gewisse soziale Veränderungen hervorzurufen¹⁾.

¹⁾ Durch den Begriff *unechte Norm* gewinnen wir ein Verständnis für den oft mißverstandenen Begriff einer praktischen Disziplin. Streng genommen enthält dieser Begriff eine *contradictio in adjecto*. Jede wissenschaftliche Disziplin ist als Wissenschaft Theorie. Praktisch ist nur die Handlung — Praxis. Eine „praktische“ Disziplin ist eine Auswahl einer Theorie, die von einem gewissen Gesichtspunkt aus bestimmt ist, von dem man voraussetzt, daß er praktisch interessiert. Aber die Auswahl verändert natürlich nicht den Charakter des Ausgewählten als Theorie, so wenig wie das Pulver aufhört, Pulver zu sein, weil es einer chemischen Analyse unterzogen wird. — Hieraus ergibt sich das Falsche in der verbreiteten Vorstellung, nach der eine praktische Disziplin — z. B. die Jurisprudenz, die oft als solche aufgefaßt wird — „schaffend“, „produzierend“ ist. Vgl. III, 5 infine.

Unecht werden die Normen auch aus entsprechenden Gründen genannt, wenn sie eine mathematische oder eine logische Abhängigkeit ausdrücken.

Die echten Normen beruhen auf der Möglichkeit einer Wirklichkeitserkenntnis, die von der generalisierenden naturwissenschaftlichen verschieden ist. Es würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen, wollten wir uns eingehend darüber auslassen, wie eine solche Erkenntnis möglich ist. Wir müssen uns dies für später vorbehalten und uns hier darauf beschränken anzudeuten, daß es sich um eine individualisierende Totalitätserkenntnis handelt.

Für die Möglichkeit einer solchen Erkenntnis wollen wir in erster Reihe Heinrich Rickert und Harald Höffding anführen²⁾, wenn wir uns auch keineswegs mit dem ersterwähnten in der Weise einig fühlen, in der er die individualisierende Erkenntnis mit einer wertbezogenen Kulturwissenschaft zu identifizieren sucht. Für die normative Erkenntnis kommt der menschliche Wille als psychische Totalität in Betracht. Hiermit soll natürlich keineswegs bestritten werden, daß der Wille als real-psychisches Phänomen dem Ursachsgesetz und naturwissenschaftlicher Gesetzbestimmung unterliegt. Was wir damit meinen, wenn wir den menschlichen Willen als eine Totalität bezeichnen, ist nur folgendes. In Übereinstimmung mit Rickert sehen wir das Charakteristikum der Naturwissenschaft in ihrer generalisierenden Methode. Sie sucht sich rational der irrationalen Wirklichkeit zu bemächtigen, indem sie in deren heterogenem Kontinuum Grenzen und Ruhepunkte setzt und sie so zu einem Diskretum verwandelt, das für eine Begriffsbestimmung zugänglich ist. Das ist aber nur möglich auf Kosten des Individuellen. Nur soweit es möglich ist, durch eine Abstraktion von dem Individuellen, die Dinge in Gruppen zu sammeln, ist Naturwissenschaft möglich; mit einem juristischen Bilde: nur soweit es möglich ist, die Dinge als „fungibel“ zu betrachten. Wo es dagegen nicht möglich ist, das eine Ding für das andere fungieren zu lassen, wo das Forschungsinteresse sich eben an die individuelle Eigentümlichkeit des einzelnen Dinges heftet, ist die generalisierende Methode nicht zuständig. Naturwissenschaft ist nur möglich in dem Grade, wie es glückt, an Stelle der unmittelbar gegebenen, nicht-fungiblen Qualitäten fungible Quantitäten zu substituieren. Auf dem Hintergrunde dieser Betrachtungen

²⁾ Rickert, Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft; Höffding, Totalität als Kategorie. Deutsche Übersetzung als „Der Totalitätsbegriff. Eine erkenntnistheoretische Untersuchung.“ Leipzig 1917.

verstehen wir, daß der menschliche Wille wohl zum Gegenstand einer naturwissenschaftlichen generalisierenden Methode gemacht werden kann. Aber wie jedes naturwissenschaftliches Studienobjekt nur in seinen generellen Eigenschaften, nicht in denen, die diesem Objekt zum Unterschied von allen anderen anhaften, ferner nur in dem Grade, wie es glückt, Quantitäten für die psychischen Qualitäten zu substituieren. Nun muß zugegeben werden, daß dies im Verhältnis zu den Studienobjekten der Außenwelt nur in verschwindend geringem Grade in Bezug auf die psychische Welt geglückt ist. Und hieraus folgt, daß — jedenfalls in dem gegenwärtigen Stadium der Erkenntnis — das Psychische in überwiegendem Maße als Individualität hervortritt, die sich nicht in einem generalisierenden Prozeß hat auflösen und bestimmen lassen. Nun zeigt sich indessen, daß nicht alle Individualitäten von demselben Charakter sind. Während z. B. der Mond als Individualität keine Veranlassung für ein weitergehendes Verständnis seiner Individualität gibt, sondern nur zu einer prinziplosen, niemals erschöpfenden, willkürlichen Beschreibung seiner Eigenschaften, gibt es andere Individualitäten, bei denen ein weitergehendes Verständnis möglich ist. Verständnis will sagen Bestimmung eines Elementes als Glied in einer Reihe, als in ein System geordnet. Solche Individualitäten werden Organismen, Totalitäten genannt. Das Beziehungssystem, von dem hier die Rede ist, ist ganz anderer Art, als das naturwissenschaftliche. Die naturwissenschaftliche Erkenntnis sucht funktionelle Zusammenhänge, die ausschließlich durch generelle Merkmale bestimmt sind, d. h. Eigenschaften, die nicht gerade für dieses einzelne Spezimen eigentümlich sind. Ihr Ideal muß es deshalb sein, die Natur als zeit-räumliche Funktionen zwischen unterschiedslosen Einheiten, den Atomen (Elektronen), zu verstehen. Das organische Beziehungssystem dagegen geht darauf aus, die einzelnen Eigenschaften nach einem Prinzip zu gruppieren, das nur für diese bestimmte Totalität derart gilt, daß sie alle sich als eine Anwendung dieses spezifischen Prinzipes, als von ihm bestimmt, erweisen. Es ist im Gegensatz zur naturwissenschaftlichen Systembeziehung keine Rede von einer zeit-räumlichen Sukzession, sondern von einer wechselseitigen Koordination zum selben System, von einer Einheitsrichtung auf ein und demselben individuellen Punkt. Insofern kann dieses System teleologisch genannt werden, wobei man indessen bei Telos jede Vorstellung von einer „umgekehrten Kausalität“ vermeiden muß.

Die Erfahrung zeigt nun, daß in Wirklichkeit solche individuellen Totalitäten vorkommen. Überall, wo wir von organischem Leben sprechen, meinen wir eben das Vorkommen eines solchen individualisierenden Totalitätssystems. Ein anderes Kriterium für das Organische im Ge-

gensatz zum Unorganischen gibt es überhaupt nicht. Unter diesen Organismen ist auch die menschliche Psyche, speziell der menschliche Wille. Die Kenntnis, die wir auf dem generalisierenden, naturwissenschaftlichen Wege zu ihrer Bestimmung finden, ist nur gering. In der Hauptsache kommt sie als konkrete Individualität in Betracht. Insofern ist es berechtigt — abgesehen von jeder metaphysischen oder ethischen Bedeutung — den Willen frei zu nennen, wenn man hiermit nur sagen will, daß es nicht praktisch möglich ist, auf Grund einer generellen Gesetzmäßigkeit die Richtung des Willens vorzuberechnen. Es will indessen nicht sagen, daß der Wille, in seiner konkreten individuellen Wirklichkeit betrachtet, etwas absolutes Willkürliches ist. Alle Politik — individuelle wie kollektive — beruht vielmehr auf einer Vorausberechnung der Handlungstendenzen unserer Mitmenschen. Aber diese Berechnung geschieht nicht auf Grundlage einer wissenschaftlichen Psychologie. Wenn ich mich überzeugt fühle, daß mein Freund, der neben mir sitzt, mich nicht plötzlich mit einem Dolch niederstoßen wird, dann beruht diese Erkenntnis in erster Linie nicht auf einem naturwissenschaftlichen Schlusse aus den bedingenden Umständen und der generellen Gesetzmäßigkeit, die sich aus den Eigenschaften, die die psychischen Elemente dieses Individuums mit denen aller anderen Individuen gemeinsam haben, aufstellen läßt. Das Material für einen solchen Schluß wird mir vielleicht ganz unbekannt sein (Anlage zu Geistesschwachheit und dergleichen). Meine Überzeugung beruht vielmehr auf einer Kenntnis dieses bestimmten Individuums, auf einer Hypothese von seinem Charakter, seinem organisierenden Prinzip. Der Staatsmann soll „ein guter Psycholog“ sein, aber hiermit ist nicht ein tüchtiger generalisierender Naturwissenschaftler gemeint, sondern ein Menschenkennner. Was er nötig hat, ist nicht, den funktionellen Zusammenhang zwischen Elementen im menschlichen Seelenleben zu verstehen, soweit sie allen Menschen gemeinsam sind, sondern vielmehr bei jeder einzelnen Individualität (ob das nun eine psychologisch einzelne oder zusammengesetzte, d. h. eine soziale Individualität ist), sein spezifisches organisierendes Prinzip zu erfassen. Da dieses nicht durch Abstraktion von einer Menge Fähigkeiten, die in ihren gemeinsamen Merkzeichen betrachtet werden, gewonnen wird, sondern vielmehr durch ein Zusammenfassen aller Elemente der Totalität in ihrer konkret-individuellen Eigentümlichkeit, so versteht man, daß hier von einem ganz anderen logischen und psychologischen Prozeß die Rede ist, und von einer ganz anderen Art Begabung, als bei dem Naturwissenschaftler. Dächte man sich — was natürlich ein unmögliches Ideal ist — daß der Forscher alle Merkmale des gegebenen Individuums erfaßt hätte, so

müßte er sich mit diesem konkreten Dasein identisch fühlen, mit seinem Leben eins werden. Deshalb spricht man — oft mit etwas Mystizismus beigemischt — davon, daß es für den Erforscher des Konkret-Individuellen gilt, sich in sein Objekt einzuleben, einzufühlen.

Erst auf Grundlage einer solchen Totalitätserkenntnis gewinnen wir Verständnis für die Bedeutung der normativen Erkenntnis. Eine echte Norm (A soll sein) liegt vor, wenn die Doppelfunktion, die hiermit ausgedrückt wird (wenn nicht A, dann S; und wenn A, dann nicht S), auf einer individualisierenden Totalitätserkenntnis eines menschlichen Willenskomplexes beruht.

2. Nachdem wir so bestimmt haben, was wir im allgemeinen unter einer Norm verstehen, erhebt sich die nächste Frage, wodurch speziell die rechtlichen Normen gekennzeichnet werden. Auch hier müssen wir uns auf kurze Andeutungen dieses wichtigen und schwierigen Problems beschränken. Die Frage kann nur in der Weise beantwortet werden, daß man untersucht, in welche natürlichen Hauptgruppen die Normen nach ihren elementaren Eigentümlichkeiten sich einteilen lassen, und dann entscheidet, welche von diesen sich dazu eignet, das Faktum der Rechtswissenschaft zu begründen.

Nach der allgemeinen Grundform der Norm lassen ihre Grundtypen sich von zwei Verhältnissen aus bestimmen: einerseits der Art der Totalität, die die Grundlage für die Normerkenntnis bildet, andererseits dem Verhältnis, in dem S (die Sanktion) zur Totalität steht. Was den letzten Punkt angeht, so kann man sich denken, entweder daß S unmittelbar mit dem Willenskomplex selbst gegeben ist, indem S die Nicht-Realisation des Willens und die daraus folgende Nicht-Befriedigung, Enttäuschung, Unlust bedeutet; oder S ist nur unmittelbar mit dem Willenskomplex gegeben, indem der Wille darauf gerichtet ist, im Falle der Nicht-Realisation A's S als ein außerhalb des Willens selbst liegendes Verhältnis zu realisieren. Dieser Unterschied muß ein entscheidender Unterschied in der entsprechenden Normerkenntnis bedeuten. Im ersten Falle braucht diese sich nur auf den Willen als rein psychische Existenz zu richten, im anderen Falle handelt es sich dagegen um eine Realisation des Willens in Handlungen. Die erstgenannte Haupteinteilung richtet sich danach, wie weit die normsetzende Totalität psychologisch einzeln individuell in diesem Sinne oder psychologisch zusammengesetzt, d. h. sozialkollektiv ist. Aus einer Kombination dieser beiden Grundeinteilungen ergeben sich vier Grundtypen:

a) Die individuell-psychischen Normen. Hierzu gehören die moralischen, die ästhetischen und anderen Normen, die eine autonome subjektive Bewertung voraussetzen. Die Willenstotalität, von der hier

die Rede ist, fällt nicht mit dem individuell persönlichen Willen als solchem zusammen. Denn in diesem Falle würde kein Unterschied zwischen dem normsetzenden und dem normbestimmten Willen bestehen, und jede normative Erkenntnis würde unmöglich werden. Die normbestimmende Totalität macht hier einen engeren Willenskomplex innerhalb der persönlichen individuellen Ganzheit aus, der auf eine eigentümliche Weise bestimmt ist. Die moralischen Normen werden z. B. so in Bezug auf einen spezifisch moralischen Willenskomplex bestimmt, dessen näheren Charakter festzustellen hier nicht unsere Aufgabe ist. So hat Kelsen (in Übereinstimmung mit Simmel) richtig eingesehen, daß dem moralischen Sollen stets ein realer Wille oder eine Willensstendenz (die möglicherweise von anderen Willensstendenzen überwunden wird) entspricht. Aber während die Positivität dieser, der moralischen Normen von Kelsens normlogischer Betrachtungsweise aus ein Rätsel bleiben mußte, ist sie eine unmittelbare Folge unserer Theorie: die Möglichkeit der moralisch-normativen Erkenntnis beruht darauf, daß der moralische Wille nicht eine chaotische Unterschiedsreihe ist, sondern eine Totalität. Es zeigt sich möglich, die einzelnen konkret-individuellen moralischen Willensäußerungen unter allgemeinen Gesichtspunkten zu koordinieren. Indem das Individuum sich solche klarzumachen und sie festzulegen sucht, wirken sie bestimmend und organisierend zurück auf die einzelnen Fälle. Die moralische Erkenntnis nimmt so sowohl „induktiven“ wie „deduktiven“ Charakter an³⁾. Moralisches Verständnis ist nur in dem Grade möglich, wie es glückt, die einzelnen Fälle zu einer Totalität zusammenzuordnen.

Wir verstehen hiernach auch die Verbindung, die man immer zwischen normativer Erkenntnis und einer unmittelbaren, subjektiven Normerkenntnis, einer subjektiven Wertung angenommen hat. Alle normative Erkenntnis beruht auf einem Willen, einer „Wertung“. Man hat nur übersehen, daß diese Erkenntnis eine Wirklichkeitserkenntnis einer Totalität ist, ein Zusammenordnen gegebener Elemente in einer Ganzheit. Man hat einseitig betont, daß die normative Erkenntnis ein oberstes Prinzip voraussetzt — das unmittelbar metaphysisch erkannt oder willkürlich vorausgesetzt wird — woraus sich die Normen deduzieren lassen. Hiermit wird übersehen, daß ein solcher Ausgangspunkt sich nicht willkürlich bestimmen läßt, ohne Rücksichtnahme auf die wirklichen moralischen, konkret-individuellen Willenselemente. Die moralischen Normen haben wie alle anderen ihre Positivität und lassen sich

³⁾ Natürlich nehmen die Wörter Induktion und Deduktion hier eine besondere Bedeutung an, die von der logisch-naturwissenschaftlichen verschieden ist.

ebensowenig wie die rechtlichen aus einer willkürlichen Ursprungsnorm deduzieren. Das oberste Deduktionsprinzip kann auf keine andere Weise gewonnen werden, als durch eine vorausgehende Induktion. (Deduktion und Induktion sind hier ebenso wenig wie in den Naturwissenschaften Gegensätze.) Der Ausgangspunkt kann ebenso wenig in facta genommen werden, wie im Prinzip. Der Prozeß besteht nur in ihrer gegenseitigen, relativen Zusammenordnung.

b) Die individuell-physischen Normen. Da physischer Zwang nicht gegen eigenen Willen angewendet werden kann, so setzen diese Normen notwendigerweise einen psychologischen Unterschied zwischen dem Willen, der die Norm bestimmt, und dem voraus, innerhalb dessen der normgeforderte Akt fällt. Es handelt sich um Normen auf Grund zwischen-individueller Willensrelationen. Eine Erkenntnis der Totalität in diesen Verhältnissen wird sehr schwierig sein, und diese Gruppe gibt daher keine Veranlassung zu größerem Interesse.

c) Die kollektiv-psychischen Normen. Wenn wir hier von einer kollektiven Willenstotalität sprechen, müssen wir uns gegen jeden Verdacht einer Metaphysik wehren. Wir meinen hiermit nicht einen mystisch-substantiellen „Gemeinwillen“, „Volkswillen“ oder dergleichen als Ausdruck für eine überindividuelle, wirkliche Psyche. Wir sind auch weit davon entfernt (wie die moderne französische Soziologie es tut), die Kollektivität als einer neuen „wirkenden Kraft“ hypostasieren zu wollen und damit irrtümlich die Totalität in die generalisierende naturwissenschaftliche Kausalbetrachtung einzuführen. Auf der anderen Seite müssen wir behaupten, daß eine dogmatische Bekämpfung des Ausdruckes kollektiver Geist, Wille, nur als Bezeichnung für einen gewissen Funktionszusammenhang, auf einer ebenso metaphysischen Auffassung des Willens beruht, wie die, die eine substantielle Gemeinschaftspsyche annimmt⁴⁾. Ein Hinweis darauf, daß sich „in der Wirklichkeit“ nur ein individueller Wille findet, daß es kein Kollektivgehirn und dergleichen gibt, beruht augenscheinlich auf einer substantiellen Auffassung des individuellen Willens. Der individuelle Wille ist nur ein Ausdruck dafür, daß die einzelnen Willensakte, die von einer psychophysischen Person ausgehen, sich nicht erschöpfend durch eine generalisierende, naturwissenschaftliche Methode bestimmen lassen, sondern als eine konkret-individuelle Totalität hervortreten, indem die einzelnen Elemente sich zu einer Ganzheit zusammenordnen lassen. Aber ganz dasselbe kann bei der Summe von Willensakten der Fall sein, die von einem gewissen Kreis von Individuen ausgehen. Insofern ist es be-

⁴⁾ Z. B. Duguit, an zahlreichen Stellen.

reichtigt, von einer sozialen oder kollektiven Totalität, einem sozialen oder kollektiven Willen zu sprechen.

Mit den kollektiv-psychischen Normen werden solche kollektiven Normen angegeben, deren Sanktion mit der Nicht-Erfüllung des sozialen Willens und dem damit verbundenen kollektiv-psychischen Unwillen, Mißbilligung, Abstandnehmen gegeben ist. Darunter fällt die Sitte, Konventionalregeln, Mode u. ä.

d) Die kollektiv-physischen Normen. Hierunter werden solche Normen verstanden, die sich auf die Erkenntnis einer kollektiven Totalität gründen, und deren Sanktion voraussetzt, daß der kollektive Wille sich in Handlung umgesetzt hat. Dies sind die rechtlichen Normen.

3. Bevor wir in unseren Ausführungen weitergehen, wollen wir zu ein paar Einwendungen Stellung nehmen, die sich auf Grund des Verhältnisses zwischen Norm und Wirklichkeit möglicherweise gegen diese Bestimmung der rechtlichen Normen erheben könnten. So wie wir die normative Erkenntnis bestimmt haben, ist diese nur eine Umschreibung einer Wirklichkeitserkenntnis. Die Norm ist Ausdruck für eine Wirklichkeitsfunktion, die, wenn auch nicht auf dem Wege der generalisierenden Naturwissenschaft, so doch auf dem der individualisierenden Totalitätserkenntnis bestimmt wird.

Als Zeichen dafür, daß die normative Erkenntnis etwas wesentlich anderes ausdrückt, als eine theoretische Wirklichkeitsbestimmung, könnte man vielleicht anführen, daß die normative Aussage, A soll sein, etwas Wesenverschiedenes von dem Urteil: A ist, bedeutet und unabhängig von diesem gilt. Das ist natürlich vollständig richtig und auch ganz in Übereinstimmung mit unserer Theorie. Das Urteil: A soll sein, drückt nichts von A's Existenz aus, und gilt unabhängig von dieser. Es setzt nur eine Relation zwischen A und S. Der obenerwähnte Gegensatz ist auch richtig, soweit er als Symbol dafür genommen wird, daß das normative Geltungssystem ganz anderer Art, als das naturwissenschaftliche ist. In diesem Umfange können wir der Lehre zustimmen, daß das Recht in einem Sollen im Gegensatz zu einem Sein besteht, indem damit nur ausgedrückt wird, daß das rechtliche System von dem naturwissenschaftlichen verschieden ist. Wir müssen dagegen Einspruch erheben, wenn man „Sein“ mit aller Wirklichkeit identifiziert und damit die normative Erkenntnis in Gegensatz zu jeder Wirklichkeitserkenntnis setzen will. Man übersieht dabei, daß es eine andere Wirklichkeit gibt, als die, die durch eine generalisierende Naturwissenschaft bestimmt wird. Oder richtiger, daß die Wirklichkeit nur eine ist, aber nur in einem bestimmten Aspekt durch die naturwissenschaftliche Methode erfaßt wird.

Es wäre eine gewichtigere Einwendung gegen unsere Theorie, wenn man behauptet, daß das Nicht-Eintreten der Sanktion selbst stattfinden kann, und die Norm doch als Norm gelten. Die rechtliche Norm, die aussagt, daß man seine Schuld bezahlen soll, kann unabhängig davon gelten, daß es Menschen gibt, die faktisch ihre Schuld nicht bezahlen, und denen gegenüber doch die in der Norm vorausgesehene Sanktion nicht eintritt. Die Norm scheint also gelten zu können, unabhängig davon, ob die darin ausgedrückte Funktion durch Normübertretung und Sanktion stattfindet. Hieraus folgt, daß das Wesen der Norm nicht darin bestehen kann, diese Funktion als wirklich auszudrücken. Hierzu ist zu bemerken, daß, recht besehen, die besprochene rechtliche Norm mehrere Bedingungen für das Eintreten der Sanktion voraussetzt, als die materielle, an die man sich zuerst hält: das Nicht-Bezahlen der Schuld. Für das Eintreten der Exekution (Sanktion) ist es zugleich Bedingung, daß Klage erhoben wird, Urteilsfällung stattgefunden hat, Begehren einer Exekution erhoben ist usw. Erst wenn sämtliche Bedingungen beisammen sind, und die Exekution doch unterbleibt, kann man sagen, daß ein Unterschied zwischen der Wirklichkeit und dem in der Norm Erkannten besteht. Meistens meint man indessen mit der Nicht-Befolgung der Norm, daß eine der erwähnten Bedingungen: Anklage, Urteil oder dergleichen rechtswidrig nicht gesetzt wird, indem die betreffende Behörde eine mit der ersten koordinierten Norm übertritt, die unter Voraussetzung der Geltung der ersten gebietet, daß Anklage erhoben, Urteil gefällt wird usw. Wenn dies stattfindet, scheint hier eine Nichtübereinstimmung zwischen Norm und Wirklichkeit vorzuliegen. Oft wird es nun in diesen Fällen gar keinen Sinn haben, zu behaupten, daß die so in der Wirklichkeit nicht-sanktionierte Norm doch gilt. Soweit dies doch der Fall sein kann, liegt dies an einer Rücksicht auf das System, in dem die einzelne Norm ihren Platz findet. Dieses Verhältnis soll unten näher besprochen werden (no. 4 f). Hier begnügen wir uns damit, zu bemerken, daß die Einwendung sich insoweit als berechtigt erwiesen hat, als wir gezwungen werden, eine Korrektur der Definition für die Geltung einer Norm vorzunehmen. Aber das Entscheidende ist, daß hiermit doch keine Differenz zwischen Norm (System) und Wirklichkeit angegeben wird, indem auch in diesen Fällen eine Wirklichkeitserkenntnis der normativen Erkenntnis zugrunde liegt. Es steht deshalb unverrückbar fest, daß normative Erkenntnis eine eigenartige Wirklichkeitserkenntnis ist.

4. Wir sind jetzt imstande, anzugeben, was unter der Positivität des Rechtes zu verstehen ist. Positives Recht bedeutet dasselbe, wie geltendes Recht, „wirkliches“ Recht, wahres Recht, existierendes Recht.

Formal ist das Problem von der Geltung des Rechtes (der Normen) dasselbe wie das Problem von der Gültigkeit der allgemeinen Seinsurteile. In beiden Fällen wird damit nach dem System gefragt, innerhalb dessen die betreffenden Urteile die gegenseitige Korrelation erlangen, worin alle Erkenntnis besteht. Die in ein System gebrachten Urteile unterscheiden sich hierdurch von allen anderen, bloß willkürlichen, bedeutungslosen Urteilen. Hiermit wird die Wirklichkeit von Traum und Phantasie geschieden, positives Recht von bloß gedachtem und konstruiertem Recht. Material wird das Problem gelöst, indem man den Charakter des Systems angibt. Es geht aus dem Vorangehenden hervor, daß die rechtlichen Aussagen ihr Geltungssystem in einer Wirklichkeits-erkenntnis einer kollektiven Willens- und Handlungstotalität finden. Übrig bleibt nur, näher zu erklären, wie Erkenntnis einer solchen Totalität möglich ist.

Die Erfahrung lehrt, daß es möglich ist, eine Reihe menschlicher Handlungen zu betrachten, von denen ein Teil physische Zwangshandlungen sind, als gegenseitig koordinierte, wechselseitig sub- und superordinierte, so daß die, die subordiniert sind, ohne zugleich superordiniert zu sein, Zwangshandlungen sind. Die Handlungen der Menschen, kollektiv betrachtet (d. h. betrachtet im Verhältnis zu den Handlungen anderer Individuen), bildet nicht ein Chaos, sondern eine organisierte Totalität. Insofern ist es berechtigt, von einem kollektiven Willen und kollektiven Willenshandlungen zu sprechen. Rechtliche Erkenntnis ist in dem Grade möglich, wie eine solche Koordination möglich ist. Auf Grundlage dieses Systems sub- und superordinierter sozialer Willenshandlungen erlangt das entsprechende System sub- und superordinierter rechtlicher Normen Geltung. Hieraus können folgende wichtige Konsequenzen abgeleitet werden.

a) Den rechtlichen Normen entspricht in ebenso hohem Grade wie den moralischen, ein wirklicher Wille. In beiden Fällen beruht die Positivität der Normen auf der Wirklichkeit dieses Willens: des individuellen und des sozialen Willens. Gibt man mit Kelsen zu, daß der moralischen Norm stets ein wirklicher Wille oder eine Willens-tendenz entspricht, so liegt kein Grund vor, dasselbe nicht einzuräumen, soweit es die rechtliche Norm im Verhältnis zur sozialen Totalität angeht.

b) Die moralischen und die rechtlichen Normen sind in gleichem Grade „autonom“ und „heteronom“. Die moralischen Normen sind autonom im Verhältnis zu dem spezifisch moralischen Willen, aber heteronom im Verhältnis zu den normunterworfenen individuellen Willen (vgl. oben X, Anm. 73). Die rechtlichen Normen sind in derselben Weise autonom im Verhältnis zu dem sozialen Willen, aber heteronom im Ver-

hältnis zu dem normunterworfenen individuellen Willen. Der von Kelsen versuchte Unterschied in dieser Hinsicht ist also unhaltbar.

c) Die rechtliche Erkenntnis ist im selben Grade möglich, wie es möglich ist, die sozialen, rechtlichen Willenselemente zu koordinieren. Hieraus folgt, daß die rechtliche Erkenntnis sowohl induktiv wie auch deduktiv erfolgen kann. Das Ideal für die normative Erkenntnis ist ein vollständiges, zusammenhängendes System, wo alle Elemente sich im Verhältnis zu einer obersten Norm — der Grundnorm — ableiten lassen. Das ist auf die beste Weise in Kelsens System zum Ausdruck gekommen. Kelsen hat nur einseitig die deduktive Entstehungsweise aus einer vorausgesetzten Grundnorm betont, aber, wie wir gezeigt haben, muß es von einer solchen Betrachtungsweise aus unfaßlich bleiben, welche Grundnorm Deduktionsbasis bilden soll. Das läßt sich nur durch vorausgehende Induktion bestimmen. Nur in der Weise wird die Positivität des Rechtes verständlich. Es ist kein Widerspruch, daß die Entstehungsweise zugleich induktiv und deduktiv ist; denn, wie wir mehreremale gesagt haben, sind diese nicht verschiedene und entgegengesetzte Prozesse, sondern ein und derselbe koordinierende Prozeß, von zwei Seiten gesehen. Deshalb ist es Ausdruck für eine einseitige Betrachtung, das Rechtssystem ausschließlich als eine fortgesetzte, stufenweise Konkretisierung von der Grundnorm aus zu bezeichnen. Man kann mit gleich großem Recht behaupten, daß es eine fortgesetzte, stufenweise Abstrahierung von dem konkret-individuellen Zwangshandlungen ist. Beide Ausdrucksformen sind einseitig und verfehlt, da sich ein absoluter Ausgangspunkt an keiner Stelle, weder oben noch unten, findet. Die Grundnorm läßt sich nur verstehen als Grundnorm, wenn sie als Abstraktion von wirklichen Zwangshandlungen betrachtet werden kann; und diese lassen sich umgekehrt nur als rechtliche verstehen, wenn sie als Konkretisation (durch eine Reihe von Stufen) von einer vorausgesetzten Grundnorm betrachtet werden können. Die Wirklichkeit des Rechtes liegt in der durchgehenden Korrelation.

Hieraus ergibt sich die sehr wichtige Konsequenz, daß, wenn eine relativ subordinierte Norm sich nicht als in einer superordinierten Norm begründet verstehen läßt, die notwendige Konklusion deshalb nicht ist, daß die subordinierte Norm als deduktiv-systemwidrig nicht als Recht anerkannt werden kann. Da nämlich die subordinierte Norm selbst ihre Gültigkeit erst als Folge ihrer induktiven Übereinstimmung mit dem relativ-individuellen Norm gewinnt, kann man ebensowohl schließen, daß die superordinierte Norm als induktiv-systemwidrig nicht mehr als Recht anerkannt werden kann. Nur die Korrelation,

nicht die Deduktion als solche, nicht die Induktion als solche, ist für die Geltung des Rechts entscheidend. Welcher von den beiden Schlüssen der richtige ist, kann nicht von vornherein entschieden werden, sondern das hängt davon ab, welche der beiden Lösungen Ausdruck für die größte Korrelation sein wird. Die einseitig deduktive Betrachtungsweise wird dadurch, daß sie das deduktiv-systemwidrig entstandene Recht — z. B. verfassungswidrig entstandene Gesetze, Urteilsentscheidungen, *sine lege* oder *contra legem* — leugnet, zu Resultaten führen, die in auffallendem Widerstreit zur Rechtswirklichkeit stehen. Und sofern diese Theorie gegenüber dem Faktum kapituliert, solche Rechtsbildung aber — z. B. den Übergang der Konventionalregeln zu Rechtsregeln — als juristisch unfaßbar bezeichnet, erklärt sie sich selber für fallit. Es muß nämlich von diesen Voraussetzungen aus unerklärlich sein, auf welcher Grundlage erkannt werden kann, daß Konventionalregeln zu Recht geworden sind. In einem gewissen Grade kann Kelsen sich über diese Schwierigkeit hinweghelfen, indem er — in der Grundnorm — Blankettdelegation für die Rechtssetzung, auch für extra-systematisches Recht voraussetzt. Aber im selben Maße hebt die systemdeduktive Betrachtungsweise sich selber auf. Denn einmal ist nicht zu sehen, was anderes, als eine induktive Betrachtung, zu dieser Voraussetzung führen kann; und zweitens wird die Deduktion auf diese Weise rein tautologisch: sie setzt auf induktivem Wege bestimmt voraus, was „deduziert“ werden soll. Konsequenter, konsequent bis zum Absurden, ist Mehl in der Durchführung der systemdeduktiven Betrachtung. Zur Justifikation des Rechtscharakters des nicht systematisch entstandenen Rechts verlangt er ausdrückliche Gewähr in einer superordinierten Norm. (Vgl. X, Anm. 74.)

In direktem Gegensatz zu der dogmatischen Jurisprudenz stehen die freirechtlichen Strömungen, deren richtiger Grundgedanke eben eine Opposition gegen die Systemlogik ist. Das Freirecht hat richtig eingesehen, daß die Rechtsanwendung sich nicht als bloße deduktive Anwendung des Gesetzes verstehen läßt. Leider interpretiert das Freirecht dieses Verhältnis in unrichtiger Weise, indem es schließt, daß deshalb neben dem Gesetze noch andere, nicht-positive Rechtsquellen vorhanden sein müssen. Hiermit wird die Einheit des Rechtsbegriffes gebrochen, und die wichtige Wahrheit, daß der Richter rechtschaffend ist, verschleiert⁵⁾. Insofern behält auch die freirechtliche Richtung die deduktive Methode bei.

⁵⁾ Wenn auch die Theoretiker des Freirechts oft betonen, daß die Funktion des Richters mehr ist, als syllogische Gesetzanwendung, so sind sie doch zu stark von der konstitutionellen Lehre von der bloß rechtanwendenden Funktion des Richters gebunden, als daß sie zu einem rechtlichen Verständnis des „judge-made-law“ ge-

Erst auf Grundlage der hier vertretenen Auffassung von der Positivität des Rechtes gewinnt man theoretisches Verständnis für das Faktum, vor dem man bisher die Augen geschlossen hat, und das man in der deutschen und französischen Theorie⁶⁾ leugnete, während es in der englischen Theorie längst allgemeine Anerkennung gefunden hat⁷⁾. Die Tätigkeit des Richters ist rechtschaffend. Rechtschaffend nicht nur, indem er den Spielraum innerhalb einer superordinierten, relativ-abstrakten Norm ausmißt und konkretisiert, sondern selbständig *sine lege* und *contra legem*; nicht nur, indem er konkretes Recht für den vorliegenden einzelnen Fall setzt, sondern in Fällen fester Praxis auch abstrakt rechtsbestimmend. Diese Auffassung, die sich mit theoretischer Notwendigkeit aus der hier vertretenen Bestimmung der Wirklichkeit des Rechtes als wechselseitige Korrelation zwischen einer Reihe sozialer Handlungen ergibt, ist zugleich die einzige natürliche und zwanglose Interpretation der vorliegenden sozialen Wirklichkeit. Man scheint in ungewöhnlich

langten. a) Die meisten von ihnen nehmen nach Genys Beispiel die Existenz anderer, nicht-positiver, naturrechtlicher oder soziologischer Rechtsquellen an. So: Gnaeus Flavius [98] 10 (Neues Naturrecht); Spiegel [305] 18, 39, 60—61 (Volkgeschaffenes Recht); Danz [67 b] 219 (sozialer Maßstab); Reichel [254] 108, 110 (Natur der Sache, Gerechtigkeit); zum Teil Jung [161 a] 478—479, 512 (Das Rechtsgefühl, aber nicht als abstrakte Regel); Huber [147] 351, 355. b) Andere, die solche naturrechtliche oder soziologische Abschweifungen nicht mitmachen wollen, suchen auf die eine oder andere Weise das richtergeschaffene Recht als latent im Gesetz vorhanden anzusehen. So Zitelmann [351 a] 25 (vorhandenes, unbekanntes Recht, das vom Richter erkannt wird); Gmür [114] 77—78 („diese speziellen Rechtssätze liegen zwar in den Gesetzparagraphen der Substanz nach enthalten, aber sie sind noch nicht geformt“ (78). c) Der, der von diesem Standpunkt aus am weitesten gelangte, ist Kiß, der indessen das richtergeschaffene Recht unter das Gesetz durch eine Blankettdelegation zu bringen sucht [171 b] 470, 471 (indirekter Gesetzhalt, Delegation) und besonders [171 c] 287 (aequum et bonum als ein dem Gesetz einwohnendes Prinzip). S. über Kiß Näheres oben IV, 8 und Exkursus B, in fine. — Anlehnung an eine richtige Theorie auf rechtstheoretischer Grundlage findet sich bei Bülow [46 b] 330 f. Endlich ist eine richtige Erkenntnis der selbständigen Bedeutung der Rechtsanwendung der wahre Kern in Sanders Kritik der Systemlogik der herrschenden Dogmatik.

⁶⁾ Über die französische Theorie s. oben III, 4; Ausnahmen s. III, Anm. 43. Über Ausnahmen in der deutschen Literatur s. vorige Anmerkung. Die kontinentale Auffassung hat sich wahrscheinlich unter dem Einfluß der großen Rechtskodifikationen gebildet. In den skandinavischen Ländern, die ebenso wie England unter unkodifiziertem Recht leben, wird die Lehre von der rechtsschaffenden Tätigkeit des Richters weniger Widerstand treffen: siehe z. B. Reuterskiöld, Rechtsauslegung, 53, 55. Am klarsten ist die rechtsschaffende Tätigkeit des Richters von Bentzon erkannt worden, *Noter til C. Goos, Forelæsninger over den alm. Retslære* Kbhvn. 1899, p. 45, 61; Skön og Regel, Kbhvn. 1914, p. 65, 67.

⁷⁾ Nach Austins Zeit. S. hierüber oben IV., 6.

energischem Grade die Augen gegenüber der Wirklichkeit schließen zu müssen, um nicht zu bemerken, daß die Tätigkeit des Richters rechtschaffend ist in des Wortes vollster Bedeutung. In England ist common law und equity durch Urteilspraxis in the Kings Courts of law, bezw. the Court of Chancery entstanden. Selbst in der neuesten Zeit sind wichtige Rechtskomplexe auf diesem Wege entstanden und entwickelt. (Die Bestimmungen über undue influence z. B.). In Dänemark sind drei Viertel der Normen des Sachenrechtes und große Teile des übrigen Rechtes ausschließlich durch die Praxis festgesetzt worden. Wenn man in diesen Rechtssystemen mit Merkl konsequent ausdrückliche Gewähr für den Rechtscharakter dieses extra-systematisch entstandenen Rechts verlangen wollte, müßte man einfach dazu kommen — in der Rechtswissenschaft — die entsprechenden Teile des positiven Rechtes zu streichen. Ein Resultat, das theoretisch für Merkl möglich sein wird, da er die souveräne Autorität der Rechtswissenschaft verteidigt, zu entscheiden, was Recht ist, das aber englischer und dänischer Denkweise als absurder Doktrinarismus erscheinen würde. Daß hier kein spezifisches, positives englisches (und dänisches) Rechtsinstitut vorliegt, ist oben (IV Exkursus B) nachgewiesen. Wenn deutsche und französische Theorie mit erstaunlicher Konsequenz es abgelehnt haben, dieses Faktum anzuerkennen, so liegt das daran, daß es Motive gibt, die sich hier in besonderem Grade fühlbar machen mußten, diese Wahrheit zu verleugnen. Auch diese haben wir früher dargestellt; wir begnügen uns damit, daran zu erinnern, daß sie hauptsächlich in der Furcht bestehen, die Autorität des Richters als eines unparteiischen Obmannes zu schwächen, der sich danach richtet, was als Recht festgesetzt ist, und in der konstitutionell-doktrinären Angst, zuzugeben, daß die urteilende Macht Anteil an der rechtschaffenden, der gesetzgebenden hat.

Auf der anderen Seite kann man auch nicht unbedingt schließen, daß die untergeordnete Norm Recht ist, und daß die übergeordnete in Übereinstimmung damit geändert werden muß. Es würde in diesem Falle nicht möglich sein, zwischen einem willkürlichen Gewaltsakt und Recht zu unterscheiden. Das Kriterium dafür, ob das eine oder das andere vorliegt, liegt in der möglichst großen Korrelation der Handlungen in einem System. In dieser Hinsicht werden besonders die persönlichen Kompetenznormen von Bedeutung sein. Wenn eine gewisse Behörde eine Norm unter Überschreitung ihrer sachlichen Kompetenz setzt, aber ohne daß es Rechtsmittel gibt, die gesetzte Norm aufzuheben, wird das Verhältnis sich in der Regel so gestalten, daß das System die deduktiv-systemwidrige Norm „anerkennt“ und in sich aufnimmt. Das wird sich darin äußern, daß eine Reihe anderer, im Verhältnis zu der kompetenz-

überschreitenden Norm subordinierte Normen gesetzt wird. Die System-einheit wird verlangen, die übergeordnete Norm als gültig anzusehen. Aber natürlich liegt auf der anderen Seite nichts im Wege, daß die Überschreitung einer solchen Art ist, daß das System gegen sie in der Weise reagiert, daß die Handlung als systemfremd, ungültig betrachtet werden muß.

d) Der „soziale Wille“ bedeutet nicht eine selbständige Realität vor, neben oder über den sozialen Handlungen, in denen er sich manifestiert. Nur durch ihre Korrelation ist es möglich, von einem solchen Willen als Totalität zu sprechen. Dagegen wäre es verkehrt — und das meint man in der Regel, wenn man das Recht als einen Willen bezeichnet — das Recht als einen selbständigen Willen zu betrachten, der hinterher seine Positivität beweist, indem er „sich durchsetzt“. Diese Auffassung liegt Stammlers Lehre von der Positivität des Rechtes als Ausdruck für „die „Durchsetzbarkeit“ des rechtlichen Willens, der an sich auf einem anderen Wege sich bestimmen läßt, zugrunde. Sie tritt noch deutlicher hervor in Radbruchs, Binders, Salomons u. a. Theorien, wonach die „Realität“ des Rechtes, seine „juristische Geltung“ (Radbruch), seine „Phänomenalität“ (Binder) sich als ein realer Wille, des Staates, der Gemeinschaft oder dergleichen bestimmen läßt, der „soziologische“ Geltung gewinnt (Radbruch), „faktische Geltung“ (Binder), indem er sich durchsetzt, Befolgung findet. Diese Auffassung ist schon aus dem Grunde falsch, weil es unfaßbar ist, was mit dem „Willen“ gemeint ist, von dem die Rede ist. „Der Staat“ oder „die Gemeinschaft“ ist nicht imstande, einen formalen Willen zu äußern. Denkt man hierbei oft an das Gesetz, so ist das natürlich Ausdruck für einen Zirkel, da die Frage, was Gesetz ist, wer Gesetzgeber ist, eine rechtliche Normierung, also das Recht, das der Wille erst bestimmen sollte, voraussetzt. Dieser Gedankengang bleibt unter dem Banne eines naiven Positivismus, in dem er das positive Recht als etwas unmittelbar Gegebenes voraussetzt. Sein gesunder Kern ist, daß das Recht eine Funktion des sozialen Willens ist, wie dieser sich in der gegenseitigen Korrelation einer gewissen Gruppe sozialer Handlungen zu einer individuellen Totalität manifestiert.

e) Es wäre ein Mißverständnis, wollte man sagen, daß das Recht ein Wille oder Gegenstand für einen Willen ist (VIII 6 b). Das Recht besteht aus Normen, und Normen sind Ausdruck für einen besonderen Funktionszusammenhang auf Grund der Erkenntnis einer gewissen Willenstotalität. Man kann deshalb nur sagen, daß das Recht Funktion einer Willenstotalität ist. Hieraus folgt, daß die Wirklichkeit, die dem Rechte zugrunde liegt, in der normativen Formulierung einen eigenen Ausdruck erhält. Der Korrelation der sozialen Handlungen entspricht der wechsel-

seitige systemlogische Zusammenhang der Normen. Die formale Systemlogik, mit der jede normative Wissenschaft arbeiten muß, und die aus der logischen Struktur der Norm abgeleitet wird, läßt sich in einer formalen Normlehre ausarbeiten. Diese ist für die Normwissenschaften, was die Mathematik für die Naturwissenschaften ist: eine Rüstkammer möglicher Formen. Ebenso wie bei der Mathematik ist es keineswegs gegeben, daß jede ausgearbeitete Form faktisch in einer Wirklichkeits-erkenntnis Anwendung findet. Umgekehrt gilt, daß jede Wirklichkeits-erkenntnis — normativ oder naturwissenschaftlich — in eine Form gekleidet werden muß, die aus der formalen Normlehre bzw. Mathematik geholt ist⁸⁾.

f) Wir haben oben bemerkt, daß wir eine gewisse Korrektur des Geltungsbegriffes vornehmen müssen. Es geht aus dem Vorangehenden hervor, daß niemals von der Erkenntnis einer einzelnen, isolierten Norm die Rede sein wird, sondern stets von einem Normsystem, das auf einer Willenstotalität basiert ist. Hieraus folgt, daß das Entscheidende ist, daß das Normsystem einer Willenstotalität als Wirklichkeit entspricht. Dagegen läßt sich denken, daß zwischen einer einzelnen Norm und der darin ausgedrückten Wirklichkeit eine gewisse Nichtübereinstimmung besteht, indem sie nämlich einer anderen Norm subordiniert ist, die die Systemeinheit trotz der Disharmonie mit der Wirklichkeit der subordinierten Norm aufrecht zu erhalten verlangt. Die Positivität einer Norm liegt so, richtig ausgedrückt, in ihrer Zugehörigkeit zu einem System, das Funktion einer entsprechenden wirklichen Willenstotalität ist.

g) Endlich folgen aus unserem Ausgangspunkt eine Reihe von Konsequenzen für die Grenzen der rechtlichen Erkenntnis. Eine Darstellung dieses äußerst wichtigen Problems, das in der Literatur so gut wie gar nicht behandelt wurde, würde Stoff für eine selbständige Abhandlung bieten. Wir müssen uns darauf beschränken, anzudeuten, daß diese Grenzen darauf beruhen, daß es unmöglich ist, innerhalb des Systems des Rechtes nur einen einzigen festen Punkt zu finden, von dem aus die juristische Erkenntnis einen sicheren Weg finden kann. Die juristische Wirklichkeit besteht ausschließlich in der ständigen, gegenseitigen Korrelation. Aber das Rechtssystem ist als ein konkret-individueller Organismus in zwei verschiedenen Augenblicken nicht genau das gleiche. Es besteht hier eine Analogie mit dem tierischen Organismus. In seiner konkret-individuellen Wirklichkeit betrachtet, besteht ein solcher Organismus in einer fortgesetzten, unbeständigen Balance gegenüber der Umwelt. Er verhält sich wie ein Seiltänzer, der sich über

⁸⁾ Vgl. Schreier, Grundformen und Grundbegriffe, p. 5, vgl. 45, 80, 85 ff.

ein ausgespanntes Seil bewegt. Jede einzige Veränderung der äußeren Umgebungen, jede einzige Variation in den Existenzbedingungen bewirkt eine entsprechende Abstimmung des Organismus. „Vivre, c'est s'habituer“. Die Einführung eines Toxins z. B. ruft ein Antitoxin hervor, und künftig reagiert der Organismus demselben Toxin gegenüber auf eine andere Weise, d. h. er ist nicht mehr derselbe, wie vorher. Es ist ja nur ein Gradunterschied zwischen der Einführung eines Giftes und z. B. der natürlichen Nahrungszufuhr. Der Organismus ist in ungetrochener Veränderung. Aber eben, weil die Veränderung stets kontinuierlich erfolgt, sind wir doch imstande, den Organismus als ein und denselben anzusehen, der unabgebrochener Fluktuation unterworfen ist⁹⁾. Ganz so ist es bei einem Rechtssystem. Als ein Organismus, eine individuelle Totalität, ist er in keinem Augenblicke ganz sich selber gleich.

Daß ein absoluter Ausgangspunkt für die rechtliche Erkenntnis nicht möglich ist, hat in Kelsens Lehre von der Grundnorm als bloß vorausgesetzt einen logisch formellen Ausdruck gefunden. Dagegen irrt Kelsen sich, wenn er glaubt, daß es möglich ist, die zeitliche Identität eines Rechtssystems mit sich selbst dadurch auszudrücken, daß die Grundnorm unverändert bleibt. Kelsen sieht die Grenze für die identische Existenz des Systems in der Revolution, die gerade darin charakteristisch ist, daß sie die Grundnorm selbst aufhebt, und damit die Identität des Systems sprengt. Wir müssen dem gegenüber behaupten, daß prinzipiell kein Unterschied besteht zwischen einer Revolution und dem täglichen Entstehen extra-systematischen Rechtes (Näheres s. XII, 8 und XIV, 6.). Beide sind in gleichem Maße systemfremd und beide setzen deshalb eine Änderung in der Grundnorm voraus. Jede extra-systematische Rechtsbildung bedeutet dasselbe, wie eine Veränderung in den Existenzbedin-

⁹⁾ Vgl. hierzu F. le Dantec in „de la méthode dans les sciences“ 1. ière série Paris 1920: „tout ensemble de facteurs ambiants qui intéresse la vie d'un organisme détermine chez celui-ci une réaction, un fonctionnement dont le résultat est une modification, souvent très complexe, de la structure de l'individu. La vie tout entière peut donc se décomposer en une série de vies successives, dont chacune peut et doit s'appeler le fonctionnement individuel à chaque instant“ (240). „Chez tous, animaux ou végétaux, l'emploi d'un réactif quelconque détermine l'accoutumance quand il ne produit pas la mort. — Vivre, c'est s'habituer.“ (241). „Il n'y a d'ailleurs qu'une différence de degré entre les troubles appelés maladies et les modifications apportées à l'animal par l'introduction dans son intérieur d'une substance alimentaire pathologie et physiologie deviendront synonymes, puisque, en réalité, l'organisme vivant varie sans cesse depuis sa naissance jusqu'à sa mort“ (234—235). „Tout être qui vit change par cela même qu'il vit; tout être qui fonctionne subit un changement qui résulte de son fonctionnement et est dirigé par lui. On ne peut pas faire deux fois de suite la même chose à un même animal, car ce n'est plus le même mécanisme“ (247).

gungen des tierischen Organismus. Das Rechtssystem muß ihm gegenüber reagieren und in keinem Falle ganz so bleiben wie vorher. Aber ebenso wie der Organismus hat das Rechtssystem in seiner kontinuierlichen Variation eine relative Konstanz. Die Rechtswissenschaft kann deshalb, streng genommen, nur ein Augenblicksbild liefern. Aber auf die relative Konstanz begründet, erhält dies einen Wert über den Augenblick hinaus.

Eine andere wichtige Grenze für die rechtliche Erkenntnis liegt darin, daß kein Grund vorliegt, nur das als Recht anzusehen, was geschrieben oder auf eine andere Weise logisch-grammatikalisch formuliert ist. Auch was nur vorausgesetzt oder mit Rücksicht auf eine durchgehende Korrelation notwendigerweise vorausgesetzt werden muß, ist Recht. Das geschriebene und logisch formulierte Recht muß sogar als das sekundäre betrachtet werden. Alle Paragraphen, alle Dokumente haben nur Bedeutung, soweit hinter den Worten ein sozialer Wille steht, der bereit ist, sich in Handlung umzusetzen. Der soziale Wille braucht sich nicht einmal der Worte oder der Schrift zu bedienen, sondern kann sich direkt in Handlung ausdrücken und als Voraussetzung für eine Reihe sozialer Handlungen erkannt werden. Je abstrakter die Rechtsbestimmung wird, desto weniger Bedeutung kann der in Formeln festgelegten Rechtsbestimmung beigelegt werden. Die abstrakteste rechtliche Frage läßt sich deshalb nicht mit Hinweis auf Gesetz und Schrift lösen, sondern nur durch Beachtung des unmittelbaren, sozialen Rechtswillens. Hierin liegt eine Grenze für die rechtliche Erkenntnis. Ein klarer und bewußter Rechtswille geht hier unmerklich über in mehr oder weniger unklare Tendenzen, Vorstellungen, wie das Recht sein sollte, nur konventionales Anhängen an dem Faktischen. Insofern liegt eine gewisse Wahrheit darin, wenn man das Recht in Rechtsbewußtsein, Rechtswille oder dergleichen „begründet“. In seinen abstraktesten Formen löst das Recht sich auf und hebt sich in seinen soziologischen Komponenten ab: das Faktisch-Konventionelle, das als Recht Gewünschte oder Gewollte (XIV, 5).

5. Als Resumé der gewonnenen Resultate können wir folgendes anführen. Wir haben uns in diesem Abschnitt (VIII—XI) die Aufgabe gestellt, zu bestimmen, worin das „Wesen“ des Rechtes, seine Wirklichkeit besteht, was Recht eigentlich „ist“. Wir haben eingesehen, daß diese Frage keine andere Bedeutung haben kann, als zu fragen, wie rechtliche Erkenntnis möglich ist. Zur Beantwortung dieser Frage sind alle bedeutenden Theorien bisher von einem absoluten kategorischen Gegensatz zwischen Sein und Sollen ausgegangen. Eine kritische Untersuchung zeigt indessen, daß es von dieser Voraussetzung aus unmöglich

ist, eine Rechtswissenschaft zu begründen. Wird das Recht als ein Sein bestimmt, so ist es unmöglich, es auf irgend eine Weise an dem Sollen teilnehmen zu lassen, d. h. sein normativer Charakter muß unverständlich bleiben. Umgekehrt: wird das Recht als ein reines Sollen bestimmt, so bleibt die Wirklichkeit des Rechtes, seine Positivität unfaßlich. Eine Vereinigung der beiden Anschauungsweisen, wie sie in den Kultur-Seins-Theorien versucht wurde, muß wegen der absoluten Verschiedenheit der Kategorien stranden. Es bleibt daher nichts anderes übrig, als anzunehmen, daß mit Sollen nicht eine selbständige Kategorie in absolutem Gegensatz zum Sein angegeben wird. So haben wir versucht, eine Bestimmung des Sollens als einer eigentümlichen Formulierung einer Wirklichkeitserkenntnis einer konkret-individuellen Willenstotalität durchzuführen und auf dieser Grundlage die Möglichkeit der rechtlichen Erkenntnis zu begründen. Der transzendentallogische Beweis für die Richtigkeit unserer Theorie liegt darin, daß man ausschließlich auf dieser Grundlage imstande ist, zugleich die Positivität des Rechtes (den empirischen Charakter der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis und seine Normativität) und den Unterschied der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis von einer naturwissenschaftlichen Erkenntnis zu erfassen. Wir haben hiermit das nötige Verständnis für den Charakter der rechtlichen Erkenntnis gewonnen, um vollaus die Bedeutung des Rechtsquellenproblems verstehen zu können.

ZWEITER ABSCHNITT. DAS RECHTSQUELLENPROBLEM.

Kapitel XII.

Der Begriff der Rechtsquelle.

1. Die formale Bedeutung des Rechtsquellenbegriffes.
2. Die Konsequenzen davon mit Rücksicht auf die verschiedenen vermeintlichen Rechtsquellen.
- 3.—8. Die reale Definition des Rechtsquellenbegriffes auf Grundlage:
 3. des herrschenden Positivismus;
 4. der normlogischen Jurisprudenz;
 5. der soziologischen Theorien;
 6. der kulturphilosophischen Theorien;
 7. der naturrechtlichen Theorien;
 8. der hier vertretenen Auffassung.
9. Der Begriff Delegationsnorm.
10. Die Begriffe abgeleitete Quelle, unselbständige Quelle und extrasystematisches Recht.

1. Definitionen werden nicht bewiesen, sondern justifiziert. Oben (VIII, 1.) wurde erwähnt, daß, wenn ein Begriff, z. B. der Begriff Recht, systembegründend ist, seine Definition identisch mit einer transzendentallogischen Begründung des entsprechenden Erkenntnis-systemes ist. Ist der Begriff dagegen, wie z. B. der Begriff Rechtsquelle, inner-systematisch, so muß man zwischen seiner Nominal- und Realdefinition unterscheiden. Die Nominaldefinition bedeutet eine Problemstellung innerhalb des Systems, sie setzt den Begriff als ein x in einer Gleichung. Die Realdefinition bedeutet die Lösung der Gleichung. Die Nominaldefinition ist eine Hypothese, die Realdefinition eine These. Der Begriff ist in demselben Grade justifiziert, wie die Nominaldefinition adäquat eine wissenschaftlich relevante Funktion bestimmt.

Auf den Begriff Rechtsquelle angewendet, führt das Gesagte an sich bloß mit sich, daß dieser Begriff ist und nur justifiziert ist, wenn er einer Einheits-Problemstellung innerhalb der rechtlichen Erkenntnis angibt. Welches Problem läßt sich dagegen natürlich aus dem Wort nicht ableiten — diesem aus 12 Buchstaben bestehenden dreisilbigen Wort. Die nicht selten vorkommenden Untersuchungen darüber, was

der allgemeine Sprachgebrauch unter dem Wort Quelle versteht, sind bedeutungslos. Logisch läßt sich kein Kriterium zur Bestimmung der an den Begriff gebundenen Funktion nachweisen. Entscheidend in dieser Hinsicht kann nur die historische Tradition innerhalb einer Wissenschaft sein. Wissenschaftstechnische Gründe machen es ratsam, die historisch überlieferte Terminologie fortzusetzen. Historisch tritt ein überlieferter wissenschaftlicher Terminus als an einen gewissen Problembereich gebunden hervor. Es ist die Aufgabe der nachfolgenden Wissenschaft, den Begriff — wenn nötig — durch eine Präzisierung der überlieferten Problemstellung in formaler Einheit zu bestimmen.

Unsere historischen Untersuchungen haben reichlich dokumentiert, daß man mit der Frage nach den Rechtsquellen nicht ein Problem von methodischem Einheitscharakter gestellt hat. Die verschiedenen Probleme, die man ohne Klarheit über ihre wechselseitige Verschiedenheit unter einen Hut vereint hat, sind folgende: 1. Die rechtssoziologische (kausalwissenschaftliche) Frage nach den Ursachen dafür, daß ein gegebenes Rechtssystem zur Existenz gelangt. Genauer ausgedrückt: Nach den Ursachen dafür, daß die Handlungen, die mit Rücksicht auf ein gewisses Rechtssystem rechtschaffend sind, vorgenommen werden. Hierauf zielt man, wenn man soziale, besonders ökonomische Machtverhältnisse, Klasseninteressen, Gewohnheiten, historische Traditionen, verbreitete religiöse oder moralische Vorstellungen usw. als Rechtsquellen anführt. 2. Das ethische Problem des Grundes zu (d. h. das allgemeine Prinzip, das zur Folge hat) der der Rechtsordnung vermeintlich zukommenden moralisch verbindenden Kraft. So z. B., wenn man Gottes Willen, die Vernunft, einen Kontrakt, Anerkennung oder Ähnliches als „letzte“ Quelle des Rechts anführt. 3. Das rechtstheoretische Problem des Erkenntnisgrundes für etwas als Recht. In dieser Bedeutung wird das Wort genommen, wenn man von Gesetz, Verordnung u. a. als Rechtsquellen spricht. Nun ist es wohl möglich, wenn auch technisch wohl unpraktisch, mit demselben Wort, Quelle, alle diese verschiedenen Probleme zu bezeichnen. Aber die Gefahr für eine Vermischung und die daraus folgende methodische Verwirrung liegt nahe und hat sich historisch in großem Ausmaße realisiert. Ein klarer und reiner Rechtsquellenbegriff muß sich für eins der drei Probleme entscheiden¹⁾. Das

¹⁾ Hieraus folgt, daß die oft, besonders in der englischen Literatur vorkommende Gleichstellung von formellen und materiellen Quellen falsch ist. Man denkt hierbei an zwei weit verschiedene Probleme, ein rechtstheoretisches und ein soziologisches, die man nicht in derselben Einteilung nebeneinander stellen kann. (S. hierüber IV, 7. Die Scheidung kommt auch bei Bruno Schmidt, *Das Gewohnheitsrecht*, 59, vor; Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 543 f. und viele andere.

fundamentale Quellenproblem wird durch die dritte Problemstellung ausgedrückt. Dies folgt daraus, daß die beiden anderen dieses logisch voraussetzen; s. hierüber oben I, 3. Nur die rechtstheoretische Problemstellung fällt unter das spezifisch rechtliche Erkenntnisssystem. Dieses Problem müssen wir als Kern in dem historisch überlieferten Problembereich heraussondern und der formalen Definition des Rechtsquellen-systems zugrundelegen: Rechtsquelle bedeutet in formaler Definition Erkenntnisgrund für etwas als Recht²⁾.

2. Es geht aus dem unter no. 1 angeführten hervor, daß die Realdefinition des Rechtsquellenbegriffes davon abhängig ist, welche Theorie von dem „Wesen“ des Rechtes zugrundegelegt wird. Bevor wir zur materialen Bestimmung des Quellenbegriffes übergehen, sind wir schon auf dieser Grundlage imstande, an einer Reihe Vorstellungen an der herrschenden Rechtsquellen-theorie Kritik zu üben. Es ist nämlich klar, daß, wie man auch den Rechtsbegriff bestimmt, wie man sich auch den Charakter der rechtlichen Erkenntnis vorstellt, der Rechtsquellenbegriff notwendigerweise damit formal übereinstimmen muß. Was man auch als Rechtsquelle anführt, eins ist notwendig: daß die verschiedenen Quellen zu demselben Kriterium für den Begriff des Rechtes zurückführen. Wenn dies nicht der Fall ist, so liegt selbst für eine immanente Kritik ein unverkennbarer Widerspruch vor. Als Grund hierfür wird sich in allen Fällen zeigen, daß man die rechtstheoretische Frage nach dem Erkenntnisgrund des Rechtes mit einem der beiden anderen obengenannten Probleme vermengt: entweder dem soziologischen von der Ursache des Rechtes, oder dem ethischen von der Rechtfertigung des Rechtes.

Wenn man z. B. das Gesetz als Rechtsquelle mit der Begründung anführt, daß es von einer kompetenten Autorität stammt, einem Staatswillen oder dergleichen, dann müssen alle anderen Quellen zu demselben vorausgesetzten Rechtsbegriff zurückführen. Dem widerspricht offenbar, wenn man neben dem Gesetz Gewohnheit, die Natur der Sache, die Wissenschaft, freie Rechtserkenntnis, Billigkeit, Rechtfertigkeit u. ä. als supplierende Rechtsquellen anführt. Solange diese Begriffe nicht auf dieselben Kriterien zurückgeführt sind, die das positive Recht als Rechtsquelle begründen, liegt ein unannehm-

²⁾ So auch Kelsen, Problem der Souveränität, 105. Dies ist auch die immanente Bedeutung der normlogisch mehr oder weniger unkorrekten, positivistischen Definitionen des Quellenbegriffes. Man ist nur oft geneigt, Rechtsquelle mit Erkenntnisgrund für das Recht, das der Richter anwenden soll, zu identifizieren, eine Auffassung, die auf dem Dogma von der präjudexiellen Existenz des Rechtes beruht, s. z. B. Bentzon, Retskilderne, 82, und Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen, 31.

barer Dualismus in dem Rechtsquellenbegriff und ein entsprechender im Rechtsbegriff vor. Ein Teil des Rechtes wird positivistisch als ein autoritärer Wille oder dergleichen bestimmt, ein anderer Teil auf Grundlage hiergegen vollständig disparater Kriterien, wie die Rechtsauffassung des Volkes, die Einwilligung der Ausübenden, ein objektives Rechtsideal oder dergleichen³⁾. Psychologisch erklärt sich dieser Methodensynkretismus auf folgende Weise: die Frage nach den Quellen des Rechtes wird stets mit der praktischen Frage identifiziert, wie der Richter seine Urteilsentscheidung treffen soll. Wenn man von dem konstitutionellen Dogma ausgeht, daß die Funktion des Richters nur darin besteht, das schon existierende Recht anzuwenden, so gelangt man natürlich zu der Auffassung, daß die Rechtsidee das ist, was angibt, wo der Richter das Recht finden kann, das er anwenden soll. Da sich nun nicht leugnen läßt, daß der Richter sein Material zur Entscheidung nicht allein von dem Gesetz holt, sondern auch von Gewohnheiten, von Betrachtungen gemäß der „Natur der Sache“ u. ä. so legt man in Analogiebetrachtung auch diesen „Quellen“ die Eigenschaft als Rechtsquelle bei. Man gibt hiermit eine Reihe Verhältnisse, die oft faktisch auf die Entscheidung des Richters determinierend einwirken, als Erkenntnisgrund für Recht aus und gelangt damit zu dem oben besprochenen Dualismus im Rechtsbegriff. Wenn man zur Bestätigung ihres Quellencharakters anführen will, daß der Richter verpflichtet ist, auf sie eben so wie auf das Gesetz Rücksicht zu nehmen, so muß man erst klarstellen, welche Art Pflicht hiermit gemeint wird. Wird eine Rechtspflicht gemeint, so muß eine entsprechende verpflichtende Rechtsregel nachgewiesen werden, die sich auf eine Quelle in Übereinstimmung mit dem Rechtsbegriff gründet. In diesem Falle liegt eine rechtliche Delegation vor, und die angeführten Quellen können nur als sekundäre, im Verhältnis zu der delegierten Norm abgeleitete gelten. Kann dagegen eine solche Rechtsnorm nicht nachgewiesen werden, so meint man offenbar mit der Pflicht, auf die man sich beruft, nur eine moralische Pflicht für den Richter, die angeführten, vermeintlichen Quellen anzuwenden. Es ist in diesem Falle klar, daß diese auf keine Weise zu dem Namen Rechtsquellen berechtigt sind.

Das Ergebnis ist, daß es von der herrschenden Auffassung aus, die das Gesetz als Rechtsquelle betrachtet, weil es als Ausdruck für einen besonderen qualifizierten Willen angesehen wird, widerspruchsvoll ist. Gewohnheiten, die Natur der Sache, Billigkeit, frei er-

³⁾ Über den Dualismus im Rechtsbegriff, s. auch III, 4; IV, Exk. A. und VII, 1.

kanntes Recht u. ä. als subsidiäre Rechtsquellen anzuführen. Hiermit werden entweder soziologische Determinanten oder ethisch-politische Ideale für die richterliche Rechtsschaffung angegeben.

Es gibt — solange man an dem Dogma der präjudexiellen Existenz des Rechtes festhält — nur zwei Wege, auf denen man versuchen kann, diesen Widerspruch zu vermeiden. Entweder man hält den Rechtsbegriff fest, und man muß dann versuchen, die erwähnten Quellen hiermit als auf Delegationen beruhend in Übereinstimmung zu bringen. Diesen Weg geht z. B. die sogenannte „Gestattungstheorie“, die die bindende Kraft der Gewohnheit durch eine Delegation von dem Gesetzgeber erklären will. Formell ist eine solche Lösung zu respektieren, weil sie die Notwendigkeit einer Einheit im Rechtsquellenbegriff eingesehen hat. Etwas anderes ist, daß diese „Erklärung“ fiktiv ist. Eine solche Erlaubnis von Seiten des Gesetzgebers läßt sich meistens nicht nachweisen; eine „stillschweigende“ Erlaubnis ist ebenso fiktiv, und widerstreitet außerdem den Formregeln, die bestimmen, auf welche Weise der Gesetzgeber rechtlich seinen Willen äußern kann. Dieser „Ausweg“ ist in Wirklichkeit nur eine *petitio principii*. Man legt in das Gesetz ohne irgend einen Anhaltspunkt genau so viel, wie die Voraussetzung, daß alles im Gesetz liegen muß, fordert. Oder man sucht den Rechtsbegriff in Übereinstimmung mit den extralegalen Quellen zu ändern, um auf diese Weise die nötige Einheit wieder herzustellen. Wenn es besonders die Gewohnheit ist, die man als subsidiäre Rechtsquelle betont hat, so gelangt man zu einem soziologischen Rechtsbegriff, der alles Recht in Gewohnheiten, in faktisch befolgten Regeln auflösen will. (Ehrlich, Kornfeld u. a.) Wenn es besonders das wissenschaftlich erkannte Recht, die Natur des Verhältnisses oder dergleichen ist, die man als subsidiäre Rechtsquelle angeführt hat, so wird das Ergebnis ein entsprechender naturrechtlich-idealistischer Rechtsbegriff. (Geny u. a.) In beiden Fällen taucht wieder die Schwierigkeit auf: wie ist es möglich, das Gesetz, dessen positiver Charakter (d. h. dessen Unabhängigkeit sowohl von naturrechtlichen Idealen, wie von soziologischen Determinanten, besonders Gewohnheiten) so einleuchtend ist, mit dem nicht-positiven Rechtsbegriff zu vereinen? Um über diese Schwierigkeit hinwegzukommen, sucht die naturrechtliche Theorie auf verschiedene Weise die Lehre als Manifestation der Idee, unvollkommene Offenbarung oder dergleichen zu betrachten (s. z. B. oben X, 2, f. über „Kultur-Seinstheorien“). Die Soziologen ihrerseits wollen das Gesetz in einer gewohnheitsmäßigen Geneigtheit, gewisse Befehle zu befolgen, be-

gründen. Daß diese Versuche alle mißglücken müssen, haben wir an den entsprechenden Stellen nachgewiesen.

Es bleibt deshalb keine andere Möglichkeit, als das Dogma aufzugeben, daß der Richter nicht Recht schafft. Erst hiermit wird das richtige Verständnis dafür gewonnen, daß das Gewohnheitsrecht, Naturrecht, die Doktrin usw. alles nur Recht ist, wenn und in dem Maße wie es im Gerichte Anwendung findet. Wofern nicht eine allgemeine Rechtsnorm (wie Gesetz oder richtergeschaffenes Recht) nachgewiesen werden kann, die in einem gewissen Umfange die entsprechende Quelle als Rechtsquelle generell rezipiert. Es wird indessen in diesem Falle keine echte, ursprüngliche Rechtsquelle vorliegen, d. h. eine, die an sich einen Erkenntnisgrund für etwas als Recht abgibt, sondern nur eine abgeleitete, unechte, die in Wirklichkeit nur in einer näheren Ausführung des Inhaltes einer anderen besteht, nämlich der, auf welcher die rezipierende Rechtsregel beruht.

Was hier von den vermeintlichen, materialen, nicht-positiven Quellen gesagt ist, gilt von den entsprechend vermeintlichen formalen, quasi-positiven Quellen: Analogie und den anderen „logischen“ Schlußmethoden, wie der Interpretation, sofern diese über einen objektiv-logischen, sprachlich-grammatikalischen Rahmen hinausgeht. Wie schon VIII, 3, kurz erwähnt, und wie eingehend unten XIII, 5—6 nachgewiesen, enthält die übliche Lehre von der Auslegung und Ergänzung des Gesetzes ein verstecktes Naturrecht. „Induktion“, „Deduktion“ und „Konstruktion“ sind nicht logische, sondern teleologische Funktionen. Von einer oder mehreren Rechtsregeln aus lassen sich logisch viele verschiedene Überregeln induzieren. Erst eine bestimmte Vorstellung von dem Zweck der Regel bestimmt die Induktion und damit die Analogie. Einen Anhaltspunkt für die „formalen“ Schlüsse in dem Willen des Gesetzgebers finden zu wollen, ist ganz illusorisch. Wie man oft eingesehen hat, wird damit nicht eine objektive Realität angegeben, sondern eine normative Figur, die die politischen Postulate, die die Auslegung beherrschen, personifiziert.

Die im Vorhergehenden dargestellte Kritik trifft in erster Reihe die freirechtlichen Richtungen, die neben dem Gesetze eine Reihe „freier“, d. h. soziologischer oder naturrechtlicher, gemeinschaftsgeschaffener oder wissenschaftsgeschaffener Rechtsquellen aufstellen. Aber auch der historische Positivismus, der dahin strebt, das Recht mit dem Gesetz zu identifizieren, wird davon betroffen. Einmal erkennt er in der Regel die Gewohnheit als selbständige, volksgeschaffene Rechtsquelle an, und dann betrachtet er die Interpretation und Erfüllung des Gesetzes als eine wissenschaftsgeschaffene Rechtsquelle; wenn er auch formell die

letztenannte Inkonsequenz zu verschleiern sucht, indem er die Interpretation und Urteilsfällung als Erkenntnis des wirklichen Willens des Gesetzgebers betrachtet.

3. Die reale Definition des Rechtsquellenbegriffs muß mit den verschiedenen Vorstellungen variieren, die man sich von dem Begriff des Rechtes macht, d. h. von dem Charakter der rechtlichen Erkenntnis. Unter der folgenden Nummer wollen wir den Rechtsquellenbegriff darstellen und kritisieren, wie dieser konsequent hervortreten muß auf Grundlage von: dem herrschenden, naiven Positivismus (no. 3), der Theorie von dem Recht als einem reinen, spezifisch rechtlichen Sollen (no. 4), als eine Naturwirklichkeit (no. 5), als eine Kulturwirklichkeit (no. 6), und endlich als ein ethisches Sollen (no. 7). Über die systematische Grundlage für diese Gruppierung der Theorien vgl. VIII, 6.

Die herrschende Auffassung, der naive Positivismus, betrachtet das Recht als Ausdruck für einen besonders qualifizierten Willen. Diese Auffassung muß konsequent dazu führen, eben diesen Willen als einzige und oberste Rechtsquelle, die einzige Grundlage, auf der etwas als Recht erkannt werden kann, anzusehen. Alle anderen Quellen können nur in Betracht kommen, soweit sie direkt oder indirekt dem obersten Willen Ausdruck verleihen. Dieser wird gern als Wille des Staates bezeichnet, welcher wiederum als ein Gemeinwille, ein Gemeinwesenwille, ein Kollektivwille oder dergleichen erklärt wird. Gegen diese Auffassung können folgende Einwendungen gemacht werden, von denen wir doch nur die näher besprechen wollen, die in Beziehung zum Quellenproblem stehen.

a) Es liegt eine fundamentale Unklarheit darin, Normen als Gegenstand für einen Willen zu betrachten. Siehe hierüber Näheres oben VIII, 6 b.

b) Der Ausdruck, daß das Recht der Wille des Staates ist, daß das Recht vom Staate „geschaffen“ ist, kann leicht ein methodologisches Mißverständnis hervorrufen. Richtig verstanden, bedeutet die Aussage bloß, daß alleine der sogenannte Staatswille Erkenntnisgrund für etwas als Recht ist, daß deshalb Recht und Staat — als Inbegriff alles Staatswillens — identische Größen sind. Da indessen der Ausdruck „schaffen“ ursprünglich einen kausal bestimmten Naturprozeß bezeichnet, führt er leicht zu der Auffassung, daß der Staat als eine „hinter“ dem Recht stehende reale Kraft das Recht in naturwirklichem Sinne hervorbringt und bestimmt. Hierin liegt auf doppelte Weise ein verhängnisvoller Irrtum. Erstens führt die Auffassung des Staates als einer real rechts-determinierenden Kraft dazu, den Staat neben andere rechtschaffende Kräfte, z. B. die faktischen Gewohnheiten, die inter-

pretierende Wissenschaft zu stellen. Das folgt aus der oben unter no. 2 kritisierten, methodisch sinnlosen Nebeneinanderstellung eines staatsgeschaffenen Gesetzrechtes, eines gemeinschaftsgeschaffenen Gewohnheitsrechtes und eines wissenschaftsgeschaffenen Interpretationsrechtes. Diese Nebeneinanderstellung ist sinnlos, denn alles Recht ist staatsgeschaffen, soweit man damit auf Grund einer rechtstheoretischen Betrachtung die formale Einheit des Rechtsbegriffes ausdrücken will. Alles Recht ist gemeinschaftsgeschaffen, soweit man damit auf Grund einer soziologischen Betrachtungsweise ausdrücken will, daß die soziologisch determinierenden Kräfte nur in der sozialen Realität der Gemeinschaft, gesucht werden können. Alles Recht ist wissenschaftlich geschaffen, womit ausgedrückt wird, daß für eine transzendentallogische Betrachtungsweise das Recht — wie jedes Erkenntnisobjekt — durch den entsprechenden Erkenntnisprozeß in dem System der rechtlichen Erkenntnis „geschaffen“ wird. Alles Recht ist zugleich staatsgeschaffen, gemeinschaftsgeschaffen und wissenschaftsgeschaffen. — Zweitens führt die Auffassung des Staates als einer „hinter“ dem Recht stehenden realen Macht zu einem metarechtlichen Staatsbegriff. Wie alle Metaphysik, bedeutet auch alles Metarecht eine dogmatische Verankerung der Erkenntnis im Absoluten und Substantiellen. Es ist hier nicht der Ort, näher die Reihe schädlicher Folgen, die ein solcher Dogmatismus für die rechtliche Erkenntnis mit sich führt, nachzuweisen.

c) Der Begriff „Gemeinwille“, „Gemeinwesenwille“ selber ist äußerst delikater Natur und geeignet, Mißverständnisse zu erwecken. Es wurde oben XI, 1 und 2 c gezeigt, daß man diesen Terminus passend als Bild für eine soziale Handlungstotalität anwenden kann. Doch nicht in diesem Sinne wendet die herrschende Lehre den Ausdruck an. Oft ist man geneigt, die soziale Koexistenz metaphysisch zu substantiieren, indem der Kollektivität als solcher selbständige Existenz und Wirkungskraft beigelegt wird und — unter dem Namen „Volksggeist“, „conscience collective“ oder dergleichen — zum „Träger“ des Gemeinwillens gemacht wird. Dieser Gedankengang fand seinen typischen Ausdruck in der romantischen Lehre der deutschen historischen Schule und wurde von ihr auf den Positivismus vererbt. Er gewann in neuerer Zeit an Bedeutung, nachdem er in die moderne französische Soziologie wieder aufgenommen war. Kelsen hat mit Recht diese Auffassung einer Kritik unterworfen⁴⁾. Oder auch sucht man, indem man aller Metaphysik entgehen will, den Gemeinwillen als Ausdruck für eine Gemein-

⁴⁾ S. Kelsens Kritik von Le Bon und Durkheim, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, §§ 5 und 8.

schaft zwischen den einzelnen individuellen Willen zu bestimmen. Aber eine solche Gemeinschaft ist normal, praktisch gesprochen stets eine Fiktion. Kelsen hat recht, daß sich hinter dieser Metapher in Wirklichkeit die Vorstellung eines überindividuellen Normsystems verbirgt⁵⁾. Nach unserer Auffassung beruht dieses Normsystem wieder auf einer sozialen Handlungstotalität, die man mit gutem Recht einen Kollektivwillen nennen kann. In diesem, aber auch nur in diesem Sinne kann man mit gewisser Berechtigung das Recht als Ausdruck für einen Willen bezeichnen⁶⁾.

d) In Verbindung mit der Lehre von dem Recht als dem Willen des Staates faßt man gemeinhin die Rechtsregeln als Befehle (Imperative) auf, die von einem Befehlgeber an einen Befehlempfänger gerichtet sind. Indem man dieses sprachlich-psychologische Bild auf die Charakteristik des „Wesens“ des Rechtes, d. h. den Charakter der rechtlichen Erkenntnis anwendet, entstehen eine Reihe Konsequenzen und Probleme, die in einem normativen Erkenntnisssystem nichts zu suchen haben. Als wichtigstes von ihnen können wir das Adressat-Problem und die Konsequenz, daß der Befehlgeber (der Staat) über und außerhalb des Rechtes steht, erwähnen. Im allgemeinen müssen wir auf Kelsens vortreffliche Kritik der Imperativtheorien⁷⁾ verweisen. Nur der letztere Punkt soll hier näher besprochen werden.

Da man das Recht als Befehle auffaßt, die von einem übergeordneten Subjekt (dem Staate) sich an andere richten, so ist die notwendige Konsequenz, daß der Staat selbst über, d. h. außerhalb des Rechtes steht. Das folgt ganz einfach aus dem Satze, der aus der formalen Normlehre stammt, und der aussagt, daß, wenn die Konstitutionsbedingungen einer „Norm“ (der Wille des Staates) dieselben sind, wie die, die das vermeintlich Normierte (den Willen des Staates) konstituieren, wenn also das normsetzende und das normunterworfenen Subjekt normlogisch identisch sind, dann liegt keine wirkliche Verpflichtung, keine wirkliche Norm vor. Denn jede „Übertretung“ wird automatisch eine

⁵⁾ A. a. O., p. 44 und 72.

⁶⁾ Insofern scheidet sich unsere Auffassung also von der Kelsens, nach der das Normative jenseits aller Wirklichkeit liegt. A. a. O. p. 72.

⁷⁾ Hauptprobleme, 189 f., 219; s. auch Kaufmann, Logik und Rechtswissenschaft, 73 f. — Erst nach Abschluß des Manuskriptes wurde ich mit Hägerströms glänzender und tiefgreifender Kritik der Willenstheorien bekannt. Sie muß hier deshalb außer Betracht bleiben. Im übrigen liegt Hägerströms Betrachtungsweise auch auf einer anderen Ebene als die unsrige; der Verfasser behandelt die Willenstheorien nicht nach ihrem rechtstheoretischen, sondern nach ihrem psychologisch-soziologischen Bedeutungsinhalt; s. Hägerström, Till frågan om den objektiva rättens begrepp I. Viljesteorien, 1917.

neue Norm konstituieren, die die vorangehende derogiert und Normstreitigkeit unmöglich macht. Diese Konsequenz, die von den Vorstellungen der herrschenden Lehre aus jede Verpflichtung für die Obrigkeit den Bürgern gegenüber unmöglich machen würde, suchte man durch die Lehre von der Selbstverpflichtung des Staates zu vermeiden⁸⁾. Wir können sogleich anführen, daß alle Probleme, die mit dieser Lehre in Verbindung stehen, ausschließlich Scheinprobleme sind, die dadurch entstehen, daß man das Rechtssystem, das sich stufenweise durch eine Reihe Instanzen entfaltet in dem Willen einer einzelnen Person hypostasiert hat. Für eine normlogische Betrachtung ist es durchaus kein Problem, daß auch die „Obrigkeit“ als Ausdruck für normsetzende Instanzen als Glied in dem Stufenbau des Rechtes rechtlich verpflichtet sein kann — nämlich durch Normen, die in einer höheren Stufe gesetzt oder vorausgesetzt sind. Die Normen gehen ja nicht von der „Obrigkeit“ als etwas aus, was vorher und unabhängig von den Normen existiert, im Gegenteil, die „Obrigkeit“ wird erst „Obrigkeit“ kraft ihrer Stellung im System; der normative „Wille“ geht nicht von der Obrigkeit aus, sondern schafft diese und entfaltet sich durch sie. Es genügt deshalb zu sagen: die Lehre von der Selbstverpflichtung des Staates ist eine normlogisch unmögliche Konstruktion, die durch eine falsche Rechtsquellentheorie hervorgerufen wurde.

Die Lehre von der Selbstverpflichtung des Staates hat ihr wahres Seitenstück in der üblichen Kontrakt- oder Anerkennungstheorie zur Begründung der verbindenden Kraft der Rechtsordnung gegenüber dem einzelnen⁹⁾, ebenfalls in der Völkerrechtstheorie, die den verbindenden Charakter des Völkerrechts zwischen den Staaten in Staatskontrakten und damit in der staatlichen Rechtsordnung begründen will. In allen drei Fällen gilt das gleiche: die Konstruktion ist eine normlogische Unmöglichkeit. Solange man z. B. mit der Kontraktstheorie den individuellen Willen als letzte Verpflichtungsgrundlage voraussetzt, ist es unmöglich, zu einer intra-individuellen Gebundenheit zu gelangen. Es ist unmöglich, aus den mit dem individuellen Willen einmal bezeichneten Zirkel herauszukommen. Ein absolut normativer Solipsismus muß das Ergebnis werden. Der Einzige und sein Eigentum. Es kann nichts nützen, wenn man den Satz, daß Kontrakte gehalten werden sollen, in den Grundkontrakt selber aufnimmt; denn, daß auch dieser gehalten werden soll, muß doch notwendigerweise unabhängig von dem

⁸⁾ S. besonders Jellinek, Natur der Staatsverträge, am Anfang; Allg. Staatslehre, 357 f. und 475 f. Gesetz und Verordnung, 199, Anm. 11.

⁹⁾ Diese Analogie hat bereits Verdross, Die gesellschaftlichen Grundlagen, besonders 419—420, hervorgehoben.

individuellen Willen vorausgesetzt werden, da dieser sonst zu jedem Zeitpunkt imstande sein wird, die frühere Norm zurückzurufen. Dasselbe gilt, wenn man den normativen Ausgangspunkt im Staatsindividuum und Staatswillen wählt. Auf dieser Grundlage ist es unmöglich, eine Verpflichtung für den Staat gegenüber den Bürgern oder anderen Staaten zu konstruieren.

Formal ist so die Selbstverpflichtungstheorie in ihren drei Stufen dieselbe. Aber das Motiv, das zu ihr geführt hat, ist in den drei Fällen verschieden. Was die Kontrakttheorie angeht, so ist das Motiv unzweifelhaft ein Drang, die rechtliche Gebundenheit des Individuums gegenüber der Staatsmacht ethisch zu rechtfertigen. Da eigener Wille — N. B. in psychologischem Sinne — die letzte ethische Verpflichtungsgrundlage ist, so ist es in dieser Hinsicht nur konsequent und richtig, die Bedingung für die moralisch verbindende Kraft der Rechtsordnung in einer Zustimmung — einem Kontrakt, einer Anerkennung — von Seiten des Individuums zu finden. Was dagegen die Theorie von der Selbstverpflichtung des Staates auf Grundlage einer Gebundenheit gegenüber den Bürgern angeht, so ist diese ganz einfach als ein konstruktiver Ausweg entstanden, um die Möglichkeit des öffentlichen Rechts auf Grundlage einer falschen Rechtsquellentheorie zu retten. Was das Völkerrecht endlich angeht, so führt die Furcht, die Positivität des Völkerrechts preiszugeben, dazu, daß man — mangels einer gesetzgebenden völkerrechtlichen Instanz — glaubt, das Völkerrecht auf das positive staatliche Recht gründen zu müssen. Das Völkerrecht auf eine bloß vorausgesetzte „Völkerrechtsverfassung“ — z. B. den Satz *pacta sunt servanda* — zu begründen, scheint eine naturrechtliche Willkürlichkeit. Dieser Gedankengang beruht auf einer Verkennung der Möglichkeit bloß vorausgesetzten positiven Rechts. S. hierüber XI, 4c.

Kelsen hat die Ehre, mit großer Energie die Lehre von der Selbstverpflichtung des Staates im Anschluß an die Vorstellung eines „hinter“ dem Rechte stehenden Staates, von dem das Recht „ausgeht“, kritisiert zu haben¹⁰⁾. Doch läßt sich nicht leugnen, daß sich bei Kelsen — nachdem er die falschen Hypostasen, die dem Staat selbständige Existenz neben dem Recht geben, aufgelöst und den Staat für identisch mit der Rechtsordnung erklärt hat — dennoch unüberwundene Reste der bekämpften Theorie noch vorfinden. Kelsen spricht noch von einer Verpflichtung für den Staat auf Grund des staatlichen Rechtes, sowohl als Ausdruck für völkerrechtliche, wie für inner-staatliche Gebunden-

¹⁰⁾ S. Hauptprobleme, XIX, 395 f., 429 f.; Der soziologische und juristische Staatsbegriff, § 22.

heit. Wenn man aber mit Staat (wie es Kelsen tut) eine Abbeviatur für das Rechtssystem in seiner Totalität meint, dann ist es sinnlos, von Pflichten des Staates auf Grund dieses Systems zu sprechen. Man wird damit unweigerlich zur Form der Selbstverpflichtung zurückgeführt. Besonders deutlich tritt dies in Kelsens Völkerrechtstheorie hervor, wo er fakultativ ein „Primat des Staatsrechts“ neben einem „Primat des Völkerrechts“ als Grundlage des Völkerrechts annimmt. Seine Lehre hierüber ist die übliche Lehre von dem Völkerrecht als äußerem Staatsrecht. Wenn die Staatsverfassung den Staatskontrakt als rechtsstiftend anerkennt, und wenn sie anerkennt, daß ein solcher Staatskontrakt nicht einseitig aufgehoben werden kann, so hat man damit, glaubt man, die gegenseitig bindende Kraft des Völkerrechtes gegenüber dem Staate begründet¹¹⁾. Diese Lehre ist parallel zu einer individualistischen Kontraktstheorie, die die verpflichtende Kraft der Rechtsordnung auf einen Kontrakt begründen will, indem sie in diesen Kontrakt eine Bestimmung aufnimmt, daß Kontrakte gehalten werden sollen. In diesem wie in jenem Falle ist die Verpflichtung illusorisch. Die Norm, die die einseitige Unaufhebbarkeit der privaten oder Staatskontrakte begründet, kann ja nämlich selbst einseitig von dem Individuum oder Staat auf-

¹¹⁾ Problem der Souveränität, 157: „Erkennt man den — verfassungsmäßig delegierten — Vertrag als eine unmittelbare Form staatlicher Rechtssetzung, dann ergibt sich aus dem rechtslogischen Grundsatz, daß jede Rechtsnorm nur unter den Bedingungen abgeändert werden kann, die die Rechtsordnung — deren Bestandteil sie ist — bestimmt, und aus dem üblichen Begriff des Vertrages, dessen sich die Verfassung bedient: daß der im Verträge erzeugte „Wille“ des Staates nur abgeändert werden könne mit Zustimmung des anderen Staates, d. h. durch einen neuen Vertrag und nicht durch ein — einseitig erlassenes — Gesetz“. Vgl. p. 191. Dieses Raisonement kann höchstens dazu führen, daß Verfassungsform für eine einseitige Änderung des völkerrechtlichen Kontraktes erforderlich ist. Verdross, der ursprünglich wie Kelsen die Möglichkeit einer staatsrechtlichen Konstruktion des Völkerrechts annahm, hat später diesen Standpunkt verlassen, s. Die Einheit des rechtlichen Weltbildes, § 17, und Die gesellschaftlichen Grundlagen der Völkerrechtstheorie, 419—420. — Von einer staatsrechtlichen Verpflichtung für den Staat spricht Kelsen, z. B. Hauptprobleme, 433. Formell wird die Selbstverpflichtungskonstruktion vermieden, da es heißt: „die Staatsperson wird nicht verpflichtet, wann und wozu es ihr beliebt, sondern, wann und wozu es den zur Gesetzgebung berufenen Menschen gutdünkt“. Diese Konstruktion beruht auf der von Kelsen später verlassenen Theorie von dem metarechtlichen Charakter der Rechtsbildung, vgl. Hauptprobleme, XIV, und ist deshalb unhaltbar. Eine vollständige Auseinandersetzung mit Kelsens Konstruktionen würde eine Kritik seines Personbegriffes voraussetzen, vgl. Hauptprobleme, XVIII—XIX, und Der Staatsbegriff, 134, diese müssen wir aber auf eine andere Gelegenheit verschieben. — Über einen Fall, wo Kelsen in einem anderen Zusammenhang mit einer Selbstverpflichtungskonstruktion operiert, siehe unten p. 357.

gehoben werden. Aus ganz demselben Grunde ist es unmöglich, im innerstaatlichen Verhältnis den Staat (als Ausdruck für die Totalität der Rechtsordnung) als verpflichtet infolge „seiner eigenen“ Rechtsordnung anzusehen. Nur der Staat als Ausdruck für eine Teil-Rechtsordnung kann als verpflichtet angesehen werden auf Grund des „Staates“ als Ausdruck für eine umfassendere Teilordnung oder für die Ordnungstotalität selbst. Der Staat als rechtssprechend kann für verpflichtet angesehen werden auf Grund des verordnenden Staates, der Staat als verordnend auf Grund des gesetzgebenden Staates, der Staat als gesetzgebend auf Grund des verfassungsgebenden Staates. Aber „der Staat“ selbst als Ausdruck für die Einheit der Rechtsordnung überhaupt kann nicht verpflichtet sein, so daß er in keiner seiner Ausdrucksformen — auch nicht als verfassungsgebend, oder was es Höheres geben könnte — „sich selbst von seiner Verpflichtung sollte lösen“ können. Selbstverpflichtung ist Unmöglichkeit. Es gibt keine normlogisch autonomen Normen.

Eben eine Vergleichung mit den „autonomen“ Moralnormen, in Analogie mit denen Jellinek seine Lehre von der Selbstverpflichtung des Staates ausgebildet hat, wird den richtigen Zusammenhang des Verhältnisses illustrieren. Die moralischen Normen sind nämlich ebenso wenig wie andere in normlogischem Sinne autonom (X, 10). „Ich“ kann nicht „mich“ verpflichten, wenn „ich“ und „mich“ als Ausdruck für dasselbe (Ganze oder derselbe Zurechnungspunkt) stehen, so daß ein Wille, der dem „mich“ zugerechnet wird, auch dem „ich“ zugerechnet werden muß. „Ich“ und „mich“ können wohl in dieselbe psychologische Einheit fallen, im übrigen aber muß zwischen ihnen ein Unterschied sein. „Ich“ — die normgebende Instanz — ist der spezifisch moralische Wille, der im Gegensatz zu „mich“ als Ausdruck für meine Willensbestrebungen im übrigen steht. Beide Willensgruppen werden unter derselben psychischen Totalität vereinigt, und in dem Sinne sind sie beide „meine“. Normlogisch ist dagegen „ich“ verschieden von „mich“, und die moralischen Normen deshalb heteronom. Genau so bei der „Selbstverpflichtung“ des Staates. Von einer solchen kann nur in dem Sinne die Rede sein, daß die normsetzende und die normunterworfenen Instanz Zurechnungspunkte innerhalb desselben Ganzen sind, indem der Staat als eine soziale Totalität dem „ich“ als eine psychische Totalität entspricht, aber normlogisch müssen die Instanzen verschieden sein, die Pflicht heteronom.

Verdroß hat eine Begründung der „Selbstverpflichtung“ des Gesetzgebers auf normlogischer Grundlage versucht. Der Grundgedanke in Verdroß' Ausführungen ist, daß die Verfassung als eine höherliegende Rechtsstufe für den Gesetzgeber in derselben Weise rechtlich verbindend ist, wie das Gesetz für die untergeordneten Personen. Hieraus folgt, daß „die sogenannte Selbstbindung des Gesetzgebers rechtlich durchaus gleicher Natur ist, wie die Selbstbindung irgendeiner Rechtsperson“. Auch der Gesetzgeber kann sich und den Staat rechtlich nur binden, wenn die als oberst angenommene Verfassungsordnung diese Bindung zuläßt, wenn sie sie zu einer „rechtlichen Bindung erhebt“¹²⁾. Dieses Raisonement drückt

¹²⁾ Verdroß, Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers, 484 bis 485.

die Konstruktion aus, daß eine übergeordnete Instanz A (die Verfassung) B (dem Gesetzgeber) eine gewisse Kompetenz mit den Einschränkungen verleiht, die B selbst setzen muß. Diese Konstruktion ist nur möglich unter Voraussetzung der Aufhebung des *lex posterior Principes*¹³⁾. Sonst müßte der Gesetzgeber infolgedessen die von ihm selbst früher gesetzte Kompetenznorm aufheben können — und eine solche Aufhebung würde eo ipso in jeder Übertretung der gesetzten Kompetenzbegrenzung liegen, wodurch diese bedeutungslos werden würde. Wir müssen Verdroß zugeben, daß alle unsere früheren Argumente auf der Voraussetzung des *lex posterior Principes* beruhen. Aber ist Verdroß' Konstruktion auch normlogisch möglich, so muß doch behauptet werden, daß sie für alle praktischen Rechtssysteme bedeutungslos ist, da diese alle auf dem genannten Prinzip beruhen. Die Analogie — auf die Verdroß sich beruft — zwischen der Stellung des Gesetzgebers und der gesetzunterworfenen Rechtsperson ist denn auch falsch. Sie beruht auf einer Verwechslung von Pflicht und Kompetenz. Wenn ich verspreche, 100 Kronen zu bezahlen, dann entsteht für mich eine Pflicht, 100 Kronen zu bezahlen, was sagen will, daß das Nicht-Eintreten der Bezahlung unter gewissen genaueren Bedingungen eine Sanktion zur Folge haben wird. Von einer solchen ist dagegen dem Gesetzgeber gegenüber nicht die Rede. Seine „Verpflichtung“ bedeutet vielmehr eine Kompetenzänderung, indem der Gesetzgeber von künftiger Normsetzung im Streit mit der „verpflichtenden“ Norm ausgeschlossen wird. Es liegt hier keine Möglichkeit für eine Übertretung vor und deshalb auch nicht eine Pflicht; denn der Gesetzgeber kann unter der vorausgesetzten Annahme überhaupt nicht rechtsgültige Normen setzen, die der kompetenzabgrenzenden Norm widerstreiten. Das Richtige in Verdroß' Gedankengang liegt darin, daß er den Gesetzgeber als gebunden auf Grund der Verfassung ansieht. Dagegen ist es unmöglich — unter Voraussetzung des *lex posterior Principes* — den Gesetzgeber als durch eigene kompetenzabgrenzende Normen gebunden anzusehen, selbst auf Grund einer in der Verfassung enthaltenen Bestimmung in dieser Richtung.

Somló hat versucht, die Schwierigkeiten der Selbstverpflichtung zu vermeiden, indem er spezifische irreduzible Versprechensnormen annimmt, die von der Rechtsmacht ausgehen und diese binden (Juristische Grundlehre §§ 69, 94–95). Dieser Ausweg ist indessen nur eine Ausflucht. Nur in psychologisch-sprachlichem Sinne ist das Versprechen eine selbständige Größe, als normlogische Figur reduziert es sich auf Normen, die in dem Willen des Versprechenempfängers konstituiert sind. Dies tritt denn auch in der Anwendung zutage, die Somló von der Theorie der Versprechensnormen macht: er ist gezwungen, anzuerkennen, daß der Versprechenempfänger — der Normunterworfenen — kraft des Versprechens zum Teilhaber an der Rechtsmacht erhöht wird. Hierin liegt eine Sprengung von Somló's System. Siehe unten XIV, 2.

4. Da Kelsens normative Rechtslehre als eine abgeklärte Form des herrschenden Positivismus angesehen werden kann, so ist es verständlich, daß Kelsens Rechtsquellenlehre wesentliche Gleichheiten mit der herr-

¹³⁾ So schon Eisele, Unverbindlicher Gesetzesinhalt, 12, „Daß der Wille des Gesetzgebers sich selbst gegenüber frei ist, ist in dem Satze *lex posterior derogat priori* . . . zwar nicht direkt ausgesprochen, liegt aber demselben als Voraussetzung zugrunde“. Abweichend von Martitz, Der konstitutionelle Begriff des Gesetzes, 249 f., und Jellinek, Gesetz und Verordnung, 261 f.

schenden aufweist. Nach Kelsen kann die Geltung einer Norm nur darin begründet werden, daß sie von einer anderen — geltenden — Norm, zuletzt von der Grundnorm abgeleitet werden kann. Alle rechtliche Erkenntnis ist deshalb nur möglich auf Grund einer ersten, als geltend vorausgesetzten, Grundnorm (vgl. X, 1). Diese ist deshalb die einzige selbständige, ursprüngliche Quelle (d. h. der Erkenntnisgrund) für alles Recht¹⁴⁾. In der üblichen positivistischen Theorie (in ihrer konsequenten Form) entspricht dem, daß der Staat Quelle für alles Recht ist; in der Austin-Somlóschschen Machttheorie, daß der Souverän resp. die Rechtsmacht einzige, oberste Quelle sind. Diese Theorien haben gemeinsam, daß die rechtliche Erkenntnis nach ihnen eine erste Quelle hat, die in dem Sinne absolut ist, daß sie ohne Relation zu etwas anderem Rechtlichen steht.

Als abgeleitete Quellen kann man in Kelsens System jede Rechtsnorm annehmen, auf Grund der eine andere Rechtsnorm sich ableiten und begründen läßt. So ist die Verfassung Quelle für das Gesetz, dieses für die Verordnung usw. Alle sind sie abgeleitet im Verhältnis zur Grundnorm. In dieser Merkl-Kelsenschen Lehre vom Stufenbau des Rechtes wird also in glänzender Weise zum Ausdruck gebracht, daß das Recht sich nicht mit dem Gesetze, d. h. mit der generellen Norm auf einer gewissen Entwicklungsstufe, identifizieren läßt. Andererseits läßt es sich nicht leugnen, daß insbesondere Merkl's Lehre entschiedene Tendenz zeigt dogmatisch (denn die Theorie von der Grundnorm berechtigt keineswegs dazu) das Recht mit gesetztem (gesetztem) Recht zu identifizieren und dementsprechend überall eine ausdrückliche Satzung vorauszusetzen. Das Gewohnheitsrecht muß deshalb, wie für die herrschende Lehre, ein wunder Punkt sein. In den „Hauptproblemen“ sieht Kelsen richtig ein, daß die Gewohnheit nur in dem Umfange Recht wird, wie sie von den Gerichten des Staates angewendet wird. Aber als extrasystematisch wird ihr Übergang zu Recht für einen metarechtlichen, rechtlich unfaßbaren Vorgang erklärt¹⁵⁾. Hierin liegt, wie früher besprochen (XI, 4 c), eine Schwierigkeit, denn wie ist es dann überhaupt möglich zu erkennen, daß die Gewohnheit in Recht übergegangen ist? Kelsen hat durch seine deduktive Systemlogik (die nicht einmal eine notwendige Folge der Ursprungsnormtheorie ist, da man ja stets in diese voraussetzungsweise die nötige Blankettermächtigung hineinlegen kann), sich von das Verständnis der unterstufigen, induktiven Rechtsbildung ausgeschlossen. — In der „Allgemeinen Staatslehre“ scheint Kelsen da-

¹⁴⁾ Z. B. Staatsbegriff, 94; Problem der Souveränität, 105.

¹⁵⁾ Hauptprobleme, 99—102 und 103.

gegen in Übereinstimmung mit der herrschenden Auffassung das Gewohnheitsrecht als volksgeschaffenes Recht zu betrachten¹⁶⁾.

5. Faßt man das Recht als eine Naturwirklichkeit auf, die rechtliche Erkenntnis als eine Erkenntnis naturwissenschaftlicher Regeln, als Ausdruck für unvollständig erkannte Kausalgesetzmäßigkeit, dann muß das Problem von den Quellen des Rechtes radikal seinen Charakter ändern. Da das Recht als empirisch-faktische Handlungsregeln dargestellt wird, so wird die Frage nach den Quellen des Rechtes dasselbe sagen, wie die Frage nach den tiefer liegenden Ursachen, die diese empirischen Handlungen als Folge einer größeren Gesetzmäßigkeit erklären. In Übereinstimmung damit definiert Kornfeld den Begriff Rechtsquelle als „die tatsächlichen Entstehungsgründe des regelmäßigen rechtlich-sozialen Verhaltens“¹⁷⁾. Ehrlich sagt „Bei der Frage nach den Rechtsquellen handelt es sich gar nicht darum, wie die Rechtsregeln, die der Richter oder der Beamte anwenden soll, die für ihn verbindliche Form annehmen . . . die Aufgabe einer Theorie der Rechtsquellen ist nach den treibenden Kräften der Entwicklung der Rechtseinrichtungen zu suchen“¹⁸⁾. Als die am meisten in die Augen fallenden rechtsbestimmenden Kräfte hat man zu allen Zeiten faktische Gewohnheiten (soziologisch betrachtet), resp. die Kräfte, die Menschen dazu treiben, gewohnheitsmäßig zu handeln (psychologisch betrachtet) angesehen. Die soziologische Rechtsquellentheorie hat daher stets die Tendenz gehabt, die Gewohnheit als die fundamentale Quelle allen Rechtes, alles Recht in letzter Instanz als Gewohnheitsrecht zu betrachten¹⁹⁾.

¹⁶⁾ Allg. Staatslehre, 232, wo es heißt, daß das Gewohnheitsrecht „durch Übung aller Rechtsgenossen“ entsteht; diese Entstehungsweise wird weiter „eine extrem demokratische“ genannt.

¹⁷⁾ Soziale Machtverhältnisse, 73.

¹⁸⁾ Soziologie des Rechts, p. 68; vgl. auch 358, 365, 366.

¹⁹⁾ Vgl. XI, 4 g, XVI, 3 f. und XIV, 3 f. — Ehrlich will statt der üblichen Zweiteilung, Gesetz — Gewohnheitsrecht, folgende Dreiteilung setzen: „1. vor allem das eigentliche Gesetz, die nicht nur äußerlich vom Gesetzgeber ausgehende, sondern auch inhaltlich von ihm geschaffene, also im bisherigen Rechte noch nicht enthaltene obrigkeitliche Anordnung, dann 2. die von der Gesetzgebung, Rechtssprechung oder Rechtswissenschaft ausgehende Entscheidungsnorm, 3. das eigentliche gesellschaftliche Gewohnheitsrecht“ (Die Tatsachen des Gewohnheitsrechtes, p. 28). Abgesehen von allen methodologischen Argumenten muß hiergegen eingewendet werden, daß in dieser Dreiteilung nichts Neues über die übliche Scheidung hinaus liegt. Nr. 1 bedeutet Gesetz, soweit dieses nicht bloß das „Gewohnheitsrecht“ bestätigt. Nr. 2 enthält: a) Gesetz, soweit dieses bloß früheres Gewohnheitsrecht bestätigt; b) das in der Praxis ausgebildete Gewohnheitsrecht; c) Wissenschaft als Rechtsquelle, die als sinnlose Konstruktion fortfällt. Nr. 3 gibt die bloß faktische Gewohn-

Diese Neigung, die zuerst ihre eklatante historische Manifestation in der deutschen historischen Schule fand (wenn auch nicht auf soziologischer, sondern auf historisch-philosophischer Basis) findet sich wieder bei den späteren Psychologen (Zitelmann, Georg Frenzel, Petrazycki u. a.) und Soziologen (Ehrlich, Kornfeld, Sinzheimer usw.). Wenn auch auf unrichtiger Grundlage und ohne theoretisches Verständnis des Charakters des Gewohnheitsrechtes, als richtergeschaffenen Rechtes (man sagt gemeinschaftsgeschaffen im Gegensatz zu staatsgeschaffen) gelangt man hiermit doch dazu — als ein heilsames Gegengewicht gegen die herrschende system-logische Rechtsauffassung — die extra-legale, extra-systematische Existenz des Rechtes zu betonen. Geht die herrschende Lehre und die normative Jurisprudenz zu weit, indem sie das ausdrücklich formulierte, systemdeduktive Recht für alles Recht hält, so geht auf der anderen Seite die soziologische Auffassung in der anderen Richtung zu weit. Sie verwischt die Grenze zwischen (dem systembestimmten) Recht und der bloß faktischen Gewohnheit. Dies ist eine notwendige Folge davon, daß man glaubt, die Frage der Existenz des Rechtes (ein rechtstheoretisches Problem) mit Hilfe einer soziologischen Methode lösen zu können. Auf diese Weise muß das Recht notwendig mit den Ursachen des Rechtes verwechselt werden, die Grenze zwischen „Recht“ und „Sitte“ verwischt.

Im übrigen verweisen wir auf die Darstellung der soziologischen Theorien Kornfelds und Ehrlichs in IX, 1 und 2. Es geht daraus hervor, daß es Kornfeld nicht geglückt ist, die Rechtsquellen zu bestimmen, ohne auf den positiv-normativen Gesichtspunkt zurückzugreifen. In den „Sozialen Machtverhältnissen“ erklärt Kornfeld das Gesetzesrecht so: „Gesetzliches Recht resultiert aus gleichartigen Antrieben zur Unterordnung unter Rechtssätze . . .“²⁰⁾, womit Kornfeld — da „Rechtssätze“ nicht jeden willkürlich formulierten und ausgesprochenen Rechtssatz bedeuten könne — gezwungen wird, das positive Gesetz vorauszusetzen, das erklärt werden sollte. In der „Allgemeinen Rechtslehre“ sucht der Verfasser wohl diesen Zirkel zu vermeiden, indem er das Rechtsgefühl als letzten realen Grund für alle rechtlichen Handlungen einführt. Aber entweder geht auch dieses Raisonement im Kreise, oder es setzt den Rechtssinn als einen sechsten Sinn voraus. — Zugleich wird an der erwähnten Stelle gezeigt, daß Ehrlichs Scheidung zwischen dem eigentlichen Gewohnheitsrecht, den Tatsachen des Rechts und den formellen

heit an, die noch nicht Recht geworden ist. D. h. Nr. 1 und Nr. 2 a = Gesetz, Nr. 2 b = Gewohnheitsrecht, das Übrige ist kein Recht. Ehrlichs Einteilung ist so bloß eine Variation der traditionellen Scheidung.

²⁰⁾ A. a. O., p. 74.

„Entscheidungsnormen“ auf einer Vermengung der soziologischen Frage nach den Ursachen des Rechtes mit der rechtstheoretischen Frage nach der Existenz des Rechtes beruht. Resultat: eine soziologische Rechtsquellenlehre in der Bedeutung einer Bestimmung der Existenz des Rechtes durch eine soziologische Methode ist eine methodische Unmöglichkeit.

6. Die Verfasser, die das Recht als eine Kulturwirklichkeit betrachten (X, 2) haben, soweit mir bekannt, keinen wesentlichen neuen Beitrag zur Theorie der Rechtsquellen geliefert. Dies dürfte kein Zufall sein. Wohl behaupten nämlich diese Verfasser, daß das Recht durch die Rechtsidee konstituiert wird, aber sie machen mit dieser Behauptung keineswegs Ernst. Faktisch benutzen sie die Rechtsidee nicht, um den Begriff oder die Geltung des Rechtes zu konstituieren. Im Gegenteil, sie setzen in Übereinstimmung mit dem herrschenden Positivismus die Existenz des Rechtes (seine Naturrealität oder Phänomenalität) als unmittelbar gegeben, problemlos und handgreiflich voraus (X, 5 u. 6). Damit übernehmen sie die Rechtsquellentheorie der herrschenden Lehre, nur mit der Hinzufügung, daß die rechtlichen Phänomene ihre besondere rechtliche „Bedeutung“ auf Grund ihrer Beziehung auf die Rechtsidee erhalten; eine Aussage, die, wie wir eingehend gezeigt haben, eine nichtssagende Phrase ist, die mit anderer Absicht politischen Zwecken dient.

Es zeigt sich denn auch, daß die einzelnen zerstreuten Äußerungen, die wir bei diesem Verfasser über die Rechtsquellen finden, unoriginalen, traditionellen Charakters sind, die sich ein wenig der dogmatisch-philosophischen Grundlage anpassen. Binder z. B. bestimmt traditionell die oberste Rechtsquelle als den „Willen der Gemeinschaft“, der sich bewußt im Gesetze und unbewußt in der faktischen Ausübung des Volkes durch Gewohnheiten ausdrückt. Es erfolgt nur die kleine Modifikation, daß das traditionelle Moment „*opinio necessitatis*“ durch die Rechtsidee ersetzt wird²¹⁾.

7. Ebensowenig wie sich eine Rechtstheorie findet, die, konsequent durchgeführt, das Recht als ein ethisches Sollen bestimmt, ebenso wenig findet sich eine durchgeführte Rechtsquellentheorie auf dieser Basis. Wohl ist es keineswegs selten, Verfasser zu treffen, die Gottes Willen, die Vernunft, die Rechtsüberzeugung oder dergleichen für die höchste Rechtsquelle erklären. Wir brauchen in dieser Hinsicht nur an Geny und die anderen französischen Naturrechtler zu erinnern. Aber auf die eine oder andere Weise taucht stets das positive Recht und seine Quellen (besonders das Gesetz) dabei auf

²¹⁾ Binder, Phil. d. Rechts, 698—700, vgl. 1007.

und wird in seiner „realen Existenz“ vorausgesetzt. Damit ist das rein ethische System gebrochen und ein Dualismus im Rechtsbegriff unvermeidlich (III, 4 und Exkursus). Allerdings versucht man hinterher an dem System zu flicken, indem man das positive Gesetz für die Manifestation der Idee, die unvollkommene Offenbarung des höheren Rechtes erklärt. Da das positive Gesetz unabhängig von der Idee bestimmt wird, so ist dies nur eine leere Proklamation.

8. Nach unserer Auffassung besteht das Recht aus einem System spezifischer Normen, d. h. aus einem auf Grundlage einer sozialen Handlungstotalität erkannten System von Doppelfunktionen zwischen gewissen menschlichen Handlungen (dem Normierten) und einer spezifischen Sanktion. Die dem Rechte zugrundeliegende Handlungstotalität kann man, indem man den Namen auf eine andere, wohl bekannte Totalität übernimmt — als einen Willen bezeichnen. Diese Bezeichnung darf indessen nicht zu einem Mißverständnis verleiten. Unter Willen versteht man in diesem Sinne nicht ein individual-psychisches Phänomen, sondern eben nur die erwähnte soziale Totalität. Man vermeidet hiermit eine Reihe von Mißverständnissen, die sich an die übliche Willenstheorie anheften. Das Recht ist nicht eine Willensäußerung, die von einem „hinter“ dem Recht stehenden Subjekt ausgeht. Der Staat — das Subjekt des Rechtes — existiert eben nur als Ausdruck für die entsprechende Totalität, oder das System, und hat keine Existenz vorher oder darüber hinaus. Das Recht ist ferner nicht eine Äußerung eines Willens, der möglicherweise noch einmal „hinter“ der Äußerung (dem wirklichen Gesetzgeberwillen oder dergleichen) erkannt werden kann. Das Recht ist dieser Wille selbst, die Totalität, das System. Richtiger ausgedrückt: Recht sind die Normen, die auf Basis der Totalität erkannt werden. Hiermit sind alle Probleme, die sich an den vermeintlichen Charakter des Rechtes als Imperative, die von einem Subjekt auf ein anderes gehen, als Scheinprobleme aufgelöst. Die hier vertretene Auffassungsweise trägt natürlich in allerhöchstem Grade die Konsequenzen für die Theorie vom Staate, von den Rechtsquellen, von der Interpretation des Rechtes u. a. in sich. Ein Teil von diesem soll hier und in dem Folgenden herausgezogen werden.

Als wichtigste Konsequenz dieser Grundlegung der rechtlichen Erkenntnis folgt, das rechtliche Erkenntnis nicht nur auf einer Deduktion von einer als Recht vorausgesetzten Grundnorm aus beruht, sondern in eben so hohem Grade auf einer Induktion von relativ-konkreten „Anwendungen“. Die rechtliche Wahrheit liegt in der durchgehenden Zusammenordnung. Das System nimmt nicht einen absoluten Anfang in einer abstrakten, vorausgesetzten Grundnorm, von wo

aus das Übrige durch Konkretisation kraft einer Systemlogik abgeleitet wird. Die Grundnorm kann nämlich selbst nur durch Induktion gewonnen werden. Die Systemlogik besteht in der durchgehenden Zusammenordnung. Soll das System seinen „Anfang“ irgendwo nehmen, so muß es viel eher „unten“ in der vollständigen Rechtskonkretisation sein. Nur die konkreten Akte sind wirklich. Sicherlich erwerben sie ihren Rechtscharakter erst in der Beziehung auf das System, in der Zusammenordnung mit einer Reihe anderer Akte. Aber in jedem Fall muß unter der Summe der faktisch existierenden, konkreten Akte, die Rechtskonkretisation gefunden werden, und der „kollektive Wille“ sich manifestieren. Jede abstrakte Aussage über das Recht ist eine Unwirklichkeit — eine Hypothese. Nur das vollständige konkrete Recht ist wirklich. Das abstrakte Recht ist stets nur Hypothese von dem konkreten Recht.

Hieraus folgt, daß der letzte Erkenntnisgrund für etwas als Recht sich nicht in einem bestimmten Ausgangspunkt setzen läßt. Nicht in dem Staate, nicht in der Rechtsmacht, nicht in einer Grundnorm. In dem Rechte findet sich ebenso wenig wie in der Natur etwas absolut „Erstes“. Alles ist relativ, denn etwas erkennen, bedeutet einfach es in Relation setzen. Als Grundsatz für die Rechtsquellenlehre können wir deshalb den Satz aufstellen, daß der letzte Erkenntnisgrund, die letzte Quelle für etwas als Recht in dem System liegt, worunter die gegenseitige Zusammenordnung verstanden wird, und nicht Systemlogik auf Basis einer — naiv-dogmatisch oder kritisch-formal — vorausgesetzten Grundnorm. Der letzte Erkenntnisgrund liegt nicht in einer Grundnorm (die rein-normative Auffassung), nicht in gewissen faktischen „Anwendungen“ (die soziologische Theorie) — sondern in der möglichen Zusammenordnung von „Anwendungen“ unter einer Grundnorm, so daß das dadurch gebildete System in normativer Formulierung Ausdruck für eine entsprechende kollektive Handlungstotalität ist. Das System ist die letzte Rechtsquelle.

Wir wollen sogleich einer möglichen Einwendung zuvorkommen. Es ist wahrscheinlich, daß man, von seiten der normativen Jurisprudenz, die das rechtliche Denken als ein spezifisch normatives ohne jede Verbindung mit der sozialen Wirklichkeit zu begründen sucht, das System selbst als eine metarechtliche Voraussetzung für die rechtliche Erkenntnis ausscheiden und dieses auf die Erkenntnis innerhalb eines vorausgesetzten Systems beschränken will. Von dieser Auffassung aus wird die Grundnorm die erste Rechtsquelle, jede andere delegierende Norm abgeleitete Rechtsquelle. Hiermit erreicht man, daß man das

rechtliche Denken mit einer „reinen“ Normlogik identifizieren kann. Hiergegen können wir eine doppelte Einwendung erheben: erstens finden wir es prinzipiell verkehrt, die materielle Erkenntnistheorie des rechtlichen Denkens von seiner formalen Logik zu scheiden und den Charakter des Denkens ausschließlich mit letztgenannten zu identifizieren. Die Voraussetzung, die in dem System liegt, beruht doch eben auf Prinzipien, die für die rechtliche Erkenntnis spezifisch sind, ist die rechtliche Erkenntnis *par excellence*. Der Rest ist bloß formale Logik. Aber dann — und diese Einwendung ist als gegen die faktische rechtliche Erkenntnis orientiert die wichtigste — ist es unmöglich, die rechtliche Erkenntnis als eine bloß inner-systematische auf Grundlage ein und derselben Grundnorm zu verstehen. Nach Kelsens Auffassung ist sie Ausdruck für die Einheit und Identität des Systemes. Erst mit der Revolution erfolgt eine Veränderung in der Grundnorm, d. h. die Identität hört auf. Diese Auffassung ist falsch, so wahr wie kein prinzipieller Unterschied zwischen der Revolution und der täglichen extra-systematischen Rechtsfestsetzung im Kleinen besteht (XI, 4 g, XIV, 6). Die Qualifikation und die Dimensionen liegen hier ausschließlich im Sozialen. Auf das Entstehen des extra-systematischen Rechts — nicht bloß in der Revolution, sondern in der täglichen Praxis — gegründet, ist das System keinen Augenblick sich selbst gleich, sondern unterliegt ständiger Veränderung. *Vivre c'est s'habituer*. Will man eventuell das materiell-induktiv Entstandene durch eine geräumige Blankettdelegation systemlegitimieren — gut, aber in diesem Fall wird die Grundnorm eine nichtssagende Tautologie (indem sie faktisch voraussetzt, was zu jeder Zeit auf anderem Wege als Recht festgestellt wird). Es ist da nichts im Wege, sie auf der anderen Seite so weit zu machen, daß sie auch die — Revolution! legitimiert. Hiermit ist wohl ihre Rolle ausgespielt.

Wir können uns so in hohem Maße auf den Charakter der rechtlichen Erkenntnis stützen, wenn wir behaupten, daß die letzte Rechtsquelle das System ist, indem wir hierunter die gegenseitige („induktive“ wie „deduktive“) Zusammenordnung verstehen. Es wird hiermit ausgedrückt, daß es unmöglich ist, alle rechtlichen Lösungen mit souveräner Verachtung des „Wirklichen“ zu „deduzieren“. Daraus folgt das Verkehrte in den oft — sowohl im „Privatrecht“ wie im „Staatsrecht“ — vorkommenden juristischen Konstruktionen, die auf Grund eines Systems, das vielleicht einmal eine juristische Wirklichkeit ausdrückte, ohne Rücksichtnahme auf spätere induktive Veränderungen eine juristische Lösung konstruieren, die in grellem Gegensatz zur sozialen Realität steht, die das Rechtliche trägt. Man verteidigt eine solche Kon-

struktion damit, daß es nicht die Aufgabe der Rechtswissenschaft sei, das sozial Wirkliche zu erkennen. Gewiß nicht! Aber es ist ihre Aufgabe, eine spezifisch-normative Formulierung auf Grundlage des sozial Wirklichen zu geben. Ich möchte wissen, worin anders die angenommene Deduktionsbasis, die vorausgesetzte Grundnorm, sich gründet, wenn nicht eben in der Deduktion aus einer älteren — und deshalb gleich als solche vergessenen — rechtlich-sozialen Wirklichkeit?

Auf der anderen Seite vermeiden wir auch, in das andere Extrem zu verfallen, das schlechthin die rechtliche Erkenntnis mit einer soziologischen Wirklichkeitserkenntnis identifiziert. Einerseits fällt die rechtliche Erkenntnis nicht unter die Kategorien der kausalgesetzmäßigen Naturwissenschaft. Ihre Grundkategorie ist die Totalität. Andererseits verleiht erst die Einordnung des Faktischen in das System dem Faktischen mit seiner rechtlichen Qualität. — Unsere Lösung gleitet so zwischen der Scylla und Charybdis hindurch.

Endlich folgt aus unserem Standpunkt, daß die rechtliche Erkenntnis keineswegs auf einer Festsetzung zu beruhen braucht; in der Willensterminologie ausgedrückt: daß der rechtliche Wille nicht ausdrücklich zu sein braucht. Im Gegenteil. Das Primäre sind die sozialen Handlungen. Eine ausdrückliche Festsetzung hat nur Bedeutung, so weit sie zu diesem in Relation steht. In letzter Instanz ist alles Recht „Gewohnheitsrecht“ (XI, 4 g u. XIV, 5).

9. Es ist möglich, wenn nicht notwendig, daß man innerhalb eines Systems zur Annahme gewisser Normen gelangt, deren Inhalt nicht in einer unmittelbar bestimmten, konkreten Doppelfunktion zwischen dem Normierten und der Sanktion erschöpft ist. Es ist möglich, daß der unmittelbare Norminhalt nur die generellen Bedingungen angibt, unter denen der endliche Norminhalt erkannt werden kann (z. B. Recht ist, was A bestimmt). Es liegt in diesem Falle eine Normform vor, die in der formalen Normlehre als eine *Delegationsnorm* bezeichnet wird und die eigentlich nur ein abstrakter, unvollkommen bestimmter Bestandteil einer Norm ist, der seine konkrete Ergänzung erwartet. Die delegierende Norm verhält sich zu der delegierten, wie das logisch Abstrakte zu dem darunter gehörenden Konkreten. Im selben Grade, wie es möglich ist, solche generell delegierenden Normen aufzustellen, nimmt die entsprechende Sozialrealität in zunehmendem Maße den Charakter einer Totalität an, das Normsystem den Charakter eines Systems. Das Verhältnis ist ganz dasselbe wie in dem biologischen Organismus. In je höherem Grade in ihm organisierende Prinzipien vorkommen, liegt ein differenzierter, hochstehender Organismus vor. Im

entgegengesetzten Falle nimmt sein organischer Charakter ab, um in seinen primitivsten Formen — dem einzelligen Organismus — gegen dem unorganischen zu konvergieren. In der Regel nimmt man als primitivste Form für eine rechtliche Totalität das sogenannte Richterkönigtum an²²⁾. Als Grundnorm wird hier die generelle Delegationsnorm vorausgesetzt, daß Recht ist, was der Richter konkret entscheidet. Diese Grundnorm konkretisiert sich unmittelbar in den einzelnen Rechtsentscheidungen. Der Richter ist — in einem biologischen Bilde — als Organ ausgesondert. Es lassen sich aber doch wohl primitive Gemeinwesen denken, wo eine gewisse Totalitätserkenntnis selbst ohne ein solches Organ möglich ist. Wenn in einem solchen Gemeinwesen regelmäßig unter bestimmten Voraussetzungen eine kollektive Reaktion stattfindet, wird man wohl selbst in diesem Fall die so kenntlichen Normen als Recht betrachten können. Sie werden sich in diesem Falle nicht als Konkretisation einer formalen Grundnorm darbieten, sondern sie werden in ihrer vollen, konkreten Wirklichkeit das einzige materielle Kennzeichen für die rechtliche Totalität sein. Ob solche Gemeinwesen wirklich vorkommen oder vorgekommen sind, interessiert uns nicht. Wir haben bloß zeigen wollen, daß der Gedankengang logisch in diese Konsequenz auslaufen kann.

10. Die praktisch vorkommenden Systeme zeichnen sich durch eine Reihe solcher genereller Delegationsnormen aus. Diese lassen sich hierarchisch nach zunehmender Generalität und wechselseitiger Bedingtheit in einer Stufenfolge anordnen. Hierauf beruht der Begriff abgeleitete Rechtsquelle. Letzter Erkenntnisgrund ist das System, aber innerhalb dieses kann eine Norm Erkenntnisgrund für den Rechtscharakter einer anderen sein. Die Norm, die die „rechtschaffende Macht“ delegiert, indem sie generell gewisse Bedingungen feststellt, wann eine andere Norm als Recht gelten soll, ist unmittelbare, abgeleitete Quelle für die delegierte Norm. Sie gilt nur als Durchgangsstufe zum System, der mittelbare, ursprüngliche Quelle. Rechtsquelle in dieser Bedeutung ist ein Teil des Rechtes selbst und kann, wie alles Recht, entweder ausdrücklich festgesetzt oder bloß voraussetzungsweise erkannt sein. Welche derartigen abgeleiteten Quellen es gibt, läßt sich nicht allgemeingültig bestimmen. Hier kann höchstens eine generalisierende Typik einsetzen. Zur Illustration können wir erwähnen, daß in den üblichen Systemen das Grundgesetz Quelle für das Gesetz und damit mittelbar für die auf dessen Grundlage abgeleiteten Normen ist. Das Gesetz Quelle für Verordnung und Urteilsfällung usw.

²²⁾ Vgl. Kelsen, Allg. Staatslehre, p. 232—233.

In der Regel wird der Begriff Rechtsquelle in noch mehr abgeleitetem Sinne angewendet. Wenn die übergeordnete, abgeleitete Quelle als bekannt angesehen wird (z. B. das Grundgesetz), so wird es zur Erkenntnis einer Norm als Recht ausreichen zu wissen, daß sie die in der abgeleiteten Quelle festgesetzten Bedingungen (z. B. die Gesetzgebungsform) realisiert. Der Inbegriff dieser Bedingungen, oder der Prozeß, in dem sie realisiert werden (der Gesetzgebungsweg), wird hiernach als Quelle für die auf diesem Weg entstandenen Normen bezeichnet. Das meint man, wenn man kurz die Gesetzgebung als Rechtsquelle bezeichnet. Man meint hiermit, daß die Gesetzesform dafür garantiert, daß die in dieser Form entstandenen Normen Recht sind.

Diesen Quellenbegriff wollen wir als Quelle in unselbständiger Bedeutung bezeichnen. Es ist nämlich wichtig, daran zu erinnern, daß die konstituierende Form (z. B. die Gesetzform) an sich betrachtet, nicht Erkenntnisgrund ist, sondern nur als Inhalt einer übergeordneten Norm (des Grundgesetzes). Das vorkritische Rechtsdenken übersieht dies und legt der Form selbständige, absolute Bedeutung bei. Diese Auffassung liegt zugrunde, wenn man einer Reihe von einander unabhängiger, selbständiger Rechtsquellen erwähnt, wie Gesetz, Gewohnheit, Analogie, die Natur des Verhältnisses usw. Eine solche Rechtsquellenlehre — heute die herrschende — muß notwendigerweise im Dogmatismus enden. Der Begriff Rechtsquelle in dieser Bedeutung ist zwar keineswegs wertlos. Er bezeichnet eine Normgruppe, d. h. den Inbegriff von Normen mit den gleichen Konstitutionsbedingungen (s. hierüber XV, 2). Er drückt richtig aus, daß „Grundgesetz“, „Gesetz“, „Verordnung“ u. a. verschiedene, in rechtstheoretischer Hinsicht relevante Gruppen von Normen ausdrücken. Aber der große Fehler liegt darin, daß man diesen unselbständigen Rechtsquellenbegriff als den ersten und einzigen ansieht. Man verschleierte hiermit das eigentliche Rechtsquellenproblem, das darin liegt, wie es möglich ist, diese Formen als systembestimmt zu fassen, so daß die Normen damit als Recht infolge ihres Platzes im System erkannt werden. Es ist wichtig, dies zu merken, denn nur wenn man dies versteht, öffnet sich der Weg zu der wirklichen Rechtsquellenproblematik. Von der üblichen Auffassung aus macht man wohl verschiedene Versuche, diese oder jene Form als Rechtsquelle zu begründen. Man begründet z. B. entweder das Gewohnheitsrecht im Gesetz (die Gestattungstheorie) oder umgekehrt das Gesetz im Gewohnheitsrecht (die soziologischen Theorien). Oder man begründet das Gesetz in der Natur der Sache (die Naturrechtstheorien), oder umgekehrt, man erklärt die Natur der Sache für einen

Ausläufer des „wirklichen Gesetzgeberwillens“. Das Eine ist wie das Andere. Ohne Verbindung mit dem Systemgedanken muß man auf alle Fälle in dogmatischem Metarecht enden: naiver Positivismus, Naturrecht oder Soziologie, je nachdem man den Gesetzgeberwillen, die Natur der Sache, oder die faktischen Gewohnheiten als letzte Quelle ansieht, die keiner weiteren Begründung bedarf. Es ist nicht die Aufgabe einer kritischen Rechtsquellentheorie, einer gewissen Anzahl Rechtsquellen, die nach dem einen oder anderen Kriterium eingeteilt sind, herauszufinden. (Gesetz, Gewohnheit usw.) Diese Problemstellung ist dogmatisch-substantiell und statisch. Die Aufgabe ist, die Probleme zu stellen und zu lösen, die mit der Funktion des Rechtes innerhalb des Systemes zusammenhängen. Dieses stellt sich, wie wir gesehen haben, als eine hierarchische Stufenfolge dar. Hiermit ergeben sich zwei Hauptgruppen von Problemen: die, die das Verhältnis zwischen den einzelnen Stufen betreffen (XIII), und die, die eine typisierende Charakteristik der einzelnen Stufen betreffen (XIV—XVI).

Bevor wir dazu übergehen, diese Probleme zu behandeln, bemerken wir, daß die abgeleiteten (und unselbständigen) Quellen nach der Natur der Sache nur Relation zu dem systematisch entstandenen Recht haben. Die Bezeichnungen systematisch und extra-systematisch entstandenes Recht, die wir mehreremale angewendet haben, sind, streng genommen, unkorrekt. Alles Recht ist systematisch entstanden, denn, wie wir festgestellt haben: das System ist letzte Rechtsquelle, und im Widerspruch zum System oder außerhalb desselben läßt sich nichts als Recht erkennen. Extra-systematisch entstandenes Recht ist deshalb *stricto sensu* eine *contradictio in adjecto*. Was hiermit gemeint wird, ist etwas anderes, nämlich, daß das System, das das so entstandene Recht als Recht erkennen läßt, nicht dasselbe ist, wie das voraus angenommene. Das System hat eine Neu-Bestimmung, eine Selbstverifikation, erlitten. Der Organismus hat gegen eine Veränderung in der Umwelt reagiert, indem er sich akkommodierte und das „extra-systematische“ Recht in das System aufnahm. Extra-systematisches Recht bedeutet hiernach Recht, das sich direkt, ohne dazwischentretende abgeleitete Quelle auf das System bezieht. Es kann deshalb auch als induktiv entstandenes Recht im Gegensatz zu dem systemdeduktiven bezeichnet werden, als voraussetzungsweise entstandenes Recht gegenüber dem gesetzten Recht. Es sprengt die bisherigen Organisationsprinzipien und bezeichnet die ständige organisch-lebendige Fluktuation. Prinzipiell ist in dieser Hinsicht kein Unterschied zwischen einer „staatsumwälzenden“ Revolution und der unmerklichen täglichen

„Gewohnheitsrechts“bildung durch die Rechtsanwendung. Soweit die letztere wirklich extra-systematisch ist, d. h. nicht auf einer rezipierenden Norm (die vielleicht selber voraussetzungsweise entstanden ist) beruht, hat das so entstandene Recht in den abgeleiteten Quellen des vorausgehenden Systems nichts zu suchen. Es bezeichnet deshalb notwendigerweise eine Änderung — wenn auch nur differential — in den höchsten Voraussetzungen des Systems, in der „Grundnorm“.

Kapitel XIII.

Das Verhältnis zwischen den einzelnen Stufen innerhalb der Stufenfolge des Rechtes.

1. Einleitung und Problemstellung.
2. Methode: Kritik der naturrechtlichen, positivrechtlichen, psychologischen und soziologischen Methode (die freirechtlichen Theorien). Die Frage ist rechtstheoretisch.
3. Kritik der methoderichtigen Syllogismustheorie (die herrschende Lehre, Verdroß, Meckl, Somló).
4. Das Verhältnis zwischen Gesetz und Richter ist ein Ordnungsverhältnis auf Grund des Systemes; die rechtschaffende Tätigkeit des Richters.
5. Die Lehre von der Auslegung: Die Auslegungstheorien und Kritik des Auslegungsbegriffes.
6. Die bedingten Auslegungsprinzipien; das notwendige Auslegungsprinzip; die Grenze zwischen Gesetz und Urteil; die doktrinaire Interpretation fällt nicht in den Rahmen der Rechtswissenschaft.
7. Die Lehre von den Rechtslücken: Analyse des Lückenbegriffes.
8. Kritik der Lückentheorien (Zitelmann).
9. Der Begriff Rechtslücke als reiner Rechtsbegriff vor oder nach der Rechtsanwendung.

1. Die Frage nach dem Verhältnis zwischen den einzelnen Stufen in dem rechtlichen System bildet innerhalb der Rechtsquellentheorie ein Grundproblem, das bisher in seiner Gesamtheit und seinem systematischen Zusammenhang nicht untersucht wurde. Dagegen gibt es eine reichliche Literatur über das Problem in einzelnen seiner Aspekte. In Verbindung mit gewissen praktischen Verhältnissen hat man einige der auffallendsten Seiten des Problemes hervorgezogen. Es handelt sich hier besonders um das Verhältnis zwischen Richter und Gesetz¹⁾. Schon von altersher hat man der juristischen Auslegung und der subsidiären, korrigierenden oder supplierenden Erkenntnis des „wirk-

¹⁾ Folgende Werke werden hervorgehoben: Schultze, Privatrecht und Prozeß, 1883; Bülow, Gesetze und Richteramt, 1885; Rümelin, Werturteile und Willensentscheidungen, 1891; Reuterskiöld, Über Rechtsauslegung, 1899; Gény, Méthode d'Interprétation, 1899; Zitelmann, Lücken im Recht, 1903; Rumpf, Gesetz und Richter, 1906; Gnaeus Flavius, Kampf um die Rechtswissenschaft, 1906; Jung, Positives Recht, 1907; Brütt, Die Kunst der Rechtsanwendung, 1907; Gmür, Die Anwendung des Rechts, 1908; Lukas, Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers, 1908; Fuchs, Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz, 1908; Oertmann, Gesetzeszwang und Richterfreiheit, 1909; Kiß, Billigkeit und Recht; Laun, Freies Ermessen und seine Grenzen, 1910; Berolzheimer, Die Gefahren

lichen“ Willens des Gesetzgebers eingehende Untersuchungen gewidmet. In Verbindung mit den modernen freirechtlichen Forderungen einer größeren Freiheit der Richter gegenüber dem Gesetz ist die Literatur hierüber, besonders in Deutschland, ins Unübersehbare gewachsen. Das Problem hat über die fachwissenschaftlichen Kreise hinaus Interesse geweckt, das Verhältnis zwischen Gesetz und Richter, zwischen Richter und Volk hat seine praktisch-politische, soziologische Ausgestaltung noch nicht gefunden, und wird sicher in den praktischen Debatten der kommenden Zeit auf der Tagesordnung bleiben.

Was die Theorie angeht, so ist die Stellung in großen Zügen die, daß der herrschende Positivismus die Stellung des Richters zum Gesetz als ein absolutes Unterordnungsverhältnis betrachtet. Hier spielt, wie öfter erwähnt, die konstitutionelle Ideologie mit hinein. Die Aufgabe des Richters ist nur, das Gesetz anzuwenden — unter gebührender Rücksichtnahme auf seine Auslegung und mögliche Ergänzung auf formallogischem Wege. Die Lehre von der Auslegung und der Lückenausfüllung hat so nach der herrschenden Lehre die Funktion, das Dogma aufrechtzuerhalten, daß der Richter nur die Aufgabe hat, den Willen des Gesetzgebers auszuführen, für den das Gesetz ein, wenn möglich, mangelhafter Ausdruck ist. Die normative Jurisprudenz hat in diesem Punkte im großen und ganzen sich als Erben des Positivismus gezeigt. Die Grenze für die Funktion des Richters ist auch nach dieser Lehre durch das Gesetz gezogen. Nur erkennt man an, daß dem Richter eine gewisse schaffende Wirksamkeit zukommt, indem es seine Aufgabe ist, die Rechtsnorm innerhalb der im Gesetze angegebenen abstrakten Rahmen zu konkretisieren. Dagegen hat die freirechtliche Bewegung eine prinzipielle Opposition gegen die herrschende Richtung erhoben.

einer Gefühlsjurisprudenz, 1911; Bierling, Juristische Prinzipienlehre, Bd. IV, § 53, 1911; Kiß, Gesetzesauslegung und „ungeschriebenes Recht“, 1911; Stampe, Die Freirechtsbewegung 1911; Carl Schmitt, Gesetz und Urteil, 1912; Danz, Einführung in die Rechtssprechung, 1912; Richterrecht, 1912; Peretiatkowitz, Methodenstreit in der Rechtswissenschaft, 1912; Kiß, Theorie der Rechtsquellen, 1913; Spiegel, Gesetz und Recht, 1913; Walter Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, 1913; Manigh, Savigny und der Modernismus im Recht, 1914; Verdroß, Das Problem des freien Ermessens und die Freirechtsbewegung, 1914; Heck, Gesetzesauslegung und Interessejurisprudenz, 1914; Hellvig, Die Psychologie der Urteilsfindung, 1914; Wüstendörfer, Zur Hermeneutik der soz. Rechtsfindungstheorie, 1915—1916; Reichel, Gesetz und Richterspruch, 1915; Meckl, Zum Interpretationsproblem, 1916; Elze, Lücken im Gesetz, 1916; Somló, Juristische Grundlehre, 1917; Kohler, Recht und Richterspruch und Recht und Gesetz, 1917—1918; Sander, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung, 1921; Huber, Recht und Rechtsverwirklichung, 1921.

Auf verschiedener Grundlage und in verschiedenem Grade verkündet man größere Freiheit des Richters gegenüber dem Gesetz — die sich bis zur Forderung einer Judikatur *contra legem* erhebt.

Nirgends innerhalb der gesamten Rechtsquellenlehre zeigt sich deutlicher als hier der Mangel an einer systematisch zusammenhängenden, methodisch bewußten Problembehandlung. Weniger wesentlich in dieser Hinsicht ist, daß man die allgemeine, systematische Bedeutung des Problems übersieht und damit seinen Zusammenhang mit anderen Problemen, z. B. dem der Stellung des Gesetzgebers zur Verfassung. Schlimmer ist der vollständige Methodenmangel, der in der Literatur herrscht. Man hat das Thema bald von naturrechtlichem, bald von psychologischem, soziologischem oder positivrechtlichem Gesichtspunkte aus behandelt, bald auch von mehreren auf einmal ohne Verständnis für die methodischen Konsequenzen des Gesichtspunktes, nur sicher, eine innerliche Vermischung von Politik, Psychologie, Soziologie und Recht zu erreichen. Es ist so für die allermeisten freirechtlichen Untersuchungen dieses Themas charakteristisch, daß sie ihrer Lehre von einer gewissen Freiheit für den Richter notwendige, allgemeingültige Bedeutung beimessen, ohne sich davon Rechenschaft zu geben, was in der angewandten Methode die Allgemeingültigkeit des Resultates legitimiert. In einer Reihe ausgezeichneter Kritiken hat Somló nachgewiesen, daß den verschiedenen Arten von Freirecht die prätendierte Notwendigkeit nicht zukommt²⁾. Mit einer einzigen Modifikation (s. später) kann ich mich Somlós Kritik anschließen.

Hieraus ergibt sich als die erste und wichtigste Aufgabe: klarzustellen, welche Bedeutung eigentlich der Frage nach der Stellung des Richters zum Gesetze zukommt, und mit welcher Methode dieses Problem gelöst werden kann. Wir wollen diese Aufgabe in der Weise anpacken, daß wir erst eine Reihe der historisch vorliegenden methodischen Arbeitsweisen für die Lösung des Problems untersuchen und hinterher auf Grund davon unsere eigenen Schlüsse ziehen.

2. Da die Frage nach der Stellung des Richters im Verhältnis zum Gesetz in neuerer Zeit in Verbindung mit einer politischen Reformbewegung entstanden ist, so läßt sich begreifen, daß die Beantwortung häufig bloß ein in Dogmen festgelegtes politisches Postulat ist, das auf die eine oder andere Weise mit einer vermeintlich theoretischen Notwendigkeit ausgestattet ist. Man „verlangt“ oder „behauptet“ eine gewisse Stellung des Richters und begründet das in einem oder dem anderen als evident angesehenen Dogma oder allgemein verbreiteten politischen Prinzip.

²⁾ A. a. O., § 114 f.

Z. B. daß der Richter in seinem Amt nur angestellt ist, um bereits geltendes Recht anzuwenden, oder daß seine Aufgabe zuerst und vor allem darin besteht, den wahren Interessen oder dergleichen des Gemeinwesens zu dienen. Oft beruft man sich zur Stütze der Theorien auf eine Reihe Analogien aus dem täglichen Leben wie z. B. dem Verhältnis eines Dieners zu den Befehlen seines Herrn, der militärischen Gehorsamkeitspflicht gegenüber den Befehlen Übergeordneter und ihre Grenze³⁾, Lesen eines Kochbuches⁴⁾ oder dergleichen. Es wäre nun gegen solche politischen, durch „natürliche“ Analogien gestützte Postulate nichts einzuwenden, wenn sie für das ausgegeben würden, was sie sind: Politik. Der Fehler liegt darin, daß man diese Postulate für Theorie ausgibt, für eine allgemeingültige Lehre darüber, wie das Verhältnis des Richters zum Gesetz ist.

Eine solche Methode — soweit man in diesen Fällen überhaupt von einer Methode sprechen will — ist naturrechtlich. Als Illustration erlaube ich mir folgendes Beispiel aus der neueren Literatur anzuführen: Es handelt sich für einen Verfasser darum, zu begründen, daß und in welchem Umfange der Richter vom Gesetz gebunden ist. Dies geschieht auf folgende Weise: „Das Gesetz dient der Ordnung. Damit es diese Ordnung aufrecht erhält und garantiert, muß es Autorität besitzen, daher prinzipiell unverbrüchlich sein. Selbst wenn es also in ziemlich hohem Grade ungerecht und unzweckmäßig ist, muß es gehalten werden. So gehorchen wir auch wohl einem engherzigen Vater, einem querköpfigen Schulmeister, einem launischen Vorgesetzten, um der Zucht des Hauses, um der Autorität der Schule, um der Disziplin des Dienstes willen. — Aber allem sind Grenzen gesetzt; auch dem Gehorsam gegen das Gesetz. Kadavergehorsam wäre es, dem Gesetz auch da die Stange zu halten, wo es nach ernstem Ermessen nur seiner Form nach den Ehrennamen eines Rechtsgesetzes noch verdient. Dies ist dann der Fall, wenn es nicht nur ungerecht und unzweckmäßig, sondern darüber hinaus geradezu unsittlich ist. Unsittlich aber ist es, wenn es sich mit dem allgemeinen sittlichen Bewußtsein der Zeit in schreienden Widerspruch setzt. Ein solches Gesetz befolgen und anwenden, heiße sehenden Auges Pferd und Wagen in den Abgrund treiben. Dies zu tun, kann ein Richter, der doch auch ein sittlich denkender Mensch, ein berufener Diener der sittlichen Gemeinschaft ist, ganz und gar nicht verpflichten“⁴⁾. Dieses Raisonement beruht auf Betrachtungen über den metarechtlichen Zweck des Gesetzes, stützt sich auf schwebende Analogien aus dem Alltagsleben

³⁾ Auf diesen Analogien baut sich faktisch die ganze Lehre Hecks auf, s. Sachregister unter „Alltagsanalogie“ bei Heck in Anm. 1 a. O.

⁴⁾ Reichel in Anm. 1 a. O. 70.

und auf rein ethische Betrachtungen darüber, was der Richter als sittlich denkender Mensch zulassen kann. Und doch betont der Verfasser ausdrücklich, daß das Angeführte „nicht nur ein sittlicher, sondern auch ein Rechtsgrundsatz ist“. Allerdings mit folgender absonderlicher Motivierung: „Denn auch die Sache des Rechts steht auf dem Spiele“⁵⁾.

Dieses Beispiel steht keineswegs allein⁶⁾. Im Gegenteil, es muß als typisch für die Literatur über dieses Thema betrachtet werden. Oft kommen die naturrechtlichen Betrachtungen als Glieder in einer prinzipiell positivrechtlichen Methode vor. Man geht prinzipiell davon aus, daß es dem positiven Recht, dem Gesetzgeber zukommt, die Stellung des Richters festzulegen. Mangels einer ausdrücklichen Äußerung darüber in der Gesetzgebung meint man, es komme der Wissenschaft zu, nach der „Natur der Sache“ als subsidiäre Rechtsquelle das Gesetz zu supplieren und die entscheidenden Prinzipien für die Rechtsanwendung festzulegen. So z. B. Heck⁷⁾. Daß Hecks Ausführungen politischen Charakters sind, läßt sich nicht bezweifeln. Praktische Rechtswissenschaft bedeutet für ihn eben Rechtspolitik⁸⁾. Heck stellt sich denn auch die Aufgabe, die Lösung des Auslegungsproblems zu finden, die „den Lebensinteressen am besten entsprechend“ ist⁹⁾. Seine Argumente gehen meistens darauf aus, die Vorteile und Nachteile abzuwägen, die eine mögliche Lösung in der einen oder anderen Richtung mit sich bringen wird¹⁰⁾. Hecks Entwicklungen gehen oft sehr tief, aber sie verlieren zu einem großen Teil ihren Wert, da sie für eine rechtliche Lösung der Frage nach der Stellung des Richters zum Gesetz ausgegeben werden. Es wird einfach davon gesprochen, daß der Richter „befugt und verpflichtet“¹¹⁾ ist, auf eine gewisse Weise zu handeln; ohne

⁵⁾ Reichel, a. a. O. 139—140, vgl. p. 61 und 67.

⁶⁾ Besonders ist es allgemein üblich, wie Reichel, auf politische oder ethische Postulate gestützt, mit verschiedenen Alltagsanalogien ausgeschmückt, die Stellung des Richters als dem Gesetz untergeordnet, ev. mit größeren oder kleineren Einschränkungen in der Gehorsamspflicht, die sich auf andere politische Postulate gründen, zu bestimmen. S. z. B. die in Anm. 1 angeführten Werke von Heck, 13; Peretiatkowitz, 574; Huber, 351, 355; Gnaeus Flavius, 41; Stampe, 28; Fuchs, 11—12, 14; Oertmann, 41—42, vgl. 27.

⁷⁾ Heck, in Anm. 1 a. O. 22, 162.

⁸⁾ A. a. O., p. 2, Anm. 4.

⁹⁾ A. a. O. 8.

¹⁰⁾ Außer den in Anm. 8 u. 9 erwähnten Stellen s. auch pp. 13, 21, 59, 82, 178, 192, 193, wo — unter Berufung auf die Rechtssicherheit, natürliche Analogien, die praktischen Resultate, die Entwicklungsmöglichkeit des Rechts u. a. eine gewisse Stellung für den Richter gefordert wird.

¹¹⁾ A. a. O. 196—197 und 201.

daß man darüber aufgeklärt wird, ob damit eine bloß postulierte moralische Pflicht gemeint ist, eine wirkliche, für ein gewisses Rechtssystem geltende positivrechtliche Pflicht, oder eine notwendig-allgemeingültige, für jedes System geltende Rechtspflicht. Außer auf politischen Argumenten beruht Hecks Lehre auf einer latenten dogmatischen Rechtstheorie. Wenn Heck so den Willen des Gesetzgebers (als Inbegriff der „kausalen Interessen“, d. h. derer, die das Gesetz verursacht haben), der Auslegung auch gegenüber der Anwendung einer späteren Zeit zugrunde liegt, so liegt das sicher nicht allein an der Rücksicht auf das Stabilitätsinteresse, sondern auch an einer latenten Rechtstheorie, die davon ausgeht, daß der Wille des Gesetzgebers (sein Interesse) höchstes Maß für das ist, was Recht ist. Dieselbe Rechtstheorie verbirgt sich hinter den zwei „Alltagsanalogien“, auf denen Hecks Theorien eigentlich ganz und gar errichtet ist: das Verhältnis des Dieners zu den Befehlen seines Herrn und das des militärisch Untergeordneten zu denen seines Vorgesetzten. In diesen beiden Analogien wird nämlich vorausgesetzt, daß Recht Befehle sind, die von einer übergeordneten Instanz an eine absolut untergeordnete gehen. Hiermit ist das Problem zu einem großen Teil präjudiziert¹²⁾.

Ein schönes Beispiel für eine subsidiär-naturrechtliche Methode bietet Stampe. Nachdem er dem Richter das Recht „zuerkannt“ hat, in Fällen dringender Not das Gesetz zu ändern, fügt er hinzu: „Oft werde ich gefragt, ob ich dem Richter die Macht der Gesetzesänderung nur de lege ferenda oder auch de lege lata gebe, und ich beantworte diese Frage mit einem Ja, indem ich darauf hinweise, daß die Stellung des Richters nicht vom Gesetz entschieden ist: Ich stehe daher gar nicht an, dem Richter diese Macht unter den starken Kautelen, die ich fordere, schon jetzt zu geben, auch bevor ein Gesetz sie ihm verleiht“¹³⁾.

Auf prinzipiell demselben Standpunkt steht eine Reihe Verfasser, die wirklich glauben, in dem positiven Gesetz die Grundlage für eine Lösung gefunden zu haben. Als typischer Repräsentant kann Gmür genannt werden, der ein Buch über „Die Anwendung des Rechts nach

¹²⁾ Vgl. Wüstendörffer [349].

¹³⁾ Stampe, in Anm. 1 a. O., p. 29, Anm. 2. — Die Ausführungen sind ein typisches Beispiel für das, was man den Größenwahn der Doktrin nennen kann: den Glauben, daß Dr. N. N. als „Rechtsgelehrter“ — oder sagen wir ruhig die Rechtswissenschaft — imstande ist, unabhängig vom Gesetze dem Richter oder jemand anders eine gewisse Rechtsstellung erteilen oder nehmen kann. Man kann von der herrschenden Lehre sagen, daß sie als Auslegungsjurisprudenz diese Selbstüberschätzung im hohen Maße teilt.

dem § 1 des Z. G. B.¹⁴⁾ geschrieben hat. Doch läßt diese positiv-gesetzliche Methode sich nicht scharf von der vorangehenden subsidiär-naturrechtlichen scheiden; denn die Direktiven, die sich im Gesetz finden, sind so wenige und zusammengedrängte, daß erst eine weitgehende Auslegung und „wissenschaftliche“ Supplierung die Lösung vieler Fragen bringt. Wir finden denn auch bei Gmür typische naturrechtliche Entwicklungen zur Supplierung des Z. G. B. § 1 wieder¹⁵⁾.

Eine Reihe Verfasser hat andere Wege gesucht. Rumpf z. B. meint, daß die Frage eine psychologische ist. „Man muß in der Rechtsanwendungslehre nicht fragen: aus welchen Quellen schöpft der Ausleger?“ lehrt dieser Verfasser, „sondern: welche psychischen Faktoren wirken im Richter bei der Rechtsanwendung zusammen?“¹⁶⁾ Mit Recht stellt Somló dem gegenüber fest, daß dies eine ganz irrelevante, individual-psychologische Problemstellung ist. „Wodurch sich irgend ein Richter gegebenenfalls bei seinem Urteilspruch leiten läßt, ist ganz unabsehbar. Er kann ebensogut durch Pflichtgefühl wie durch Denkfaulheit, durch Herzensgüte wie durch Böswilligkeit, durch Gerechtigkeitsinn wie durch Bestechung, durch scharfsinniges wie durch fehlerhaftes Schließen zu

¹⁴⁾ Weiter können genannt werden: Danz, Kiß und Gmür. Danz beruft sich [67 c] 78—79, auf B. G. B. § 1, um zu beweisen, daß der Richter die strengen Worte des Gesetzes umgehen kann. Die Lehre von den Rechtslücken und ihrer Ausfüllung, wird, soweit es die Schuldverhältnisse angeht, direkt in B. G. B. § 42 aufgebaut [67 c] 37—38, 85. Im übrigen wird als allgemeines Prinzip für die Auslegung des Gesetzes [67 b] 187—188, und zur Konstatierung der Ausfüllung von Lücken [67 c] 88 und [67 b] 187—188, 219, der Maßstab angenommen, der in der „Meinung der Allgemeinheit der verständigen Männer“ liegt [67 b] 199, was teils in einer Analogie von B. G. B. § 242 seine Stütze findet, teils in dem dem Gesetze innewohnenden Prinzip: „Der Richter ist durch das Gesetz verpflichtet, keine Entscheidung zu geben, die unverständlich, unvernünftig ist“ [67 b] 202. — Entsprechend betrachtet Kiß das richtergeschaffene Gewohnheitsrecht als mittelbaren Gesetzinhalt, gegründet entweder auf die ausdrückliche oder stillschweigende Verweisung des Gesetzes (B. G. B. §§ 242 und 157) auf die „Verkehrssitte“; oder subsidiär auf „ein im Gesetze zwar nicht ausgesprochenes, ihm dennoch innewohnendes Grundprinzip: das aequum et bonum“; s. Kiß [171 b] 466 f. und [171 c] 286 bis 287. — Gmür führt Schweizer. Bundesverf., Art. 113, und Z. G. B., Art. 1, Abschn. 1, an, um zu beweisen, daß es die Aufgabe des Richters nur ist, vorhandenes Recht anzuwenden, s. in Anm. 1 a. O. 77.

¹⁵⁾ So z. B. p. 44—46, wo gelehrt wird, daß Gesetzauslegung von den Anschauungen und Bedürfnissen der Anwendungszeit aus, nicht von denen der Entstehungszeit aus geschehen soll; das wird teils dogmatisch damit begründet, daß das Recht eine permanente Willenserklärung des ganzen Volkes ist, teils mit den politischen Argumenten, daß sonst schreiende Disharmonien entstehen würden, und daß es der Zweck des Gesetzes ist, dem Leben und der Rechtssicherheit zu dienen.

¹⁶⁾ Rumpf, in Anm. 1 a. O. 25.

einem Urteil gelangt sein. Es ist ja auch sehr gut möglich, daß er sich dabei gar nicht an das Recht kehrt, welches er anzuwenden hat“¹⁷⁾ 18).

Auch Jung wendet psychologische Gesichtspunkte an. In Übereinstimmung mit der üblichen freirechtlichen Lehre behauptet er die Unzulänglichkeit des Gesetzes und fragt nach der Quelle des Rechtes, das außerhalb des Gesetzes liegt. Aber im Gegensatz zur üblichen Auffassung, die verschiedene, dem Gesetz zur Seite gestellte, abstrakte, nicht-positive, subsidiäre Quellen aufstellt, behauptet Jung, daß das extralegale Recht ausschließlich in der konkreten Einzelentscheidung entstehe, indem der Richter auf das Rechtsgefühl zurückgreife¹⁹⁾. Auch in diesem Falle können wir uns Somló anschließen: „Es kann auch ebenso gut einfach Beschränktheit oder Pflichtvergessenheit maßgebend gewesen sein, und wenn wir das Rechtsempfinden als Rechtsquelle bezeichnen wollen, könnten wir den letztgenannten Beweggründen diese Bezeichnung auch nicht vorenthalten“²⁰⁾.

Ebensowenig wie eine individual-psychologische Untersuchung der Motive des Richters ist eine soziologische Bestimmung der sozialen Kräfte, die auf den Richter einwirken, für unser Problem entscheidend. Wüstenböcker wendet eine solche soziologische Methode an. Zuerst stellt dieser Verfasser als eine Tatsache fest, daß soziale Kräfte faktisch auf die Urteilsfällung einwirken: „Die gesellschaftlichen Kräfte beherrschen auch die Rechtsfindungstätigkeit des Richters und drücken seiner Normvorstellung unbewußt den Stempel des Zeitgemäßen, des Gegenwartdienlichen auf, so daß sie von der Normvorstellung vergangener Zeiten, vom geschichtlichen ‚Willen des Gesetzgebers‘ vielleicht abweicht.“ Darauf werden in einer eigentümlichen — aber in der Geschichte des Denkens häufig vorkommenden Wendung²¹⁾ — diese faktischen Gesetze zu normativen Forderungen gemacht. Der Verfasser fährt fort: „Diese beiden Grundtatsachen der Erkenntnis, die Herrschaft des Kollektiv-Gesellschaftlichen über das Individuelle und die Herrschaft des Gegenwartslebens über die Vergangenheit, liefern nun folgerichtig auch die Eckpfeiler für den Aufbau der normativen Auslegungslehre: die Rechtsfindung des Richters aus dem Gesetz muß erstens gesellschaftlich orientiert sein und zweitens auf die Ordnung der Gegenwart abgestellt“²²⁾. Es muß ein metho-

¹⁷⁾ Somló, in Anm. 1 a. O. 420.

¹⁸⁾ S. auch Gnaeus Flavius, in Anm. 1 a. O. 21.

¹⁹⁾ Jung, in Anm. 1 a. O. 478—479, vgl. 512.

²⁰⁾ In Anm. 1 a. O. 421.

²¹⁾ S. Simmel, Einleitung, 70—72.

²²⁾ In Anm. 1 a. O. 300.

disches Rätsel bleiben, wie es möglich ist, daß, was an sich notwendig ist, in normative Forderungen zu überführen.

Im Vorangehenden haben wir eine naturrechtliche, eine positiv-gesetzliche, eine psychologische und eine soziologische Methode besprochen. Dies gibt uns Veranlassung zu folgenden Bemerkungen:

Was zum ersten die positiv-gesetzliche Methode angeht, so erscheint dieser Standpunkt auf den ersten Blick berückend. Wie kann man erwarten, eine bessere Grundlage für die Lösung eines rechtlichen Problems zu finden, als in dem Gesetze? Bei näherem Nachsehen wird es sich aber zeigen, daß dieser Standpunkt notwendigerweise eine *petitio principii* involviert. Es muß allgemein gelten, daß, wenn man die Frage nach dem Verhältnis zwischen zwei Instanzen stellt, die Lösung prinzipiell in einer dritten gesucht werden muß. Suchte man sie nämlich in einer der beiden, so hätte man damit von vornherein vorausgesetzt, daß diese formal allein entscheidend wäre — man hätte also eine Lösung des Problems vorausgesetzt, das gestellt ist. Jede von hier aus deduzierte materielle Lösung wird deshalb nur eine materielle Erfüllung der formalen Voraussetzung, d. h. eine *petitio principii* bedeuten. Wollte man den Satz, daß das Gesetz für den Richter verbindend ist, im Gesetz begründen, so hätte man damit vorausgesetzt, daß eben dieser Paragraph für ihn bindend war. Der Versuch, diese Schwierigkeit zu umgehen, indem man sich einen Paragraphen denkt, der sich zugleich selbst bindende Kraft gegenüber dem Richter beilegte, ist eine logisch unmögliche Konstruktion, da ein Satz logisch nichts von sich selber aussagen kann. In einem guten Bilde führt Reichel aus, daß der Versuch, die bindende Kraft des Gesetzes gegenüber dem Richter im Gesetze selber zu binden, an die Antwort erinnert, die ein kleiner Knabe gab, als man ihn fragte, weshalb er seinem Vater gehorchen sollte: „Ja, weil Vater das gesagt hat!“ Ganz entsprechend steht es mit der Auslegung. Jede im Gesetz enthaltene Auslegungsregel muß selber einer Auslegung unterworfen werden und setzt damit ein extra-legales Auslegungsprinzip voraus.

Was sodann die anderen Methoden angeht, so liegt natürlich nichts im Wege, daß das Problem des Verhältnisses des Richters zum Gesetz sich sowohl von einem ethisch-politischen (naturrechtlichen) als auch von einem soziologischen (resp. psychologischen) Gesichtspunkt aus untersuchen läßt. Man muß nur daran denken, daß man auf diesen Wegen notwendigerweise in Politik (Ethik, Naturrecht) resp. Soziologie (Psychologie) und nicht — im Recht endet. Wie überall gilt auch in diesem Einzelfall, daß der politischen oder soziologischen (resp. psychologischen) Frage logisch eine rechtstheoretische Frage vorausgehen muß, woran

erkannt werden kann, daß etwas „Rechtsanwendung“ ist. Die Frage nach dem Verhältnis zwischen Richter und Gesetz ist deshalb als spezifisch rechtliches Grundproblem eine rechtstheoretische. Sie betrifft das Verhältnis zwischen den einzelnen Stufen innerhalb der Stufenfolge des Rechtes und lautet: Wie ist es möglich, und welche sind die Bedingungen dafür, daß man etwas als „Rechtsanwendung“ (niedrigere Stufe) im Verhältnis zum Gesetz (höhere Stufe) erkennt? In welchem normlogischen Verhältnis steht die niedrigere Stufe zu der höheren? Wo verläuft die genaue Grenze zwischen der höheren und der niedrigeren Stufe?

3. Die unter Nummer 2 dargestellte methodische Kritik enthält in der Hauptsache die verschiedenen freirechtlichen Versuche, eine gewisse freie Stellung für den Richter zu begründen. Eine prinzipiell richtige Methode folgt dagegen der herrschenden Syllogismustheorie sowohl wie der normativen Jurisprudenz, die im wesentlichen diese voraussetzt. Wenn man doch nicht diesen letzteren Theorien sich anschließen kann, so liegt das nur daran, daß man die Rechtstheorie nicht anerkennen kann, auf der sie beruhen. Für eine immanente Kritik müssen sie als unangreifbar anerkannt werden.

Der herrschende Positivismus beruht auf dem rechtstheoretischen Dogma, daß alles Recht Gesetzgeberwille ist. Von dieser Voraussetzung aus ist es nur konsequent, das Urteil als einen Syllogismus zu betrachten. Es wird hiermit ausgedrückt, daß das Urteil nur als Recht erkannt werden kann, soweit es sich als eindeutig objektiv bestimmbare Manifestation des Gesetzgeberwillens darstellt. Die Funktion des Richters ist deshalb ausschließlich eine erkennende (vgl. „Syllogismus“); daß er das Recht anwendet, will nur besagen, daß er es wiederholt. Es „existierte“ bereits vorher eindeutig, objektiv bestimmbar. Das Verhältnis zwischen Gesetz und Richter wird hiernach normlogisch ein dezidiertes Über- und Unterordnungsverhältnis in erkenntnistheoretischer Bedeutung. Es kann in der Entscheidung nichts sein, das nicht schon im Gesetze war. Gegenüber dem unbestreitbaren Faktum, daß das Urteil sich nicht immer als direkt von dem Gesetztext abgeleitet verstehen läßt, hilft sich die Syllogismustheorie mit einer Hilfstheorie: durch Auslegung und Lückenausfüllung übt der Richter eine weitergehende Tätigkeit zur Erkenntnis des wirklichen Gesetzgeberwillens aus. Der Gesetzestext kann mangelhaft sein, der wirkliche Gesetzgeberwille nicht. Auf diese Weise glückt es, die Syllogismustheorie aufrecht zu erhalten.

Die normative Jurisprudenz, die den Positivismus auf kritischer Grundlage weitergeführt hat, ist in diesem Punkte nicht wesentlich

über die Syllogismustheorie hinausgekommen. Das liegt daran, daß ihre Rechtstheorie, trotz kritischer Ausbildung, einen einseitigen systemlogisch-deduktiven Charakter behalten hat (vgl. X, Anm. 75.). Sie hat sich nicht imstande erwiesen, von der verworrenen Sprache des Freirechtes aus seinen innersten — von ihm selbst nie klar erkannten — Kern von Wahrheit herauszulösen: daß das Recht auch induktiv, voraussetzungsweise entstehen kann; daß der Richter (normlogisch-induktiv) recht-schaffend sein kann.

Als Repräsentanten der normativen Jurisprudenz sollen Verdroß und Merkl besprochen werden²³⁾.

Diese beiden Verfasser wenden richtig eine rechtstheoretische Methode an. Merkl — der das Auslegungsproblem behandelt hat — führt ausdrücklich an, daß die letzte Grundlage für eine Auslegungslehre nicht in dem Inhalt des positiven Rechts gesucht werden kann, sondern nur in einer Rechtstheorie²⁴⁾. Was Verdroß angeht, so folgt dasselbe daraus, daß seine Argumente in letzter Instanz darauf zurückführen, unter welchen Bedingungen es möglich ist, das Urteil als Recht zu erkennen²⁵⁾.

Verdroß²⁶⁾ teilt durchaus die Neigung der normativen Jurisprudenz, Recht und Gesetz zu identifizieren. „Nicht in Gesetzform erschei-

²³⁾ Ein Anlauf zu einer rechtstheoretischen Methode findet sich schon bei Oskar Bülof in seiner vortrefflichen Abhandlung „Gesetz und Richteramt“, 1885, indem der Verfasser seine These von der recht-schaffenden Funktion des Richters mit der Konkretisation begründet, die notwendigerweise in der Urteilsfällung erfolgt, a. a. O. 6, 10, 42—44. Auch Gmür ist auf dem richtigen Wege, wenn er, nachdem er den abstrakten Charakter des Gesetzes geschildert hat, sagt: „Die Befehle des Gesetzes sind in den wenigsten Fällen unmittelbar auf die Rechtsfälle anwendbar; sie müssen spezieller lauten, wenn diese ohne weiteres unter sie subsumiert werden sollten. Es ist daher bei der Rechtsanwendung eine für den konkreten Fall direkt zutreffende Rechtsbestimmung, die genauer als die textliche lautet, zu suchen . . .“, in Anm. 1 a. O. 73. Inzwischen hindern die dogmatischen Anschauungen des Verfassers über die Aufgaben des Richters ihn, diesen Gedanken weiter zu führen. Vgl. oben Anm. 14.

²⁴⁾ In Anm. 1 a. O. 357 f.

²⁵⁾ In Anm. 1 a. O. 624. Ein Rest der positivrechtlichen Problemstellung findet sich noch bei Verdroß, soweit er damit argumentiert, was der Richter seinem Amte gemäß zu tun verpflichtet ist, a. a. O. 626 und 636. Ob dem Richter gegenüber Strafe oder Exekution eintreten kann, ist eine positivrechtliche Frage, die für das rechtstheoretische Problem der Stellung des Richters zum Gesetze irrelevant ist.

²⁶⁾ Persönliche Bekanntschaft mit dem Verfasser berechtigt mich zu der Annahme, daß der Verfasser die hier angeführte Anschauung nicht mehr festhält; da indessen nur die Literatur als Forum der wissenschaftlichen Diskussion gelten kann, und da zugleich die erwähnte Anschauung für die deduktive Systemlogik der normativen Jurisprudenz in besonders hohem Maße charakteristisch ist, so kann ein solches privates Wissen nicht berücksichtigt werden.

nende Normen können . . . im Gesetzesstaate keine Rechtsnormen sein“, erklärt dieser Verfasser. „Denn es ist rechtslogisch unmöglich, daß gleichzeitig zwei formell aus verschiedenen Quellen fließende Normen Recht und Staatswille seien. Es waren dann nämlich zwei souveräne Normensysteme vorhanden, die sich aufeinander nicht zurückführen ließen und der Rechtsanwender stünde zwei gleichberechtigten Autoritäten gegenüber“²⁷⁾. Der Verfasser weist auch den Gedanken ab, die formale Einheit von Gesetz und Gewohnheitsrecht in einer gemeinsamen höheren Quelle zu finden; denn „auch diese Rechtsnorm mußte entweder gesetzt oder ungesetzt sein, also entweder als Gesetz oder als Gewohnheitsrecht erscheinen“²⁸⁾. Man muß deshalb nach Verdroß entweder für Gesetz oder für Gewohnheit optieren. „In Gesetzesstaaten kann nun kein Zweifel bestehen, daß jede in Nichtgesetzesform erscheinende Norm keine Rechtsnorm ist. Denn jedes Organ wird auf die Gesetze beeidet, und zur unbedingten Anwendung derselben verpflichtet, ohne danach prüfen zu dürfen, ob das Gesetz nicht vielleicht schon durch Gewohnheitsrecht aufgehoben sei“²⁹⁾. Diese Rasonnementskette ist falsch. Abgesehen davon, daß das Argument, das aus dem Eid des Richters hergeholt ist, rechtstheoretisch bedeutungslos ist, muß dem gegenüber angeführt werden, daß normlogisch nichts im Wege ist, eine Mehrheit von Rechtsquellen anzunehmen. Es ist nicht richtig, wenn Verdroß anführt, daß die gemeinsame übergeordnete Quelle selber entweder Gesetz oder Gewohnheit sein muß. Als logischer Erkenntnisgrund für diese ist das Einzige, was sie nicht sein kann, eben Gesetz oder Gewohnheit. Verdroß identifiziert hier unrichtig diese Begriffe mit gesetztem und ungesetztem Recht. Aber dies ist nur ein äußeres Kennzeichen, irrelevant im Verhältnis zu dem logischen Konstitutionsbedingungen. Die übergeordnete Quelle ist als logisch primär notwendigerweise „*sui generis*“ im Verhältnis zu Gesetz und Gewohnheit. Sie ist im Verhältnis zu ihnen Grundnorm. Indem sie die Bedingungen angibt, unter denen die formale Einheit zuwege gebracht wird (z. B. gegenseitige Derogation, unbedingt nach Zeit oder bedingt auf die eine oder andere Weise), garantiert sie die Einheit des Rechtssystems.

Auf dieser Grundlage gelangt Verdroß dazu, prinzipiell die Subsumptionstheorie der herrschenden Lehre anzuerkennen. Bloß mit der, freilich besonders wichtigen, Abweichung, daß er richtig einsieht, daß eine vollständige inhaltsmäßige Determination der konkreten Entschei-

²⁷⁾ In Anm. 1 a. O. 625.

²⁸⁾ A. a. O. 626.

²⁹⁾ A. a. O. 626.

ding des Richters niemals durch die abstrakten Bestimmungen des Gesetzes möglich ist. Die klaren Worte des Gesetzes bezeichnen einen Rahmen, über den der Richter nicht hinausgehen kann. Innerhalb dieses Rahmens ist alles in gleichem Grade durch das Gesetz determiniert und jede Lösung rechtlich möglich. „Für die inhaltliche Ausfüllung der Ermessenssphäre können daher nur außerrechtliche Normen gelten“³⁰⁾. Das Rahmenintervall wird durch des Richters freies (d. h. rechtlich freies) Ermessen ausgefüllt. Verdroß' Theorie kann hiernach als eine Subsumptions-Konkretisationstheorie bezeichnet werden. Wenn nun eine prätendierte Urteilsfällung faktisch die klaren Worte des Gesetzes überschreitet, so bleiben für Verdroß nur zwei Möglichkeiten: entweder ohne Bedenken ihre Rechtsqualität zu bestreiten, oder die Merkl'sche Lehre von der „Fehlerkalkül“ anzunehmen, wonach eine besondere Norm dem systematisch ungültigen Akt dieselben Rechtswirkungen beilegt, wie wenn er gültig gewesen wäre. Da aber auch diese Fehlerkalkülnorm ausdrücklich im Gesetze vorliegen muß, so ist Verdroß genötigt, damit die absurden Konsequenzen auf sich zu nehmen, die aus der Merkl'schen Lehre für den — gewöhnlichen — Fall folgen, daß sich im Gesetz nicht ein solcher Fehlerkalkülparagraph findet.

Merkl behandelt speziell das Auslegungsproblem. Er betont richtig, daß das Fundament der Auslegungsfrage außerhalb des positiven Rechts, des Gesetzes, selber gesucht werden muß; denn jede positive Regel fordert ihre Auslegung. Jede positive Auslegungsregel kann nur abgeleitete Bedeutung im Verhältnis zu dem Prinzip haben, das diesen Sätzen selber erst ihre Bedeutung gibt.

Als solches erstes, einziges, notwendiges Auslegungsprinzip nennt Merkl das grammatisch-logische. Jedes andere Prinzip kann nur in Betracht kommen, soweit es im Gesetz vorhanden ist. Dies geschieht mit folgender eigentümlicher Begründung: „Diese primäre Rolle der grammatisch-logischen Interpretation gründet sich — was, wie sehr es auch in die Augen springen mag, immer wieder übersehen wird — darauf, daß sie als nichts denn die Berücksichtigung der dem Gesetze eigenen Ausdrucksmittel erscheint. Tritt doch das Gesetz in der Sprach- und Denkform auf und schließt damit, was die Theorie der Sprache und des Denkens lehrt, stillschweigend wie selbstverständlich in sich ein“³¹⁾. Dieses Argument beruht auf der Voraussetzung, daß es letzter Instanz dem Gesetze als etwas mehr, als etwas „hinter“ der bloßen

³⁰⁾ A. a. O. 639.

³¹⁾ Merkl, in Anm. 1 a. O. 551.

Wortbedeutung zukommt, das Auslegungsprinzip zu bestimmen. Hierzu paßt auch, daß Merkl kurz darauf geradezu davon spricht, daß Grammatik und Logik „kraft einer Verweisung des Gesetzes“ gelten. Dies zwingt zu der Annahme, daß das Gesetz als delegierende Instanz vor seinem logisch-grammatischen Wortlaut existiert — als ein „tieferer“ Wille, der sich darin äußert, daß er die Sprache zu seinem Ausdrucksmittel gewählt hat. Diese Auffassung — die augenscheinlich in Merkl's normlogischen System ein rudimentärer Überrest der dogmatischen Auffassung von dem Gesetze als einem Ausdruck für einen hinter diesem liegenden Willen ist — führt Merkl zu einem dogmatischen Positivismus zurück. Seine Lehre, die als der strengste Kritizismus aufgebaut ist, entschleiert sich hier als ein Kryptodogmatismus, eine dogmatische Gesetzvergötterung.

Im übrigen schließt Merkl sich der Rechtsanwendungstheorie von Verdroß an³²⁾. Die logisch-grammatischen Rahmen bilden die absolute Grenze, über die der Richter nicht hinausgehen, das Urteil nicht als Recht erkannt werden kann. Jedes Judizieren praeter oder contra legem ist für diesen Verfasser eine juristische Unmöglichkeit. „Die Lehre von der Richterfreiheit, wofern diese das Judizieren praeter und contra legem besagen soll, [ist] falsch und wird selbst von dem als falsch anerkannt, der sich mitunter mit dem Faktum eines solchen Judizierens abfindet. Die Praxis kann man billigen — (das ist eben keine juristische, sondern eine ethische Billigung) — und dabei sich völlig ihrer Unvereinbarkeit mit dem strengen[?] Rechte bewußt sein“³³⁾. Besonders Merkl ist unermüdlich, mit doktrinärer Konsequenz das von der Wissenschaft erkannte Recht trotz jeder sozialen Wirklichkeit zu behaupten. Merkl's kühner Denkermut, der nicht nach „praktischen“ Resultaten zielt, muß in seiner Weise Bewunderung erwecken. Nur kann man nicht das Gefühl los werden, daß seine heroische Unerschrockenheit in dieser Verbindung etwas phantastisch und verfehlt wirkt. Das „positive Gesetz“, für das Merkl so tapfer kämpft als ein Ritter ohne Furcht und Tadel, ist ja doch nur ein Gespenst, ein dogmatisches Idol, eine system-relative Figur. Merkl's desparater Wirklichkeitstrotz ist edel, aber unnötig. Er ist der Don Quichote der normativen Jurisprudenz, der nicht gegen, sondern für Windmühlen kämpft.

Ein bedeutend längeres Stück über die Subsumptionstheorie hinaus ist Felix Somló gekommen.

Wohl nimmt Somló an, daß alles Recht von einem obersten Befehlenden, der Rechtsmacht, ausgeht, und daß deshalb die Stellung des

³²⁾ A. a. O. 544—545.

³³⁾ 546.

Richters formal in einer absoluten Unterordnung unter die Rechtsmacht besteht³⁴). Etwas anderes ist es, daß die Rechtsmacht selbst, entweder ausdrücklich durch das Gesetz, oder stillschweigend durch das Gewohnheitsrecht dem Richter eine freiere Stellung einräumen kann. Welche, läßt sich natürlich nicht von vornherein entscheiden, sondern beruht ausschließlich auf dem Rechtsinhalt eines gegebenen Systems. Nachdem der Verfasser verschiedene denkbare und empirisch vorkommende Ordnungen der Pflicht des Richters gegenüber dem Gesetz geschildert hat, fährt er fort: „Diese verschiedenen Verpflichtungen des Richters . . . können nun wieder insgesamt entweder ausdrücklich oder im gewohnheitsrechtlichen Wege von der Rechtsmacht gesetzt sein“³⁵). In der Regel wird sich die Lösung als Gewohnheitsrecht finden.

Aber hierzu kommt eine sehr wesentliche Modifikation. Es geht nämlich aus Somló's Rechtslehre im übrigen hervor, daß die Rechtsnorm nicht direkt von der Rechtsmacht auszugehen braucht. Auch untergeordnete Instanzen können, wenn sie dazu von der Rechtsmacht ermächtigt sind, als sekundäre Quellen Recht setzen, entweder direkt (gesetzt) oder durch konkludente Akte (Gewohnheitsrecht). Nun erhebt sich die wichtige Frage, ob das Gewohnheitsrecht, das normal für die Stellung des Richters bestimmend ist, sowohl primär wie sekundär sein kann. Somló hat nicht selber ausdrücklich diese Frage beantwortet, aber von seinem System aus muß sich folgende Lösung ergeben: Wenn sich eine primäre, oder eine dem Richter übergeordnete sekundäre Gewohnheit findet, so ist die Frage hiermit entschieden. Aber „wenn sich diesbezüglich in einem gegebenen Rechtssystem tatsächlich keinerlei nähere Bestimmungen, weder ausdrückliche, noch gewohnheitsrechtliche, vorfinden, so ist es danach dem Richter anheimgestellt, auch die Grundsätze der Rechtsergänzung zu finden, mithin das Recht auch nach dieser Seite hin zu ergänzen“³⁶). D. h. in diesem Fall finden die Auslegungsregeln ihren Inhalt in einer sekundären, von dem Richter selbst ausgehenden Gewohnheit, aber ihre letzte verpflichtende Kraft beruht doch auf der primären Gewohnheit, die ohne Einwendung die Vorgangsweise des Richters akzeptiert³⁷). Auf diese Weise glückt es Somló, den Satz aufrecht zu erhalten, daß die Stellung des

³⁴) Ich erlaube mir eine leichte Idealisierung der Darstellung Somló's, indem ich die letzte Konsequenz aus seiner Theorie ziehe. Somló selbst scheint die Frage als eine rein positivrechtliche anzusehen.

³⁵) Somló, in Anm. 1 a. O. 390.

³⁶) A. a. O. 397.

³⁷) S. ganz entsprechende Fälle, wo Somló ausdrücklich diesen Gesichtspunkt zur Anwendung bringt, a. a. O. 356.

Richters ausschließlich auf Grundlage des positiven Rechtes selber bestimmt wird — also deduktiv von den Befehlen der Rechtsmacht. Aber der Inhalt dieses Rechts kann von dem Richter selbst als subsidiäre Rechtsquelle geschaffen werden. Die „von oben“ kommende Delegation hierzu ist inzwischen nur die nachfolgende, stillschweigende, die darin liegt, daß die Rechtsmacht keinen Einspruch erhebt. In Wirklichkeit ist nur herzlich wenig von dem deduktiven Gesichtspunkt übriggeblieben: eine nachfolgende, stillschweigende Generaldelegation: so können wir ebenso gut offen erkennen, daß der Richter auch induktiv rechtsschaffend sein kann. Unter Somló's Händen hat die deduktive Systemlogik sich in eine nichtssagende Tautologie verwandelt³⁸).

Betrachten wir nun Verdroß', Merkl's und Somló's Theorien zusammen, so haben wir einen neuen Beweis dafür, daß die streng deduktive Betrachtungsweise sich entweder selber *ad absurdum* führt, oder zu einer stets da seienden, vorausgesetzten Generaldelegation verflüchtigt, sich in einer nichtssagenden Tautologie auflöst³⁹).

4. Von der von uns vertretenen Rechtslehre aus ist die letzte Rechtsquelle, d. h. der Erkenntnisgrund für etwas als Recht, das System, d. h. die gegenseitige Zusammenordnung als normativer Ausdruck für eine entsprechende Sozialtotalität von Handlungen. Von dieser Grundlage aus muß es als eine Einseitigkeit erscheinen, die Rechtssprechung ausschließlich als eine Anwendung des Gesetzes in dem Sinne zu betrachten, daß sein Rechtscharakter sich ausschließlich auf das Gesetz begründet und mit dessen Grenzen abgegrenzt ist. Die juristische Wahrheit liegt in der Zusammenordnung. Ebenso wie es daher berechtigt ist, zu sagen, daß Praxis Recht ist, weil sie auf dem Gesetz beruht, kann man auch sagen, daß das Gesetz Recht ist, weil — es in der Praxis angewendet wird⁴⁰). Mit demselben Rechte, mit dem man behaupten kann, daß die Stellung des Richters auf einer Delegation vom Gesetzgeber beruht, kann man umgekehrt behaupten, daß die Macht des Gesetzgebers auf einer Rezeption bei dem Richter beruht. Keiner von ihnen ist „der Erste“ in absolutem Sinne. Die Stellung beider beruht in letzter Instanz auf dem System. Wenn man doch in gewissem Sinne von dem Gesetze als der Urteilsfällung „übergeordnet“ sprechen kann, so beruht das

³⁸) Somló's fiktive Delegation ist in Wirklichkeit Ausdruck für die Systembeziehung der Urteilsfällung.

³⁹) Vgl. oben X, Anm. 75.

⁴⁰) Umgekehrt gehen Salmond und Gray zu weit nach der anderen Seite, wenn sie das Recht als „the rules which the courts . . . lay down for the determination of legal rights and duties“ definiert, s. hierüber IV, Exkursus A, bei Anm. 75 und p. 111.

darauf, daß es sich in seiner abstrakt-generellen Formulierung als Voraussetzung für die konkrete Urteilsnorm denken läßt, die sich von der Gesetznorm ableiten läßt. Die Urteilsfällung kann — und wird häufig — sich als eine untergeordnete Anwendung des Gesetzes (d. h. als Konkretisation innerhalb seines Rahmens) darstellen: aber notwendig ist das nicht für die rechtliche Erkenntnis. Wenn nämlich ein Widerstreit zwischen dem Gesetz und einer prätendierten rechtlichen Entscheidung vorliegt, so ist es nach dem Vorgehenden keineswegs ein notwendiger Schluß — wie die deduktive Richtung annehmen will — die Geltung des Gesetzes zu behaupten und den Rechtscharakter des Urteils als aus dem Gesetz nicht deduzierbar zu verkennen. Formal ist der entgegengesetzte Standpunkt, der die Urteilsfällung als Recht festhält und das Gesetz als eine falsche Rechtsabstraktion verkennt, ebenso möglich. Welcher dieser beiden Schlüsse im einzelnen Falle berechtigt ist, läßt sich nicht allgemeingültig, generell entscheiden. Das hängt von den Umständen ab. Das Entscheidende ist, welche der Lösungen die Systemeinheit zum Ausdruck bringt. Praktisch bedeutet das, daß, wenn die Entscheidung befolgt wird, d. h. wenn eine Reihe anderer Normen unter Voraussetzung ihres Rechtscharakters gesetzt wird; und wenn nicht eine andere Reihe Normen gesetzt wird, die sich auf die Unrechtmäßigkeit der Entscheidung gründen — in diesem Fall das System sich mit der Entscheidung als rechtmäßig assimiliert haben wird und das Gesetz zurückstehen muß (XI, 4 c).

Hat man erst die einseitige deduktive Betrachtungsweise überwunden, so ergibt sich als eine natürliche Folge, daß das Verhältnis zwischen Urteilsfällung und Gesetz nicht ein absolutes Über- und Unterordnungsverhältnis ist, sondern ein Beiordnungsverhältnis, wenn es sich auch meistens so formen wird, daß das Urteil sich deduktiv unter das Gesetz fügt. Beide sind sie dem System untergeordnet, der letzten entscheidenden Instanz dafür, wie die Beiordnung stattfindet.

Auf dieser Grundlage versteht man, was es bedeutet, und in welchem Grade die Tätigkeit des Richters rechtschaffend ist. Zuerst muß jede soziologische Bedeutung in dieser Verbindung von dieser Aussage fortgehalten werden. Recht „schaffen“ bedeutet in rechtstheoretischer Hinsicht ausschließlich, den Erkenntnisgrund für etwas als Recht setzen. Nun ist klar, daß die Tätigkeit des Richters — ebenso wenig wie die des Gesetzgebers — niemals letzter Erkenntnisgrund ist. Das ist nur das System. Es kann höchstens von einer systembedingten Erkenntnis — sowohl was den Richter wie den Gesetzgeber angeht — die Rede sein.

Dieses Verhältnis wird in der normativen Jurisprudenz so ausgedrückt, daß material jede Stufe in der Stufenfolge des Rechtes — auch

das Urteil — rechtschaffend ist, indem sie materiell ein von der übergeordneten Stufe ausgestelltes Blankett ausfüllt, das zwar innerhalb engerer (Urteilsfällung) oder weiterer Grenzen (die Gesetzgebung) liegen kann. Formal dagegen ist jede Instanz — auch die Gesetzgebung — bloß rechtsanwendend, weil ihre Tätigkeit eben darin besteht, eine zugewiesene Ermächtigung anzuwenden. Nur die Grundnorm ist formal rechtschaffend⁴¹⁾. In Somló's Terminologie wird dasselbe so ausgedrückt, daß dem Richter eine selbständige rechtschaffende Tätigkeit bestritten wird, da diese formal stets als auf einer Delegation von der Rechtsmacht beruhend, angesehen werden muß⁴²⁾.

Der Fehler in dieser Darstellung liegt in der falschen Annahme, daß das System sich nur in einer deduktiven Logik offenbaren kann, und daß der Richter (die untergeordnete Instanz) deshalb material rechtschaffend nur innerhalb des durch das Gesetz (die übergeordnete Instanz) bestimmten abstrakten Rahmens rechtschaffend sein kann. Wie wir gesehen haben, kann sich das System ebensowohl induktiv zusammenordnend äußern und in diesem Fall ist das Urteil auch außerhalb des Rahmens des Gesetzes rechtschaffend. In Wirklichkeit ist auch Somló zu dieser Erkenntnis gelangt. Die „Rahmenausfüllung“ kann nach seiner Lehre in der „Ausfüllung“ einer bloß nachfolgenden stillschweigenden Generaldelegation bestehen.

Zusammenfassend können wir feststellen: es liegt in der Natur der Erkenntnis, daß der Richter stets innerhalb des durch das Gesetz bestimmten Rahmens rechtschaffend sein muß⁴³⁾. Eine vollständige Determination ist, wie Verdross ausgezeichnet nachgewiesen hat, im Gesetz unmöglich. Weiter folgt aus der Natur der rechtlichen Erkenntnis, daß stets eine Möglichkeit vorliegt, daß der Richter auch außerhalb der abstrakten Grenzen des Gesetzes rechtschaffend ist. In diesem Fall liegt induktives, voraussetzungsweise entstandenes, direkt systembezogenes Recht vor. Ob diese Möglichkeit realisiert wird oder nicht, ist eine faktisch-soziologische Frage⁴⁴⁾.

⁴¹⁾ Verdross, Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers, 483.

⁴²⁾ Somló, in Anm. 1 a. O. 397 und 398.

⁴³⁾ Auslegungsregeln verschieben höchstens die Rahmen, s. hierüber unten no. 5 und 6. Hieraus folgt, wie Verdross in Anm. 41 a. O., ausgezeichnet nachgewiesen hat, daß kein prinzipieller Unterschied zwischen der urteilenden und der verwaltenden Funktion bestehen kann. Die herrschende Lehre, nach der der Richter bloß das vorliegende Recht anwendet, während der Verwaltungsbeamte die Verwaltungsakte unter Ausübung freien Ermessens setzt, ist deshalb falsch.

⁴⁴⁾ Über die rechtschaffende Tätigkeit des Richters, s. im übrigen IV, 6 und 8, XI, 4 c, XII, 2. Es ist zu verstehen, daß die rechte Erkenntnis erst in Ländern mit nicht-kodifiziertem Recht erlangt wird; s. über Austin IV, 6 und 8.

5. Die Syllogismustheorie wird nicht völlig widerlegt sein, bevor wir uns mit der Lehre von der Auslegung und Lückenausfüllung auseinandergesetzt haben. Auf diese wird nämlich die herrschende Lehre in all den Fällen zurückgreifen, wo ein Urteil vorliegt, das sich anscheinend als Deduktion aus dem Gesetzestext nicht verstehen läßt.

Die Auslegungs- und Lückenausfüllungslehre beruht auf der Voraussetzung, daß es möglich ist, eine richtigere und vollständigere Rechtskenntnis zu erlangen, als die, die unmittelbar aus den Gesetzesworten hervorgeht. Diese sind nur ein möglicherweise mangelhafter Ausdruck für einen hinter ihnen liegenden Willen, das wahre Recht. Von dieser tiefer liegenden Grundlage aus ist es — nach der herrschenden Lehre — möglich, stets das Urteil als reine Anwendung anzusehen.

Man hat eine Unzahl von Auslegungstheorien aufgestellt. Man teilt sie gern in die subjektiven und die objektiven ein. Die ersteren bestimmen es als Aufgabe der Auslegung, den wirklichen Willen des Gesetzgebers herauszubekommen. Die letzteren behaupten dagegen, daß es darauf ankomme, was das Gesetz selbst will, was seine objektive Bedeutung ist, und dies hängt wieder von den gegebenen sozialen Verhältnissen ab, die sich mit der Zeit ändern. In dem Gesetz ist der Gesetzgeber sozusagen von seinem Ursprung losgerissen und lebt nun sein eigenes Leben. Als Maßstab für die Auslegung wird von dieser Auffassung aus gern ein Kriterium angegeben, das durch das soziale Milieu bestimmt ist, z. B. „die Meinung der Allgemeinheit der verständigen Männer“⁴⁵⁾ oder dergleichen.

Die subjektive Auffassung ist in neuerer Zeit besonders von Geny und Bierling vertreten worden⁴⁶⁾. Von den Anhängern der objektiven Theorie können unter den älteren besonders Kohler, Reuterskiöld und Binding genannt werden. In neuerer Zeit wurde die Theorie eingehend in monographischen Abhandlungen von Danz, Lukas, Wüstendörfer und Carl Schmitt verteidigt⁴⁷⁾. Eine Zwischenstellung nimmt Heck in einem ausführlichen Werke über „Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz“ ein. Er vertritt prinzipiell eine subjektive Theorie, aber zum Unterschied von der älteren Formulierung betont er, daß der „Wille des Gesetzgebers“ nach seiner Lehre nicht einen wirklichen, psychologischen Willen bedeutet, sondern eine normative Figur, eine Personifikation

⁴⁵⁾ Danz, Richterrecht, p. 199, vgl. 187—188.

⁴⁶⁾ Geny, in Anm. 1 a. O. I. 251, 263; Bierling, Juristische Prinzipienlehre, Bd. IV, § 53.

⁴⁷⁾ S. Anm. 1.

der Interessen, die das Gesetz erzeugt haben, die sogenannten kausalen Interessen⁴⁸⁾.

Es wäre eine umfangreiche Aufgabe, in diese umfassende Diskussion über das Prinzip der Auslegung einzugreifen. Und für unsere Aufgabe wäre es gänzlich zwecklos. Denn, welchen Wert diese Theorien auch als Rechtspolitik haben mögen — als Rechtstheorie, für die sie ausgegeben werden, sind sie infolge der Methode, die befolgt wird, oder der dogmatischen Rechtstheorie, die zugrunde gelegt wird, von vornherein wertlos. Die Diskussion ist hier ein Tummelplatz für politische Postulate, die sich bis zum Absoluten erheben, und dogmatisch-„notwendige“ Konstruktionen.

Die Verfasser, die die streng subjektive Auslegungsmethode vertreten, stützen sich vorzugsweise auf eine dogmatisch-rechtstheoretische Methode, indem sie aus dem Dogma von dem Rechte (Gesetze) als dem Willen des Gesetzgebers schließen, daß die Auslegung sich notwendigerweise darauf richten muß, diesen Willen zu erkennen. So leitet z. B. Geny seine Theorie aus der „raison d'être“ des Gesetzes und dem Grund zu seiner „force obligatoire“ ab⁴⁹⁾. Die Verfasser umgekehrt, die eine objektive Auslegung in Übereinstimmung mit den wechselnden Bedürfnissen und den Bewertungen der Zeit vertreten, wenden vorzugsweise eine rein politische Methode an, um das Angemessene, Nützliche in der objektiven Auslegungsmethode zu zeigen; ihren „notwendigen“ Charakter holt sich die Theorie in diesen Fällen durch eine Deduktion aus dem „Zweck“ des Gesetzes und der Rechtsanwendung, dem „Wohl des Gemeinwesens“ oder dergleichen⁵⁰⁾. Alles dies ist und bleibt Politik. Aber selbst als Politik betrachtet, enthalten diese Theorien eine rechtstheoretische Voraussetzung, zu der wir uns stellen müssen. Das ist der Begriff der Auslegung selbst. Die behandelten Theorien sind sich alle darin einig, daß Auslegung eine Tätigkeit ist, die, richtig ausgeführt, zu objektiv eindeutiger Bestimmung der wahren Bedeutung des Gesetzes und seiner Anwendung auf konkrete Einzelfälle führt. Etwas anderes ist, daß die Möglichkeit eines subjektiven Irrtums vorliegt. Aber wird das Gesetz richtig ausgelegt, und wird die Deduktion

⁴⁸⁾ Heck, in Anm. 1 a. O. 8, 65. So in Wirklichkeit auch Reichel, Gesetz und Richterspruch, 75 f., obgleich er Hecks Lehre bekämpft. Reichel hat diese nur nicht richtig verstanden.

⁴⁹⁾ Geny, in Anm. 1 a. O. I. 263.

⁵⁰⁾ S. z. B. Gmür, oben Anm. 15; s. auch Reuterskiöld, Über Rechtsauslegung, p. 64—65, wo ein objektives Auslegungsprinzip in Übereinstimmung mit der allgemeinen Rechtsüberzeugung damit begründet wird, daß das Gesetz in höherem Maße ihr Produkt ist, als das des Gesetzgebers.

korrekt vorgenommen, so müssen notwendigerweise zwei verschiedene Richter zu demselben Resultat gelangen. Denn eben hierin liegt ja die Bedeutung der Auslegung: sie macht es möglich, die Funktion des Richters als rein rechtsanwendend zu betrachten; der Auslegungsprozeß läßt sich logisch in zwei Stufenfolgen denken. Zuerst wird die wahre Meinung der Gesetzworte in ihrer abstrakt vorliegenden Form bestimmt. Dann erfolgt der Übergang zu dem Konkreten. Auslegung, wie dieser Begriff im allgemeinen verstanden wird, bedeutet in Wirklichkeit, selbst wenn man dies in der Regel nicht einsieht, eine gedachte, antizipierte Rechtskonkretisation. Aber eine solche Tätigkeit kann unmöglich auf einem objektiv logischen Prozeß beruhen; denn vom Abstrakten führt kein Weg zum Konkreten. Das Abstrakte enthält stets eine Summe konkreter Möglichkeiten, die einen Rahmen angeben (Verdroß). An welchem konkret bestimmten Punkte innerhalb dieses Rahmens die Konkretisation geschehen soll, läßt sich nicht durch ein allgemeines, also abstraktes Prinzip bestimmen. Ein solches kann höchstens zu einer relativen Konkretisation, zu einer Verengung des Rahmens führen. Das Abstrakte bleibt, selbst unter einer ausführlicheren, aber doch abstrakten Determination, abstrakt. Wir stehen hier einem logischen Grundphänomen gegenüber: einem absoluten Gegensatz zwischen dem Rationellen und dem Irrationellen; zwischen dem Rationellen und dem Konkret-Wirklichen. Zwischen dem Abstrakten und dem Konkreten ist eine Kluft, die keine Logik, nur eine Tat überwinden kann⁵¹⁾. Hieraus folgt, daß ein Auslegungsprinzip im üblichen Sinne eine Unmöglichkeit ist, und daß die Rechtskonkretisation des Richters notwendigerweise rechtschaffend ist⁵²⁾.

Es zeigt sich denn auch, daß die Prinzipien, die man für die Auslegung hat aufstellen wollen, nicht zu einer eindeutigen Bestimmung der Konkretisation führen können. Ja, meistens wird mit den behaupteten Kriterien überhaupt nichts objektiv Bestimmbares angegeben.

Was zum ersten das Kriterium der subjektiven Theorien, den „Willen des Gesetzgebers“ betrifft, so lassen sich gegen dieses dog-

⁵¹⁾ Die Auslegungsjurisprudenz, die diese Kluft übersieht, begeht damit denselben Fehler, wie ein junger Theologe, der behauptete, daß der heilige Geist sich bei Jesu Taufe wohl in der Gestalt eines Vogels offenbart habe, der es aber anstößig fand, zu denken, daß der heilige Geist gerade als eine Taube (eine Kropftaube z. B.), eine Ente oder irgend ein anderer bestimmter Vogel erschienen sei.

⁵²⁾ Eine Reihe ausgezeichnet illustrierender Beispiele für den abstrakten Charakter des Gesetzes findet man bei Walter Jellinek in Anm. 1 a. O. 41 f.

matisches Phantom folgende Einwendungen machen: 1. Erstens ist es (vgl. VIII, 6 b) prinzipiell nicht zu verstehen, was man damit meint, wenn man eine Norm als Gegenstand für einen Willen bezeichnet. Alle Einwendungen, die gegen die Imperativtheorie angeführt werden, können, tauchen hier wieder auf. 2. Sodann ist es eine oft nachgewiesene Wahrheit, daß es, jedenfalls in modernen Staaten, nicht möglich scheint, mit dem Begriff „Wille des Gesetzgebers“ irgend einen Sinn zu verbinden. In den modernen konstitutionellen Rechtsformen wird der Gesetzgeber nicht von einer Einzelperson dargestellt, sondern von einer vielköpfigen Korporation. Was ist hier der Gesetzgeberwille? Das Gesetz kommt oft durch einen Kompromiß zustande. Die eine Partei zieht nach der einen Richtung, die andere nach der anderen und jeder liest das Gesetz auf seine Weise. Vielleicht läßt man sogar absichtlich Punkte, über die man sich nicht einigen kann, im Dunklen verbleiben. Aussprachen in Kommissionen und bei Verhandlungen in den beiden Kammern sind miteinander im Widerspruch. Herr N. N. hat sich das eine gedacht, Herr P. P. etwas anderes, Herr A. A. hat sich überhaupt nichts bei dem Gesetze gedacht. Wer findet in diesem Wirrwarr einen Einheitsgesetzgeberwillen? Das Einzige, was man sagen kann, ist in Wirklichkeit, daß man gewollt hat, daß der Entwurf in seiner endgültigen Form Gesetz sein soll. *Ita jus esto*. Aber hiermit wird natürlich kein Auslegungsprinzip gegeben. 3. Schließlich läßt sich anführen, daß, wenn man auch einräumen will, daß es möglich ist, einen gewissen Durchschnittswillen innerhalb leitender parlamentarischer Kreise festzustellen, dieser Wille — ebenso wie das Gesetz — doch selbst abstrakt sein wird, und deshalb — Auslegung verlangen. Es ist ja unmöglich, alle Fälle vorzusehen, in denen das Gesetz konkrete Anwendung finden soll. Richtiger gesagt: es ist unmöglich, auch nur einen einzigen konkreten Fall vorzusehen. Es kann bei dem absoluten Gesetzgeberwillen höchstens von einer relativen Einschränkung des Rahmens des Gesetzes die Rede sein.

Ganz entsprechendes gilt von den objektiven Auslegungsprinzipien. Wo findet man z. B. die Meinung der „Allgemeinheit der verständigen Männer?“ Wer ist verständig und wer ist unverständlich? Das läßt sich in unserer Zeit nicht feststellen. Wer garantiert schließlich dafür, daß die Verständigen in der Allgemeinheit dieselbe Anschauung haben? Schließlich muß diese als eine allgemeine Anschauung von der Bedeutung des Gesetzes selber abstrakt sein usw.

6. Indem wir die unter Nummer 5 gegebene Kritik des Begriffes und der Methode des Auslegungsprinzips resumieren, können wir als

unsere eigene Auffassung folgendes feststellen. Auslegungsprinzipien, die über eine logisch-grammatikalische Festlegung der abstrakten Wortbedeutung des Gesetzes hinausgehen, können, soweit es solche überhaupt gibt, was nicht notwendig ist, höchstens relative Konkretisationsdirektiven bedeuten, die die abstrakten Rahmen des Gesetzes verengen, aber nicht ausschließen. Sie reichen soweit, wie sie objektiv-eindeutig sind. Die Grundlage für solche nicht-notwendigen, bedingten Prinzipien ist nicht in politischen, psychologischen oder soziologischen Betrachtungen zu finden, sondern ausschließlich in dem positiven Recht selbst, das heißt in dem Gesetz oder in dem voraussetzungsweise entstandenen Recht (mangels besserer Terminologie Gewohnheitsrecht genannt). In der Regel werden solche Konkretisationsprinzipien — die meistens äußerst wenig bedeuten — durch die Auslegungspraxis der Gerichte entstanden sein. Auf dieser Grundlage wird man möglicherweise für ein gegebenes Rechtssystem gewisse Regeln aufstellen können, welche Bedeutung Entwürfe, Motiven, Parlamentsäußerungen, veränderten sozialen Verhältnissen und dergleichen zukommen. Nur auf dieser Grundlage (oder eventuell der eines Gesetzes) sind diese Auslegungsprinzipien Recht. Alle Betrachtungen über ihre Vorteile und Mängel gehören zur Politik.

Loch nicht diese positiv-rechtlichen Prinzipien ziehen die prinzipielle Grenze zwischen dem Gesetz und dem richtergeschaffenen Recht. Das wäre eine methodische Unmöglichkeit. Sie sind nur von einem anderen, dem rechtstheoretisch-notwendigen Auslegungsprinzip abgeleitet. Dies besteht in einer objektiven, grammatikalisch-logischen Fortsetzung der abstrakten Wortbedeutung des Gesetzes. Das involviert in sich eine Rücksichtnahme auf die vorher besprochenen bedingten, relativen Konkretisationsprinzipien, soweit solche in Gesetz oder Gewohnheit gefunden werden möchten; aber natürlich nur, soweit, wie die objektiv-eindeutige Bedeutung dieser Prinzipien reicht — was im allgemeinen nicht sehr weit sein wird. Dieses objektive Prinzip zieht die Grenze zwischen dem, was Gesetz oder Gesetzanwendung und dem was richtergeschaffenes Recht ist; was „schon existierendes“ Recht war, und was neugeschaffen ist. Denn „schon existierendes Recht“ kann im Gegensatz zu „neugeschaffenem Recht“ in rechtstheoretischer Hinsicht nichts anderes bedeuten, als das Recht, das sich auf der schon gegebenen Erkenntnisgrundlage, in casu dem Gesetze, erkennen läßt. Aber entscheidend hierfür ist eben das erwähnte objektiv-logische Prinzip, soweit das reicht, reicht eine Rechtskenntnis auf Basis des Gesetzes; soweit ist die Tätigkeit kognitiv. Wo es aufhört, und die irrationalen Konkretisationstaten des Richters ein-

setzen, hört das Gesetz auf; hier beginnt das richtergeschaffene Recht⁵³⁾. Die rechtstheoretische Notwendigkeit des Prinzips hängt also ausschließlich von seiner Bedeutung als Grenze für die rechtliche Erkenntnis auf Basis des Gesetzes ab, und nicht — wie Merkl meint — davon, daß ein hinter der Gesetzordnung tieferliegender Wille auf Grammatik und Logik hinweist, indem er die Sprache als Ausdrucksmittel wählt⁵⁴⁾.

Hieraus folgt, daß jede Auslegung, die über das erwähnte grammatikalisch-logische Prinzip hinausgeht, Rechtschaffung ist. Aber eine solche kann natürlich nur innerhalb des Systemes, d. h. von dem Richter oder einer anderen nach dem System zur „Rechtsanwendung“ kompetenten Behörde erfolgen. Hieraus ergibt sich als ein wichtiges Korrelarium, daß die „wissenschaftliche“ Interpretation, soweit sie über das erwähnte Prinzip hinausgeht, weder Rechtserkenntnis noch Rechtschaffung ist. Erkenntnis ist sie nicht, weil diese Auslegung als nicht-objektiv nicht kognitiv ist. Schaffung ist sie nicht, weil den Rechtsgelehrten (normal) keine autoritative Stellung im System zukommt. Die Folge davon ist, daß in den juristischen, wissenschaftlichen Werken die Wissenschaft als Rechtswissenschaft (in des Wortes engerer Bedeutung als eine rechtserkennende Wissenschaft) mit dem objektiv-logischen Auslegungsprinzip aufhört. Der Rest ist freundschaftlicher Rat an den Richter. Dieser Rat kann eventuell von einer wissenschaftlichen Rechtspolitik unterstützt sein, indem er entweder auf soziologischer Basis die Geeignetheit gewisser rechtlicher Lösungen als Mittel, in einer Kausalreihe gewünschte gewisse Ziele (Rechtstechnologie) zu erreichen, angibt; oder indem er den Wert verschiedener rechtlicher Lösungen, an einem gewissen angenommenen Grundwert (Rechtsethik) gemessen, darstellt. Natürlich soll hiermit keineswegs gesagt sein, daß diese weitergehenden Untersuchungen irgendwie von geringerem Werte sind. Nur sind sie nicht spezifisch-rechtswissenschaftlichen Charakters, und es ist wichtig, sich diesen Unterschied klar zu machen. Denn soviel leuchtet ein, daß, wenn die soziologischen oder ethisch-politischen Untersuchungen unterschiedslos mit den spezifisch-rechtlichen vermengt werden, nur Verwirrung entstehen kann.

⁵³⁾ Was im Text über Auslegungsprinzipien gesagt wurde, gilt auch von den abstrakten Delegationen, mit deren Hilfe man oft versucht hat, das richtergeschaffene Recht im Gesetze zu inkorporieren; auch von ihnen gilt, daß sie nicht weiter reichen, als ihre abstrakte, objektiv eindeutige Bestimmung. Beisp. s. über Danz und Kiß oben Anm. 14.

⁵⁴⁾ S. oben bei Anm. 31.

7. Die Theorie von Rechtslücken und ihrer Ausfüllung dient, so wie sie nach der allgemeinen Auffassung dargestellt wird, dazu, das Dogma aufrecht zu erhalten, daß der Richter nur schon existierendes Recht anwendet. Wenn nämlich Fälle vorliegen, in denen es unmöglich ist, das Urteil als eine Deduktion aus dem Gesetze zu verstehen, selbst in seiner Auslegungsgestalt, so wird das auf folgende Weise erklärt. Wenn nicht in den ausdrücklichen Worten des Gesetzes eine Norm vorliegt, unter die der konkret vorliegende Fall sich einreihen läßt, dann liegt eine Lücke im Gesetze vor. Eine Lücke im Gesetze bedeutet indessen nicht eine Lücke im Recht, denn die Worte des Gesetzes sind nicht das einzige Mittel, den wirklichen Gesetzgeberwillen, das wahre Recht zu finden. Auch durch Analogie und die anderen formalen Schlußmethoden läßt der wahre Gesetzgeberwille sich erklären. Es kommt daher dem Richter in Fällen, wo sich im Gesetz eine Lücke findet, zu, durch diese Schlüsse das fehlende Recht zur Supplierung des Gesetzes zu erkennen. Sowohl die Konstatierung der Lücke, als ihre Ausfüllung sind so eine logisch-kognitive Tätigkeit. Die Funktion des Richters ist ausschließlich rechtsanwendend.

Das Freirecht hat mit großem Eifer die Lehre von den Rechtslücken, im großen und ganzen in derselben Gestalt aufgenommen; nur mit dem Unterschied, daß die lückenausfüllende Rechtserkenntnis hier nicht in den formalen Schlußmethoden bestehen soll, die als illusorisch angesehen werden, sondern vielmehr in einer freien Erkenntnis des Rechtes auf naturrechtlicher oder soziologischer Grundlage. Aber die Hauptsache ist, daß auch das Freirecht die lückenausfüllende Tätigkeit als eine Rechtserkenntnis auf Grund gewisser subsidiärer Rechtsquellen betrachtet.

Bevor wir dazu übergehen, diese Theorien näher zu betrachten, wird es nützlich sein, den Begriff „Lücke“ einer Analyse zu unterwerfen. An wenigen Stellen hat vielleicht eine bildliche Sprechweise größere Unklarheit bewirkt als hier. Allzuoft hat man sich mit dem Anschaulichen zufrieden gegeben, daß eine „Lücke“ im Gesetz ist, daß eine Norm „fehlt“, ohne sich klarzumachen, welche normativen Figuren und Probleme sich hinter diesem Bilde verbergen. Zu diesem Zwecke führen wir folgendes an:

a) Soweit man von einer Lücke spricht, muß etwas da sein, worin eine Lücke ist. Der Lückenbegriff setzt ein größeres Ganzes, eine Reihe voraus, in der ein Platz leer steht. Daß etwas nicht ist, ist eine Bestimmung, die erst innerhalb eines Systems Bedeutung hat, das bestimmen kann, was eventuell hätte sein können. Dieses Ganze, Reihe,

System, innerhalb dessen ein Platz leersteht, wollen wir den Lückenstoff nennen.

b) Es gilt weiter, daß Lücke nicht bloß einen leeren Platz innerhalb des Systemes bezeichnet, sondern zugleich, daß man — von dem einen oder anderen Gesichtspunkt aus — erwartet hatte oder fordert, daß der Platz nicht leerstehen sollte. Der Lückenbegriff ist notwendigerweise relativ zu einem von dem einen oder anderen Gesichtspunkt aus bestimmten Zustand, in Bezug auf den der betreffende Platz nicht leer sein würde. Andernfalls wäre es unmöglich, „Lücke“ von einfacher „Leere“ zu scheiden. Den Zustand oder das Prinzip, das diesen Zustand bestimmt, in Relation auf den die Leere zur Lücke wird, nenne ich den Lückenmaßstab.

c) Endlich ist klar, daß man, um zu entscheiden, ob innerhalb eines gewissen Ganzen ein leerer Platz vorliegt, sich darüber klar sein muß, ob auf dem betreffenden Platz etwas „ist“, oder „nicht ist“. D. h. man muß sich Rechenschaft abgelegt haben von dem Charakter und den Existenzbedingungen des Lückenstoffes. Möglich, daß man von einer anderen Betrachtungsweise aus, als der, die den Lückenstoff bestimmt, den Platz besetzt finden wird; aber das ist natürlich gleichgültig. Es ist notwendig, daß das Prinzip, nach dem man bestimmt, ob der Platz besetzt ist oder nicht, dasselbe ist, wie das, das die Reihe aufbaut, die den Lückenstoff bestimmt. Dieses Prinzip will ich das Existenzprinzip nennen. Es ist zugleich für die Reihe (den Lückenstoff) und für die Besetzung des Platzes (die Lücke) entscheidend.

Es ist notwendig, sich die Bedeutung des Lückenbegriffes in allen drei erwähnten Richtungen klar zu machen⁵⁵⁾. Andernfalls wird der Begriff unklar bleiben. Besonders ist es wichtig, den Lückenmaßstab zu bestimmen, der ganz den näheren Charakter der Lücke und damit die Art ihrer „Ausfüllung“ bestimmt.

Als notwendigen Satz kann man folgendes aufstellen: um von einer Lücke sprechen zu können, muß notwendigerweise der Lückenmaßstab von dem Existenzprinzip verschieden sein. Im entgegengesetzten Falle würde die „Lücke“ mit der faktisch existierenden Ganzheit gemessen, und die Leere kann dann unmöglich als Lücke erscheinen; es fehlt in diesem Falle ein von dem gegebenen verschiedener Zustand, gegen den als Hintergrund die Leere sich als Lücke ausnehmen kann.

Die Bedeutung der Lückenlehre für die Rechtsquellenlehre besteht formal in folgendem: Wenn der Lückenstoff eine Rechtsquelle ist, d. h.

⁵⁵⁾ Das unter c) Angeführte ist eigentlich nur eine nähere Ausführung des unter a) Gesagten.

ein Erkenntnisgrund für etwas als Recht, und wenn der Lückenmaßstab in der erkenntnistheoretischen Forderung besteht, daß die angegebenen Rechtsquellen als Erkenntnisgrundlage für den Rechtscharakter der Urteilsfällung erschöpfend sind, dann wird man verstehen, daß der Nachweis einer Lücke notwendigerweise involviert, daß die angenommene Erkenntnisgrundlage nicht ausreichend ist, so daß eine erkenntnistheoretische Notwendigkeit besteht, sich nach einer anderen Quellengrundlage umzusehen. Man kann sich nun entweder denken, daß der Schluß darauf ausgeht, daß der Richter selbst als rechtschaffend auftritt, indem seine Entscheidung sich nicht aus gegebenen Quellen deduzieren läßt; oder, daß andere solche Quellen existieren, die die Rechtsentscheidung determinieren. Die Lückenlehre kann so in theoretisch weit verschiedenem Augenmerk angewendet werden, einem Umstande, der nicht die Einheit und Klarheit in der Diskussion fördert.

8. Auf Grund dieses Interpretationsschemas wollen wir nun eine Darstellung — eine idealisierende Generalisation — der Lückentheorien versuchen, so wie diese sich auf verschiedener rechtstheoretischer Grundlage darstellen müssen.

Nach der allgemeinen Auffassung — der positivistischen sowohl wie der freirechtlichen — bedeutet der Begriff Rechtslücke, daß in dem vorliegenden Recht — Gesetz oder Gewohnheit — sich keine Norm zur Entscheidung eines konkret vorliegenden Falles findet. Es mangelt einfach eine Norm. Der Lückenstoff ist also das unmittelbar gegebene Recht — um beim Hauptbeispiel zu bleiben: das Gesetz. Aber welches ist der Lückenmaßstab? Das geht nicht klar hervor; die allgemeine Auffassung betrachtet den Lückenbegriff als eine absolute Größe. Die Norm „fehlt“. Aber eben dieser Ausdruck muß den Gedanken auf einen Maßstab hinleiten, im Verhältnis zu dem die Leere als ein Mangel hervortritt. Was hinter der üblichen Vorstellung liegt, kann nichts anderes sein, als daß der Lückenmaßstab die Anwendungsmöglichkeit des Gesetzes in dem vorliegenden Falle ist. Es gibt Lücken im Gesetz, wenn der konkrete Fall nicht mit Bezug auf dieses entschieden werden kann — aber diese Definition ist eine Unmöglichkeit. Nach diesem Kriterium wird niemals eine Lücke vorliegen können; denn formal ist das Gesetz immer logisch anwendbar (abgesehen von der irrationalen Konkretisation innerhalb des Rahmens des Gesetzes). „Die Leere“ bedeutet bloß, daß die behauptete Rechtspflicht nicht zu begründen ist, und daß Freisprechung deshalb erfolgen muß. Es findet sich keine formallogische Grenze zwischen diesen Fällen und den angeblichen Lücken. Spricht man von einer Lücke vor der Rechtsanwendung (und nur an diese Situation denkt die gewöhnliche Lehre), so muß das

notwendigerweise deshalb einen materialen Maßstab voraussetzen, von dem aus man aus dem einen oder anderen Grunde mit der Lösung des Einzelfalles, zu dem eine formale Gesetzanwendung führen würde, unzufrieden ist.

Es ist nun zur Aufrechterhaltung der herrschenden Lehre, nach der die lückenausfüllende Tätigkeit des Richters eine rechtserkennende, nicht eine rechtschaffende Funktion ist, eine unumgängliche Notwendigkeit, daß die Lücke sich durch eine Rechtskenntnis feststellen läßt. Wie aus dem Vorhergehenden hervorgeht, ist indessen eine „unmittelbare Lückenanschauung“ unmöglich. Es wird ein materialer Lückenmaßstab vorausgesetzt. Soll die Rechtslücke ein Rechtsbegriff, der für eine Rechtskenntnis faßbar ist, sein, so muß notwendigerweise dieser materiale Maßstab einen Rechtscharakter haben. Die einzige denkbare Lösung ist dann, daß der Maßstab darin besteht, daß die formale Gesetzanwendung im Resultate gegen ein hinter dem Gesetz stehendes tieferes Recht verstoßen würde. Die Lücke würde hiernach sekundär im Verhältnis zu dem extra-legalen Recht sein. Aber dies führt zu einer Antinomie; denn das extra-legale Recht wird als subsidiär bestimmt, d. h. als sekundär im Verhältnis zum Gesetz, d. h. zu den Lücken des Gesetzes. Dies zeigt, daß die allgemeine Auffassung auf einen rechtlich unmöglichen, dogmatischen Begriff von der „unmittelbaren“, „absoluten“ Rechtslücke beruht.

Die erwähnte Antinomie wird dadurch aufgelöst, daß die Rechtslücke nicht ein rechtlicher, sondern ein politischer Begriff ist. Nur von einem politisch-materialen Maßstab aus ist es möglich, von einer Lücke im Gesetz vor der Rechtsanwendung zu sprechen. Bevor wir dazu übergehen, über die hieraus sich für die Lückenausfüllung ergebenden Konsequenzen zu sprechen, müssen wir einen interessanten Versuch erwähnen, der gemacht wurde, um den Begriff Rechtslücke als einen wahren Rechtsbegriff zu retten.

Zitelmann hat in seiner berühmten Rektoratsrede über Rechtslücken zwischen echten und unechten Lücken geschieden. Von unechten Lücken spricht Zitelmann in den Fällen, wo sich wohl eigentlich eine anwendbare Norm im Gesetz findet, aber wo der Richter doch auf Grund der Anstößigkeit des Resultates die vorliegende Norm nicht anwenden will⁵⁶⁾. Dies gilt in den Fällen, in denen man normal von Lücken im Gesetz spricht, und Zitelmann hat hiermit das große Zugeständnis gemacht, daß dieser Begriff normal politischen Charakters ist. Konsequenter hätte Zitelmann in diesen Fällen auch die lückenausfüllende Tätigkeit als

⁵⁶⁾ Zitelmann, in Anm. 1 a. O., 20, vgl. 24—25.

politisch, d. h. rechtschaffend anerkennen müssen. Der Verfasser ist auch gerade auf dem Sprunge dazu, aber im letzten Augenblick „schlägt ihm das Gewissen“⁵⁷⁾. Von den traditionellen Vorstellungen von der Aufgabe des Richters gebunden, greift Zitelmann auf die übliche Erklärung zurück, daß die Tätigkeit des Richters in diesen Fällen in der Anwendung des hinter dem Gesetz stehenden supplierenden und korrigierenden Rechts bestehe. Diese Erklärungsweise ist indessen inkonsequent nach Zitelmans eigener Definition des Begriffes „unechte Lücke“; denn wie kann hiernach davon die Rede sein, daß der Richter die vorliegende Norm wegen der Anstößigkeit des Resultates nicht anwenden will? Die Aufgabe des Richters muß ja nach der gegebenen Erklärung rein kognitiv sein. Indem wir idealisierend Zitelmans Darstellung korrigieren, dürfen wir deshalb feststellen, daß der Verfasser in diesen Fällen in Wirklichkeit die übliche Lehre aufgegeben und den politischen Charakter der Rechtslücke — und damit der Lückenausfüllung — nachgewiesen hat.

Zum Ersatz glaubt Zitelmann mit dem Begriff echte Lücke einen reinen Rechtsbegriff angegeben zu haben. Von echter Lücke wird in den Fällen gesprochen, wo das Gesetz ausdrücklich eine (materielle) Entscheidung verlangt, ohne jedoch die notwendige Norm zu geben⁵⁸⁾. In diesen Fällen scheint man wirklich auf positiv-rechtlicher Grundlage von einer Lücke im Gesetz, einer Anwendungsunmöglichkeit des Gesetzes in der Gestalt, in der es vorliegt, sprechen zu können. Näher besehen, ist dies indessen nicht der Fall. Es ist nicht möglich, auf Grund des Gesetzes eine Lücke im Gesetz zu erkennen. Das würde bedeuten, daß Lückenmaßstab und Existenzprinzip zusammenfielen, was nach dem oben (unter no. 7) angeführten notwendigen Satze unmöglich ist. D. h. es ist unmöglich, im Gesetze, verglichen mit dem Gesetze eine Leere als Lücke zu erkennen. Die Leere läßt sich nicht von der abstrakten Unbestimmtheit des Gesetzes unterscheiden. Wenn das Gesetz eine materielle Entscheidung verlangt, aber nicht sagt, welche diese sein soll, so bedeutet das, daß die Entscheidung nach dem Gesetz frei, indeterminiert innerhalb der abstrakten Forderung einer Entscheidung ist. Zitelmans „echte“ Lücke fällt einfach mit jeder Unbestimmtheit zusammen. Dies geht schlagend aus Zitelmans eigener Definition hervor: „Der Fall dieser wahren Lücke ist der: das Gesetz gibt einen positiven Satz, nach dem zu entscheiden ist, läßt aber innerhalb dieses Satzes ein einzelnes Moment unbestimmt“⁵⁹⁾. Ja, der Verfasser geht sogar soweit,

57) A. a. O. 25.

58) A. a. O. 27.

59) A. a. O. 27.

anzuerkennen, daß echte Lücken überall vorliegen, wo das Gesetz einen Begriff gebraucht, ohne ihn erschöpfend zu definieren — und das soll zugestandenermaßen bei so gut wie allen angewandten Begriffen der Fall sein⁶⁰⁾. Vergebens sucht Zitelmann, der wohl die Konsequenz vorausgesehen hat, daß der Lückenbegriff sich so auflösen und verschwinden wird, eine Grenze zwischen Lückenausfüllung und Auslegung zu ziehen. So meint er, daß z. B. die Strafrahmen nicht eine Lücke angeben, weil das Gesetz in diesen Fällen nicht will, daß der Richter nach einer (fehlenden) Norm urteilen soll, sondern nach seinem freien Ermessen⁶¹⁾. Hiermit greift Zitelmann auf die Vorstellung eines hinter dem Gesetze stehenden objektiv erkenntlichen Rechtswillens zurück, der dafür entscheidend ist, welche Norm der Richter anwenden soll. Auch in diesem Falle glückt es also, die Lehre aufrechtzuerhalten, daß der Richter vorgefundenes Recht anwenden soll. Aber mit der Voraussetzung des hinter dem Gesetz stehenden objektiven Rechts fällt seine Lehre auch in diesem Punkt (vgl. gleich unten) zusammen. Wir können unsere Bemerkungen über Zitelmann damit schließen, daß wir sagen, daß sein kluger Blick in bemerkenswerter Weise weiter gereicht hat, als sein Mut, die Konsequenzen zu ziehen. Die wirkliche Bedeutung der Lehre Zitelmans von den echten und unechten Rechtslücken, ist die, daß entweder die Rechtslücke ein politischer Begriff ist, oder daß sie die bloß dem Gesetze anhaftende abstrakte Unbestimmtheit angibt, und in beiden Fällen ist die lückenausfüllende Tätigkeit rechtschaffend⁶²⁾⁶³⁾.

60) A. a. O. 45, Anm. 18.

61) A. a. O. 30—31.

62) Die Bedeutung von Zitelmans vortrefflicher Arbeit ist noch keineswegs voll verstanden. Man spricht noch allgemein von einer Lücke im Gesetze in der absoluten Bedeutung, daß eine Norm „fehlt“. Z. B. Huber, in Anm. I a. O. 354. „Die Lücke liegt vor, wenn für einen gegebenen Fall das Gesetz keinen Rechtssatz enthält, der direkt oder auf dem Wege der Analogie zur Anwendung gebracht werden dürfte“ (1921).

63) Wesentlich auf demselben Standpunkt wie Zitelmann steht Bierling, Juristische Prinzipienlehre, Bd. IV, § 57. Er repräsentiert nur in noch höherem Grade den dogmatischen Positivismus und verwirft deshalb Zs unechte Lücken, deren Ausfüllung ja eine Gesetzänderung bedeutet. Der Unterschied ist indessen im Grunde bloß terminologisch. Als Lückensstoff nimmt Bierling das Gesetz an, aber nicht wie Z. in der Bedeutung des Gesetzes in bloß logisch-grammatikalischer Auslegung; er meint dagegen das Gesetz in Übereinstimmung mit dem wirklichen Willen des Gesetzgebers ausgelegt — also das, was bei Z. den Lückenmaßstab und das Lückenausfüllungsprinzip bildet. Hiernach muß natürlich die unechte Lücke als solche verschwinden, indem B. sogleich die breitere Rechtserkenntnis zugrunde legt, und sich für B. als echte Lücke darstellen. Denn die Anweisung, daß eine Entscheidung gefällt werden soll (ohne die entsprechende Norm anzugeben), die die echte Lücke konstituiert,

Die letzte Möglichkeit, eine Lücke im Gesetz vor der Anwendung, die für eine rechtliche Erkenntnis faßlich ist, zu konstituieren, liegt, wie wir gesehen haben, in der Annahme eines „hinter“ dem Gesetz stehenden selbständigen, objektiv erkenntlichen Rechts. Eine Lücke im Gesetz liegt dann vor, wenn die formale oder materiale Anwendung des Gesetzes zu einem Widerspruch mit dem hinter dem Gesetz stehenden Rechte führen würde. Kann man nun nachweisen, daß dieses vermeintlich hinter dem Gesetz stehende Recht für eine objektiv logische Bestimmung im Rechtssystem nicht zugänglich ist, so fällt damit diese letzte Möglichkeit fort. Zugleich wird durch diesen Nachweis noch einleuchtender, daß die lückenausfüllende Tätigkeit rechtschaffend ist, da nicht nur der Begriff Lücke, sondern auch das, womit er ausgefüllt wird, über eine rechtliche Erkenntnis hinausliegt.

Es kann als eine heutzutage genügend erkannte Wahrheit gelten, daß die Schlüsse: Analogie, e contrario usw., die der Positivismus zur Ergründung des „wirklichen“ Gesetzgeberwillens anwendet, nicht Ausdruck für einen eindeutigen, objektiv logischen Denkprozeß sind. Das Freirecht — Geny nicht ausgeschlossen — hat hier einen wertvollen kritischen Beitrag geliefert. Es wurde unwiderleglich festgestellt, daß alle diese formalen Auslegungs- und Ausfüllungsmittel Künste sind, die eines objektiven Charakters entbehren, und die, nachdem man aus anderen Gründen sich für eine gewisse Lösung entschieden hat, ange-

muß B. in weiterem Ausmaße als Z. finden; nämlich nicht bloß in dem ausdrücklichen Gesetz, sondern auch in dem wirklichen Willen des Gesetzgebers. Der Unterschied reduziert sich hiermit auf einen Unterschied in der Bestimmung des Lückensstoffes: das strikte Gesetz oder das erweiterte Gesetz. Der Lückenbegriff muß deshalb für Bierling ebenso wie für Zitelmann sich in der allgemeinen Unbestimmtheit des Gesetzes auflösen, denn es besteht Identität zwischen dem Existenzprinzip (dem wirklichen Gesetzgeberwillen) und dem Lückenmaßstab (dem wirklichen Gesetzgeberwillen). Lückenausfüllung muß hiernach mit Auslegung verschmelzen. Das gilt besonders für Z.s unechte Lücken, da es hier genau derselbe Analogisierungsprozeß ist, der zu der Feststellung führt, daß ein gewisses Verhältnis materiell beurteilt werden soll (Auslegung), wie auch zu der Erkenntnis, wie das Verhältnis beurteilt werden soll (Lückenausfüllung). Für die echte Lücke kann eine gewisse Divergenz bestehen, soweit in dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes gegeben ist, daß der Fall beurteilt werden soll, während die Norm hierfür erst durch Analogieschluß gefunden wird. Aber dasselbe gilt von aller Unbestimmtheit. Auch Auslegung kann ja gut darauf ausgehen, den wirklichen Willen zu finden. Bierling ist sich der Schwierigkeit bewußt und gibt zu, daß Auslegung und Ausfüllung oft praktisch verschmelzen, er bemüht sich aber, einen prinzipiellen Unterschied aufrechtzuerhalten (403 f.). Diese Bestrebungen fußen nur auf rechtsdogmatischen Vorurteilen. Für eine rechtsfunktionelle Betrachtung ist die Scheidung zwischen Auslegung und Ausfüllung unhaltbar.

wendet werden, um ihren politischen Charakter zu verdecken. Der Grund hierzu liegt, kurz ausgedrückt, darin, daß Analogie von einer oder mehreren Gesetzregeln (logisch) eine Induktion auf ein allgemeineres Prinzip voraussetzt, von dem aus auf den analogisierten Fall deduziert wird. Aber eine Induktion läßt sich nicht mit logischer Eindeutigkeit vornehmen. Von denselben Unterregeln kann man logisch auf Tausende verschiedener Oberregeln induzieren. Welche von diesen man wählt, beruht auf einer Vorstellung von dem Zwecke des Gesetzes, also auf einem politischen Element. Dasselbe läßt sich auch so ausdrücken: Zwei analogisierte Fälle sind niemals identisch. Es kann nur von einer Gleichheit zwischen den beiden Fällen, in einer gewissen Richtung beurteilt, die Rede sein: diese wiederum wird durch den Zweck angegeben.

Daß auch die vom Freirecht angeführten subsidiären Rechtsquellen für eine eindeutige objektive Bestimmung innerhalb des Rechtssystemes nicht zugänglich sind, das ist so einleuchtend, daß es keiner näheren Demonstration bedarf.

9. Das Vorhergehende berechtigt uns zu dem Schluß, daß es unmöglich ist, als Glied in einer Rechtserkenntnis von einer Lücke im Gesetz vor der Rechtsanwendung anders zu sprechen, als in der Bedeutung einer Unbestimmtheit gegenüber der Konkretisation, die aus dem abstrakten Charakter des Rechtes folgt. Indem wir hiervon vorläufig absehen, können wir feststellen, daß es keinen rechtlichen Maßstab gibt, in Bezug auf den es möglich ist, eine Anwendungslücke im Gesetz zu erkennen, d. h. zu erkennen, daß das Gesetz als Grundlage für eine Anwendung mangelhaft ist. Nur von einem politischen Maßstab aus ist es möglich, eine Lücke zu konstatieren, d. h. zu konstatieren, daß die Gesetzanwendung zu einem politisch unerwünschten Resultat führen würde.

Nach der Rechtsanwendung kann man dagegen von einer Lücke im Gesetz in rechtlicher Bedeutung sprechen — auch über die Konkretisationsunbestimmtheit hinaus. Wenn nämlich die konkrete Entscheidung über den von dem Gesetze festgesetzten abstrakten Rahmen hinausgeht, dann läßt sie sich insofern nicht als Recht auf Grund des Gesetzes erkennen. Das Gesetz ist insofern nicht Rechtsquelle; nur in direkter Beziehung auf das System erlangt die Urteilsfällung Rechtscharakter. Der Maßstab für die Lücke besteht in diesen Fällen in der erkenntnistheoretischen Forderung, das Gesetz als erschöpfende Rechtsquelle für die getroffene Entscheidung zu betrachten; wo dies nicht möglich ist, liegt eine nachfolgende Lücke im Gesetz vor. Die

vorausgehende politische Lücke wird vom Richter in einer Rechtslücke verwirklicht.

Zusammenfassend können wir feststellen:

Der Begriff Rechtslücke hat als relevant für eine rechtliche Erkenntnis eine doppelte Bedeutung.

Vor der Rechtsanwendung wird damit die aus dem abstrakten Charakter des Gesetzes entspringende Unbestimmtheit und der daraus folgende Mangel an Rechtsquellencharakter gegenüber der Urteilsfällung als Konkretisation innerhalb des Rahmens des Gesetzes bezeichnet⁶⁴⁾.

Nach der Rechtsanwendung wird damit die mangelnde Quellqualität des Gesetzes gegenüber der Urteilsfällung bezeichnet, soweit diese sich außerhalb der vom Gesetze abgesteckten Grenzen bewegt.

In beiden Fällen ist der Lückenmaßstab: die Möglichkeit, das Gesetz als erschöpfende Quelle für die Urteilsfällung anzusehen.

In beiden Fällen ist die Lücke das Kriterium dafür, daß die lückenausfüllende Tätigkeit rechtschaffend ist, d. h. konstituierender Erkenntnisgrund für die Urteilsfällung als Recht. Hiermit wird ausgedrückt, daß die Funktion des Richters rechtschaffend ist: 1. notwendig, soweit er den Konkretisationspunkt innerhalb des Rahmens des Gesetzes wählt. Dem entspricht die bereits vor der Rechtsanwendung erkenntliche, also notwendige Lücke im Gesetze; und 2. möglicherweise soweit er das Urteil außerhalb des Rahmens des Gesetzes fällt. Dem entspricht die nach der Urteilsfällung erkenntliche, also nur mögliche Lücke im Gesetz.

In allen anderen Bedeutungen, in denen der Begriff Rechtslücke in der Literatur vorkommt, bezeichnet er keinen reinen Rechtsbegriff, sondern einen politischen Begriff, mehr oder weniger — unter Verschweigung des Lückenmaßstabes — als „absolute“ Lücke maskiert. Die zur Ausfüllung dieser Lücke gegebenen Regeln sind politische Postulate für die richterliche Rechtschaffung.

Zum Schluß soll bloß hinzugefügt werden, daß die fast überall in der Literatur vorkommende Scheidung zwischen Lückenausfüllung *praeter* und *contra legem*, der großer Wert beigemessen wird, indem man meint, daß die erste, nicht die letzte Befugnis dem Richter zukomme, rechtstheoretisch ganz bedeutungslos ist. Das Entscheidende ist ganz allein, ob die Entscheidung vom Gesetz gedeckt ist oder nicht. Ist dies nicht der Fall, so ist die Entscheidung eine Neubildung, die ihre Berechtigung direkt vom System holt. Ob sich denken läßt, daß sie diesem hinzugefügt werden kann, ohne eine der schon bestehenden

⁶⁴⁾ Insofern ist also Lückenausfüllung identisch mit dem, was die allgemeine Auffassung unter Auslegung versteht, vgl. vorige Anm.

Normen zu ändern oder nicht, ist gleichgültig. Es kann damit höchstens ein politischer Grad in der Bedeutung der Neubildung bezeichnet werden, da es vielleicht als eine kühnere Neubildung empfunden wird, die bestehenden Regeln zu ändern, als sie zu supplieren. Dies wird indessen keineswegs in allen Fällen gelten. Zitelmann hat gezeigt, daß Analogieausfüllung zumeist (die „unechten“ Lücken) in einer Gesetzänderung besteht. Die zahllosen erweiternden oder einschränkenden Auslegungen und Analogieschlüsse, mit denen man eine Ausnahme von einem generellen Gebot (*contra legem*) macht, bedeuten sicher einen viel geringeren politischen Eingriff, als eine Analogiebildung *praeter legem*, mit der ein ganz neues Lebensgebiet rechtlicher Beurteilung unterstellt wird.

Was wir in diesem Kapitel anführten, bezieht sich direkt nur auf das Verhältnis zwischen Gesetz und Urteil. Zu Beginn haben wir indessen bemerkt, daß dieses Verhältnis nur als Type für das Verhältnis zwischen einer über- und einer untergeordneten Stufe im allgemeinen innerhalb der Stufenfolge des Rechtes betrachtet wird. Hieraus folgt, daß die hier entwickelte Auslegungs- und Lückenausfüllungslehre als Lehre von der Stufenfolge prinzipiell auf eine Reihe anderer rechtlicher Strukturprobleme anwendbar ist. Hiermit ist die systematische Grundlage für die Lösung einer Reihe wichtiger Probleme gelegt, z. B. die Stellung des Gesetzgebers zu der Verfassung und die Stellung des staatlichen Rechts zum Völkerrecht. Der Raummangel verbietet uns, hier diese Fragen weiter zu verfolgen. Wir müssen uns damit begnügen, die Generalität des Prinzips anzudeuten.

Kapitel XIV. Die Verfassung.

1. Problemstellung und Methode.
2. Schwierigkeiten bei der Definition des Begriffes der Verfassung auf positivistischer Grundlage; Jellinek und Somló.
3. Der Begriff der Verfassung auf normlogischer Grundlage; Kritik der Lehre Kelsens von der Verfassung in rechtslogischem und in positivrechtlichem Sinne.
4. Oberster Abschluß der Stufenfolge des rechtlichen Systems. Die wirkliche Bedeutung der Grundnorm Kelsens. Die positive Verfassung als Grundnorm.
5. Die äußerste Grenze der rechtlichen Erkenntnis; der letzte Grund des Rechtssystems ist ein Glaube, der sich auf ein logisches Mißverständnis gründet.
6. Revolution und Grundnorm.
7. Die „ewige“ Verfassung.
8. Die Scheidung zwischen formaler und materialer Verfassung ist zu verwerfen.

1. Es ist nicht möglich, allgemein gültig anzugeben, in wie vielen oder in welchen Stufen ein Rechtssystem sich entfaltet. Dies ist eine Frage, die im Verhältnis zu einem gegebenen Rechtssystem in dem Sinne relativ ist, daß ihre Beantwortung davon abhängig ist, welche Struktur ein gegebenes System annimmt. Dagegen ist es nicht ein Rechtsinhaltsproblem in dem Sinne, daß sie sich auf Grund bestimmter Rechtsnormen beantworten läßt. Für eine allgemeine Untersuchung über die Stufen des Rechtssystems ergeben sich daher nur folgende Aufgaben: einerseits die rechtslogisch möglichen Formen, unter denen jedes positive System notwendigerweise seine Struktur wählen muß, andererseits einige dieser möglichen Formen in einer generalisierenden Typik zu charakterisieren. Eine vollständige Durchführung dieser beiden Aufgaben würde weit über unsere Aufgabe hinausführen. Wir wollen im folgenden verschiedene der möglichen Stufen in ihrer besonderen Bedeutung für die Rechtsquellenlehre betrachten. In diesem Kapitel behandeln wir das Rechtsquellenproblem der Verfassung. Das rechtliche System besteht aus einem Stufenbau in dem Sinne, daß eine „höhere“ Stufe als abgeleiteter (unmittelbarer) Erkenntnisgrund für die nächstfolgende niedrigere angesehen werden kann. Es müssen nun notwendigerweise eine Reihe Probleme rechtstheoretischen Charakters entstehen, die darauf ausgehen, wie dieses System „oben endet“, wie hoch es möglich ist, diese Stufen hinaufzuführen. Diese Probleme verstehen wir unter den Rechtsquellenproblemen der Verfassung.

2. Der herrschende Positivismus definiert gewöhnlich die Verfassung als „eine Rechtsordnung, welche das Verhältnis der obersten Staatsorgane zueinander, die Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Staatsbürgern und die Staatsfunktionen regelt“. Da nun Staatsfunktion identisch ist mit Rechtsfunktion, so bedeutet diese Definition, daß die Verfassung eine rechtliche Ordnung der rechtlichen Funktionen ist. Der Dualismus, der hiermit zwischen Verfassung und den rechtlichen Funktionen geschaffen wird, ist augenscheinlich unhaltbar, da die Verfassung als eine rechtliche Ordnung selber eine rechtliche Funktion sein muß. In der „Staats“-Terminologie ausgedrückt: die Verfassung muß, als Recht, selbst eine Staatsfunktion sein, da alles Recht vom Staate ausgeht. Damit wird es rätselhaft, was es bedeutet, daß die Verfassung — die selber eine Staatsfunktion ist — die Staatsfunktionen ordnet. Sofern man mit der positivistischen Rechtstheorie alles Recht als eine homogene Masse auffaßt, die vom Staate „ausgeht“, liegt eine unvermeidliche Antinomie in dieser Gegenüberstellung von Verfassung und Rechtsfunktion oder Staatsfunktion. Diese Antinomie wird sich ganz natürlich von der normativen Rechtsauffassung aus lösen, nach der die Qualifikation der Verfassung im Gegensatz zu den übrigen (untergeordneten) Rechts- oder „Staats“-funktionen darin liegt, daß sie normlogisch eine übergeordnete Rechtsstufe bezeichnet, die deshalb rechtserkenntnistheoretisch die Voraussetzung für die untergeordneten Stufen bildet, diese „ordnen“ und doch selbst ihren Charakter als Rechts- oder Staatsfunktion bewahren kann; auf gleiche Weise wie das Gesetz das Urteil übergeordnet ist und „ordnet“ und doch selber Recht ist. Aber solange man sich nicht über diesen systemlogischen, rechtlich immanenten Rangunterschied klar geworden ist, muß der Gegensatz, den man zweifellos zwischen der Verfassung und dem übrigen Recht spürt, leicht in einen rechtlich transzendenten Gegensatz ausschlagen, indem man auf die eine oder andere Weise — bewußt oder unbewußt — die Verfassung aus der Domäne der rechtlichen Erkenntnis ausschließt. Auf gleiche Weise, wie man „nach unten“ die Rechtsanwendung aus dem rechtlichen Erkenntnis-System ausschließt und sie als eine bloße Anwendung dessen betrachtet, was auf der Stufe des Gesetzes als Recht konstituiert ist. Doch räumt man in der Regel nicht offen ein, daß die Verfassung außerhalb der Domäne des Rechtes fällt. Diese Konsequenz würde offenbar zu unannehmbar sein.

Auf diese Weise wurden in neuerlicher Zeit (vgl. IV, Exkursus A) die englischen Analytiker — unter der zunehmenden Schwierigkeit, die souveräne Macht zu bestimmen — dazu getrieben, eine be-

sondere „Staatsordnung“, die von der Rechtsordnung verschieden ist, als Grundlage für diese anzunehmen. Indessen wird jede „Grundlegung“ unbegreiflich, sofern nicht die Rechts- und Staatsordnung derselben Normart angehört, und hiermit ergeben sich wieder die gleichen Schwierigkeiten.

In Deutschland hat Jellinek auf positivistischer Grundlage mit größter Energie das Problem aufgestellt: wie ist Staatsrecht — wenn das Recht der Wille des Staates ist — möglich¹⁾? Eindringlicher als jeder andere Positivist hat Jellinek das Problem ins Auge gefaßt; aber seine Antwort bedeutet in Wirklichkeit, daß die Verfassung aus der rechtlichen Domäne ausgeschlossen wird. Die Antwort liegt in Jellineks bekannter Lehre von der Selbstverpflichtung des Staates, von der Verfassung als Regeln, mit denen der Staat sich selber verpflichtet, eine gewisse Ordnung zu befolgen. Wie mehreremale erwähnt, ist indessen eine rechtliche Selbstverpflichtung im normlogischen Sinne eine Unmöglichkeit. Als psychologische Selbstverpflichtung kann die Konstruktion unmöglich eine Rechtspflicht ausdrücken, sondern nur eine moralische Pflicht (vgl. p. 302). Indem Jellinek auf diese Weise die Verfassung als eine Selbstverpflichtung charakterisiert, ist es ihm wohl geglückt, sie von dem übrigen Recht zu sondern und ihre Sonderstellung zu begründen — aber nur, indem er sie in das Ethische, Meta-rechtliche verschiebt. Es ist in dieser Hinsicht symptomatisch, daß Jellineks Lehre — nach seiner eigenen Aussage — dadurch entstanden ist, daß er den Grundgedanken der modernen Ethik, die sittliche Autonomie, analog auf den Staat überführte²⁾. Jellinek meint deshalb, wenn man die Selbstverpflichtung des Staates leugne, so breche nicht nur das Staatsrecht, sondern auch die ganze Ethik zusammen, womit man bei einem Nihilismus endet, der alle Wissenschaft von einem menschlichen Gemeinschaftsleben unmöglich macht. Dieses Raisonement ruht auf einer für das vornormativkritische Bewußtsein typischen Identifizierung rechtlicher Verpflichtung mit „Verpflichtung überhaupt“. Aus einem charakteristischen *pars pro toto*-Gedankengang heraus, legt das primitive Bewußtsein die unmittelbar am besten bekannte Pflicht, die autonom-moralische, seiner Auffassung des Pflichtbegriffs als einer allgemeinen normativen Kategorie zugrunde. Zugleich wird nicht die moralische Pflicht selbst (als normative Figur), sondern ein psychologischer Begriff von dem moralischen Pflichtgefühl, der Pflicht-

¹⁾ Allg. Staatslehre, p. 337 f.

²⁾ Jellinek, Natur der Staatenverträge, 14 f., vgl. Gesetz und Verordnung, 199, Anm. 11.

motivierung, dem allgemeinen Pflichtbegriff zugrunde gelegt. Diese Auffassung läßt sich auch deutlich bei Jellinek nachweisen³⁾.

In Fortführung des positivistischen Gedankenganges, unter starkem Einfluß Austins, hat Felix Somló eine Lehre von der Verfassung ausgearbeitet. Nach Somlós Rechtstheorie ist das Recht eine Reihe von Befehlen, die von einer faktischen Macht — der Rechtsmacht — ausgegangen sind. In erster Linie bedeutet die Verfassung nach Somló „die Bezeichnung der Machthaber, die zusammen die Rechtsmacht eines Staatswesens bilden“. (Der Grundbegriff der Verfassung im weiteren Sinne.) „Sodann wird aber in einem engeren Sinne des Wortes außer der Bezeichnung dieser Machthaber auch der Inhalt der von ihm gesetzten Versprechensnormen Verfassung genannt, also mit anderen Worten auch die rechtliche Gebundenheit der Rechtsmacht, und vollends die besondere Art und Weise dieser Gebundenheit.“ (Der Grundbegriff der Verfassung im engeren Sinne.) Diese beiden Begriffe sieht Somló als juristische Grund- oder Voraussetzungs-begriffe an, d. h. als solche, die sich aus dem Rechtsbegriff ergeben und deshalb notwendigerweise unabhängig von positiver Satzung gelten. Endlich spricht Somló von einem dritten, einem Rechtsinhaltsbegriff der Verfassung: „Allerdings können auch Rechtsnormen bestehen, welche die Quellen angeben, woraus Rechtsnormen fließen können. Wir gewinnen dadurch einen dritten, und zwar einen Rechtsinhaltsbegriff der Verfassung im weiteren Sinne des Wortes im Gegensatz zum juristischen Grundbegriffe“⁴⁾.

Der Grundbegriff der Verfassung „im weiteren Sinne des Wortes, also der Inbegriff der Teile, die zusammen die Rechtsmacht eines gegebenen Staatswesens ausmachen, ist eine soziale Tatsache, keine juristische“⁵⁾. Eine solche Verfassung muß jeder Staat haben. Aber, wie

³⁾ Z. B. Jellinek, Natur der Staatenverträge, p. 15, „Der Akt der Verpflichtung ist ein Vorgang der Motivation, er besteht darin, daß an einen Willen die Anforderung gestellt wird, ein bestimmtes Motiv als das absolut stärkste anzusehen“ und p. 17: „Der letzte psychologische Grund der Verpflichtung, sei es durch eigenen, sei es durch fremden Willen, besteht aber darin, daß der Wille sich durch seine Äußerung als gebunden erachtet“. Hierin liegt eine psychologische Beschreibung des moralischen Sich-verpflichtet-Fühlens. Wenn man einen solchen Begriff der Rechtspflicht zugrunde legt, so endet man notwendigerweise bei einer ethischen Rechtfertigungstheorie, einer Anerkennungstheorie, wie sie Bierling in seiner Arbeit „Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe“ formulierte. Dies ist denn auch Jellineks Standpunkt, wengleich seine Lehre — ebenso wie die Bierlings — eine Tendenz zeigt, der ursprünglich rein subjektiv-ethischen Anerkennung objektiv-soziologische Bedeutung als faktische Befolgung unterzuschieben.

⁴⁾ Somló, Juristische Grundlehre, 309.

⁵⁾ A. a. O. 311.

⁶⁾ A. a. O. 310.

ausdrücklich hervorgehoben wird, wird darunter eine soziale Tatsache, keine juristische verstanden. In dieser Bedeutung des Wortes fällt die Verfassung also außerhalb der Sphäre der rechtlichen Erkenntnis; sie gehört zur sozial-faktischen, die nach Somló die Voraussetzung für die rechtliche Erkenntnis bildet.

Der Grundbegriff der Verfassung im engeren Sinne gibt den Inhalt der von der Rechtsmacht gesetzten Versprechensnormen an. Eine solche Verfassung kommt nicht notwendigerweise jedem Staate zu. Da man sich nicht denken kann, daß diese Versprechensnormen auf etwas anderes ausgehen, als darauf, festzusetzen, unter welchen Umständen die Rechtsmacht etwas als Recht setzen will, also eine Angabe enthalten über die „Quellen, woraus Rechtsnormen fließen können“ — so kann ich nicht sehen, welcher Unterschied zwischen diesem anderen Grundbegriff und dem Rechtsinhaltsbegriff der Verfassung bestehen kann. Dieser sogenannte Grundbegriff wird doch eben durch den Inhalt der Versprechensnormen, also durch den Rechtsinhalt bestimmt (denn die Versprechensnormen sind auch Recht, s. hierüber Somló a. a. O. §§ 69—70). Wenn Somló diese scheinbar unbegreifliche Transformation eines bedingten Rechtsinhalts zu einem juristischen Grundbegriff vorgenommen hat, so liegt das sicher an dem erwähnten Drange, die Verfassung über das „positivrechtliche“ Niveau hinauszuhoben. Aber abgesehen von diesem Formulierungsproblem ist es in jedem Fall charakteristisch, daß Somló Jellineks Selbstverpflichtungslehre hat wiederaufnehmen müssen, wenngleich in etwas veränderter Form. Somló sieht sich gezwungen, außer den gewöhnlichen Befehlsnormen, die von einer mächtigen Instanz ausgegangen sind, damit koordinierte Versprechensnormen anzunehmen, die von derselben Instanz ausgegangen sind. Das Versprechen ist nach Somló eine ebenso ursprüngliche Verpflichtungsform wie der Befehl. Der Versprechensgeber wird durch den im Versprechen geäußerten Willen dem Versprechensempfänger gegenüber gebunden. Nur dieser, nicht er selber kann die Verpflichtung lösen. Hieraus folgt indessen als eine notwendige Konsequenz — und Somló erkennt das selber an — daß man den Willen des Versprechensempfängers als bestimmend für den Rechtsinhalt ansehen — und also den Versprechensempfänger als zu der Rechtsmacht gehörend betrachten muß. Somló erkennt denn auch an, daß der Normunterworfenen durch die Verfassung in diesem Sinne selber zum Teilnehmer an der Rechtsmacht gemacht wird⁷⁾. Dies aber bedeutet einen fundamentalen Riß in Somló's System. Die Rechtsmacht wird als eine sozial-

⁷⁾ A. a. O. 310.

faktische Instanz definiert, und sie läßt sich nicht durch eine normative Stellung als Versprechensempfänger bestimmen. Es ist klar, daß die Pflicht, die sich auf das Versprechen als Versprechen gründet, also abgesehen von der faktischen Machtsituation des Versprechensempfängers, ganz anderer Art ist, als die, die Somló sonst als die rechtliche charakterisiert, und die ihre spezifische Färbung der Faktizität dadurch erlangt, daß sie von einer sozial-machtvollen Instanz ausgeht, deren Gebot mit regelmäßiger Befolgung rechnen kann⁸⁾. Die auf das Versprechen gegründete Pflicht ist in Wirklichkeit psychologisch autonom, d. h. moralisch, nicht rechtlich. Somló's Verfassungsbegriff in dieser Bedeutung (der engere Grundbegriff sowohl wie der Inhaltsbegriff — wenn dieser Unterschied überhaupt aufrecht erhalten werden kann) wird hiermit ebenso wie der Jellineks auf das Moralische reduziert. Wenn Recht eine homogene Masse, ein Wille ist, der von einer gewissen Instanz ausgeht, dann läßt die in dem Verfassungsbegriff gedachte erkenntnistheoretische Rangfolge sich nicht rechtstheoretisch-immanent begründen. Der Verfassungsbegriff muß auf dieser Grundlage notwendigerweise auf rechtlich transzendente Kriterien zurückfallen: soziale (Somló's erster Grundbegriff) oder ethische (Somló's zweiter Grundbegriff, sein Rechtsinhaltsbegriff und Jellineks Begriff⁹⁾).

3. Erst auf normlogischer Grundlage wird es möglich, die Verfassung getrennt von dem untergeordneten Recht durch ein rechtlich-immanentes Kriterium zu verstehen. Der übergesetzliche Charakter der Verfassung bedeutet einfach, daß sie innerhalb der Stufenfolge des Rechtes die Rechtsstufe oder die Rechtsstufen angibt, die „über“ dem Gesetze liegen, d. h. den Erkenntnisgrund für dieses als Recht bilden, indem sie als Norm rechtschaffende Macht als Rechtswirkung mit dem Faktum des Gesetzgebungsaktes verbindet.

Nach Kelsen entsteht alles Recht mit (normlogischem) Ursprung in einer vorausgesetzten Grundnorm. „Indem diese allererst ein das Recht erzeugendes Organ einsetzt, bildet sie die Verfassung in einem rechtslogischen Sinne. Und indem der solcherweise geschaffene Gesetzgeber Normen setzt, die die Gesetzgebung selbst regeln, entsteht — als nächste Stufe — die Verfassung im positiv-

⁸⁾ A. a. O., § 33.

⁹⁾ Die Bestimmung der Rechtsmacht durch eine Norm — eine Konstruktion, die bei Somló mehreremale wiederkehrt — bedeutet eine Sprengung seines Systems. Die Rechtsmacht, die alle Rechtserkenntnis tragen und möglich machen sollte, wird selbst durch Recht bestimmt. Das System kommt so auf dem Kopfe zu stehen. Das kommt davon, daß die Rechtsmacht als faktisch-sozialer Begriff eine Fabel ist.

rechtlichen Sinne. Doch liegt die Begründung ihrer Einheit eigentlich in der als Verfassung im rechtslogischen Sinne bezeichneten, nicht gesetzten, sondern nur vorausgesetzten Grundnorm. Denn auf ihr beruht der erste, noch durch keine positivrechtliche, d. h. hier: gesetzte Norm bestimmte Akt der Gesetzgebung¹⁰⁾.

Indessen läßt Kelsens Verfassungstheorie — selbst für eine immanente Betrachtung — sich auf verschiedene Weise einer Kritik unterwerfen.

Erstens kann man fragen, weshalb im Grunde eine Verdoppelung des Verfassungsbegriffes in einer normlogischen und positivrechtlichen (in dem Sinne „gesetzt“) notwendig ist? Wäre es nicht im Gegensatz hierzu möglich, die positivrechtliche Verfassung selbst als Grundnorm anzusehen? Diese Frage läßt sich offenbar nicht abweisen. Wenn Kelsen sich entschließt, noch eine Stufe einzufügen, nämlich eine Grundnorm, die mit einer inhaltsleeren Generaldelegation den Gesetzgeber ermächtigt, den Inhalt der Verfassung zu bestimmen, so liegt das sicher — abgesehen von einem rationalistisch-ästhetischen Drange — an der Vorstellung, daß man als Grundnorm nur eine inhaltsleere Norm annehmen kann, so daß der Inhalt allen positiven Rechtes durch Setzung bestimmt wird. Aber eine Notwendigkeit für eine solche Annahme liegt nicht vor. Es liegt normlogisch nichts im Wege, eine schon in irgend einem Grade inhaltsfüllte Norm als Grundnorm anzunehmen. Deren Funktion besteht ja in nichts anderem, als daß sie Voraussetzung für die Erkenntnis anderer Normen als Recht ist. Und diese Funktion wird in gleichem Grade erfüllt werden, ob nun die Bedingungen, die sie für die Konstitution der abgeleiteten Normen setzt, ausschließlich formalen, oder zugleich auch materialen Charakters sind. Es liegt normlogisch keine Notwendigkeit vor, daß aller Rechtsinhalt gesetzten — und nicht vorausgesetzten Charakters sein muß. Umsomehr, als die Grundnorm, die die normative Jurisprudenz als Völkerrechtsverfassung annimmt, inhaltsfüllten Charakters ist¹¹⁾. Von Kelsens eigenem Standpunkt aus kann man kurz und gut sagen: die Wahl der Grundnorm ist rechtlich frei und kann nur durch ein erkenntnistheoretisch-denkökonomisches Prinzip bestimmt werden. Man muß deshalb ebenso gut eine inhaltsbestimmte Grundnorm wählen können, wie eine bloß formale, wenn nur dem erwähnten denkökonomischen Prinzip in gleichem Grade Genüge geschieht.

¹⁰⁾ Allg. Staatslehre, 249.

¹¹⁾ Verdross, Einheit des rechtlichen Weltbildes, 126.

Dazu kommt, daß Kelsen nicht den Widersprüchen scheint entgegen zu können, die in der Selbstverpflichtungskonstruktion liegen. Denn wenn die Grundnorm mit einer Generaldelegation eine gewisse Instanz als Gesetzgeber eingesetzt hat, so ist es normlogisch unmöglich, daß von dieser Instanz rechtliche Normen ausgehen können, „die die Gesetzgebung selbst regeln“. Dies würde ein eklatantes Beispiel für eine Selbstverpflichtung sein. Die abgeleiteten Normen können unmöglich die Voraussetzung — die Generaldelegation der Grundnorm — aufheben oder einschränken, auf der sie selbst beruhen. Wenn eine Grundnorm lautet: Recht ist, was A bestimmt, so kann A hiermit allen möglichen Inhalt als Recht setzen — ausgenommen solche Bestimmungen, die A's rechtsetzende Befugnis aufheben oder einschränken würden. Denn das Gebiet des Folgesatzes kann logisch niemals über das der Voraussetzung hinausgreifen. Wenn A faktisch eine solche Einschränkung setzte, würde sie in dem vorausgesetzten System bedeutungslos sein. Etwas anderes ist es, daß sie möglicherweise selber als Grundnorm ein ganz neues System grundlegen kann, oder daß ihr möglicherweise von anderen, bereits existierenden Systemen aus, z. B. dem moralischen, Gültigkeit zukommen kann, oder daß der Akt, in seiner sozialen Realität betrachtet, bedeutende soziale Wirkungen ausüben kann.

Dieser Fehler in Kelsens Theorie kann nur auf die Weise berichtigt werden, daß man annimmt, daß die Grundnorm (die rechtslogische Verfassung) generell die rechtschaffende Macht auf eine gewisse Instanz I, 1 delegiert und diese dann — unter gewissen näher festgesetzten Bedingungen — diese Macht weiter auf eine andere Instanz I, 2 delegiert. I, 1 wird man dann die verfassungsgebende Macht, I, 2 die gesetzgebende Macht nennen können. I, 1 und I, 2 bedeuten natürlich normlogisch keine Realitäten, keine lebenden Menschen, sondern sie sind Inbegriff der entsprechenden Konstitutionsbedingungen für etwas als Recht. Nun ist doch klar, daß, um etwas als Verfassung im Gegensatz zu einfachem Gesetz erkennen zu können, die Konstitutionsbedingungen — I, 1 und I, 2 — notwendigerweise verschieden sein müssen. Andernfalls würde Gesetz und Verfassung notwendigerweise für eine rechtliche Erkenntnis identisch sein. Wenn man mit Kelsen die Grundnorm direkt I, 2 als gesetzgebende Instanz einsetzen läßt und auch die Verfassung von derselben ausgehen läßt, dann wird Identität zwischen I, 1 und I, 2 vorliegen, und es wird unmöglich sein, die Verfassung als verschieden von einem allgemeinen Gesetz zu erkennen.

Es kann vielleicht scheinen, als ob dieser Fehler in Kelsens Theorie bloß terminologisch sei. Die Selbstverpflichtung wird ausgeschlossen

werden, wenn man bloß — mit einer geringen Veränderung in Kelsens Darstellung — sagt, daß die Grundnorm eine erste verfassungsgebende Instanz I, 1 einsetzt, und daß diese darauf eine andere gesetzgebende Instanz I, 2 einsetzt. Der Fehler hat indessen tiefergreifende Bedeutung. Denn während Kelsen anzunehmen scheint, daß man stets von einer Verfassung sowohl im rechtslogischen wie im positivrechtlichen Sinne wird sprechen können, zeigt das Vorhergehende, daß dies nicht der Fall ist. Die Möglichkeit der erwähnten Scheidung wird dadurch bedingt, daß es mit Rücksicht auf das positive Recht möglich ist, zwischen den beiden Instanzen I, 1 und I, 2 zu scheiden, was keineswegs notwendig der Fall zu sein braucht. Infolge einer positiven Rechtsordnung ist es keineswegs notwendig, zwischen einem Gesetzgeber und einem Verfassungsgeber scheiden zu können. Wenn keine besonderen Bedingungen für eine „Verfassungsänderung“ vorliegen, ist eine solche Scheidung unmöglich. D. h., daß in diesem Fall das entsprechende Rechtssystem nur eine einzige Verfassung, nämlich die rechtslogische in der Grundnorm vorausgesetzt hat. Aber es wird in diesem Falle keine Notwendigkeit vorliegen, als Grundnorm eine formale, generaldelegierende Norm anzunehmen. Im Gegenteil, das „Prinzip der Denkökonomie“ (ausgedrückt in der Sprache einer transzendenten Kritik: die Positivität, d. h. das Prinzip der gegenseitigen Beziehung) führt in diesem Falle dazu, eine inhaltserfüllte Grundnorm anzunehmen, also eine, die Kelsens positivrechtlicher Verfassung entspricht. Da es über dem Gesetzgeber keine grundgesetzgebende Instanz gibt, die die Verfassung gesetzt hat, so sind wir gezwungen, ihren Inhalt als bloß vorausgesetzt anzusehen.

Ist dies schon von einer immanenten Kritik aus gültig, so wird es noch deutlicher, wenn man an das denkt, was wir früher — im Gegensatz zu Kelsen — von dem rechtlichen System gesagt haben. Daß sich in diesem Fall kein Verfassungsgeber nachweisen läßt, bedeutet, daß die Verfassung nicht durch eine ausdrückliche Setzung, sondern voraussetzungsweise durch Praxis, d. h. durch Gesetzgebungspraxis entstanden ist. Die Verfassung ist „Gewohnheitsrecht“. Die Verfassung ist vorausgesetzt — in Kelsens Terminologie als Grundnorm. Daraus ergibt sich, daß Kelsens Lehre von einer sowohl rechtslogischen, wie positivrechtlichen Verfassung sich als eine neue Anwendung der systemlogisch-deduktiven Rechtstheorie enthüllt. Wir haben früher (XIII, 3, 4.) diese kritisiert, was ihre Konsequenzen für das Verhältnis zwischen Richter und Gesetz angeht. Das Verhältnis zwischen Gesetzgeber und Verfassung ist hiermit ganz analog. Von unserem Stand-

punkt aus können wir deshalb schließen, daß Kelsens Scheidung zwischen einer rechtslogischen und einer positivrechtlichen Verfassung in Wirklichkeit den Unterschied zwischen der voraussetzungsweise-induktiv entstandenen und der ausdrücklich gesetzten Verfassung ausdrückt. Auch in diesem Falle kann die Divergenz nicht auf eine bloß terminologische („vorausgesetzt“ statt „voraussetzungsweise entstanden“) reduziert werden. Denn die voraussetzungsweise entstandene Verfassung ist nach unserer Auffassung ebenso positiv, wie die gesetzte. Die voraussetzungsweise entstandene Verfassung ist einfach eine Art „Gewohnheitsrecht“, das durch „Gesetzgebungspraxis“ entstanden ist.

4. Nach der hier vertretenen Rechtstheorie stellt sich das Problem der Verfassung folgendermaßen dar.

Wir haben die Verfassung als die Stufe oder die Stufen bestimmt, die über der des Gesetzes liegen. Hiermit erhebt sich notwendigerweise die Frage, wo die Stufenfolge nach oben ihren Abschluß findet.

Um diese Frage zu beantworten, erinnern wir daran, daß dem normlogischen Rechtssystem ein sozialer „Gemeinschaftswille“, eine soziale Totalität zugrunde liegt (vgl. XI, 1 und 4 c). Das Rechtssystem entfaltet sich in einer Stufenfolge. Wie viele Stufen — von den niedrigsten Erfüllungsakten und nach oben hin — es im System gibt, läßt sich nicht a priori entscheiden. Die Systemlogik führt niemals zu einem notwendigen Abschluß. Wie hoch auch die Abstraktion getrieben wird, es läßt sich immer fragen, unter welchen Bedingungen die bisher als höchste angenommene Norm Geltung hat (vgl. X, 1 und 9). Hieraus folgt, daß eine Grundnorm stets einen normlogisch willkürlichen Abschluß bedeutet, wo man wohl weiter fragen kann, es aber doch nicht tut. Doch ist es keineswegs eine rechtlich willkürliche Frage, wo die Abstraktion in einem gegebenen System aufhört. Das hängt aber nicht von der Systemlogik ab, sondern ausschließlich von der sozialen Realität, die in den Formen der Systemlogik ausgedrückt wird. Es ist — wie alle rechtliche Erkenntnis — eine Realitätsfrage. Sie hängt von dem Charakter der sozialen Totalität ab, die die Rechtserkenntnis begründet. Je primitiver diese ist, je weniger sie Organismus ist, desto weniger Stufen lassen sich heraussondern. Dagegen: je entwickelter sie ist, je mehr sie als Organismus hervortritt, desto mehr Stufen lassen sich erkennen, bevor die Abstraktion aufhören muß, weil eine weitergehende Hypothese über das Organisationsprinzip der Realität entbehrt.

Für das nähere Verständnis dieser Probleme ist es wichtig, sich ein Verhältnis klar zu machen, das von der bisherigen Rechtstheorie übersehen ist. Was ist es eigentlich, was eine Stufe in dem Rechtsgebäude

von der vorausgehenden höheren unterscheidet? Oben (XIII, bes. 6) haben wir diese Frage studiert, soweit sie das Verhältnis zwischen Gesetz und Urteilsfällung angeht. Diese Untersuchungen berechtigen uns, zu behaupten, daß das Entscheidende nicht ist, welche Instanz psychologisch den betreffenden Rechtssatz formuliert hat. Auch das Resultat der logisch-kognitiven Gesetzauslegung des Richters ist Gesetz. Gleichfalls liegt das von der Praxis geschaffene Gewohnheitsrecht eine Stufe über der Urteilsfällung. Das Entscheidende liegt ausschließlich darin, ob eine Norm als Erkenntnisgrund für eine andere angesehen werden kann. Das Charakteristische für die übergeordnete Stufe besteht darin, daß sie die Konstitutionsbedingungen für die Normen der untergeordneten Stufe normiert. Umgekehrt gilt mit derselben Notwendigkeit, daß jede Norm, die etwas als Konstitutionsbedingungen für eine andere Norm ausdrückt, als auf einer höheren Stufe liegend angesehen werden muß.

Es folgt aus dieser Charakteristik der Stufenfolge, daß eine Norm, die von einer übergeordneten Stufe ausgegangen ist, von einer Instanz gesetzt sein muß, die von der (denen) verschieden ist, die die Normen in der untergeordneten Stufen setzt (setzen), indem man unter einer normsetzenden Instanz den Inbegriff der Konstitutionsbedingungen einer Norm versteht. Andernfalls würde die konstituierende Norm selbst zu der konstituierten Gruppe gehören, und sich so selbst konstituieren, was eine logische Unmöglichkeit ist: die logische Voraussetzung muß von der logischen Folge verschieden sein. Man kann deshalb auch die Stufenfolge als eine Instanzenfolge ansehen. Dies ist die fundamentale Bedeutung der Lehre von dem Stufenbau des Rechtes: wenn das Recht sein eigenes Entstehen soll normieren, in einer Abstraktion seine eigenen Existenzbedingungen soll festsetzen können, so ist es logisch notwendig, sich die rechtlichen Normen als in einer Reihe (Folge) von Gruppen geordnet zu denken, so, daß 1) Normen in derselben Gruppe dieselben, Normen in verschiedenen Gruppen verschiedene Konstitutionsbedingungen haben, und daß 2) die Konstitutionsbedingungen für eine gewisse Normgruppe durch den Inhalt der Normen der vorhergehenden Gruppe bestimmt werden, durch die die Reihe bestimmt wird.

Hieraus folgt eine sehr wichtige Konsequenz. Da die Änderungsregeln für eine Norm natürlich mit zu ihren Konstitutionsbedingungen gehören, so folgt hieraus notwendig, daß die Regeln davon, unter welchen Bedingungen eine Norm, die zu einer gewissen Stufe im Rechtsbau gehört, geändert werden kann, niemals als derselben Stufe selbst angehörend angesehen

werden können¹²⁾. Wir verstehen nun, daß man sich logisch niemals ein Ende der Stufenfolge denken kann, denn jedesmal, wenn eine neue Stufe gesetzt wird, kann man fragen, unter welchen Bedingungen sind die Regeln dieser Stufe gültig, speziell, wie lassen sie sich ändern. Und für jede Änderungsregel — die eine höhere Stufe bezeichnet — läßt sich wiederum fragen, wie kann die Änderungsregel geändert werden? Und die Änderungsregel der Änderungsregel? Und so fort in infinitum. Aber bei der realen Rechtserkenntnis hört die Fragekette auf, wenn es zufolge der sozialen Totalität nicht mehr möglich ist, die normsetzende Instanz zu differenzieren.

Zur Orientierung wollen wir uns folgenden Fall vorstellen. Ein gewöhnliches Gesetz enthält besondere Bestimmungen über seine eigene Änderung, z. B. daß es in den ersten fünf Jahren nicht aufgehoben werden kann, oder daß für seine Aufhebung eine besondere Majorität erforderlich ist. Es ist nun unzweifelhaft, daß diese Bestimmungen der bisher angenommenen Verfassung widersprechen, die ja den Inbegriff der allgemeinen Bedingungen für die Existenz des Gesetzes bildet. Entweder müssen deshalb diese besonderen Änderungsbestimmungen aus einer deduktiven Betrachtung heraus für ungültig erkannt werden, oder die Verfassung muß — aus einer induktiven Betrachtung heraus — als verändert angesehen werden. Denn die Änderungsregeln können als Recht nur als Ergänzung der Verfassung verstanden werden. Welche von diesen Alternativen die rechtliche Lösung gibt, läßt sich ebensowenig in diesem Fall, wie in anderen ähnlichen von vornherein entscheiden. Es hängt hier — ebenso wie in der extra-legalen Praxis — davon ab, was die Systemeinheit fordert. Wenn wirklich ein Wille bei der gesetzgebenden Versammlung besteht, die Änderungsbestimmung als Recht anzusehen; wenn andere Rechtshandlungen als auf dieser Voraussetzung begründet gesetzt werden usw. — in dem Fall muß die Verfassung als geändert betrachtet werden. Die Änderungsbestimmung muß hiernach als Verfassung angesehen werden und kann systematisch nur von der verfassungsgebenden Instanz geändert werden.

Gehen wir eine Stufe höher hinauf, so stellen sich die Verhältnisse folgendermaßen dar: wenn eine Verfassung Änderungsbestimmungen

¹²⁾ Dies übersieht Verdross, Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers, 472, wo davon gesprochen wird, daß ein Rechtssatz sich selbst für unveränderlich erklären kann (ein selbstbezogenes Urteil!) und 484, wo es heißt: „Ob und wie eine Verfassungsänderung rechtlich möglich ist, kann daher nur aus der Verfassung selbst erschlossen werden“. Wie Kelsen, meint auch Verdross (a. a. O. 484), daß die Änderungsnormen einer Verfassung in Übereinstimmung mit ihrem eigenen Gebot geändert werden können, vgl. unten bei Anm. 13.

über sich selbst enthält, dann können diese Änderungsregeln nicht als Verfassung auf gleicher Ebene, wie die anderen Verfassungsparagraphen angesehen werden, sondern müssen notwendigerweise als Verfassung in zweiter Potenz betrachtet werden, und damit eine entsprechende neue Instanz voraussetzen. Ebenso wie vorher gibt es nun wieder zwei Möglichkeiten: entweder müssen diese Änderungsbestimmungen mangels einer solchen übergeordneten Instanz für ungültig angesehen werden, oder, wenn man wirklich einen entsprechenden Willen bei den verfassungsgebenden Behörden annehmen muß, der sich auf einen entsprechenden allgemeinen Willen im Volke gründet, dann müssen diese Bestimmungen als Recht angesehen werden. Doch wird es normal nicht möglich sein, eine den Änderungsbestimmungen entsprechende Verfassungsinstanz in zweiter Potenz nachzuweisen. Die Änderungsbestimmungen werden faktisch als veränderlich in Übereinstimmung mit ihren eigenen Regeln angesehen. Wenn auch diese Konstruktion eine logische Unmöglichkeit bedeutet, ist sie doch als Ausdruck für den realen sozialen Willen von Bedeutung. Normlogisch ausgedrückt bedeutet das, daß die Verfassungsänderungsbestimmungen bloß vorausgesetzt sind, ohne daß es möglich ist, die Bedingungen für ihre Änderung anzugeben, also ohne daß es möglich ist, sie als aus einer gewissen Instanz hervorgegangen zu betrachten. Hier liegt die wirkliche Bedeutung von Kelsens Lehre über die bloß vorausgesetzte Grundnorm. Diese ist keineswegs willkürlich, sondern setzt präzise an dem Punkte ein, wo es auf Grund des realen sozialen Willens nicht mehr möglich ist, in einer weitergehenden Abstraktion festzusetzen, unter welchen generellen Bedingungen eine Norm gültig ist. Der Wille läßt sich nicht mehr organisieren, sondern ist, wenn er ist, und sonst nicht. Im populären Denken, in dem die Sätze des positiven Rechts gedacht sind, findet dieser Mangel an weitergehenden Änderungsregeln darin seinen Ausdruck, daß man die höchsten Änderungsregeln als veränderlich zufolge ihrer eigenen Bestimmungen ansieht. Dies ist natürlich sinnlos. Wenn ein Verfassungsänderungsparagraph 60% Stimmenmehrheit für eine Verfassungsänderung fordert, und man mit 60% Mehrheit beschließt, den erwähnten Änderungsparagraphen derart zu ändern, daß man von nun ab 70% fordert, dann kann diese neue Bestimmung natürlich sehr wohl Recht werden. Es ist aber eine logische Unmöglichkeit, sie als von der alten Verfassung in Übereinstimmung mit seiner Änderungsregel abgeleitet (erkenntnistheoretisch) anzusehen. Denn von der Voraussetzung, daß zu einer Änderung 60% erforderlich sind, kann niemals abgeleitet werden, daß 70% erforderlich sind. Es kann in dem Abgeleiteten nichts enthalten sein, was die Vor-

aussetzung verändert. Die Änderungsregel, die 60% forderte, stand über der Verfassung. Alles, was aus der Änderungsregel abgeleitet wird, ist Verfassung und kann nicht die über der Verfassung stehende Änderungsbestimmung berühren. Nichtsdestoweniger kann es sein, daß man dazu gelangt, die neue Regel (70%) als Recht anzusehen, und so die Änderungsregel als geändert. Aber diese Änderung kann nicht rechtlich-deduktiv erfaßt werden, sondern nur rechtlich-induktiv als eine Änderung in den Voraussetzungen des Systems. Die Konstitutions(Änderungs)bedingungen der Änderungsregel waren nicht angegeben. Die Regel galt — bedingungslos — als Voraussetzung für den faktischen Zustand. Nun haben die geänderten faktischen Verhältnisse zufolge, daß die 70%-Regel als vorausgesetzte, bedingungslos geltende Grundnorm an die Stelle der 60%-Regel tritt. Aber die neue Grundnorm ist — trotzdem sie mit einer Majorität von über 60% angenommen wurde — nicht deduktiv aus der alten abgeleitet¹²⁾.

Die Grundnorm ist also keineswegs eine positivrechtlich willkürliche, rein normlogische Figur. Sie setzt da ein, wo es nicht mehr Änderungsregeln gibt. Man denkt sich dann, daß die letzte Reihe Änderungsregeln auch sich selbst angehen, womit das System zu einem Ende gebracht wird, da dieses faktisch bedeutet, daß die letzten Änderungsregeln bedingungslos vorausgesetzt sind.

Wenn es in einem System eine besondere Verfassung mit entsprechender verfassungsgebender Instanz gibt, die von der gesetzgebenden verschieden ist, so werden die Normen, die diese Instanz bezeichnen und bestimmen, unter welchen Bedingungen die Verfassung geändert werden kann, die vorausgesetzte Grundnorm sein. Das gilt auch für den Fall, daß die verfassungsgebende Instanz nur zum Unterschied von der gesetzgebenden durch die Forderung einer erhöhten Majorität oder dergleichen konstituiert wird.

Wenn es indessen innerhalb eines gewissen Systems nicht möglich ist, eine besondere verfassungsgebende Instanz nachzuweisen, d. h. wenn keine besonderen Konstitutionsbedingungen für eine besondere Normgruppe über den Gesetzen sich angeben lassen — in dem Falle ist der Gesetzgeber die oberste Instanz, und die Normen, die von seiner Kompetenz vorausgesetzt werden, sind vorausgesetzte Grundnormen. Die „materielle“ Verfassung ist selber Grundnorm. Daß es keine besondere verfassungsgebende Instanz gibt, bedeutet nämlich, daß es keine Regeln gibt, unter welchen Bedingungen die Verfassung gilt und geändert werden kann. Sie kann deshalb nicht deduktiv abgeleitet

¹²⁾ Das nimmt fälschlich Kelsen an, s. no. 6, und Verdross, s. oben Anm. 11.

werden, sondern nur induktiv vorausgesetzt. In einem Staate, wie dem englischen, in dem es keine geschriebene Verfassung gibt, und auch keine Regeln, wie eine solche entstehen und verändert werden kann, müssen deshalb die materiellen, vorausgesetzten Verfassungsregeln als vorausgesetzte Grundnorm angesehen werden. Daran wird dadurch nichts geändert, daß es ausdrückliche Regeln gibt, was „Verfassung“ ist, wenn diese Regeln nur in Gesetzform gegeben sind und nicht besonders Existenz- oder Änderungsbedingungen voraussetzen. So würden die Verhältnisse in einem Lande mit geschriebener Verfassung sein, wenn diese als ein allgemeines Gesetz geändert werden könnten. Auch in diesem Fall würde die Verfassung eine vorausgesetzte Grundnorm sein. Denn als Gesetz — d. h. unter Voraussetzung einer gewissen Verfassung — kann es unmöglich Regeln gegeben werden, die diese Verfassung betreffen. Kann „die Verfassung“ deshalb als allgemeines Gesetz gesetzt und geändert werden, so ist es normlogisch ebenso bedeutungslos, wie ein Verfassungsänderungsparagraph in einer Verfassung. Aber als Ausdruck für den sozialen Willen bezeichnet es hier den Schluß des Systems in einer — bedingungslosen — Voraussetzung als Grundnorm¹⁴⁾.

¹⁴⁾ Das Problem der Verfassung wird in der Literatur nur sparsam behandelt. Besondere Hervorhebung verdient, daß W. Burkhardt zu einer Zeit, da die normative Jurisprudenz noch nicht durchgedrungen war, eine vortreffliche Abhandlung über „Verfassungs- und Gesetzesrecht“ [47] 1910, geschrieben hat, die ganz und gar in normlogischem Geiste gedacht ist. Zwar erkennt der Verfasser die traditionelle Scheidung zwischen Verfassung in formellem und materiellem Sinne an, er durchbricht sie aber im Grunde selbst wieder. Die materielle Verfassung wird nämlich definiert als die Regeln, „die die Gesetzgebung selbst normieren wollen“ (37). Und mit aller wünschenswerten Schärfe sieht der Verfasser ein, daß diese Regeln notwendigerweise selbst über, außer dem Gesetzgeber stehen müssen: „Daß solche Rechtsnormen vor jeder Gesetzgebung gelten . . . ist eine Denknotwendigkeit“ (38). (Hier tritt die normlogische Denkweise deutlich zutage). „Der Gesetzgeber aber bedarf eines außer dem Gesetze stehenden Stützpunktes; dieser archimedische Punkt ist die Verfassung“ (38). Also: die materielle Verfassung kann ebensowenig jemals in der Form Gesetz sein! Außerdem hat der Verfasser — so viel ich weiß als erster — eingesehen, daß die Änderungsregeln der Verfassung niemals selbst als Verfassung auf gleicher Ebene mit den übrigen Verfassungsregeln angesehen werden können (47, 51). — Wenn Burkhardt doch nicht zu völlig befriedigenden Resultaten gelangt, so liegt das daran, daß er nicht eingesehen hat, 1. daß die oberste Stufe in der Rechtsordnung notwendigerweise bloß vorausgesetzten Charakters sein muß, und 2. daß die Verfassung nicht die einzige Stufe über dem Gesetz zu sein braucht. Aus diesem Grunde gelangt der Verfasser zu folgenden zwei unannehmbaren Konsequenzen: a) daß die sogenannten Verfassungsregeln, die in Ländern ohne besondere verfassungsgebende Instanz auf dem gewöhnlichen Gesetzgebungswege entstehen, nicht Rechtregeln sind, nicht Verfassung im rechtlichen Sinne, weil Verfassungsregeln nicht vom Gesetzgeber gesetzt werden können (41). Der Verfasser übersieht hierbei, daß man, um überhaupt von einem Gesetzgeber sprechen zu können, notwen-

5. Mit dem Begriff voraussetzungsweise entstandene Verfassung erreichen wir die äußersten Grenzen der rechtlichen Erkenntnis. Wenn die bloß vorausgesetzte Grundnorm — z. B. die Verfassungsänderungsregel, die eine qualifizierte Majorität von 60% fordert — ausschließlich von einer Anerkennung und dem Willen zur Befolgung bei den Autoritäten, die das menschliche Substrat für die höchste normsetzende Substanz bilden, induziert war, würde die Grundnorm ganz mit dem Faktischen zusammenfallen. Sie galt, wenn sie befolgt wurde, und galt nicht, wenn sie nicht befolgt wurde. Auf Grund eines ganz besonderen Umstandes ist es indessen möglich, der Grundnorm spezifisch rechtliche Normqualität als verschieden von ihrer bloßen Faktizität beizulegen. Dies hängt mit der im Vorhergehenden besprochenen, normlogisch sinnlosen, populären Auffassung zusammen, nach der die Grundnorm als von der höchsten Instanz gesetzt angesehen wird. Auf Grund dieser Auffassung wird sich in politisch einflußreichen Kreisen (dem Volke) die Vorstellung bilden, daß die oberste Instanz, unangesehen jeder Faktizität, rechtlich von der vorausgesetzten Norm gebunden ist. Ein etwaiger Versuch einer „Übertretung“ wird deshalb — wenn diese Überzeugung lebendig ist — eine heftige politische Reaktion hervorrufen. Auf Grund des in der Überzeugung begründeten sozialen Willens kommt den Grundnormen so soziale Sanktion zu und sie erhalten wirklichen Rechtscharakter gegenüber der obersten Instanz. Es wäre nun äußerst verlockend, wenn man (mit Somló) als „allerhöchste“ normsetzende Instanz den erwähnten obersten, machtvollen politischen Willen einschöbe. Das Recht würde hiermit schließlich in einem „hinter“ dem Recht stehenden machtvollen politischen Willen verankert sein. Diese Auffassung ist indessen falsch. Denn es geht aus dem Vorhergehenden hervor, daß der politische Wille keineswegs im Verhältnis zum Rechte primär ist, sondern eben auf einer — wenn auch nur vermeintlichen — Rechtserkenntnis beruht. Der politische Wille ist nicht unabhängig vom Rechtssystem. Er heftet sich an ein rechtliches Phänomen: die von der höchsten Norminstanz selbst vorausgesetzte Norm. Es liegt hier ein eigentümlicher Kreislauf vor: die Grundnorm wird erst auf Grund eines politischen Willens über das

digerweise eine Verfassung voraussetzen muß, die, praktisch genommen, mit der vom Gesetzgeber gesetzten identisch sein wird; sie gilt aber nicht, weil sie gesetzt ist, sondern weil sie vorausgesetzt werden muß; b) entsprechend meint der Verfasser — hierin weiter auf die oben unter 2. erwähnte Annahme gestützt — daß die Änderungsregeln in einer Verfassung, die von einer besonderen verfassungssetzenden Instanz ausgegangen sind, niemals als Recht angesehen werden können (47, 51), und daß jede Verfassungsänderung deshalb Revolution ist (50). Aus dem unter a) angeführten Grunde ist diese Annahme falsch.

rein Faktische hinaus Recht; aber dieser Wille bildet sich erst auf Grund einer Überzeugung, daß die Norm schon Recht ist. So bildet eine Rechtsüberzeugung die letzte Grundlage.

So fühlt man sich versucht, eine andere historisch häufig vorkommende Theorie zu akzeptieren, die den letzten Grund für das Recht in einem sozialen Rechtsbewußtsein rechtlich-moralischen Charakters finden will. Aber auch diese Lösung ist nicht richtig. Der letzte entscheidende Wille ist ebenso wenig moralischen, wie bloß faktischen Charakters. Beiden gegenüber muß man betonen, daß die spezifisch positive Rechtsüberzeugung an das System gebunden ist, indem sie durch einen — logisch sinnlosen — Schluß, dessen Grundnorm von dem bloß Faktischen auf das Normative transformiert. Und hiermit gewinnt die Grundnorm wirklich normativen Charakter. Die Norm gilt nun, weil es einen sozialen Willen gibt, der sie will, aber dieser Wille will sie nur, weil er glaubt, daß die Norm unabhängig hiervon gilt. Auf diesen letzten Glauben gründet sich die Grundnorm. Hier gilt einmal, daß der Glaube sich sein Objekt schafft! Das rechtliche System schafft eine gewisse Ideologie, und diese Ideologie krönt zum Entgelt das System dadurch, daß es seiner an sich bloß faktischen Grundnorm eine rechtliche Normqualität verleiht. Aber hieraus folgt, daß, wenn die Ideologie sich verliert, die oberste rechtliche Erkenntnis nach Null konvergiert. Dieser Kern von Wahrheit liegt in der Lehre der historischen Schule von der volklichen Rechtsüberzeugung als letzter Rechtsquelle und in Jellineks Lehre von der normativen Kraft des Faktischen.

6. Kelsen legt der Grundnorm, der Verfassung in rechtslogischer Bedeutung eine besonders wichtige Funktion bei: ihre Bewahrung oder Nichtbewahrung ist für die Identität des Staates, Kontinuität oder Bruch in der Rechtsentwicklung entscheidend. „Der Staat bleibt derselbe, auch wenn sich seine Verfassung positivrechtlich, nämlich in den von der Verfassung vorgeschriebenen Formen ändert. Die Änderung kann noch so einschneidend sein, so ist doch — erfolgt sie gesetzmäßig — schlechterdings kein Grund vorhanden, mit der geänderten Verfassung einen neuen Staat anzunehmen. Nur wenn die Verfassungsänderung als Verfassungsbruch erfolgt, d. h. wenn man — um sie als gültig anzusehen — eine andere Grundnorm voraussetzen muß, als jene, auf der die alte Verfassung beruhte, dann kann von einem neuen Staate gesprochen werden“¹⁵⁾. Im letzteren Falle spricht man von Revolution.

Nun kann man natürlich „Identität des Staates“ und „Revolution“ definieren, wie man will. Solange nicht angegeben wird, welche

¹⁵⁾ Kelsen, Allg. Staatslehre, 249.

Bedeutung diesen Begriffen zukommt, ist eine Diskussion prinzipiell unmöglich. Man kann indessen untersuchen, ob ein Kriterium wie das angegebene, 1) überhaupt möglich ist und 2) ob es in dem Grade, in dem es möglich ist, eine rechtstheoretisch wesentliche Einteilung angibt, die dazu berechtigt, darauf eine Scheidung wie die zwischen Identität und Revolution, Kontinuität und Diskontinuität zu gründen. Was die erste Frage angeht, so müssen wir bestreiten, daß nach dem von Kelsen angegebenen Kriterium eine Grenze gezogen werden kann. Wie es von Kelsen angegeben wird, enthält es auf jeden Fall eine Unklarheit, die erst beseitigt werden muß. Normlogisch kann nämlich eine Verfassungsänderung unmöglich einen Verfassungsbruch bedeuten, sondern höchstens einen Bruch mit der über der Verfassung vorausgesetzten Grundnorm; ebenso wie eine Gesetzänderung höchstens einen Verfassungsbruch bedeuten kann; denn die Regeln, die die Änderung der Verfassung normieren, können nicht selber zur Verfassung gehören. Das von Kelsen besprochene Kriterium muß deshalb, korrekt ausgedrückt, darauf ausgehen, daß das Entscheidende ist, ob die Verfassungsänderung unter Beibehaltung der vorausgesetzten Grundnorm geschieht, oder eine Veränderung dieser mit sich führt.

Ist dieses Kriterium wohl theoretisch möglich, so muß man doch behaupten, daß es nicht einen rechtstheoretisch relevanten Unterschied in der Art ausdrückt, in der das Recht sich entwickelt. Die Grundnorm ist — als vorausgesetzt — notwendigerweise induktiv entstanden. Wie alles vorausgesetzte Recht ist es einer ständigen, fast unmerklichen Variation unterworfen. Jedes voraussetzungsweise entstandene Recht auf den niedrigeren Stufen bedeutet eine entsprechende Korrektion in der obersten Grundnorm. Deren unmerkliche Variation wird besonders in Ländern von Bedeutung sein, die, wie England, keine besondere verfassungsgebende Instanz haben, und wo deshalb die Grundnorm mit dem materiellen Verfassungsrecht identisch ist. Hieraus folgt, daß es irreführt, wenn man jede Veränderung der Grundnorm als eine Diskontinuität, eine Revolution bezeichnet. Ja, selbst eine fundamentale Veränderung dieser mit direktem Hinblick auf die verfassungsgebende Autorität kann geschehen, ohne sich im Charakter von der kontinuierlichen Entwicklung zu scheiden. Es wurde deshalb oben unter no. 4 erwähnt, daß, wenn man unter Voraussetzung einer Verfassung, die eine qualifizierte Majorität von 60% für eine Verfassungsänderung fordert, mit einer solchen Majorität beschließt, die erwähnte Zahl von 60 auf 70 zu erhöhen, die letzte Bestimmung nicht als deduktiv aus der ersten abgeleitet angesehen werden kann, sondern eine induktiv entstandene Veränderung der Grundnorm bezeichnet. Es liegt also in diesem Falle nach Kelsen

Revolution vor. Dasselbe gilt von dem Fall, den Kelsen ausdrücklich als Beispiel für eine kontinuierliche Rechtsentwicklung anführt: „eine absolute Monarchie wird durch Gesetz des Monarchen in eine konstitutionelle verwandelt“¹⁶⁾. Es ist nämlich klar, daß die alte Grundnorm, nach der der Monarch oberste rechtssetzende Instanz ist, als Grundnorm aufgehoben gelten muß. Denn wenn die Verfassung der „konstitutionellen“ Monarchie aus dieser Grundnorm abgeleitet war, so konnte die Verfassung von dem früher absoluten Monarchen geändert werden — der also immer noch absolut war. Daß dies nicht der Fall ist, folgt sicherlich nicht aus einer bloß normlogischen Betrachtung, wie Kelsen (prinzipiell) annimmt. Hier erweist die rein normative Theorie auf neue ihre Begrenzung. Nur eine Untersuchung des realen sozialen „Willens“, der „Rechtsüberzeugung des Volkes“, wenn man will, läßt hier erkennen, ob die Grundnorm geändert ist oder nicht. Wenn die Monarchie wirklich aus einer absoluten zu einer konstitutionellen geworden ist (wie die faktische historische Entwicklung gewesen ist), so liegt Grundnormänderung vor, also nach Kelsen Revolution, gleichgültig, mit welchen politischen Mitteln diese Veränderung auch erreicht ist.

Kelsens Terminologie — nach der jede Grundnormänderung als Revolution bezeichnet wird — ist so ziemlich irreführend. Da die Grundnorm stets als Voraussetzung für eine Reihe Akte entstanden ist, enthält sie die Möglichkeit, wenn diese Akte kontinuierlich verändert werden, sich selbst auch auf diese Weise zu ändern und sozusagen integral zu entstehen. Sie kann wohl auch sprungweise entstehen. Aber während dies notwendigerweise von dem gesetzten Recht gilt, dessen Entstehen immer ein diskontinuierliches Moment enthält, bietet nur das vorausgesetzte Recht die Möglichkeit, einer praktisch-kontinuierlichen integralen Entstehung. Ob die Grundnorm verändert wird oder nicht, bedeutet ausschließlich, ob die Rechtsbildung induktiv-voraussetzungsweise geschieht oder deduktiv durch ausdrückliche Setzung. Dieser Unterschied deckt keineswegs den Unterschied zwischen Sprung und Kontinuität, Revolution und Evolution.

Kelsens verfehlte Theorie beruht in letzter Instanz auf einer unrichtigen Auffassung des Rechtssystems als eines Mechanismus, der — abgesehen von Revolution — seine Bestimmung durch eine steife und unveränderliche Grundnorm findet. Wir haben in einem anderen Zusammenhang gezeigt, daß das Rechtssystem einer realsozialen Willens-totalität entspricht. Als Totalität ist das Rechtssystem einem lebenden

¹⁶⁾ Kelsen, Problem der Souveränität usw., 237.

Organismus ähnlich und ist ebenso wie ein solcher niemals ganz mit sich selber identisch in zwei aufeinanderfolgenden Augenblicken. Vivre, c'est s'habituer. Eben durch das voraussetzungsweise entstandene Recht äußert sich diese unaufhaltsame, kontinuierliche Akkommodation. Es ist deshalb juristisch-formal unmöglich, eine Grenze zwischen Kontinuität und Revolution zu ziehen. Diese Begriffe müssen — sollen sie überhaupt eine Bedeutung haben — politisch bleiben. Populär ausgedrückt: Revolution liegt vor, wenn man Straßenbarrikaden baut, einen Coup macht, eine Militärdiktatur einführt oder dergleichen.

7. Aus der hier vertretenen Theorie ergibt sich leicht, welche Bedeutung der sogenannten „ewigen“ Verfassung zukommt. Ein Unveränderlichkeitsparagraph in einer Verfassung ist, wie jede andere Änderungsregel, nicht ein Teil der Verfassung selbst, sondern eine vorausgesetzte Grundnorm. Und er hat genau dieselbe Bedeutung, wie jede andere Grundnorm. Er gilt nur solange, wie der entsprechende soziale Wille vorhanden ist, und wird geändert, wenn dieser sich ändert. Solange sich ein solcher Wille findet, ist es deshalb Recht, daß die Verfassung unveränderlich ist. Ändert sich dagegen dieser Wille, so wird damit die erwähnte Grundnorm aufgehoben, und eine andere tritt an ihre Stelle: die Verfassung ist veränderlich.

8. Der Verfassungsbegriff wird ausschließlich durch ein Kennzeichen konstituiert: das rechtserkenntnistheoretische Primat. Dieses eine Kennzeichen bestimmt notwendigerweise sowohl eine gewisse Form wie einen gewissen Inhalt, die nicht divergieren können. Eine gewisse Form, da die Verfassung — im Gegensatz zum Gesetz — notwendigerweise um erkenntnistheoretische Grundlage für das Gesetz sein zu können, entweder von einem besonderen Verfassungsgeber ausgehen, oder als Grundnorm vorausgesetzt sein muß. Ein besonderer Inhalt, da die Verfassung als Erkenntnisgrund für das Gesetz notwendigerweise Regeln enthält, die die Existenzbedingungen des Gesetzes bestimmen. Hieraus folgt, daß die übliche Lehre, die zwischen zwei Verfassungsbegriffen, den einen im formalen und den anderen im materialen Sinne unterscheidet, verfehlt ist. Er enthält zwei Fehler:

Erstens, soweit er von einer formalen Verfassung spricht (worunter ein besonders schwierig veränderliches Gesetz verstanden wird), welches Regeln enthält — z. B. über das Schlachten der Tiere — die nicht als materiell zum Verfassungsbegriff gehörig angesehen werden. Dies beruht auf einem Mißverständnis. Da die Regel formal nur als Verfassung veränderlich ist, bedeutet ihr Inhalt eine entsprechende materiale Einschränkung der gesetzgebenden Machtkompetenz. Diese Regel, sowohl wie eine (politisch wichtige) Regel über die Religions-

freiheit der Bürger ist in gleichem Grade für die Kompetenz des Gesetzgebers bestimmend, beide sind in gleichem Grade materiales Grundgesetz. Der Unterschied liegt im Politischen, nicht im Rechtlichen. Er hat seinen historischen Ursprung in dem aus einer gewissen Ideologie heraus als Verfassungsinhalt angesehenen Stoff.

Zweitens begehrt die allgemeine Auffassung einen entsprechenden Fehler, wenn sie von materialer Verfassung spricht, die nicht formal Verfassung ist, da es veränderlich ist, wie andere Gesetze. Das ist, wie erwähnt, eine normlogische Unmöglichkeit. Die Gesetzgeber können nicht Regeln geben, die als Erkenntnisgrund für — das Gesetz dienen. Sind die entsprechenden Verfassungsregeln nicht von einer besonderen verfassungsgebenden Behörde gesetzt, müssen sie als vorausgesetzte Grundnorm angesehen werden, und unterscheiden sich auch hierdurch in der Form von den vom Gesetzgeber gesetzten Gesetzen. Die übliche Scheidung verdeckt auf ungenaue Weise einen wirklichen Unterschied: den zwischen den von einer verfassungsgebenden Instanz gesetzten und den als Grundnorm vorausgesetzten Verfassungen. Aber dies ist ausschließlich ein Unterschied in der möglichen Form der Verfassung¹⁷⁾.

Noch mehr wichtige Probleme sind in ihrer Problemstellung und Lösung von der Theorie der Verfassung abhängig und würden deshalb wegen ihres systematischen Zusammenhanges am natürlichsten an dieser Stelle behandelt werden. So besonders die Frage nach den Staatsformen. Da indessen die Lehre von den Staatsformen auf andere Weise tief in die allgemeine Theorie des Staates eingreift, würde die Behandlung dieses Gegenstandes über den Rahmen unserer Arbeit hinausgehen.

¹⁷⁾ Kelsen, Allg. Staatslehre, 253, nimmt die traditionelle Scheidung zwischen Verfassung in formellem und materiellem Sinne an.

Kapitel XV. Gesetz und Verordnung.

1. Problemstellung und Methode (Wenzel).
2. Das Gesetz als Typus und das Gesetz als normlogischer Begriff.
3. Enthält das Gesetz stets eine generelle Norm?
- 4.—12. Über die Scheidung zwischen Gesetz in formalem und materiellem Sinne.
 4. Einleitung und Übersicht.
 5. Darstellung der Genesis, des Inhalts und der Entwicklung der herrschenden Lehre (Laband).
 6. Rechtstheoretisches Interpretationsschema.
 7. Problemstellung und Methode der Kritik.
 8. Rechtstheoretische Kritik der herrschenden Lehre.
 9. Positivrechtliche Kritik der herrschenden Lehre: a) der vorrevolutionären Rechtsstand.
 10. Fortsetzung: b) der nachrevolutionären Rechtsstand.
 11. Speziell über die Ordnungslehre.
 12. Resumé.
13. Über die Scheidung zwischen Gesetzinhalt und Gebot.
14. Über den Inhalt des Gesetzes (Wenzel).

1. Es gehört zu den schwer erkämpften Wahrheiten unserer Zeit, daß ein allgemein gültiger Rechtsbegriff sich nicht durch Induktion von einem oder mehreren gegebenen Rechtssystemen gewinnen läßt. Das Allgemeingültige kann ausschließlich in der Form der rechtlichen Erkenntnis, nicht in ihrem Inhalt liegen. Ein allgemeingültiger Begriff kann deshalb nur dadurch gewonnen werden, daß er zu der Form der rechtlichen Erkenntnis in Relation gesetzt wird (das normlogische System). Die allgemeingültige Bedeutung der Begriffe Gesetz, Verfassung, Verordnung liegt darin, daß sie Ausdruck für den stufenweisen Bau des Systemes sind: nur in dieser Relation gewinnen diese Begriffe ihre wissenschaftliche Justifikation (vgl. VIII, 1).

Es ist deshalb von vornherein sinnlos zu versuchen, einen allgemeingültigen Gesetzbegriff durch eine induktive Erfahrungsmethode zu gewinnen. Was auch ein oder mehrere positive Rechtssysteme als „Gesetz“ benennen mögen, so wird man auf dieser Grundlage doch niemals weiter gelangen, als zu einem positiven Rechtsinhaltsbegriff, der für das oder die Systeme gültig ist, aus denen er abgeleitet ist. Allgemeingültigkeit kann ihnen niemals zukommen.

× Nichtsdestoweniger ist eine der neuesten, umfangreichsten Untersuchungen über den Begriff des Gesetzes diesen Weg gegangen. Wenzel

meint durch ein eingehendes Studium des Begriffes des Gesetzes im positiven preußischen Recht und deutschen Reichsrecht zu dem Grundbegriff des Gesetzes gelangen zu können. Es gilt nur, ohne „präjudizierende Theorien“ vor die nackten, juristischen Tatsachen zu treten. Später wird eine Verifikation des so gewonnenen Begriffes auf alles Recht eine Garantie für seine Allgemeingültigkeit sein¹⁾. Hiergegen läßt sich — außer dem bereits Gesagten — anführen, daß es auf einer Illusion beruht, zu glauben, daß man ohne „präjudizierende Theorien“ vor die „nackten Tatsachen“ treten kann. Diese Illusion ist schon lange offenbar geworden, was die Naturerkenntnis angeht. Man hat seit langem allgemein anerkannt, daß die „nackte Tatsache“, die ohne Relation zu irgendeiner Theorie, mit der „eigenen Stimme der Natur“ verkündet, ob eine physische Theorie richtig ist oder nicht — *le fait crucial* — nicht existiert. Sowohl die Frage, die man an die „nackte Tatsache“ stellt, wie die Methoden und Hilfsmittel, die man zu ihrer Feststellung anwendet, setzen eine Summe „präjudizierender“ Theorien voraus, die die Tatsache zu allem anderen als zu einer „nackten“ machen; die „*le fait brut*“ zu „*un fait scientifique*“ machen²⁾. Ob es z. B. Ätherwind gibt oder nicht, ist keine nackte Tatsache. In den Spiegeln, Elektroskopen, elektrischen Meßinstrumenten, mit denen die physischen Experimente ausgeführt werden, ist die ganze Lichttheorie, Wärmetheorie, Elektrizitätslehre usw. enthalten. Die Art selber, in der das Experiment aufgebaut wird, setzt eine gewisse Theorie, ein Frageschema, eine Problemstellung voraus; unter gegebenen Umständen ist man darauf eingestellt, eine gewisse Antwort anzunehmen oder nicht. Die „nackte Tatsache“ entschleierte sich hiernach als ein — meistens unter höchst verwickelten Bedingungen — von zwei verschiedenen Theorien aus, vorausberechneter Natureffekt. Die, deren Bestimmung am besten zu den Beobachteten paßt, hat die größte Wahrscheinlichkeit für sich — aber doch nicht anders, als daß es stets für die andere Hypothese möglich sein wird, sich durch Hilfhypothesen mit „*le fait crucial*“ zu vereinen. Die „nackte Tatsache“ ohne Relation zu irgend einer Theorie findet sich nirgends.

Ganz dasselbe gilt natürlich für die normative Erkenntnis: denn das Gesagte hängt in keiner Weise von der näheren Art der Erkenntnis ab, sondern nur von dem systematischen Charakter aller Erkennt-

¹⁾ Wenzel, Juristische Grundprobleme, I, p. 4, vgl. 6 und 3; p. IX und 6; p. 7. Verifikation für alles Recht ist als unendliche Aufgabe unmöglich.

²⁾ Vgl. Cassirer, Substanzbegriff und Funktionsbegriff, p. 189 f.; Poincaré, Valeur de la science, 221 f.

nis, der die a-systematische — d. h. nackte — Tatsache unmöglich macht. Es zeigt sich denn auch — notwendigerweise — daß das, was Wenzel als „nichtpräjudizierte“ Erfahrung ansieht, maskiert eine a-priorische Theorie — ein „Präjudizium“ involviert. Wenzels Methode ist deshalb nicht bloß unrichtig, sie ist unredlich und gefährlich, weil sie die entscheidenden Voraussetzungen verbirgt und der Diskussion entzieht.

a) Auf A. L. R. §§ 7—11 gestützt, lehrt so Wenzel, daß zu der Form des Gesetzes nach altpreußischem Recht Erfüllung einer gewissen Reihe von Bedingungen erforderlich war, z. B. nach § 11 eine gewisse öffentliche Publikation. Eine solche muß deshalb — solange § 11 nicht formell in den Formen, die er selbst fordert, aufgehoben ist — gefordert werden, damit ein gültiges Gesetz vorliegt³⁾. Dadurch tritt Wenzel zu einem anderen Verfasser (Hubrich) in Gegensatz, der annimmt, daß der absolute Gesetzgeber in Preußen auch ohne formelle Aufhebung des § 11 in stande sein müßte, andere Publikationsmethoden anzuwenden und diese als zureichend respektiert zu verlangen⁴⁾.

Entscheidend für den Streit zwischen Wenzel und Hubrich ist folgende Betrachtung. Um darüber aufzuklären, was für ein Gesetz erforderlich ist, beruft sich Wenzel auf A. L. R. — also selber ein Gesetz! Anzuführen, daß A. L. R. selbst die Bedingungen erfüllt, die es an den Gesetzsbegriff stellt, und deshalb Gesetz ist, ist eine logisch unmögliche Konstruktion, ein auf sich selbst bezogenes Urteil. Das, was den Gesetzsbegriff konstituiert, kann nicht selbst auf dieser Konstitution beruhen. Was für ein Gesetz erforderlich ist, kann — positivrechtlich — ausschließlich auf Grund einer normlogisch primären Stufe entschieden werden: das Grundgesetz. Der Unterschied zwischen Wenzels und Hubrichs Auffassungen kommt ausschließlich durch die verschiedene Verfassungsbedeutung zustande, die sie dem § 11 des A. L. R. beilegen. Während Wenzel § 11 als oberste, vorausgesetzte Grundnorm ansieht, die sich nicht auf rechtlich abgeleitetem Wege ändern läßt (denn die Änderung, von der Wenzel spricht, soll ja in den Formen des § 11 bestehen — d. h. sie voraussetzt stets logisch § 11 und bedeutet deshalb nur eine abgeleitete Substitution, keine Derogation), sieht Hubrich § 11 als nur abgeleitet von einer anderen, vorausgesetzten, übergeordneten Grundnorm an, nämlich: „Recht ist, was der absolute Monarch erkennbar zu erkennen gibt.“ Auf dieser Basis besitzt § 11 abgeleitete Gültigkeit und kann deshalb auch von derselben Voraussetzung aus — d. h. formlos

³⁾ In Anm. 1 a. O., p. 19 f.

⁴⁾ A. a. O. 25.

— geändert werden. So sehen wir, daß die „nackte Tatsache“, die die beiden historisch orientierten Juristen im positiv preußischen Recht finden wollen, sich in all ihrer Nacktheit doch als verschieden von ihm darstellt. Dies kommt ganz einfach daher, daß sie nur in Bezug auf eine darüberliegende Verfassung und eine daran geknüpfte Verfassungstheorie bestimmbar ist. „Le fait crucial“ — das Credo des positiven Dogmatikers — entgleitet einem zwischen den Fingern und löst sich in Theorie und wieder Theorie auf.

b) Ganz ebenso verhält es sich mit Wenzels Bestimmung des Inhaltes des Gesetzes als einerseits „Urteilsnorm“, andererseits „Imperative“ (Handlungsnormen) enthaltend⁵⁾. Seine Ausführungen hierüber bestehen in Wirklichkeit in einer Reihe vermeintlich allgemeingültiger Betrachtungen über die Objektivierungsform des Gesetzes, die Bedeutung seines Inhalts und besonders den Willen des Gesetzgebers, seine Absicht, und andere psychologische Tatsachen. Erst hinterher werden als eine Art Verifikation verschieden dokumentierende Zitate aus dem A. L. R. hinzugefügt⁶⁾. Auch hier ist der Zirkelschluß offenkundig, denn A. L. R. muß auch infolge seines Inhalts als Gesetz vorausgesetzt werden und also die Lösung des Problems, das erst beantwortet werden soll, voraussetzen. Sich auf die Übereinstimmung zwischen dem Inhalt des A. L. R. und dem geforderten Gesetzesinhalt zu berufen, ist ebenso wie in Bezug auf die Form eine logisch unmögliche Konstruktion, ein selbstbezogenes Urteil. Dies zeigt sich besonders deutlich in dem Fall, wo eine solche Identität nicht vorliegt. Denn der Inhalt des Paragraphen, der bestimmt, daß das Gesetz „Urteilsnormen“ und „Imperative“ zum notwendigen Inhalt hat, kann augenscheinlich selbst weder eine Urteilsnorm, noch ein „Imperativ“ sein. Es ist nämlich ein theoretischer Lehrsatz.

Eine nähere Betrachtung wird denn auch zeigen, daß die Grundlage für Wenzels Lehre notwendigerweise auch in diesem Falle eine apriorische, präjudizierende Rechtstheorie ist.

Wenn Wenzel lehrt, daß der Inhalt des Gesetzes aus „Urteilsnormen“ und „Handlungsnormen“ (Imperativen) besteht, so stützt sich das in erster Linie darauf, daß das Gesetz nicht der fragliche Text selber ist, sondern vielmehr die aus ihm abzulesenden Gedanken. Der Gedankeninhalt, der auf diese Weise vermittelt wird, kann in zwei verschiedenen Denkformen auftreten: entweder als Urteil und Urteilsnormen oder als Handlungsnormen. Mit den ersten spricht der Gesetzgeber aus, daß er ein gewisses Verhältnis (Urteil) billigt oder miß-

⁵⁾ A. a. O. 32 f., 36 f.

⁶⁾ A. a. O. 35, 56 f.

billigt und an das Denken anderer Menschen die Forderung richtet, in derselben Weise zu denken (Urteilsnorm). Mit dem letzten wendet der Gesetzgeber sich an den Willen der Menschen⁷⁾. Alles dies ist, wie man leicht sehen wird, nicht Ausdruck für eine rechtliche Erfahrung, sondern drückt eine apriorische Rechtstheorie aus: Recht ist, was der Gesetzgeber denkt und will⁸⁾. Wenzels „nicht-präjudizierte Erfahrung“ entschleierte sich als eine maskierte Wiederholung des naiven Positivismus.

2. Die Begriffe Verfassung, Gesetz, Verordnung usw. erreichen eine allgemeine Berechtigung ausschließlich dadurch, daß sie als Ausdruck für eine Stufe im Stufenbau des Rechtes stehen. Aber da sich nun nicht mit Notwendigkeit angeben läßt, welche Stufen es innerhalb eines gegebenen Systemes gibt, so ist es auch nicht möglich, diesen Begriffen von vornherein eine bestimmte Definition zu geben. Die Bedingung für ihre Fruchtbarkeit ist bloß, daß sie angewendet werden, um verschiedene Stufen innerhalb der Stufenfolge zu bezeichnen und damit die für alle Rechtserkenntnis fundamentale Stufen-Struktur hervorheben.

Wenn wir im vorhergehenden Abschnitt die Verfassung als die über dem Gesetz stehende Stufe definiert haben und nun in diesem Abschnitt das Gesetz als die unmittelbar unter der Verfassung stehende Stufe definieren wollen, so scheint das ein sinnloser Zirkel zu sein. Wo ist der feste Punkt in der Stufenreihe, von dem aus man die Stufe des Gesetzes und die der Verfassung festlegen kann? Einen solchen Punkt gibt es nicht! Deshalb ist die obenerwähnte Zirkeldefinition rein normlogisch die einzige mögliche. Der Begriff Gesetz kann nicht auf normlogisch notwendige Weise festgelegt werden, sondern er läßt sich nur als Type charakterisieren; das Gesetz ist eine Rechtsstruktur-Type. Es ist nämlich gewöhnlich, daß zwischen der obersten Grundnorm und den niedrigsten vollziehenden Akten eine einzelne Stufe steht, die sich dadurch auszeichnet, daß sie die relativ höchste ist, wo eine umfassende Materialisation bloß formaler Delegationen stattfindet. Im Verhältnis hierzu stellen die übrigen Stufen sich als (wesentlich) bloß formal-delegierend, die niedrigen Stufen als (wesentlich) bloß spezial-konkretisierend in Bezug auf den Inhalt des Gesetzes dar. Populär ausgedrückt: es findet sich in der Instanzreihe eine einzelne Instanz, die sich dadurch auszeichnet, daß sie die

⁷⁾ A. a. O. 35, 36.

⁸⁾ Wenzels psychologisch-sprachliche Betrachtungsweise geht deutlich aus der Art hervor, in der er den Begriff des Imperativs bestimmt. „Der Imperativ ist nur eine bestimmte Gedankenform, gleich der Frage, dem Wunsch, der Bitte, dem Urteil“, a. a. O. 50. — An dieser Stelle haben wir nur Wenzels Methode behandelt; über den Inhalt seiner Lehre s. unten no. 14.

relativ höchste ist, die eine umfassende, einigermaßen konstante, politisch bedeutungsvolle, materiale Rechtsfestsetzung entfaltet. Im Gegensatz hierzu tritt die Verfassung als (wesentlich) bloß formale Kompetenzregeln hervor und die untergeordneten Stufen als (wesentlich) bloße Spezifikation und „Anwendung“ der Normen des Gesetzes.

Je mehr ein Rechtssystem sich von diesem Typ entfernt, desto mehr löst sich der Gesetzbegriff auf. Es lassen sich Staatsformen denken, wo er ganz verschwindet. Selbst innerhalb moderner konstitutioneller Staaten hat sich die Tendenz gezeigt, ihn zu verwischen. In gewissen amerikanischen Staaten hat man z. B. — mit Rücksicht auf die schwierigere Veränderlichkeit — in ausgedehntem Maße die verfassungsgebende Instanz für die Festsetzung allgemeiner Gesetzgebungsanliegen verwendet. Die Verfassung schwillt zu einem ganzen Gesetzbuch auf. Im selben Grade, wie dies der Fall ist, wird die Grenze zwischen Gesetz und Verfassung verwischt. Umgekehrt ist fast in allen Staaten unter außergewöhnlichen Verhältnissen (Krieg, Generalstreik) eine zeitweilige, umfassende, materiell-selbständige Normsetzung auf dem Ordnungswege entstanden; eine subdelegierte Normsetzung, die sich nur auf eine formale Delegation von der Gesetzgebungsmacht gründet. Hiermit wird die Grenze zwischen Gesetz und Verordnung verwischt.

Indem wir dieses materiale Kriterium voraussetzen, um in einem gegebenen System eines gewissen Typus die Grenze zwischen der Stufe (oder den Stufen) der Verfassung und des Gesetzes aufzuweisen, können wir zu der formal-normlogischen Definition zurückkehren, die nun nicht mehr ein Zirkel in Relation auf Systeme des erwähnten Typus ist. Sie lautet: das Gesetz ist die Rechtsstufe, die sich unmittelbar auf die Verfassung gründet. Hierin wird der für die rechtliche Erkenntnis relevante Gesetzbegriff ausgedrückt. Natürlich braucht dies nicht mit dem zusammenzufallen, was nach dem Inhalt eines gewissen, positiven Systems als Gesetz bezeichnet werden mußte; dies ist irrelevant, denn es kommt dem positiven Recht nicht zu, die für die Rechtserkenntnis wichtigen Begriffe zu bestimmen. Sie werden von der Rechtslehre geschaffen.

Daß das Gesetz sich auf die Verfassung „gründet“, bedeutet, daß diese der Erkenntnisgrund (Quelle) des Gesetzes ist, oder daß die Konstitutionsbedingungen der Gesetznormen von der Verfassung bestimmt sind.

Wenn wir den Inbegriff der Konstitutionsbedingungen einer Norm ihren Ordnungspunkt nennen, dann kann man auch sagen, daß das Gesetz aus den Normen besteht, deren Ordnungspunkt in der Verfassung und nur durch diese bestimmt wird und also notwendigerweise von dem Ordnungspunkt der Verfassung verschieden ist. Nennt man die Normen der obersten, bloß vorausgesetzten Stufe, Normen erster

Ordnung und alle Normen, deren Ordnungspunkt ausschließlich durch diese bestimmt wird, Normen zweiter Ordnung und weiter alle, deren Ordnungspunkt ausschließlich durch diese über ihnen liegenden Normen erster und zweiter Ordnung bestimmt wird, Normen dritter Ordnung usw., so gelangen wir zu der Allgemeindefinition, daß Normen n -ter Ordnungsklasse Normen bedeutet, deren Ordnungspunkt ausschließlich durch Normen niedrigerer Ordnungsklasse ($1. — (n-1)$. Ordnungsklasse) bestimmt wird. Bezeichnen wir weiter den Inbegriff von Normen mit demselben Ordnungspunkt als eine Normgruppe und als Inbegriff der Normgruppen, die dieselbe Ordnungszahl haben, als eine Normstufe, dann können wir das Gesetz als eine Normstufe definieren, deren Ordnungszahl um 1 größer ist, als die der Verfassung, oder als Inbegriff der Normgruppen, die zu einer Ordnungsklasse gehören, die um 1 größer ist, als die der Verfassung.

Entsprechenderweise wird die Verordnung als die Normstufe definiert, deren Ordnungszahl um 1 größer ist, als die des Gesetzes.

Man hat gemeint, daß eine Normstufe nur eine Normgruppe umfassen könne, oder auch, daß alle Normen derselben Ordnung einen gemeinen Ordnungspunkt haben müßten. Dieser Gedanke liegt hinter Kelsens und Verdroß' (früherer?) Auffassung, daß das Gesetz die einzige Rechtsquelle ist und sein muß, da es rechtslogisch unmöglich ist, sich z. B. Gesetz und Gewohnheit als nebengeordnete Quellen zu denken. Hiermit würde nämlich nach der Meinung dieser Verfasser die formale Einheit im Rechtssystem gesprengt werden, indem man zwei nebengeordnete, selbständige Quellen annähme. Es wird ausdrücklich abgelehnt, die formale Einheit in der übergeordneten Norm zu suchen, mit der Begründung, daß diese selber entweder Gesetz oder Gewohnheit sein müßte. Die Parallelität würde sich damit aufs neue in die Hegemonie der einen oder anderen Normart verwandeln. Dieser Gedankengang findet sich zuerst in Kelsens Hauptprobleme (1911), (auf das Verhältnis: Gesetz — Verordnung angewendet)⁹⁾, später (1914) findet er sich wieder bei Verdroß (auf der Zweiheit Gesetz — Gewohnheit angewendet)¹⁰⁾. Kelsen und Verdroß wenden hier den Begriff Gesetz auf eine Weise an, die ihn nicht zu dem Begriffe Verfassung in Gegensatz stellt. Sie verschleiern hiermit einen rechtslogisch wichtigen Unterschied und übersehen, daß die erwähnte, eventuelle, übergeordnete Norm rechtslogisch

⁹⁾ Hauptprobleme, p. 555.

¹⁰⁾ Verdroß, Problem des freien Ermessens, 625. Später wird das Raisonement (soweit es die Relation Gesetz — Verordnung angeht) bei N a w i a s k y, Bayerisches Verfassungsrecht (1923), § 43, Nr. 2 und § 49, Nr. 1, aufgenommen.

weder Gesetz noch Verordnung resp. Gewohnheitsrecht sein kann, sondern — nur Verfassung. Indem nun diese übergeordnete Stufe normiert, wie ein eventueller Gegensatz zwischen den beiden Quellen aufgelöst wird, wird die formale Einheit des Systems gesichert. Kelsens und Verdroß' Gedankengang bedeutet eine Verkenning des Stufencharakters des Rechtssystems. Er wird indessen dadurch erklärt, daß die zitierten Ausführungen zu einer Zeit gemacht wurden, wo die Einsicht in den erwähnten Stufencharakter noch nicht — dank Merkl's verdienstvollen Arbeiten — innerhalb der normativen Jurisprudenz durchgedrungen war. Man hat allen Grund anzunehmen, daß Kelsen und Verdroß heutzutage nicht mehr ihre erwähnten Anschauungen aufrecht erhalten würden (vgl. XIII, Anm. 26).

3. Es ist eine in der staatsrechtlichen Literatur verbreitete Vorstellung, daß das Gesetz notwendig eine allgemeine Norm enthalten muß, nicht eine konkret-individuelle. Diese Auffassung wird ohne besondere Begründung von vielen Verfassern vertreten. Sie geht auf Rousseau zurück, nach Jellinek den einzigen Verfasser, der eine Begründung versucht hat. Das Objekt des allgemeinen Willens muß stets allgemein sein¹¹⁾, ein Argument, das Jellinek mit Recht als ein Wortspiel bezeichnet. In neuester Zeit wurde diese Anschauung wohl mehreremal als unbegründet einer Kritik unterworfen¹²⁾. Sie würde vielleicht ganz verschwunden sein, wenn Kelsen sie nicht neu aufgenommen und in Verbindung mit der Lehre von dem Stufenbau des Rechtes gebracht hätte.

Es ist allgemein üblich — und natürlich — in Verbindung mit der Stufentheorie von einer Konkretisation oder Individualisierung des Rechtes auf den niedrigen Stufen im Verhältnis zu den oberen zu sprechen. Diese Folge des Stufenbaues fällt auch zuerst in die Augen. Das Gesetz ist abstrakt und gilt für jedermann. Das Urteil ist konkret und gilt nur für den Verurteilten. Mit Hinblick hierauf schließt Kelsen: „daß die entscheidende Differenz die zwischen der Setzung genereller und der Setzung individueller Rechtsnormen ist“¹³⁾. Hieraus folgt wieder, daß es ein Kennzeichen für das Gesetz ist, daß es aus generellen Normen besteht.

¹¹⁾ Jellinek, Gesetz und Verordnung, p. 237.

¹²⁾ Gegen die Theorie sind u. a. Laband [178] 2f.; v. Martitz [204] 241; Anschütz in Meyer-Anschütz [216a — 7. Aufl.] 640 und [7a] 60; Jellinek [156b] 236; Hänel [126] 124f.; Hatschek [131b] 227; Zorn [353a] 304. — Für die Theorie s.: Meyer [216b] 15—19 und [216a — 6. Aufl.] 25, 551; Seligmann [297] 64. Im übrigen wird auf die ausführliche Literaturangabe Meyer-Anschütz [216a — 7. Aufl.] 27, Anm. 2 verwiesen.

¹³⁾ Kelsen, Allg. Staatslehre, p. 232.

Dem gegenüber muß angeführt werden, daß die Konkretisation ein *naturale* nicht ein *essentiale* in der stufenweisen Entstehung des Rechtes ist. Das *essentiale* in dieser Theorie ist ausschließlich, daß die übergeordnete Stufe den Erkenntnisgrund, oder die (abgeleitete unmittelbare) Quelle für die nachfolgenden bildet. Normal wird nun natürlich die nachfolgende Stufe eine Konkretisation der vorangehenden bedeuten, andernfalls würde das ganze Rechtssystem nur eine unveränderte Wiederholung der Grundnorm sein. Aber auf der anderen Seite liegt in den einzelnen Fällen nichts im Wege, sich zu denken, daß die nachfolgende Stufe nur die vorhergehende wiederholt. Die Bedeutung dieser Wiederholung kann z. B. darin liegen, daß die Setzung der Norm — wenn auch unverändert — von der relativ niedrigeren Instanz Bedingung für die Setzung anderer Normen ist, speziell der Normen, die die vollziehenden Akte befehlen. Wenn so der Gesetzgeber eine konkrete Norm setzt, ist und bleibt sie Gesetz als unmittelbar in der Verfassung begründet. Der Unterschied von der Urteilsfällung liegt in diesem Falle darin, daß sie nicht unmittelbar ausführbar ist. Sie muß von dem Richter wiederholt werden, bevor sie ausgeführt werden kann. Dies gilt in jedem Fall im allgemeinen in dem konstitutionellen Staatstyp. Wenn dieser Unterschied fortfällt, fällt in gleichem Grade der Unterschied zwischen Gesetz und Urteil fort. Der Gesetzbegriff wird also keineswegs durch den Inhalt der Norm als generell konstituiert, sondern ausschließlich nach dem Stufenplatz der Norm im System.

Diese Theorie allein führt zu haltbaren Konsequenzen. Es ist nicht schwer, in der Praxis Gesetzgebungsakte aufzuzeigen, die einen einzelnen Fall angehen und eine bestimmte Rechtswirkung anordnen (z. B. ein konkret-individuelles Expropriationsgesetz, Ausnahmegesetz, Ausweisungsgesetz, Dotationsgesetz oder dergleichen). Es wird in allen diesen Fällen gänzlich irreführend in Bezug auf die rechtliche Bedeutung dieser Akte sein, wenn man sie von den Gesetzen scheidet und einordnet unter — ja worunter?

Der erste Verfasser, der von Gesichtspunkten aus, die den hier angeführten analog sind, die Theorie von dem Gesetz als einer allgemeinen Norm angegriffen hat, ist Hänel. In Hänel's prachtvollen „Studien zum deutschen Staatsrecht“ (1880), besonders in Nummer II, 2. „das Gesetz im formellen und materiellen Sinne“ (1888) findet sich nämlich wie in einem Kern — unentwickelt aber doch in wesentlichen Zügen — die moderne Vorstellung von dem Stufenbau des Rechtes. Hänel gehört zu den ersten, die die übliche Dreiteilung der Staatsfunktionen durch eine Zweiteilung: „Gesetzgebung“ und „Vollziehung“, die sich auf den Unterschied zwischen den regulativen und ausführenden Willensakten gründet,

ersetzt hat. Hänel erkennt ausdrücklich an, daß dieser Gegensatz innerhalb zweier Pole relativ ist. Hiermit tritt in Wirklichkeit das Stufen-system des Rechtes zutage. Gegen die hier erwähnte Theorie von dem generellen Charakter des Gesetzes führt Hänel an, daß diese Begriffsbildung auf unglückliche Weise den für das positive Recht allerwichtigsten Unterschied durchschneiden will: den zwischen objektivem und subjektivem Recht¹⁴⁾. Hänel bestimmt deshalb das Gesetz als das objektive Recht. Mit dem erwähnten Unterschied meint er — sicher ohne daß es ihm selber klar gewesen ist — eben die erwähnte Zweiteilung in Normsetzung (die höhere Stufe) und Normvollziehung (niedrigere Stufe).

4. Der Gesetzesbegriff wird ausschließlich durch den Platz des Gesetzes in der Stufenreihe konstituiert — und weder durch „die Form“, noch durch „den Inhalt“ des Gesetzes. Hiermit fällt die übliche Scheidung zwischen Gesetz in formellem und Gesetz in materiellem Sinne als rechtstheoretisch bedeutungslos dahin. Etwas anderes ist es natürlich, ob es sich auf Grund des Inhalts eines gewissen Rechtssystems machen läßt, einen doppelten Gesetzesbegriff dieser Art aufzustellen. Es ist möglich, daß dem doppelten Gesetzesbegriff als Ausdruck für einen positivrechtlichen Typ Bedeutung zukommt. Aber jedenfalls muß das rechtstheoretische und das positivrechtliche Problem voneinander scharf geschieden werden. Man muß sich klar machen, wovon man spricht; Argumente, die zu dem einen Gebiet gehören, lassen sich nicht auf dem anderen anwenden.

Seit zirka 1870 und bis zu unserer Zeit hat in der deutschen Literatur ein ungeschlichteter Streit um den Gesetzesbegriff geherrscht, besonders um die Scheidung zwischen formellen und materiellen Gesetzen. Die weit überwiegende herrschende Meinung hat die Scheidung verteidigt. Noch heutzutage wird der Streit fortgesetzt, und erhält durch die Auslegungsuneinigkeit in Bezug auf die neuen deutschen Verfassungen neue Nahrung. Doch ist — ohne daß man den Grund recht einzusehen vermag — eine bedeutende Abflauung und Abkühlung zwischen den streitenden Auffassungen zu spüren. Dies liegt, wie später gezeigt werden soll, an einer Veränderung der hinter dem doktrinen Streit liegenden Interessen. Im Jahre 1880 schrieb v. Martitz (und damals mit Recht!), daß Labands Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinne, wenn es politischen Einfluß gewann, bedeuten könnte, daß der deutschen Verfassung die Axt an die Wurzel gelegt würde¹⁵⁾. Auch jetzt hat die Frage positivrechtliche Bedeutung. Aber allmählich verliert

¹⁴⁾ Hänel, Das Gesetz, 135.

¹⁵⁾ v. Martitz [204] 229—230.

die Theorie in demselben Grade, wie die konstitutionelle Staatsideologie Deutschland mehr und mehr politisch durchdringt, an Einflußmöglichkeit. Außerdem hat die Theorie bei den neueren Verfassern, selbst wenn sie treue Anhänger der Labandschen Lehre zu sein glauben, ihren inneren Charakter unter Bewahrung des äußeren Scheines wesentlich verändert. Theorie und Praxis konvergieren nach demselben Punkt: der französisch-belgischen konstitutionellen Staatsdoktrin, nach der die parlamentarisch-konstitutionelle Rechtsbildungsweise (der Gesetzgebungsweg) die einzige ist, die sich unmittelbar auf die Verfassung konstituiert und also Gesetz im rechtstheoretischen Sinne ausmacht.

Wenn dieser Streit solange schwierig gewesen ist und nach fünfzig-jährigem Verlaufe noch immer nicht entschieden wurde, wenn die Literatur hierüber außerordentlich ermüdend ist und ein stark verworrenes Gewebe von Argumenten und Gegenargumenten bildet, so liegt das daran, daß man sich nicht des Unterschiedes zwischen dem rechtstheoretischen und dem positivrechtlichen Problem bewußt gewesen ist. Oder vielmehr noch schlimmer: daß man sie bewußt in der Weise zusammengekettet hat, daß man das positivrechtliche Problem, was in gewissen Verfassungsparagraphen unter dem Worte Gesetz zu verstehen ist, unter Hinweis darauf, was Gesetzgebung in der allgemeinen Staats- und Rechtstheorie bedeutet, hat lösen wollen. Hiermit wurden die Probleme zum Schaden für beide miteinander verwickelt. Sicherlich erlangte die positive Auslegung dadurch einen Glanz von „Allgemeinheit“ und „Notwendigkeit“. Aber der Glanz war nicht echt und außerdem recht teuer erkauft. Die allgemeine Staatstheorie ist eine gefährliche Waffe, die leicht Rückschlag gibt. Man erlangte gewisse Rechte, mußte aber auf anderen Gebieten durch Konsequenzen für das positive Recht büßen, die jeder anderen Begründung entbehrten, als eben der, daß sie eine Konsequenz des benutzten Kampfmittels waren. Diese doktrinen Fehlbildungen geben noch mehreren der neuen deutschen Verfassungen das Gepräge; selbst wenn man Grund hat, anzunehmen, daß die Notwendigkeit der praktischen Entwicklung sie aus dem Wege räumen wird. Weiter hat diese Kampfweise bewirkt, daß die hierhin gehörende Literatur zu einem großen Teil das Gepräge einer — wenn auch unbewußten — intellektuellen Unredlichkeit trägt. Die „allgemein“-staatstheoretische Definition sollte die Fassade der Theorie sichern; hinter dieser bargen sich — durch eine Reihe Definitionen und Konstruktionen eingeführt — eine Reihe politischer Postulate in monarchistischem Sinne. Ist die Staatstheorie stets ein Tummelplatz für fiktives und maskiertes Denken, das durch politische Wünsche bestimmt wird, so gilt dies par excellence von der vorliegenden Problemgruppe. Von der anderen

Seite muß auch eingeräumt werden, daß es Theoretiker gab, die wohl die herrschende Richtung stützten oder sogar noch mehr nach „rechts“ gingen, die aber doch nicht versuchten, ihre Theorien zu maskieren, sondern offen Farbe bekannnten (Arndt); ebenso wie es auch Verfasser gab, die unrichtig die konstitutionelle Staatstheorie zu rechtstheoretischer Notwendigkeit haben erhöhen wollen (Kelsen, Nawiasky). Dies alles soll in folgendem näher bewiesen werden.

5. Obgleich die Scheidung zwischen der Form eines Gesetzes und seinem Inhalt in der Literatur weit zurückreicht¹⁶⁾, datiert die moderne Lehre vom Gesetz in formellem und materiellem Sinne doch erst seit 1870. Die Terminologie wird zum erstenmale von v. Stockmar im Jahre 1867 angewendet¹⁷⁾ und einige Jahre darauf (1871) wird die Theorie eingehend von Laband in seinem „Budgetrecht“ begründet. Später wurde sie näher von Laband selber ausgearbeitet und findet in der Literatur so gut wie einstimmige Anerkennung¹⁸⁾. Wie schon die erwähnte Schrift Labands, in der die Theorie zum erstenmale aufgestellt wurde, zeigt, gab der praktische Streit um den rechtlichen Charakter des Budgetgesetzes die erste Veranlassung zu der Entstehung der Lehre. Die ungeheure politische Bedeutung der Budgetstreitigkeiten ist wohl bekannt; die Theorie war von Anfang an als Waffe in einem politisch-rechtlichen Kampfe geschmiedet. In unserer Darstellung wollen wir aber von diesen Budgetstreitigkeiten ganz absehen und von den Zwecken, denen die Theorie in dieser Richtung dienen konnte¹⁹⁾.

¹⁶⁾ S. hierüber Seligmann, Beiträge, p. 3 f.

¹⁷⁾ v. Stockmar in „Zeitschrift f. deutsches Staatsrecht“, 1867, p. 201, 203 f.

¹⁸⁾ Aus der umfangreichen Literatur nennen wir für die Scheidung: Meyer, Der Begriff des Gesetzes, und Lehrbuch, 25, 551 f.; Jellinek, Gesetz und Verordnung, 228 f.; Anschütz, Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz; Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt; in Meyer-Anschütz, Lehrbuch, 642 f.; Kelsen, Allg. Staatslehre 235, 236 und Hauptprobleme, 538 f. (aber stark von der üblichen Lehre abweichend); Schoen, Die formellen Gesetze, 241 f.; Fleischmann, Die materielle Gesetzgebung, 224 bis 225; Hatschek, Preußisches Verfassungsrecht, 223 f.; Hubrich, Die reichsgerichtliche Judikatur über den Gesetzes- und Verordnungsbegriff. — Gegen die Scheidung: v. Martitz, Über den konstituierenden Begriff des Gesetzes; Hänel, Das Gesetz im form. und mat. Sinne; Zorn, Zu den Streitfragen . . .; Arndt, Das Verordnungsrecht; Das selbständige Verordnungsrecht; Bornhak, Allg. Staatslehre, 179; Preuß. Staatsrecht, 514 f. — S. im übrigen die ausführliche Literaturangabe bei Meyer-Anschütz [216 a — 7. Aufl.] 637, Anm. 1, und 638, Anm. 3.

¹⁹⁾ Labands Budgettheorie, s. vor allem Laband, Staatsrecht, IV., 522 f., und Meyer-Anschütz, Lehrbuch, III, § 204 f., beide mit reichhaltiger Literaturangabe.

Es handelte sich besonders um eine Auslegung des Artikels 5 der damaligen Reichsverfassung und des Artikels 62 der preußischen Verfassung, die — ebenso wie andere konstitutionelle Verfassungen — Bestimmungen darüber enthielt, daß die Gesetzgebungsmacht gewissen näher bestimmten, volklich-repräsentativen Behörden in Verbindung mit „dem Bundesrat“ und dem preußischen Könige zukäme. Nun erhob sich die Frage, was man in diesen Paragraphen unter dem Wort Gesetz verstehen mußte. Mit diesem Augenmerk stellte Laband seine Lehre von dem Unterschied zwischen dem Begriff des Gesetzes in formellem und materiellem Sinne auf. Er lehrte — unter Berufung auf eine vermeintlich allgemeingültige Theorie von dem Begriff des Rechtssatzes und dem Charakter der Staatsfunktionen — daß in den entsprechenden Paragraphen das Wort Gesetz als Gesetz in materieller Bedeutung zu verstehen ist. Dadurch wurde dieser Begriff für die ausschließliche Kompetenz entscheidend, die in den Verfassungen der gesetzgebenden Gewalt erteilt war. Labands Lehre ging auf folgendes aus²⁰⁾.

„Das Wort Gesetz hat in der Rechtswissenschaft eine doppelte Bedeutung, welche man als die materielle und die formelle bezeichnen kann. Im materiellen Sinne bedeutet Gesetz die rechtsverbindliche Anordnung eines Rechtssatzes“²¹⁾. Unter Gesetz in formalem Sinne versteht man eine staatliche Willensäußerung, die „im Wege der Gesetzgebung“ zustande gekommen ist²²⁾. Die materiellen Wirkungen eines Gesetzes (auch im formalen Sinne) bestimmen sich nach seinem Inhalt und können so verschieden sein wie dieser²³⁾. Die formelle Gesetzeskraft kommt den formellen Gesetzen besonders zu und besteht darin, daß ein in Gesetzesform entstandener staatlicher Willensakt nur durch Gesetz geändert oder aufgehoben werden kann²⁴⁾.

Die beiden Gesetzesbegriffe sind nicht identisch, auch nicht über- oder untergeordnet, sondern sie kreuzen einander. „Gesetz im materiellen Sinne und Gesetz im formellen Sinne verhalten sich daher zueinander nicht wie Gattung und Art, wie ein weiterer und ein ihm untergeordneter engerer Begriff, sondern es sind zwei durchaus verschiedene Begriffe, von denen jeder durch ein anderes Merkmal bestimmt wird, der eine durch den Inhalt, der andere durch die Form einer Willens-

²⁰⁾ Wir bemerken, daß wir die Darstellung der 5. Auflage von Labands Staatsrecht, 1911, entnommen haben.

²¹⁾ Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, Bd. II (1911), p. 1—2.

²²⁾ A. a. O. 6 f., 61.

²³⁾ A. a. O. 73.

²⁴⁾ A. a. O. 68.

erklärung. Ein Staatsgesetz im formellen Sinne ist ein Willensakt des Staates, der in einer bestimmten, feierlichen Weise zustande gekommen und erklärt worden ist. Den gemeinsamen Ausgangspunkt für beide Begriffe, der die Verwendung desselben Ausdrucks für zwei so verschiedene Dinge erklärt, bildet der Satz, daß Anordnungen von Rechtsätzen von Rechts wegen der Regel nach nur auf dem verfassungsmäßig bestimmten Wege erfolgen dürfen, der deshalb der Weg der Gesetzgebung heißt²⁵⁾.

Hiermit hängt die Verordnungslehre auf das genaueste zusammen. „Der materielle Begriff der Verordnung ergibt sich aus dem Gegensatz zum materiellen Gesetzesbegriff. Da das Gesetz die Anordnung einer Rechtsregel ist, so muß die Verordnung im Gegensatz zum Gesetze einen anderen Inhalt haben; sie enthält keinen Rechtssatz, sondern ist eine Anordnung auf dem Gebiete der Verwaltung, eine Ausübung der freien Regierungstätigkeit oder der Gesetzesvollziehung. Ihr Anwendungsgebiet ist das von den Gesetzen den Verwaltungsbehörden freigelassene Feld staatlicher Fürsorge“²⁶⁾. Der formelle Verordnungsbegriff umfaßt dagegen „alle Willensakte des Staates, welche im Wege der Verordnung sich vollziehen“²⁷⁾. Diese Definitionen sind, wie man sehen wird, komplementär zu den Gesetzesbegriffen. Die formellen Verordnungen zerfallen wieder in zwei Gruppen: Rechtsverordnungen und Verwaltungsverordnungen²⁸⁾. Die letzteren geben die an, die auch materielle Verordnungen sind, die ersteren dagegen die, die materielle Gesetze sind. Entsprechend spricht man von Rechtsgesetzen und Verwaltungsgesetzen²⁹⁾.

Das Kriterium zwischen formellem Gesetz und formeller Verordnung ist nach diesen Ausführungen klar. Aber der Wert der fundamentalen Scheidung zwischen materiellem Gesetz und materieller Verordnung ergibt sich erst, wenn man zu wissen bekommt, was der Verfasser unter einem Rechtssatze versteht, denn dieser Begriff gibt die entscheidende Markierungslinie an. Leider gibt Laband uns nirgends eine klare Auskunft darüber, was er unter diesem fundamentalen Begriff versteht, auf dem er eine positivrechtliche Sonderung aufbaut, deren Bedeutung in nichts geringerem besteht, als darin, daß sie für die volkliche Repräsentationskompetenz entscheidend ist. Diese Fahrlässigkeit ist an sich höchst bedauerlich, sie nähert sich dem Verdächtigen, wenn man sieht, was

²⁵⁾ A. a. O. 63—64.

²⁶⁾ A. a. O. 86.

²⁷⁾ A. a. O. 87.

²⁸⁾ A. a. O. 87.

²⁹⁾ A. a. O. 180.

sich in Wirklichkeit hinter dem Begriff (Rechtssatz) verbirgt. Um dies aufzuklären, muß man Schritt für Schritt Labands Darstellung folgen und die Stellen notieren, wo eine Anwendung des Begriffes stillschweigend seine Funktion involviert. Eine solche Untersuchung ergibt als Resultat, daß der Begriff Rechtssatz besonders durch zwei Momente bestimmt wird.

a) Sogleich auf Seite 2 setzt Laband das materielle Gesetz in Gegensatz zu dem „Rechtsgeschäft, welches zwar ein Willensakt, eine rechtswirkende Anordnung ist, aber nicht Rechtsätze zum Inhalt hat, sondern subjektive Rechte und Pflichten.“ Diese Abgrenzung ist indessen leider nicht sehr klar. Das Positive an ihr liegt in der Gegenüber- und Beiseitstellung von Rechtssätzen und subjektiven Rechten und Pflichten, die als Inhalt von Gesetz respektive Rechtsgeschäft genannt werden; kürzer ausgedrückt: zum Unterschiede zwischen objektivem und subjektivem Recht. Nun scheint es wohl, als könnte hierin ein Schritt in der richtigen Richtung zur Bestimmung des Begriffes des Gesetzes liegen. Man könnte sich denken, daß man den Labandschen Gedanken weiterführte zu einem Gegensatz zwischen Rechtsanwendung und dem Recht, das angewandt wird, der Hänel'schen Scheidung zwischen „Vollziehung“ und „Gesetzgebung“. Diese Auffassung führt konsequent durchdacht zu der richtigen Bestimmung des Gesetzes als einer Stufe in der Stufenfolge des Rechtes. Es kann aber unmöglich dieser Gedanke sein, der in embryonärem Zustand in dem zitierten Gegensatz liegt, denn, auf diese Weise verstanden, wird das Gesetz ja eben nicht durch den Inhalt, sondern durch die rechtstheoretisch-formale Stufenrelation charakterisiert. Und weiter: der Begriff materiales Gesetz würde hiernach nicht sinngemäß zur Abgrenzung der legislativen Kompetenz gebraucht werden können. Kompetenzabgrenzung setzt logisch eine Nebeneinanderstellung voraus, nicht ein Subordinationsverhältnis. Was auch Laband an der zitierten Stelle psychologisch vorgeschwebt haben mag, nach seinem System ist gegeben, daß seiner Scheidung die hypothetisch angenommene Bedeutung nicht zukommen kann. Objektives und subjektives Recht müssen nach Laband koordinierte Gegensätze sein. Danach ist es sehr schwer, zu verstehen, was damit eigentlich gemeint ist. Die Anwendung im Systeme liefert die Antwort; es ist faktisch der Gegensatz zwischen generellen und individuellen Normen gemeint. Die Dokumentation hierfür wird in Anmerkung 30 vorgelegt. Hiernach wird das Gesetz also erstens als die generell abstrakte Norm bestimmt.

³⁰⁾ S.: 1) Die Argumente, mit denen Laband, p. 191—192, begründet, daß „die Verfügung“ Verwaltung ist, nicht Gesetzgebung; s. hierüber unten bei Anm. 45;

b) Aus einer Reihe anderer Äußerungen (besonders p. 73—74, 86 bis 87, 180—181) geht weiter hervor: 1) daß es zu dem Wesen des Rechtes gehört, in einer Schrankensetzung zwischen der Handelsfreiheit verschiedener Personen, zwischen ihren Befugnissen und Pflichten zu bestehen. Das Recht setzt nach seinem Wesen eine Mehrzahl von Willensträgern voraus³¹⁾. 2) daß die Verwaltung (subsidiär der Staat) eine Personeneinheit gegenüber den Untertanen ausmacht.

Auf dieser Grundlage schließt Laband, daß eine Anordnung, die sich innerhalb der inneren Angelegenheiten der Verwaltung hält und nicht unmittelbar Recht und Pflicht für die Untertanen schafft, nicht eine Rechtsvorschrift ist³²⁾. Solche Regeln fallen deshalb als nicht Rechtsregeln enthaltend, außerhalb der legislativen Kompetenz. Werden sie doch auf dem Gesetzgebungswege vorgenommen, so liegt nur formales Gesetz vor. „Sehr zahlreiche Gesetze regeln nur die eigene Tätigkeit des Staates, seine Verfassung, die Zusammensetzung, Geschäfte und Geschäftsformen der Behörde, die wirtschaftliche Ordnung des Staatswesens, den Betrieb der Staatsanstalten usw. Solche Gesetze berühren den Untertan des Staates unmittelbar gar nicht und

2) p. 176: „Das Wesen der Gesetzgebung besteht nun in der verbindlichen Anordnung einer Rechtsregel, also in der Aufstellung eines abstrakten Rechtssatzes“; 3) a. a. O., Bd. IV, 379, „Urteilsbefehle und Verwaltungsbefehle haben das mit einander gemein im Gegensatz zum Gesetzesbefehl, daß sie nicht wie dieser eine abstrakte Norm aufstellen, sondern einen konkreten Fall betreffen“. — Hingegen kann man wohl anführen, daß Laband, Bd. II, p. 2, ausdrücklich sagt, daß das Gesetz nicht eine allgemeine Norm zu enthalten braucht; aber eine solche Bemerkung ist ohne Belang gegenüber der Funktion, die der Gesetzsbegriff faktisch in seinem System trägt.

³¹⁾ A. a. O. 181: „Das Recht besteht in der Abgrenzung der Befugnisse und Pflichten der einzelnen Subjekte gegeneinander“; p. 73: „Wenn ein Gesetz eine Rechtsvorschrift enthält, so hat es die Bedeutung, welche dem Rechte überhaupt zukommt, nämlich die durch das gesellige Zusammenleben der Menschen gebotenen Schranken und Grenzen der natürlichen Handlungsfreiheit (des Einzelnen) zu bestimmen“; 181: „Das Recht setzt seinem Wesen nach eine Mehrheit von Willensträgern voraus, die miteinander kollidieren können“.

³²⁾ Außer der im Text angeführten Stelle, p. 73—74, s. p. 86: „Solange aber Anordnungen und Einrichtungen, welche sich auf die Tätigkeit der verwaltenden Organe des Staates beziehen, nicht durch Gesetze oder Gewohnheit die Kraft erlangt haben, die Verwaltung als solche, d. h. den Staat in seiner verwaltenden Funktion, in der Art zu binden, daß sie seine Machtbefugnisse gegenüber anderen Persönlichkeiten abgrenzen, so lange haben sie nicht den Charakter des Rechtssatzes“; 181: „Regeln dagegen, die sich innerhalb der Verwaltung selbst halten, die in keiner Richtung einem außerhalb derselben stehenden Subjekte Beschränkungen auferlegen oder Befugnisse einräumen, ihm nichts gewähren und nichts verbieten, sind keine Rechtsvorschriften“.

sind auf ihn und seine Rechtsbeziehungen unanwendbar; er wird von den Wirkungen dieser Gesetze nur dadurch mit getroffen, daß er in dem Staatswesen lebt, in welchem die Gesetze gelten“³³⁾.

Eine weitere Vertiefung dieser Lehre, besonders in Bezug auf den mangelnden Rechtssatzinhalt der Verwaltungsakte, gibt Laband in der Lehre von der Verwaltung. Der Hauptgedanke dieser Lehre ist, zu zeigen, daß sich in diesem Staatsakte eine ganz andere Funktion äußert, als in der gesetzgebenden oder rechtssprechenden Tätigkeit. Wenn es Laband glückt, diesen Unterschied als einen tiefgehenden Wesensunterschied in Übereinstimmung mit dem angenommenen Gesetzeskriterium (Rechtssatzkriterium) zu charakterisieren, so wird damit ein wichtiges Argument zur Stützung seiner Bestimmung der legislativen Kompetenz beigebracht sein. Es ist nämlich ganz natürlich, sich zu denken, daß, wenn die materielle Gesetzgebungsmacht, wie sie von Laband zufolge einer allgemeinen Staatstheorie bestimmt wird, wirklich eine Funktion ausmacht, die von der im Gegensatz hierzu gestellten materiellen Verwaltung verschieden ist, dann auch die Kompetenz der Gesetzgebungsmacht nach der Verfassung mit dem materiellen, staatstheoretischen Gesetzgebungsbegriff in Übereinstimmung gebracht werden muß. Die Hilfe zur Lösung der positivrechtlichen Frage, die Laband aus der allgemeinen Staatstheorie holen will, besteht also darin, daß es ganz natürlich ist, sich die positivrechtlichen Kompetenzgrenzen in Übereinstimmung mit den Linien gesetzt zu denken, die einen tiefen und wesentlichen Unterschied in den staatlichen Funktionen bezeichnen. Die Frage ist nun, wie Laband versucht, die Verwaltung als wesensverschieden von der Gesetzgebung zu charakterisieren.

Dies führt Laband in der Weise näher durch, daß die Verwaltungsakte als staatliche Handlungen im Gegensatz zur Gesetzgebung und Richter Tätigkeit charakterisiert werden, die staatliche Urteile (im Sinne der Logik) enthalten: „Gesetze und Entscheidungen haben demnach ein gemeinsames Kriterium; sie enthalten Urteile (im Sinne der Logik). Dadurch aber werden die dem Staate obliegenden Aufgaben nicht realisiert. Urteile sind an und für sich wirkungslos. Ein Staat, der weiter nichts täte als Gesetze geben und Rechtssprüche erteilen, müßte sogleich der Auflösung verfallen; er kann vielmehr die durch seinen Zweck ihm gestellten Aufgaben nur durch Handlungen erfüllen, ganz ebenso wie der einzelne Mensch seine individuellen Lebensaufgaben nicht bloß durch sein Wollen und Denken, sondern auch durch sein Tun verwirklicht“³⁴⁾. Diese Handlungen zerfallen wieder

³³⁾ A. a. O. 73—74.

³⁴⁾ A. a. O. 176.

in zwei große Gruppen. Soweit sie nämlich darauf gerichtet sind, Gesetze und Urteile auszuführen, also der Rechtsordnung zu dienen, machen sie die „Vollziehung“ aus. Aber das sind keineswegs alle Handlungen, die der Staat vorzunehmen hat. Außer der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung hat der Staat noch andere Aufgaben: ihm liegt der Schutz seiner Angehörigen und seines Gebietes gegen Angriffe anderer Staaten und die Pflege der sittlichen und materiellen Wohlfahrt des Volkes ob. Diese Aufgaben lassen sich nicht erfüllen durch bloße Handhabung von Rechtsregeln und andererseits ist ihre Durchführung denkbar und möglich, ohne daß die Tätigkeit durch spezielle Gesetze angeordnet und normiert wird. Der Begriff der Vollziehung muß daher erweitert werden zum Begriffe der Verwaltung³⁵⁾.

Die interessante Frage ist nun, wie es Laband glücken wird, die Verwaltung gegenüber der Gesetzgebung abzugrenzen. Die Schwierigkeit entsteht dadurch, daß er unter Verwaltung — also unter den Staatshandlungen — so verschiedene Dinge umfassen soll, wie 1. Verwaltungsgesetze, 2. Verwaltungsverordnungen und 3. die Verwaltungsakte selbst, besonders die singulären Verfügungen. Wenn auch das Verwaltungsgesetz und die Verwaltungsverordnung in Übereinstimmung mit dem aufgestellten Schema als Handlungen im Gegensatz zu Urteilen sollen aufgefaßt werden können, dann muß man augenscheinlich dem Handlungsbegriff einen weiteren Umfang geben, als man es gewöhnlich tut. Diese Schwierigkeit klärt Laband durch eine supplierende Theorie von der Handlungsinitiative. „Wenn man sagt, jemand habe sich ein Haus gebaut, so will man nicht gerade ausdrücken, daß er mit eigener Hand daran gearbeitet habe. So sind auch die staatlichen Handlungen gewöhnlich Operationen, die aus einer Kette von Einzelhandlungen bestehen können. Ja, der Schwerpunkt liegt nicht in den Endgliedern dieser Kette, durch welche der Erfolg schließlich erreicht wird, sondern in der Initiativhandlung, welche alle übrigen zur Folge hat“³⁶⁾. Deshalb kann auch ein Gesetz oder eine Verordnung als eine Handlung angesehen werden: „ein Gesetz, welches den Bau eines Kanals, einer Eisenbahn, einer Festung anordnet, oder die Aufnahme einer Anleihe befiehlt, ist der Anfang eines Komplexes von Handlungen, durch welche ein bestimmter Erfolg erreicht werden soll, und deshalb im materiellen Sinne ein Verwaltungsakt“³⁷⁾.

Es finden sich also innerhalb der gesamten Gruppe von Verwaltungsakten einerseits gewisse „Anfänge zu einer Handlung“ (Verwal-

³⁵⁾ A. a. O. 177.

³⁶⁾ A. a. O. 180.

³⁷⁾ A. a. O. 180.

tungsgesetze und -verordnungen), andererseits diese Handlungen selbst³⁸⁾. Diese letzteren zerfallen wieder in zwei Gruppen, je nachdem sie rein faktischer oder rechtlicher Natur, d. h. Rechtsgeschäfte sind. Die Rechtsgeschäfte können wiederum entweder gegenseitige Kontrakte oder einseitige „Verfügungen“ sein.

Wir können hiernach Labands Lehre folgendermaßen resümieren: Gestützt auf eine allgemeine Charakteristik der staatlichen Funktionen stellt Laband einen materiellen Gesetzgebungs- und einen materiellen Verwaltungsbegriff auf. Die erstere Tätigkeit wird als eine (in logischem Sinne) urteilende, die andere als eine handelnde Staatswirksamkeit charakterisiert. Genauer — im Gegensatz zu der judiziellen Tätigkeit — wird die Gesetzgebung als die rechtsanordnende Funktion bestimmt. In Übereinstimmung mit diesen aus der Natur des Staates sich ergebenden Begriffen wird die Verfassung ausgelegt. Wenn sie gewissen Behörden die gesetzgebende Macht beilegt, so wird darunter Gesetzgebung in materiellem Sinne, also eine rechtsanordnende Tätigkeit verstanden. Resultat: innerhalb der legislativen Kompetenz fällt: alle Rechtsanordnung. Außerhalb fällt 1) alle Rechtsanwendung (die rechtssprechende Tätigkeit) und 2) alle Staatshandlung (Verwaltung im materiellen Sinne).

Hinter dieser schönen Lehre, die aus den besten konstitutionellen Postulaten her deduziert scheint, verbirgt sich indessen — wie aus der vorhergehenden Analyse hervorgeht — tatsächlich folgendes: Jawohl, alle Rechtsanordnung kommt der konstitutionellen, gesetzgebenden Gewalt zu. Aber wir bestimmen — auf die allgemeine Staatstheorie gegründet! — den Begriff Rechtssatz auf die Weise, daß außerhalb der legislativen Kompetenz fallen: 1) alle individuellen „Verfügungen“ (oben p. 385) und 2) alle Normen, die nicht unmittelbar Recht oder Pflicht für die Untertanen untereinander, sondern im Verhältnis zur Verwaltung oder zum Staate schaffen, wie z. B. alle Verfassungsregeln; Regeln über die Zusammensetzung, Geschäfte und Geschäftsordnung der Behörden — z. B. der Gerichte; weiter alles, was die ökonomische Ordnung des Staates angeht, also in erster Linie das Budget, alle Gehaltsgesetze, Gesetze über den Betrieb von Staatsanstalten u. a. — man lese noch einmal diese Aufzählung durch und denke darüber nach, was es eigentlich ist, was unter die angegebenen Ausdrücke fällt: das ganze öffentliche Recht! All diese Regeln „berühren den Untertan des Staates

³⁸⁾ Es ist eigentümlich, wenn auch vielleicht nicht ganz zufällig, daß Laband in dem Abschnitt (§ 65), wo er „die Formen der Verwaltungsakte“ bespricht, nur die Verwaltungsverordnungen und Verwaltungsakte selbst erwähnt; hierzu müssen die Verwaltungsgesetze gefügt werden.

gar nicht“ — sondern sind ausschließlich „interne“ Vorschriften „für hohe Justiz und löbliche Polizei, von denen der gemeine Mann allerdings mancherlei profitiert“³⁹⁾. Deshalb fallen sie auch außerhalb der legislativen Kompetenz. D. h. es kommt der konstitutionellen Versammlung zu, Gesetze über Kauf und Verkauf, über Ehe und Erbschaft und anderen privatrechtlichen Kleinkram zu geben. Aber alle Staatsaffären und öffentlichen Angelegenheiten gehen sie nichts an; die werden eigenmächtig von der hohen Verwaltung geordnet.

So deutet Laband (vielleicht der anerkannteste deutsche Rechtslehrer der neueren Zeit) die konstitutionellen Verfassungen Preußens und des Reiches. Wir werden später seine Theorie von rechtstheoretischen und positivrechtlichen Gesichtspunkten aus einer Kritik unterwerfen. Ihre politische Tendenz geht uns an und für sich nichts an; es ist nicht unsere Aufgabe, für oder gegen konstitutionell-demokratische Ideale Stellung zu nehmen. Wir können aber nicht unterlassen, auf das intellektuell Verlogene in Labands Lehre hinzudeuten. Sie ist wie ein getünschtes Grab. Hinter einem Äußeren, das sich mit der „Allgemeingültigkeit“ einer allgemeinen, konstitutionellen Staatstheorie schmückt, verbirgt sich eine krypto-absolutistische, politische Tendenz, nach der die Bedeutung der gesetzgebenden Versammlung auf Null und Nichts reduziert wird. Merkwürdig genug, daß selbst in dem Staatsrecht des revolutionären Deutschlands sich niemand findet, der Laband entlarvt hätte. Umsomehr dürfte die Abrechnung, die wir in den folgenden Abschnitten mit seiner — allgemein anerkannten — Theorie halten wollen, angebracht sein.

Labands Theorie gewann schnell allgemeine Beistimmung⁴⁰⁾. Ihr schönes staatstheoretisches Aussehen wirkte verführerisch. Es herrscht allgemein Einigkeit, die Labandsche Formel anzuerkennen, daß Gesetz im materiellen Sinne als entscheidend für die legislative Kompetenz

³⁹⁾ v. Martitz [204] 244.

⁴⁰⁾ S. oben Anm. 18. — Georg Meyer, Der Begriff des Gesetzes, 1881, schließt sich Labands Lehre an, betont aber im Gegensatz zu dieser ausdrücklich, daß das Gesetz stets eine allgemeine Norm enthält: „Unter Gesetz ist eine allgemeine, die Untertanen verpflichtende Vorschrift zu verstehen“ (a. a. O. 19). „Die Untertanen“ stehen hier im Gegensatz zu den „Beamten“ (26) und M.s Gesetzesdefinition beruht so auf demselben Gegensatz zwischen „Staat“ und „Untertanen“ wie Labands. Ihr wird auch dieselbe Bedeutung als entscheidend für die gesetzgebende Kompetenz beigelegt (19, 25—26). Eine Inkonsequenz — sicher als Ausdruck für eine Art schlechten Gewissens, das durch v. Martitz' Kritik geweckt wurde — ist es, wenn M., p. 32, Anordnungen, die allgemeine Vorschriften bloß für die Beamten enthalten, Gesetze nennt, obwohl er zugibt, daß sie auf dem Verwaltungswege erlassen werden können. — Im großen und ganzen denselben Standpunkt nimmt der Verfasser in dem „Lehrbuch des deutschen Staatsrechts“ [216 a — 6. Aufl.] ein. Nur wird hier in noch höherem Maße der Schein aufrechterhalten, daß das Gesetz ausschließlich

aller Rechtsanordnung bedeutet; und daß Gesetz im formellen Sinne jede auf dem Gesetzgebungswege entstandene Norm bedeutet. Aber hinter dieser Einigkeit in Bezug auf die Formel verbirgt sich eine oft übersehene weitgehende Uneinigkeit über die Ausfüllung dieser Formel. Unter dem Druck der Entwicklung macht sich eine deutliche Tendenz geltend, die legislative Kompetenz zu erweitern.

Diese Veränderungen spürt man besonders bei Anschütz' Formulierung der Theorie. Er macht wirklich Ernst mit der Behauptung, daß

durch den allgemeinen Charakter des Inhalts definiert wird (a. a. O. 25, 551). Geht man M.s Darstellung genauer durch, so zeigt sich, daß das Kriterium ebenso wie vorher der für die Untertanen bindende Charakter der Regel ist (361—362).

Georg Jellinek, Gesetz und Verordnung, 1888, verwirft die Theorie, daß das Gesetz eine allgemeine Regel enthalte (236), anerkennt aber das andere Moment, die schrankenziehende Funktion des Gesetzes, gibt ihr aber doch eine besondere subjektive Wendung, die durch den Zweck des Gesetzes bestimmt wird: „Hat ein Gesetz den nächsten Zweck, die Sphäre der freien Tätigkeit von Persönlichkeiten gegeneinander abzugrenzen, ist es der sozialen Schrankenziehung wegen erlassen worden, so enthält es die Anordnung eines Rechtssatzes, ist daher auch Gesetz im materiellen Sinne . . .“ (242). Diese subjektive Formulierung findet sich wieder bei Anschütz in seiner Jugendarbeit, „Zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz“, 1891. Später, Meyer-Anschütz, Lehrbuch [216 a — 7. Aufl.], hat Anschütz die subjektive Formulierung verlassen. Gesetz im materiellen Sinne ist jeder Rechtssatz; „Rechtssatz aber ist jede Vorschrift, welche die Willensmacht mehrerer Willensträger (Personen) wechselseitig abgrenzt“ . . . (640). Über die politische Bedeutung dieser Theorie s. den Text.

Kelsen lehrt, daß „das Gesetz die notwendige Form des Rechtssatzes ist“, Hauptprobleme, 541, worin folgende zwei Sätze eingeschlossen liegen: 1) „daß die Gesetzesform auch einen anderen Inhalt haben könne, als gerade einen Rechtssatz“ und 2) „daß die Möglichkeit von Rechtssätzen in Form von Verordnungen zurückgewiesen ist“. Der letzte Satz steht in Verbindung mit der bei Kelsen hervortretenden, mehreremale erwähnten Tendenz, das Gesetz unter Berufung auf die formale Einheit des Systems, als notwendigerweise einzige Quelle zu postulieren, s. hierüber oben no. 2, vgl. X, 9. Mit der Theorie von der Stufenfolge des Rechts fällt dieses Postulat fort. Weder Gesetz, noch Verordnung ist letzte Quelle; das ist nur das System. Aber als abgeleitete Quelle kann die Verordnung gerade so gut wie das Gesetz in Betracht kommen, beide in dem System eingeordnet. — Mit dem ersten Satz betont Kelsen „im schärfsten Widerspruch zu Hänel: daß die Gesetzesform weit genug ist, um jeden beliebigen Inhalt zu erfassen“ (541). Indessen ist dieser Gegensatz kaum so scharf, ja, er scheint nach Kelsens näheren Ausführungen ganz zu verschwinden. K. gibt nämlich nicht nur zu, daß entschieden bestritten werden muß, „daß die Gesetzesform Normen zum Inhalte haben könne, die nicht Rechtssätze sind“ (548), sondern weiter, wenn die Gesetzesform nicht Rechtssätze enthält, so ist „was hier die Form eines Gesetzes hat, rechtlich völlig irrelevant, ein solches Gesetz gleichsam eine hohle Nuß“ (554). Das heißt ja gerade dasselbe wie, daß das Gesetz als rechtliche Figur als Gegenstand für eine Rechtskenntnis nichts anderes als Rechtssätze enthalten kann. Und das ist eben Hänel's Lehre.

es nicht mit zu dem Begriff des Rechtssatzes gehört, abstrakt zu sein und deshalb kommt bei ihm nichts davon vor, daß „die Verfügung“ unter die materielle Verwaltung gehört. Aber, was wichtiger ist, Anschütz wendet in seinen späteren Arbeiten das Rechtssatz-Kriterium derart an, daß unter die materielle Gesetzgebung alle Anordnungen fallen, die, wenn auch bloß mittelbar, die Freiheit und das Eigentum der Bürger angehen⁴¹⁾. Diese Erweiterung ist kolossal. Es wird hiernach unmöglich sein, zur Verwaltung alle die Gegenstände zu rechnen, die Laband in dem mehreremale erwähnten Zitat nennt: Verfassung, ökonomische Grundlage des Staates usw. Ja, was kann nicht mittelbar auf das Eigentum der Bürger einen Einfluß haben? Dieses Kriterium ist ganz unbestimmt. Zuguterletzt hängt alles zusammen, die Bürger und der „Staat“. Streng genommen wird es nicht eine einzige Norm geben, der hiernach eine selbständige Verordnungsmacht zufallen wird.

6. Es wird als Interpretationsschema zum Verständnis der behandelten Theorie von Bedeutung sein, folgende Frage zu stellen: welche sind die rechtstheoretischen Voraussetzungen dafür, daß eine Scheidung, wie die von Laband vertretene, zwischen Gesetz in materiellem und formellem Sinne sich sinnvoll auf ein gegebenes Rechtssystem anwenden läßt? Die Bedeutung der Scheidung liegt darin, daß der Begriff materielles Gesetz für die Kompetenz der gesetzgebenden Behörde entscheidend ist, während formelles Gesetz jeden Staatsakt bezeichnet, der auf dem Gesetzgebungswege entstanden ist. Nun ist indessen klar, daß die gesetzgebende Behörde auch kompetent sein muß, das formelle Gesetz zu setzen. Wie kann da eine Divergenz zwischen den beiden Begriffen möglich sein? Es ist hierfür notwendige Voraussetzung, daß mit Kompetenz in beiden Fällen etwas Verschiedenes gemeint wird. Im ersten Falle, was das materielle Gesetz betrifft, wird gemeint, daß die Legislative in diesen Fällen allein kompetent ist. Im letzten Falle, was das formelle Gesetz angeht, meint man dagegen nur, daß die gesetzgebende Gewalt möglicherweise kompetent ist, da der Akt auch auf einem anderen Wege gesetzt werden könnte, unabhängig von der Legislative.

Damit eine solche Kompetenzabgrenzung möglich sein soll, ist es rechtslogisch eine Bedingung, daß die Verfassung zwei (oder mehrere) normsetzende Instanzen einsetzt; anders ausgedrückt, daß die Normstufe, die das Gesetz ausmacht, aus zwei (oder mehr) Normgruppen besteht; oder

⁴¹⁾ S. Anschütz in Meyer-Anschütz [216 a — 7. Aufl.] 654, die Polemik gegen Arndt; Anschütz gegenüber muß bemerkt werden, daß Laband stets zur Gesetzgebung nur die Anordnungen rechnet, die unmittelbar die Bürger angehen, s. Zitat oben bei Anm. 33.

daß die Gesetzgebungsmacht zwei (oder mehr) verschiedenen, nebengeordneten Instanzen zugeteilt wird. Weiter muß gefordert werden, daß die Gesetzgebungskompetenz nicht in einander ausschließende Sphären verteilt ist, sondern so, daß die mögliche Kompetenz einer Instanz verschieden von ihrer ausschließlichen Kompetenz sein kann. Nur für die Instanzen, für welche dies gilt, ist eine entsprechende Scheidung ihrer Normen in materiellem und formellem Sinne möglich, bestimmt durch die ausschließliche, respektive die bloß mögliche Kompetenz⁴²⁾.

Hier gilt es, sogleich ein terminologisches Mißverständnis abzulehnen. Denn es ist wohl wahr, daß die herrschende Lehre niemals von einer Teilung der Gesetzgebungsmacht, sondern stets von Gesetzgebungsmacht kontra Verwaltung gesprochen hat. Dieser Unterschied in der Terminologie ist irrelevant. Das Entscheidende ist, daß man die materielle Verordnung, die Verwaltungsverordnung, als dem Gesetz beigeordnet ansieht. Jede Kompetenzabgrenzung setzt eine Nebeneinanderstellung voraus. Aber in diesem Fall ist die materielle Verordnung rechtstheoretisch auch Gesetz: es liegt eine Teilung der Gesetzgebungsmacht (in rechtstheoretischem Sinne) vor.

Nun liegt natürlich nichts im Wege, daß ein positives Rechtssystem eine solche Spaltung der Gesetzgebungsmacht, die mit einer Divergenz zwischen der ausschließlichen und möglichen Kompetenz einer (oder mehrerer) Instanzen verbunden ist, aufweisen kann. Das ist eine posi-

⁴²⁾ Exakter können wir es folgendermaßen darstellen. Die beiden verschiedenen Gesetzesarten (Gesetz im engeren Sinne und die gleichgeordnete Verwaltung) werden als LO_1^n , resp. LO_2^n , bezeichnet, womit angegeben wird, daß sie von zwei verschiedenen Ordnungspunkten O_1 und O_2 ausgehen, beide von n -ter Ordnungsklasse. Nun wird der Inbegriff der Konstitutionsbedingungen einer Norm (O) sich stets in zwei ausschließende und erschöpfende Gruppen teilen: die, die den Inhalt der Norm angehen (K), und alle anderen (I). D. h.

$$O = (IK) \text{ und } LO_1^n = L(I_1 K_1)^n$$

Nun leuchtet ein, daß eine Norm der Gruppe LO_1 , die von der Instanz I_1 ausgeht, stets unter die Kompetenz K_1 fallen muß, wenn man darunter die materiellen Bedingungen versteht, die die Norm ermöglichen. Deshalb muß der formelle Gesetzesbegriff von Gruppe 1, $LO_1^f = LO_1^m$ (der materielle Gesetzesbegriff von Gruppe 1) sein. Denn damit ein Unterschied soll entstehen können, muß die Kompetenz, die den materiellen Begriff bestimmt, notwendigerweise eine besondere, engere Kompetenz sein, die nicht nur diese Instanz möglich macht (I_1), sondern zugleich die andere ausschließt (I_2). Wird die ausschließende Kompetenz K_a genannt und die nur möglichmachende Kompetenz K_m , so erhalten wir

$$LO_1^f = L(I_1 K_1^m)^n \text{ und} \\ LO_1^m = L(I_1 K_1^a)^n,$$

und eine Differenz zwischen dem materiellen und formellen Gesetzesbegriff ist möglich.

tivrechtliche Frage. Aber auf der anderen Seite gilt ebenso sicher, daß die erwähnten Bedingungen nicht vorzuliegen brauchen. D. h., die Scheidung ist nicht rechtslogisch notwendig, sondern positivrechtlich bedingt.

Es folgt aus unserer Analyse, daß, während der Begriff ein bloß formelles Gesetz möglich ist und ein Gesetz bezeichnet, das in die mögliche, aber nicht ausschließliche Kompetenz des Gesetzgebers fällt, dagegen der Begriff ein bloß materielles Gesetz unmöglich ist. Denn es hat keinen Sinn, daß ein Gesetz in des Gesetzgebers ausschließliche, aber nicht-mögliche Kompetenz fällt. Das hängt damit zusammen, daß nach Labands eigener Voraussetzung die Scheidung zwischen Verordnung in formellem und materiellem Sinne keine Daseinsberechtigung hat. Was die Gesetzgebung angeht, so setzt Laband wirklich eine Differenz zwischen ihrer ausschließlichen Kompetenz (aller Rechtsanordnung) und ihrer möglichen Kompetenz (jedem Staatsakt) voraus. Aber nirgends ist die Rede von einer entsprechenden Scheidung soweit es die Verordnungen angeht. Es kommt der Verordnungsmacht keine ausschließliche Kompetenz zu und damit wird die Scheidung unmöglich. Sieht man Labands Lehre genauer an, so zeigt sich denn auch, daß die beiden Arten Scheidungen trotz der äußeren Symmetrie nicht einsartig sind. Der Unterschied zwischen materieller und bloß formeller Verordnung beruht darauf, daß eine Verordnung ohne oder nur infolge Delegation vom Gesetzgeber ausgestellt werden kann. Aber diese Scheidung ist mit der Scheidung zwischen materiellen und formellen Gesetzen nicht gleichgestellt oder komplementär. Denn da die bloß formelle Verordnung nur nach Delegation vom Gesetzgeber ausgestellt werden kann, so bedeutet das, daß ihre Konstitutionsbedingungen durch ein Gesetz bestimmt werden, was wiederum bedeutet, daß die bloß formelle Verordnung notwendigerweise eine Stufe in der Stufenfolge weiter hinunterrückt, Verordnung im rechtstheoretischen Sinne ist. Die bloß formelle Verordnung als Gesetz in bloß materiellem Sinne zu bezeichnen, ist deshalb irreführend. Jede Nebeneinanderstellung und Kompetenzabgrenzung ist zwischen Normen ausgeschlossen, die einer über- und untergeordneten Stufe angehören. Die Kompetenzabgrenzung hat nur quengerichtet in einem System Sinn, d. h. innerhalb derselben Ordnungsklasse. Sie ist dagegen sinnlos in der Längsrichtung eines Systems, d. h. zwischen verschiedenen Ordnungsklassen; denn hier muß notwendigerweise die eine Kompetenz der anderen logisch übergeordnet sein, so daß die untergeordnete bloß eine Spezifikation innerhalb der übergeordneten ist.

Zusammenfassend können wir sagen, daß die Labandsche Scheidung zwischen formellen und materiellen Gesetzgebungs- und Verwaltungsakten nicht eine allgemeingültige, sondern eine positivrechtliche Scheidung ist. Ihre Möglichkeit beruht auf einer gewissen eigenartigen Spaltung der Gesetzgebungsmacht. Von Labands eigenen Voraussetzungen aus ist die Scheidung nur möglich, was das Gesetz angeht, so daß der Begriff formelles Gesetz der umfassender ist und den Begriff materielles Gesetz als einen Teil in sich enthält. Man kann deshalb von einem bloß formellen, nicht von einem bloß materiellen Gesetz sprechen.

7. Eine Kritik der herrschenden Lehre muß nach dem Vorausgegangenen notwendigerweise zwei verschiedene Aspekte annehmen. Einerseits wird eine solche Kritik sich auf die positivrechtliche Frage richten: bot oder bietet das geltende Rechtssystem eine solche Struktur, daß es berechtigt ist, die besprochene Scheidung vorzunehmen oder die daraus sich ergebenden positivrechtlichen Konsequenzen zu ziehen, oder widerstreitet die herrschende Lehre direkt dem positiven Recht? Oder endlich: bedeutet sie unter der Maske der Auslegung und Lückenausfüllung ein politisches Postulat zur Konkretisierung einer unbestimmten Verfassung? Bei der Beantwortung dieser Fragen wird es von Wichtigkeit sein, daran zu denken, was oben (XIV, 5 und XIII, 5—9) über Verfassung, Auslegung und Lückenausfüllung gesagt ist. Je höher wir in den Stufen des Rechtssystems hinaufsteigen — und wir befinden uns hier auf einer der allerhöchsten — umso mehr nähert die juristische Erkenntnis sich dem politisch-wirklichen. Die Spannung zwischen „Sollen“ und „Sein“ nimmt ab. Es ist wohlbekannt, daß die wirkliche Verfassung eines Landes ebensowohl oder noch mehr durch die politisch-faktische kontinuierliche Entwicklung entsteht, als durch bewußte, diskontinuierliche Setzung. Die bloß vorausgesetzte Verfassung suppliert die gesetzte. Es ist auch in besonderem Grade für die gesetzten Verfassungen charakteristisch, daß sie — wie alle Abstraktionen — unbestimmt und „lückenhaft“ sind. Wie wir eingehend geschildert haben, geschieht die Determination, die „Supplierung“ ausschließlich durch die Konkretisation des Rechtes in den nachfolgenden Stufen. Nur so weit es möglich ist, im System Normen — gesetzte oder vorausgesetzte — für diese Konkretisation herauszufinden, ist eine Auslegung und Lückenausfüllung für die Anwendung möglich. In diesen hohen Sphären, wo das Rechtliche so nahe an das Politisch-Mächtige grenzt, werden solche Auslegungsregeln, praktisch genommen, bedeutungslos sein. Was hier für den Forscher möglich ist, ist nur: 1) die abstrakte, objektiv-logische Bedeutung der gesetzten oder vorausgesetzten Verfassung so genau wie möglich festzustellen, 2) die historischen und politischen Faktoren nachzuweisen,

die bei der Auslegung oder Lückenausfüllung in der Praxis zur Anwendung kommen und in Funktion treten, 3) wenn es möglich ist, sich ein Urteil darüber zu bilden, welche dieser Faktoren wahrscheinlich die stärksten sein und faktisch durch die Rechtsanwendung die wirkliche Verfassung schaffen werden. Die herrschenden Darstellungen bieten an diesem Punkte das typische Bild einer Auslegungsjurisprudenz: man argumentiert mit Auswahlverhandlungen, Motiven, Worterklärungen, doktrinären Dogmen usw., als ob man wirklich glaubte, daß das, was Dr. N. N. in den Auswahlverhandlungen gesagt hat (und was übrigens von Dr. P. P. bestritten wurde), wirklich für die Konkretisation der Verfassung entscheidend sein wird, wenn ernste politische Interessen in der Entscheidung impliziert sein sollten. Entweder geschehen diese Interpretationen einfach aus Gewohnheit in Übereinstimmung mit den Methoden der üblichen Auslegungsjurisprudenz — oder um mit dem Gewande der Wahrheit ein politisches Postulat zu verbergen und stützen.

Andererseits wird unsere Kritik sich gegen die allgemeine rechts (staats-) theoretische Einkleidung richten, in der die herrschende Lehre auftritt, und mit der sie der positivrechtlichen Lösung besonderes Gewicht zu geben sucht. Wir wollen uns zuerst zu dieser letzten Aufgabe wenden.

8. Labands Argumentation enthält zwei Hauptpunkte.

a) Zum ersten beruht seine Theorie auf der Voraussetzung von der Verwaltung (dem Staate) als einer metarechtlichen Größe, die über dem Rechte und im Gegensatz zu den Bürgern steht. Das Recht ist eben das, was von dem Staate zu den Bürgern ausgeht und das Verhältnis zwischen den Bürgern untereinander wie zwischen Bürger und Staat ordnet. Was „innerhalb“ des Staates bleibt, ist dagegen nicht Recht. Das wäre eine unmögliche Selbstverpflichtung. Diese Theorie ist von vornherein verfehlt, denn es ist ganz unmöglich, etwas als „Staat“, als „Staatsorgan“ — z. B. Verwaltungsorgan — zu fassen, es sei denn mit Rücksicht auf ein Rechtssystem. Nun spricht Laband wohl auch von „Vorschriften“ und „Normen“ innerhalb der Verwaltung. Man spricht auch kühn von Verwaltungsrecht. Diese Vorschriften und Normen können natürlich als faßbar für eine rechtliche Erkenntnis nichts anderes als rechtlich sein. Wenn man sie doch nicht so nennen will, so beruht das ausschließlich auf der politischen Auffassung, daß die volkliche Repräsentation keinen Einfluß auf die Ordnung dieser inner-staatlichen Angelegenheiten haben darf. Die Argumentation beruht also ausschließlich auf einem Zirkel, der Ausdruck für ein politisches Postulat ist. Der Zirkel tritt deutlich in der Form des Argumentes hervor. Man

behauptet, daß die inneren Verwaltungsvorschriften nicht Recht sind, weil sie nicht eine Schrankensetzung zwischen den Handlungssphären mehrerer Personen bedeuten, sondern innerhalb der Verwaltung bleiben. Es kann hier nur eine Selbstverpflichtung vorliegen, also keine wirkliche Verpflichtung. Aber dieses Argument setzt voraus, daß die Verwaltung — trotzdem sie aus mehreren physischen Individuen besteht — juristisch als eine Person angesehen werden muß; was in dieser Hinsicht nichts anderes bedeutet, als daß Regeln, die von einem Punkt innerhalb dieses Kreises zu einem anderen gegangen sind, nicht Recht sind. Die Verwaltung eine Person zu nennen, ist keine Begründung, sondern eine Illustration, die zutrifft, wenn feststeht, daß die Verwaltungsnormen nicht Recht sind.

Auch für eine immanente Betrachtung ist Labands Argumentation unhaltbar. Sie führt nicht weit genug, weil sie nicht erklären kann, daß Normen, die von der Gesetzgebungsmacht an die Verwaltung gehen, nicht Recht sind. In diesem Falle besteht doch augenscheinlich eine Zweifelhait, ein Unterschied zwischen Normgeber und Normempfänger. Hier kann nicht die Rede von einer „Selbstverpflichtung“ bloß innerhalb der Verwaltung, sein. Das würde voraussetzen, daß man Gesetzgeber und Verwaltung in einer Person personifizierte. Aber da das Volk an der Gesetzgebung teilhaftig ist, wird diese Personifikation auf die eklatanteste Weise zu der Tatsache in Widerspruch treten, die die Grundlage für die ganze Theorie bildet, nämlich daß der Staat zu den Bürgern im Gegensatz steht. Eine Norm, die von der Gesetzgebungsmacht ausgeht, d. h. vom Staat und Bürgern zusammen an die Verwaltung, d. h. an den Staat allein, muß deshalb selber nach Labands Voraussetzungen als Recht angesehen werden. Das Verwaltungsgesetz muß Recht sein.

b) Der andere Hauptpunkt in Labands Theorie ist der Versuch, die Verwaltungsakte als wesensverschieden von den Gesetzgebungsakten zu charakterisieren. Sie werden als Handlungen im Gegensatz zu Urteilen (im logischen Sinne) geschildert. Indessen wird es sich zeigen, daß eine Scheidung auf Grund dieser Charakteristik ganz unmöglich ist. Um das Verfassungsgesetz und die Verfassungsverordnung mit unter dieser Charakteristik begreifen zu können, stellt Laband, wie erwähnt, als Hilfstheorie die Lehre von der Initiative auf, als mit zur Handlung gehörig. Hiermit muß notwendigerweise Initiative zu eigener Handlung gemeint sein, denn sonst würden alle Befehle (Gesetze) als Initiative zu einer Handlung aufgefaßt werden können.

Gegen diese Initiative theorie kann erstens eingewendet werden, daß sie, indem sie Verordnung und Gesetz als Initiative zu eigener Hand-

lung auffaßt, in sich die ganze unter a) kritisierte Theorie enthält, wonach Verwaltung, resp. Verwaltung und Gesetzgebung zusammen, sich als eine Person darstellen. Der zweite Hauptpunkt ist so nur eine nähere Ausführung des ersten und fällt mit diesem.

Weiter kann angeführt werden, daß die Theorie in doppelter Richtung nicht imstande ist, die Grenze zwischen Verwaltung und Gesetzgebung zu sichern. Einerseits werden alle Gesetze, die nähere staatliche Ausführung auf dem Verordnungswege erfordern, hiernach sich als Initiative zu eigener Handlung — und also als Verwaltung — darstellen. Andererseits wird es nicht möglich sein, „die Verfügung“, soweit sie sich an die Untertanen richtet, als Initiative zu eigener Handlung und damit als Verwaltung aufzufassen. „Die Verfügung“, heißt es, „ist das einseitige Rechtsgeschäft des öffentlichen Rechts. Sie ist ein einseitiger Willensakt der Verwaltung, zu ihrer rechtlichen Gültigkeit und Wirksamkeit bedarf es nicht der Zustimmung des von ihr Betroffenen. . . . In den Verfügungen tritt das Herrschaftsrecht des Staates über Land und Leute in praktische Anwendung, und der regelmäßige Inhalt der Verfügung ist daher der Befehl“⁴³⁾. Hiermit scheint die staatliche Handlung (die Verfügung ist ja ein Verwaltungsakt) sich als ein Befehl zu enthüllen. Zum Teil läßt dieser Widerspruch sich durch die Initiativtheorie aufheben, nämlich soweit „die Verfügung“ sich auf ein anderes Verwaltungsorgan richtet⁴⁴⁾. Anders dagegen in dem Falle, daß sie sich an einen Untertanen richtet. Hier ist ja nicht die Rede von eigener Handlung. Es ist von diesem Gesichtspunkt aus nicht möglich, die Verfügung vom Gesetz zu scheiden, das auch als ein Befehl an die Untertanen charakterisiert wird. In Wirklichkeit begründet auch der Verfasser den mangelnden Rechtscharakter der „Verfügung“ auf eine ganz andere Weise. Es heißt hierüber: „Die Verfügung unterscheidet sich von dem Gesetze dadurch, daß sie ein Rechtsgeschäft ist; sie ordnet einzelne oder eine Summe einzelner Fälle; sie begründet konkrete, subjektive Pflichten und die Ausübung subjektiver Rechtsbefugnisse des verwaltenden Staates“⁴⁵⁾. Hiermit greift Laband auf das erste Kriterium zurück, wonach das Gesetz nur die generellen Rechtsregeln umfaßt. Aber die Konsequenz muß sein, daß es erlaubt ist, auf dem Verordnungswege individuelle Ausnahmen von den Gesetzen vorzunehmen, was augenscheinlich nicht richtig ist.

⁴³⁾ Laband, Staatsrecht, Bd. II, p. 191.

⁴⁴⁾ Das gilt von dem sogenannten „Dienstbefehl“ oder der „Generalverfügung“, s. a. a. O. 198.

⁴⁵⁾ A. a. O. 191—192.

All dieses zeigt, wie unmöglich es ist, die Initiativtheorie durchzuführen. Als Folge hiervon fällt auch der Versuch, die Verwaltung als Staatshandlungen zu charakterisieren. Hiermit kehren wir zu dem am meisten in die Augen fallenden Mangel in Labands Theorie zurück: die Unmöglichkeit, das sogenannte Verwaltungsgesetz (die Verwaltungsverordnung) als „Verwaltung“ und nicht als „Recht“ zu charakterisieren. Das ist wohl eine der kühnsten von Labands Theorien, daß eine Norm, die von der konstitutionellen Versammlung und der Regierung ausgeht und sich an die Verwaltung richtet, keine Rechtsnorm ist und deshalb keine Rechtspflicht für die Verwaltung schafft. An diesem Punkt hat man deshalb auch Labands Lehre zuerst angegriffen. v. Martitz betont mit Recht das völlig Absurde, ein Dotationsgesetz, durch das der Verwaltung auferlegt wird, eine gewisse Summe Geldes als Gabe an einen verdienten General auszubezahlen, als ein Rechtsgeschäft — eine Gabe zu nennen⁴⁶⁾. Das Gesetz, das der Verwaltung auferlegt, ein gewisses Rechtsgeschäft vorzunehmen, ist natürlich von diesem Rechtsgeschäft selbst verschieden. Laband will seinerseits den Gesetzgebungsakt als eine bloße Genehmigung für den Verwaltungsakt auffassen. Diese Auffassung ist nach Labands eigenem Standpunkt unmöglich. Denn als formelles Gesetz kann er nur durch ein Gesetz aufgehoben werden und infolge seines Inhaltes hat er die materielle Wirkung, die Ausführung eines Verwaltungsaktes zu gebieten. Folglich muß er, als von der Verwaltung nicht aufhebbar, die Rechtspflicht zur Ausführung der befohlenen Handlung schaffen. Das Verwaltungsgesetz ist Recht.

Die Unmöglichkeit, die Verwaltungsakte als Handlungen zu charakterisieren, leuchtet im übrigen von vornherein aus dem Umstande ein, daß das Gebiet der Verwaltung als Komplement zu dem der Gesetzgebung bestimmt wird. Da nun das Gesetzgebungsgebiet nicht alle staatlichen Befehle umfaßt, sondern nur 1) die generellen und 2) die, die unmittelbar die Bürger angehen — so ist es umgekehrt notwendig, daß der Verwaltungsbegriff die so ausgeschlossenen Befehle umfaßt, also 1) die individuellen und 2) die, die sich nicht unmittelbar an die Bürger richten. Aber hiermit wird die fundamentale Wesensverschiedenheit zwischen Gesetz und Verwaltung aufgehoben.

Wir können hiernach schließen, daß beide Versuche, die Laband gemacht hat, um in der allgemeinen Staatslehre eine Stütze für seine Theorie zu finden, mißglückt sind. Der Kern in beiden Versuchen ist die Theorie von der Verwaltung als Ausdruck für einen metarechtlichen Staat, der „über“ oder „hinter“ dem Rechte steht, und die damit verbun-

⁴⁶⁾ v. Martitz, Über den Begriff des Gesetzes, 280 f.

dene Theorie von den materiellen Verwaltungsnormen als Nicht-Rechtsnormen. Nun ist es von vornherein rechtstheoretisch sinnlos, gewisse Staatsakte als Nicht-Recht fassen zu wollen. Die Meinung dieser Theorien ist in Wirklichkeit, daß die Verwaltung im Verhältnis zur spezifischen Rechtsform, die sich in der konstitutionellen Gesetzgebung äußert, selbständig ist. Dies ist natürlich nicht eine rechtstheoretische Unmöglichkeit⁴⁷⁾. Nur verliert die herrschende Lehre hiernach alle Bedeutung als Begründung und verschwindet in einer Tautologie: die Verwaltung ist unabhängig von der konstitutionellen Gesetzgebung, weil sie nicht aus Rechtsnormen besteht. Aber das letzte bedeutet nichts anderes, als daß die Verwaltung aus Normen besteht, die selbständig im Verhältnis zu dem konstitutionellen Gesetzgeber gesetzt werden. Die Lehre erweist sich hiernach als das, was sie eigentlich ist: ein politisches Postulat, das sich in die Form der Theorie kleidet. Das ist nämlich das Eigentümliche bei allen maskierten Postulaten, daß sie entschleiern als Tautologien hervortreten. Sie begründen ihr Objekt, indem sie es unter einer anderen Form verhüllt postulieren.

9. Als Grundlage für eine positivrechtliche Kritik der herrschenden Lehre ist es wichtig, daran zu erinnern, daß die eigentlich positivrechtliche Bedeutung dieser Lehre — abgesehen von der Terminologie — in einer Teilung der Gesetzgebungsmacht in rechtstheoretischem Sinne besteht. Kompetenzteilung setzt Nebeneinanderstellung voraus. Die Verwaltung ist, soweit sie nach Laband die Gesetzgebung in konstitutionellem Sinne komplementiert, in Wirklichkeit gesetzgebend. Um dies zu betonen und doch in beiden Fällen die Anwendung des Wortes Gesetz zu vermeiden, wollen wir die materiellen Verordnungen selbständige Verordnungen nennen. Sie gehören zu derselben Ordnungsklasse, wie die konstitutionellen Gesetze, und sind deshalb, rechtstheoretisch gesehen, selbst Gesetze. Im Gegensatz hierzu wollen wir die Verordnungen, die ihren Rechtsgrund in einem Gesetz haben, unselbständige Verordnungen nennen. Sie gehören zu einer Ordnungsklasse, deren Ordnungszahl um 1 größer ist, als die des Gesetzes. Sie sind, rechtstheoretisch gesehen, Verordnungen.

⁴⁷⁾ Kelsen begeht denselben Fehler in entgegengesetzter Ordnung, wenn er es zur rechtstheoretischen Notwendigkeit erheben will, daß die Verwaltung der Gesetzgebung untergeordnet ist. Diese ist ihrerseits bloß ein konstitutionelles, politisches Postulat. Dieser Irrtum hat wieder in der oben, no. 2, behandelten, fehlerhaften Lehre, daß das Gesetz notwendigerweise einzige Rechtsquelle ist, seinen Grund.

Diese Terminologie — von Arndt übernommen⁴⁸⁾ — veranlaßt uns, sogleich eine Vergleichung der Lehre Arndts mit der herrschenden in großen Zügen vorzunehmen. Der Unterschied ist im Grunde nicht so groß, wie man allgemein annimmt. Die Hauptsache ist, daß Arndt ehrlicher zu Werke geht. Er verwirft die konstitutionell-ideologische Einkleidung, worin die herrschende Lehre auftritt und doch ein selbständiges Verordnungsrecht für die Regierung fordert⁴⁹⁾. Arndt gründet dieses Verordnungsrecht direkt auf die historisch-politische Entwicklung und das darin vermeintlich begründete monarchische Prinzip. Das ist ehrliches Spiel. Der Unterschied in dem Ergebnis liegt darin, daß Arndt eine noch geringere Kompetenz für die Legislative annimmt. Nach seiner Theorie ist diese nur in den in der Verfassung ausdrücklich genannten Fällen kompetent (Enumerationstheorie)⁵⁰⁾.

Unter dieser Nummer wollen wir die Frage untersuchen: War, als Laband seine Theorie aufstellte, in den positiven Rechtssystemen eine Grundlage vorhanden, um eine Teilung der Gesetzgebungsmacht, eine selbständige Verordnungsmacht anzunehmen?

Um diese Frage beantworten zu können, bemerken wir zunächst folgendes. Denkt man sich einen Staat, dessen Verfassung ausschließlich durch ein politisches Prinzip bestimmt ist, z. B. das monarchisch-autokratische oder das konstitutionell-demokratische, so wird eine Spaltung der Gesetzgebungsmacht recht unwahrscheinlich sein, und auf jeden Fall wird ihr nur eine technische Bedeutung zukommen. Wenn das Prinzip für die Bildung des Staatswillens politisch eins ist, hat es kein größeres Interesse, ob dieser Wille (auf der Stufe des Gesetzes) von einer Behörde oder mehreren gesetzt wird. Deshalb sehen wir auch, daß die Lehre vom Gesetz im materiellen und formellen Sinne — als eine Teilung der Gesetzgebungsmacht implizierend — natürlich weder in Relation zu einem rein autokratisch-monarchischen, noch zu einem vollständig konstitutionell-demokratischen Staat entsteht. Sie hat nirgends dort ihre Wurzeln. Nur in Staaten von Mischformen, in Staaten, wo zwei entgegengesetzte Prinzipien sich bei der Entstehung des Staatswillens geltend machen, ist sie zu Hause. Wenn ein autokratisches und ein demokratisches Prinzip einander gegenüberstehen, und sich jedes durch seine

⁴⁸⁾ Arndt, Das Verordnungsrecht, p. 9. Wenn Arndt, a. a. O., die selbständigen Verordnungen als die Verordnungen definiert, „die ihre verbindliche Kraft aus sich selbst entnehmen“, muß diese Definition, die sich auf die Annahme eines „selbständigen“, d. h. überrechtlichen, „monarchischen Prinzips“ gründet, natürlich dahin geändert werden, daß die selbständigen Verordnungen ihre Kraft direkt von der Verfassung holen.

⁴⁹⁾ Dies gilt indessen nur von Preußen, nicht dem Reiche.

⁵⁰⁾ Arndt, in Anm. 48 a. O. 57 f., 66.

Institutionen geltend macht, dann wird es von allergrößter Bedeutung sein, ob und wie die oberste materielle Rechtsfestsetzung (die Gesetzgebung) zwischen diesen Institutionen verteilt ist. Für solche politischen Zwischenformen kann deshalb Labands Lehre gut rechtspositive Bedeutung haben. Etwas anderes ist es, daß ihre Erhöhung zum Absoluten — in der Form einer allgemeinen Staatstheorie — auf jeden Fall zu verwerfen ist.

Weiter muß eingeräumt werden, daß damals, als Laband seine Theorie begründete, zweifellos in Deutschland eine Reihe Staaten vorhanden waren, die das Bild eines solchen politischen Dualitätstyps boten. Das galt von Bayern und Baden sowie einer Reihe kleiner Staaten. Mit Rücksicht auf den Bundesakt vom 8. Juni 1815, Artikel 13, war in diesen wie in den meisten süddeutschen Staaten eine Ständeversammlung eingeführt, die einer Ständeversammlung ein gewisses Mindestmaß von Rechten zusicherte. In den Verfassungen der genannten Staaten findet sich eine stehende Formel, wonach das Mitwirken der Stände — außer bei gewissen besonders genannten Angelegenheiten — erforderlich ist für jedes „allgemeine neue Gesetz, welches die Freiheit der Personen oder das Eigentum der Staatsangehörigen betrifft“⁵¹⁾. Als Gegenstück gegen diesen Formel-Paragraphen, der das demokratische Prinzip in der Verfassung ausdrückt, findet sich ebenso regelmäßig ein anderer, der lautet: „Der König ist das Oberhaupt des Staates, vereinigt in sich alle Rechte der Staatsgewalt und übt sie unter den von ihm gegebenen in der gegenwärtigen Verfassungsurkunde festgesetzten Bestimmungen aus“⁵²⁾. Hiermit ist das monarchisch-autokratische Prinzip ausgedrückt. Unter diesen Verhältnissen ist guter Grund vorhanden, zwischen einer Gesetzgebung in materiellem Sinne — nämlich der den Ständen in Verbindung mit der Regierung zugeteilten, ausschließlichen Gesetzgebungsmacht — und der Verwaltung, d. h. dem monarchischen, selbständigen Verordnungsrecht, das nach der Verfassung überall galt, wo den Ständen nicht besonders ein Mitwirkungsrecht eingeräumt war, zu scheiden. Das monarchische Prinzip hat

⁵¹⁾ Bayern, Verf., 26. Mai 1818, Tit. VII, § 2; Baden, Verf., 22. Aug. 1818, § 65. — Weimar, Rev. Grundgesetz, § 4, Nr. 6, u. a. . ., s. Meyer-Anschütz [216 a — 7. Aufl.] 656, Anm. b.

⁵²⁾ Bayern, Verf., 1818, Tit. II, § 1; Baden, Verf., 1818, § 5; Württemberg, Verf., 1819, § 4, Sachsen, Verf., 1831, § 4; Hessen, Verf., 1820, Art. 4, u. a.

Schon wenige Jahre nach der Gründung des Deutschen Bundes hatten die reaktionären Strömungen die Überhand gewonnen. „Die Wiener Schlußakte“ vom 15. Mai 1820, Art. 57—59, forderten, daß die gesamte Staatsmacht vereint beim Fürsten bliebe, eine Bestimmung, die gegen Montesquieus konstitutionelle Doktrinen gerichtet war; vgl. Meyer-Anschütz [216 a — 7. Aufl.], § 56.

die Vermutung für sich. Der Begriff Gesetz in bloß formalem Sinne ergibt sich daraus, daß der Gesetzgebungsweg in allen Fällen als möglich kompetent (wenn nicht ausschließlich) gedacht werden muß. Denn in ihm wirkte das demokratische und das autokratische Prinzip zusammen. Die Scheidung hat ihre große Bedeutung, so wahr ein politischer Gegensatz zwischen den Ständen und der Regierung bestehen kann. Die mögliche, allumfassende Kompetenz der Gesetzgebung kann nicht den Gegensatz aufheben, denn zur Gesetzgebung ist auch Teilnahme der monarchischen Regierung erforderlich, die ihre Mitwirkung versagen kann.

Etwas anders stellten sich die Verhältnisse für eine andere Gruppe von Ständeverfassungen. Wir denken hierbei an die Verfassung Württembergs, Sachsens, Hessens und anderer Staaten, die ungefähr zur selben Zeit und im selben Geiste wie die obengenannten ausgestellt wurden. Sie unterscheiden sich von der ersten Gruppe nur dadurch, daß sie den Ständen ohne nähere Einschränkung die Gesetzgebungsmacht beilegen⁵³⁾. Bedeutet dies, daß das demokratische Prinzip in diesen Staaten im Gegensatz zu den vorher Besprochenen allein herrschend ist, so daß der monarchischen Regierung nicht eine selbständige, beigeordnete Gesetzgebungsmacht (unter dem Namen Verordnungsmacht) zukommt? Diese Auffassung, die wohl auf Grund des Wortlautes der erwähnten Paragraphen sprachlich möglich ist, wird gänzlich von den politischen Machtverhältnissen ausgeschlossen, die in den genannten Staaten nicht sonderlich von den Verhältnissen in erstgenannten abwichen. Das monarchische Prinzip findet denn auch in diesen Staaten in einer Formel Ausdruck, die ganz der oben erwähnten entspricht⁵⁴⁾. Schließlich kann erwähnt werden, daß mehrere der Verfassungen dem König ausdrücklich ein Verwaltungsverordnungsrecht über eine bloße „Vollziehung“ hinaus beilegen⁵⁵⁾. Auch für diese Gruppe muß deshalb die Labandsche Lehre als wohl angebracht erscheinen⁵⁶⁾.

⁵³⁾ Z. B. Württemberg, Verf., 25. Sept. 1819, § 88: „Ohne Beistimmung der Stände kann kein Gesetz gegeben, aufgehoben, geändert oder authentisch erläutert werden“; vgl. Hessen, Verf., 1820, Art. 72; Sachsen, Verf., 1831, § 86, u. a.

⁵⁴⁾ Über Württemberg, Hessen und Sachsen s. Anm. 52.

⁵⁵⁾ So Sachsen, Verf., § 87: „Der König erläßt und promulgiert die Gesetze mit Bezug auf die erfolgte Zustimmung der Stände, und erteilt die zu deren Vollziehung und Handhabung erforderlichen, sowie die aus dem Aufsichts- und Verwaltungsrecht fließenden Verfügungen und Verordnungen“; Hessen, Verf., Art. 73.

⁵⁶⁾ Der politische Gegensatz, Monarch — Untertanen, findet charakteristischen Ausdruck in Sachsen, Verf., § 78: „Die Stände sind das gesetzmäßige Organ der Gesamtheit der Staatsbürger und Untertanen“.

Aber die beiden Verfassungen, die des Reiches und die Preußens, um welche der Streit sich zuerst und vor allem drehte, als Laband seine Theorie vortrug, fielen nicht unter eine dieser beiden Typen. Was ihren Wortlaut anging, so entsprachen sie in dem hier behandelten Punkt der zweiterwähnten Gruppe, indem sie ohne nähere Bestimmung die „Gesetzgebungsmacht“ einer konstitutionellen Institution übertragen. Aber im Gegensatz zu den oben erwähnten Ständevertretungen geht es nicht an, in diesen Fällen ohne weiteres anzunehmen, daß diese relativ modernen Verfassungen, die unter ganz anderen politischen Verhältnissen entstanden, ganz ebenso wie die Ständevertretungen auf einer Voraussetzung für das monarchisch-autokratische Prinzip beruhen sollten. Die Entscheidung ist in diesem Fall weit schwerer. Jede „Auslegungsjurisprudenz“ wird natürlich hier schlecht angebracht sein. Es gilt, die in diesen Verfassungen politisch wirksamen Prinzipien und die ihnen entsprechenden rechtlichen Lösungsmöglichkeiten herauszufinden. Diese Aufgabe wird hier zu weit führen. Das Folgende erhebt nicht den Anspruch, etwas anderes zu sein, als ein oberflächlicher Umriss, dessen Hauptbedeutung darin besteht, die Methode für juristisches Denken auf diesem Gebiet anzugeben.

Preußens Verfassung vom 31. Januar 1851 entstand als Folge der revolutionären Bewegungen im Jahre 1848. Während die älteren Ständevertretungen unter Einfluß der französischen reaktionären *Charte* von 1814 entstanden waren, bildete die liberale belgische Konstitution von 1831 das nächste Vorbild für die preußische Verfassung. Von vornherein ist ihre Stellung eine ganz andere als die der früheren Ständevertretung. Es liegt auch Grund vor, anzunehmen, daß die revolutionäre Ideologie, die zu der Entstehung der Verfassung führte, sie in konstitutionellem, demokratischem Geist gewollt und gedacht hat, so daß alle wirkliche Gesetzgebung (in rechtstheoretischem Sinne) hiernach an die Legislative geknüpft sein, und nur ein unselbständiges Verordnungsrecht der Regierung zukommen sollte. Dies hat denn auch symbolischen, wie realen Ausdruck in der Verfassung gefunden. So ist es eigentümlich, daß diese, die sonst in ihrem Aufbau in vieler Hinsicht den früheren Typen folgt, die typische Formel in dem Artikel 4, Stück 1, der älteren Verfassungen ausgelassen hat, wonach der Monarch für den Inhaber aller Staatsmacht erklärt wird, die er unter Beschränkung durch diese von ihm selbst gegebene Verfassung ausübt. Diese Auslassung ist umso bedeutungsvoller, weil man doch das zweite Stück des erwähnten Artikels aufgenommen hat, das aussagt, daß die Person des Königs heilig und unantastbar ist — indessen mit Auslassung des Wortes „heilig“! Es ist auch von Bedeutung, daß der Paragraph 45 der Preu-

bischen Verfassung dem König nur ein Verordnungsrecht zuweist, soweit es die zur Ausführung des Gesetzes nötigen Verordnungen angeht, während die älteren Verfassungen dagegen in den genau entsprechenden Paragraphen ausdrücklich dem König außerdem ein allgemeines Recht, Verwaltungsverordnungen auszustellen, zuerkennen⁵⁷⁾.

Etwas anderes ist es dagegen, ob die Bewegung, die zu der Abfassung der Verfassung führte, ein starker und dauernder Ausdruck für die wirklichen politischen Machtverhältnisse war, oder bloß eine vorübergehende, aufbrausende Opinion. Wenn das letzte der Fall war, dann würden die Verhältnisse von selbst schnell in die alte monarchische Spur zurückgleiten. So ist die entscheidende Frage in Wirklichkeit, ob die preußische Verfassung vom Jahre 1850 eine Revolution in der Entwicklung bedeutet oder nur eine mehr ruhige, stilgebundene Evolution, die wesentlich von der historischen Tradition beherrscht wurde; ob sie in Übereinstimmung mit der französisch-belgischen konstitutionellen Verfassungsideologie verstanden werden soll, die ihr Vorbild, die belgische Konstitution, beherrschte, oder in Übereinstimmung mit der von den alten Ständevertretungen überlieferten monarchischen Ideologie.

Ich halte es nicht für meine Aufgabe, diese Frage weiter zu verfolgen. Aber in der Hauptsache kann doch kein Zweifel sein, daß die Entwicklung in Deutschland, als das revolutionäre Gewitter vorübergezogen war, in reaktionärer Richtung ging. Durch Bundesbeschluß vom 23. August 1851 wurde den Regierungen die Pflicht auferlegt, eine Veränderung der Bestimmungen in ihren Verfassungen zu bewirken, die im Widerspruch zu der Bundesverfassung standen. In vielen Fällen ergriffen die Regierungen die Gelegenheit, um — oft bloß auf dem Verordnungswege — die revolutionären Resultate wieder aus der Welt zu schaffen⁵⁸⁾. Die konstitutionell-demokratischen Prinzipien waren in Preußen viel weniger durchgedrungen, als z. B. in Dänemark, das zur selben Zeit auf friedlichem Wege seine Verfassung erhielt⁵⁹⁾. So entstand ein gewisses Mißverhältnis zwischen dem Wortlaut der Verfassung und den realen politischen Machtverhältnissen. Statt dies offen einzuräumen

⁵⁷⁾ Allerdings kann erwähnt werden, daß die württembergische Verf., 1819, § 89, in dieser Hinsicht der preußischen entspricht; aber hiergegen läßt sich wieder anführen, daß die erwähnte Verfassung im § 4 eine Generalklausel zum Vorteil der Königsmacht besaß, s. hierüber oben bei Anm. 52.

⁵⁸⁾ Vgl. Meyer-Anschütz [216 a — 7. Aufl.] 152.

⁵⁹⁾ Eine Auslegung der dänischen Verfassung — die, was den Wortlaut angeht, sich nicht wesentlich von der preußischen unterscheidet — wie die der herrschenden deutschen Lehre, sagen wir der Arndtschen, wäre in Dänemark sinnlos und wurde denn auch nie versucht.

und zu erkennen, daß die Verfassung durch eine voraussetzungsweis-integrative Rechtsbildung geändert war, führte dieses Mißverhältnis die Auslegungsjurisprudenz dazu, einige ihrer besten Auslegungskunststücke vorzuführen. Laband und mit ihm die herrschende Lehre hielten den konstitutionell-demokratischen Wortlaut fest, deuteten aber faktisch die Verfassung in dem historisch überlieferten Geiste der monarchischen Ständeversammlung. Dieses Kunststück vollbrachte man mit Hilfe einer tendenziös gefälschten, allgemeinen Staatstheorie und einer Reihe unwürdiger intellektueller Kniffe. Arndt ging einen anderen Weg: ohne Umschweife begründete er direkt in den historisch-politischen Verhältnissen ein selbständiges Verordnungsrecht für den Monarchen; aber um diese Lösung formell zu verteidigen, vergewaltigte er das natürliche Verständnis der Verfassung. Er lehrte, daß die preußische Verfassung, ebenso wie die alte Ständeversammlung als eine freiwillige Einschränkung des monarchischen Prinzips gelten müsse, die sich auf des Monarchen eigenen Willen gründet, und daß deshalb das monarchische Prinzip als überall bestehend angesehen werden müsse, wo es nicht ausdrücklich in der Verfassung aufgehoben sei. Hieraus schließt Arndt, daß das Wort Gesetz im Artikel 62 der preußischen Verfassung Gesetz in formellem Sinne bedeutet, d. h. daß die ausschließliche Kompetenz der gesetzgebenden Behörde auf die Fälle beschränkt ist, wo die Verfassung ausdrücklich fordert, daß ein Staatsakt in der Form des Gesetzes, d. h. in den im Artikel 62 bestimmten Formen erfolgen soll⁶⁰⁾.

Für das Reich stellten sich die Verhältnisse wieder etwas anders. Das Reich war nicht eine kontinuierliche Fortsetzung einer einzelnen Monarchie und aus diesem Grunde nahm Arndt nicht ein selbständiges Verordnungsrecht für die Reichsregierung an. Zorn dagegen meinte, daß das Reich, weil es durch Zusammenschluß einer Reihe Monarchien entstanden sei, auch selber auf dem monarchischen Prinzip beruhen müsse, und nahm deshalb ein Verordnungsrecht an⁶¹⁾. Die herrschende Lehre stellte sich dem Reiche gegenüber ebenso wie gegenüber Preußen. Es lag ja auch kein Grund zu einer Veränderung vor.

Zusammenfassend kann die Berechtigung der Labandschen Theorie zu ihrer Entstehungszeit folgendermaßen bestimmt werden.

Für Bayern, Baden und mehrere andere Staaten stimmte die Labandsche Theorie gut zu den wirklichen Verfassungsverhältnissen. Es ist leicht einzusehen, daß Labands Lehre eben auf dem Grundgedanken gegründet ist, der in diesen Verfassungen ausgedrückt

⁶⁰⁾ S. Anm. 50.

⁶¹⁾ Zorn [353 a] 314.

wird, nämlich, daß die ausschließende Kompetenz der konstitutionellen Versammlung (der Stände) nur die Regeln umfaßt, die direkt die Person und das Eigentum der Bürger angehen. Alle andere Angelegenheiten dagegen sind hohe Staatsangelegenheiten, die sie direkt nichts angehen, und die der Monarch nach eigenem Gutdünken ordnet.

Auch für die anderen alten Ständeversammlungen muß man das gleiche annehmen.

Für Preußen und das Reich bestanden Zweifel. Der wahre Zusammenhang der Sache war der, daß die eigentliche Bedeutung der Verfassung in der politischen Wirklichkeit noch nicht festgestellt war. Es herrschte ein politischer Kampf und in diesem war Labands Theorie — unter der Maske einer allgemeingültigen Staatstheorie — ein Kampfmittel, ein politisches Postulat zur Stütze des autokratisch-monarchischen Prinzips. Im Verhältnis zu dem Arndtschen „Krypto-Absolutismus“ bezeichnete die herrschende Lehre doch einen gemäßigten Standpunkt.

10. Als Glied in der positivrechtlichen Kritik ist noch die Frage übrig: Hat die Labandsche Scheidung — natürlich abgesehen von ihrer falschen, rechtstheoretischen Einkleidung — eine Berechtigung in Relation zu dem Staatsrecht des modernen, revolutionären Deutschlands?

Eins muß nun von vornherein als gegeben gelten: die inhaltmäßige Ausfüllung des formellen Rechtssatz-Kriteriums, so wie sie Laband ursprünglich lehrte und wonach die Verfassung, das Budget, alle Lohnungsgesetze, alle Beamtenorganisationsregeln u. a. außerhalb der ausschließlichen Kompetenz der Legislative fallen, hat nicht die geringste Möglichkeit, in dem neuen Deutschland Anwendung zu finden. Eine solche Auslegung der Artikel 60—62 der jetzigen preußischen Verfassung und der Artikel 68—77 der Reichsverfassung wird unter den jetzigen politischen Verhältnissen völlig sinnlos sein. Es kann auf jeden Fall nur in der politisch gemäßigten Form, in der die späteren Verfasser, z. B. Anschütz (vgl. p. 391—92) sie formuliert haben, von einer Scheidung zwischen Gesetz im materiellen Sinne und Verwaltung die Rede sein.

Wie erwähnt, kann von einer Scheidung zwischen materiellem Gesetz und Verwaltung sinngemäß nur dann gesprochen werden, wenn in der Bildung des staatlichen Willens ein politischer Dualismus herrscht. Die Scheidung setzt voraus, daß ein politischer Streit zwischen einer demokratischen Versammlung als Teilhaber an der Gesetzgebungsmacht und einer autokratischen Regierung als Inhaber der Verwaltungsmacht entstehen kann. Je mehr eine Staatsordnung sich dem Zustande nähert, daß nur ein politisches Prinzip — sei es nun autokratisch oder demokratisch — für das Entstehen des Rechtes entscheidend ist, desto unbegründeter

und sinnloser wird es sein, eine Spaltung der Gesetzgebungsmacht (in rechtstheoretischem Sinne) vorzunehmen. Da nun in dem jungen Deutschland das monarchische Prinzip als Moment in der Bildung des Staatswillens völlig verschwunden ist, da weiter das parlamentarische System überall zum Rechtsprinzip erhoben ist, so daß prinzipiell kein politischer Gegensatz zwischen der konstitutionellen Versammlung und der Regierung bestehen kann — so scheint unter diesen Verhältnissen keine Grundlage mehr für einen Dualismus zwischen Gesetzgebung und Verwaltung vorhanden zu sein⁶²⁾. Es scheint ganz unbegründet, einer parlamentarischen Regierung ein selbständiges Verordnungsrecht außerhalb der Kompetenz der gesetzgebenden Versammlung vorzuhalten. Ein solches Recht wird nicht nur unbegründet sein, sondern praktisch gänzlich wertlos. Denn während die monarchische, nicht-parlamentarische Regierung mit Vorteil sein selbständiges Verordnungsrecht benutzen könnte, unter Umgehung oder im Gegensatz zum Wunsch der Kammern, ist eine solche Vorgangsweise in einem parlamentarisch regiertem Staat politisch unmöglich. Aber hier zeigen sich nun die schädlichen Folgen von Labands Darstellungsweise. Geleitet in eine allgemein-staatstheoretische Form, die die Lehre über das positivrechtlich Vergängliche hinaushebt, geht die Scheidung — mit ihren positivrechtlichen Konsequenzen! — mit in die neue Staatslehre über. So findet sich z. B. die Theorie von der Kompetenz-Abgrenzung der Legislativen in Bezug auf das Freiheits-Eigentumskriterium bei Paul Schoen wieder, der meint, daß dieses Prinzip von den alten Verfassungen mit in die neuen übergegangen ist — obgleich es nur in den Verfassungen Bayerns, Badens und Württembergs direkten Ausdruck gefunden hat⁶³⁾. Nun ist wohl richtig, daß sich in den erwähnten Verfassungen Paragraphen finden, die die Kompetenz der Gesetzgebungsmacht in Bezug auf das Freiheits-Eigentumskriterium bestimmen⁶⁴⁾. Indessen sind, wie gezeigt, diese Bestimmungen im Verhältnis zu den modernen politischen Zuständen absurd. Es handelt sich hier zum Teil

⁶²⁾ Das konstitutionelle Postulat, daß die Verwaltung nur auf Grundlage des Gesetzes ausgeübt werden darf, hat — sicher unter Kelsens Einfluß — positivrechtlichen Ausdruck im österreichischen Bundes-Verfassungsgesetz vom 1. Okt. 1920, Art. 18, Stück 1, gefunden: „die gesamte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden“.

⁶³⁾ Schoen, Die formellen Gesetze, 242.

⁶⁴⁾ Bayern, Verf., 12. Aug. 1919, § 74, I.: „Alle für die Einwohner des Staates verbindlichen Rechtsvorschriften, welche die Freiheit der Person oder das Vermögen betreffen, können nur im Wege der Gesetzgebung erlassen, rechtsverbindlich erläutert, abgeändert oder aufgehoben werden“; in gleicher Weise Baden, Verf., 21. März 1919, § 29, Stück 2; Württemberg, Verf., 20. Mai 1919, § 62.

um historische Reminiszenzen. Die betreffenden Paragraphen sind kritiklos von den alten Ständeverfassungen, wo sie allein einen Sinn hatten, in die Verfassungen des 20. Jahrhunderts gewandert⁶⁵⁾. Doch läßt sich nicht leugnen, daß auch die doktrinaire Auffassung, die durch die herrschende Lehre bestimmt wird, eine Rolle gespielt hat, und die betreffenden Verfassungen ihr Gepräge gegeben hat⁶⁶⁾. Aber worum sich alles dreht: die Entwicklung wird sicher diese doktrinen Versteinerungen bedeutungslos machen, da sie im Verhältnis zu der modernen politischen Struktur inadäquat sind und mit der mehr und mehr sich durchsetzenden konstitutionell-parlamentarischen Ideologie, nach der jeder Verwaltungsakt dem Gesetz untergeordnet ist, sich nicht vereinigen lassen. In dem neuesten bayrischen Verfassungsrecht wird denn auch die von Schoen vertretene Auffassung kräftigst bekämpft. Allerdings mit einer unrichtigen Begründung, da der Verfasser — unter Kelsens Einfluß — das, was nur ein konstitutionelles Dogma ist, zu einer rechtstheoretischen Wahrheit transformiert⁶⁷⁾. Auch bei mehreren anderen modernen Staatsrechtslehrern findet man die Labandsche Scheidung wieder. Aber es ist charakteristisch, daß die Theorie gleichsam leer und bedeutungslos bleibt. So bei Finger, wo sie bloß als ein leeres Scheingebilde auftritt⁶⁸⁾. Besonders charakteristisch ist Hatscheks Darstellung. Er hält die Theorie aufrecht, gibt ihr aber eine neue Wendung. Hatschek legt nicht auf den Gegensatz Gesetz — Verwaltung den Nachdruck — es ist sicher keineswegs die Absicht des Verfassers, der Regierung ein selbständiges Verordnungsrecht außerhalb der Kompetenz der Legislative beizulegen — sondern auf den Gegensatz Rechtssatz — Rechtsgeschäft⁶⁹⁾. Aber wie besprochen (p. 394) ist die Gegenüberstellung rechtstheoretisch unmöglich, weil die beiden Elemente über- und untergeordnet sind, und Hatschek würde wohl sicher niemals diese Lehre aufgestellt haben, wenn es nicht deshalb gewesen wäre, weil er unter dem Druck der überlieferten Lehre stand, die es auszulegen galt, und der man die eine oder andere Bedeutung geben mußte, da sie in ihrer ursprünglichen Form offenbar sinnlos geworden war. Symptomatisch ist auch, daß Arndt in seinen ausführlichen Kommentaren zu der preußischen Verfassung vom 30. November 1920 bei dem Kommentar der §§ 60—62 (die von der Gesetzgebung handeln) mit keinem Wort auf das früher so umstrittene Problem eingeht, ob

⁶⁵⁾ Über Bayern und Baden, s. Anm. 51.

⁶⁶⁾ Dies gilt von Württemberg; es gab keine entsprechende Bestimmung in der Verfassung vom Jahre 1819, s. Anm. 53.

⁶⁷⁾ Nawiasky, Bayerisches Verfassungsrecht, § 43, Nr. 2, und § 49, Nr. 1.

⁶⁸⁾ Finger, Staatsrecht, p. 346.

⁶⁹⁾ Hatschek, Preußisches Verfassungsrecht, p. 224—225, vgl. 404 f.

das Wort „Gesetz“ Gesetz in materiellem oder formellem Sinne bedeutet. Ebenso wenig wird das preußische, selbständige Verordnungsrecht besprochen, das Arndt sonst in einer Unzahl von Schriften verteidigte. Das Problem wird einfach übergangen. Wenn es noch weiter in dem deutschen Staatsrecht erscheint, so liegt das nur daran, daß man, in Labands Theorie von der metarechtlichen Verwaltung befangen, glaubt, daß der Scheidung allgemeingültige Bedeutung zukommt. Die Diskussion wird deshalb natürlich auf das rein Staatstheoretische verlegt werden. Es fehlt ihr jede reale Basis. Die Scheidung zwischen Gesetz in materiellem und formellem Sinne und die ihr entsprechende Scheidung zwischen materiellem Gesetz und Verwaltung hat ihre Basis in den Ständeversammlungen der Jahre um 1820. In dem Staatsrecht des modernen Deutschlands hat sie keine Bedeutung.

11. Zum Schlusse soll noch eine positivrechtliche Frage behandelt werden, die in den neueren Verfassungen und der neuen Doktrin eine Lösung gefunden hat, die im Widerstreit zu dem Politisch-Natürlichen steht, und die ihre Begründung ausschließlich als doktrinäre Konsequenz der Lehre Labands von der Verwaltung findet. Es liegt deshalb Grund vor; anzunehmen, daß die Entwicklung und die kontinuierliche Rechtsbildung von selber diesen Zustand verändern werden.

Es wurde mehreremale erwähnt, daß die Scheidung zwischen materiellem Gesetz und Verwaltung überhaupt nur — als eine Kompetenzverteilung — innerhalb einer und derselben Ordnungsklasse Sinn hat, also zwischen zwei Gruppen des Gesetzes in rechtstheoretischem Sinne. Zwischen verschiedenen Ordnungsklassen — in der Längsrichtung des Systemes — muß dagegen eine solche Scheidung sinnlos sein; denn es hat keinen Sinn, von Kompetenzabgrenzung zwischen dem Gesetz und einer im Verhältnis zum Gesetz abgeleiteten Norm zu sprechen. Diesen Unterschied übersah Laband. Das aufgestellte Freiheits-Eigentums-kriterium wurde unterschiedslos für alle Verwaltungsakte durchgeführt. Während es ihm auf diese Weise gelang, ein selbständiges Verordnungsrecht für die Regierung zu begründen, wurde das Resultat damit erkauft, daß die unselbständige Verordnungsmacht, also die, die die Ausführungsverordnungen angeht — derselben Schranke unterworfen wurde. Die herrschende Lehre lehrt deshalb, daß Rechtsverordnungen (d. h. Verordnungen, die materiell Gesetze sind, d. h. das Freiheits-Eigentums-kriterium überschreiten) nur zufolge einer Ermächtigung von dem Gesetzgeber ausgestellt werden können. Indem man die Verwaltungsverordnung der Regierung sicherte, opferte man dafür die Rechtsverordnungen — auch als Ausführungsverordnungen. Aber

in dieser letzten Form ist die Lehre in keiner Weise eine Konsequenz der Kompetenzverteilung. Selbst wenn man von einer Kompetenzverteilung zwischen den beigeordneten (im rechtstheoretischen Sinne) gesetzgebenden Instanzen (Gesetzgebung — Verwaltung) ausgeht, hat es keinen Sinn, dieser Kompetenzabgrenzung zwischen der einen dieser Instanzen (dem Gesetze) und den im Verhältnis zu ihr abgeleiteten, subordinierten Ausführungsverordnungen anzuwenden⁷⁰⁾. Diese letzteren bleiben ja begriffsnotwendig innerhalb des Rahmens des Gesetzes. Sie konkretisieren und determinieren, was schon abstrakt und unbestimmt im Gesetze liegt. Ein Gegensatz zwischen der Regierung und der Legislative ist von vornherein ausgeschlossen. Es ist daher gänzlich sinnlos, wenn man als Konsequenz der Kompetenzverteilungslehre behauptet, daß die Regierung, soweit sie näher ausführt, was der Gesetzgeber befohlen hat, nur solche Verordnungen ausstellen darf, die außerhalb der ausschließlichen Kompetenz der Legislative fallen, und die die Regierung deshalb auch auf eigene Hand hätte ausstellen können. Nun half sich indessen die herrschende Lehre über diese ungereimte Konsequenz in der Weise hinweg, daß sie in die Ermächtigung der Verfassung, Ausführungsverordnungen auszustellen, eine allgemeine Ermächtigung von dem Gesetzgeber zur Ausstellung von Rechtsverordnungen hineindeutete⁷¹⁾. Hiermit stimmt auch die Praxis überein. So hatte man sich vortrefflich mit den unpraktischen Konsequenzen der Doktrin abgefunden⁷²⁾.

So lagen die Verhältnisse vor der Revolution. Als indessen die neuen Revolutionsverfassungen verfaßt werden sollten, hat man offenbar einen doktrinären Gewissensbiß gefühlt, wenn man im Gegensatz zu der Labandschen Staatstheorie der Verwaltung die Macht zuerkennen sollte, Rechtsverordnungen auszustellen. Die Sache wurde lebhaft erörtert, und man äußerte sich sowohl für wie gegen das Rechtsverordnungsrecht. Doch scheint die herrschende Auffassung in der Kommission sich gegen die

⁷⁰⁾ Preuß. Verf., 1850, Art. 45, ermächtigte, „die zu deren Ausführung [s. der Gesetze] nöthigen Verordnungen“ auszustellen; Reichsverf., 1871, Art. 7, Nr. 2, ermächtigte „die zur Ausführung der Reichsgesetze erforderlichen allgemeinen Verwaltungsvorschriften und Einrichtungen“ auszustellen. Die beiden Ausdrücke wurden in der Praxis gleich ausgelegt.

⁷¹⁾ Meyer-Anschütz, Lehrbuch [316 a — 7. Aufl.] 672, Anm. 8.

⁷²⁾ Vgl. folgende Auslassung des Staatssekretärs Preuss, zit. in Arndts Kommentar zur R.-Verf., Art. 77: „Ich komme aus der Wissenschaft zum Amte und wollte mich hier an den wissenschaftlichen Unterschied zwischen Rechts- und Verwaltungsverordnungen halten. Darauf sagten mir die Herren, die sich auf die langjährige Staatspraxis beriefen, diese Unterscheidung sei in der Staatspraxis nicht üblich. Man habe nie anders operiert, als mit Ausführungsverordnungen und damit seien die Rechtsverordnungen gemeint.“

Annahme eines Rechtsverordnungsrechtes gerichtet zu haben. In der Formulierung erscheinen die Verfassungen Preußens und des Reiches ohne Veränderung in dem historisch überlieferten Wortlaut; so spricht der Artikel 51 der preußischen Verfassung (ebenso wie der frühere Artikel 45) nur von „Verordnungen“ zur Ausführung der Gesetze, während der Artikel 47 der Reichsverfassung (ebenso wie der frühere Artikel 72) dagegen von „Verwaltungsvorschriften“ spricht. Während nun die frühere Theorie und Praxis diese Ausdrücke gleich auslegten als auch Rechtsverordnungen umfassend, ist in der neuen Doktrin eine Uneinigkeit entstanden, die durch die erwähnten Äußerungen in der Verfassungskommission entstand. Arndt — der niemals Veranlassung gehabt hat, die Rechtsverordnungen auszuschließen, da er nicht Labands Theorie folgte — nimmt, auf Theorie und Praxis gestützt — (wie auch auf eine charakteristische Äußerung des Staatssekretärs Preuß gestützt) an, daß die Artikel 51 und 77 auch Rechtsverordnungen umfassen, aber selbstverständlich *intra legem*. Das Wort „Verwaltungsverordnung“ wird als Verordnung von der, nicht bloß für die Verwaltung verstanden⁷³⁾. Dieselbe Auffassung hat vermutlich auch Stier-Somló⁷⁴⁾. Dagegen hält Giese streng daran fest, daß der Artikel 77 der Reichsverfassung nur zu Verwaltungsverordnungen im Gegensatz zu Rechtsvorschriften ermächtigt⁷⁵⁾. So auch Hatschek⁷⁶⁾. Anschütz, der früher mit der herrschenden Theorie annahm, daß der entsprechende Paragraph auch zu Rechtsverordnungen ermächtigte, behauptet jetzt, gestützt auf eine Untersuchung der Entstehungsgeschichte des Paragraphen in der Kommission, daß die Absicht gewesen wäre, Rechtsverordnungen auszuschließen, und gibt deshalb die alte Auffassung auf⁷⁷⁾.

So sehen wir, daß man auf die Betrachtungen der verschiedenen Kommissionsmitglieder gestützt, zu entgegengesetzten Resultaten gelangt. Es scheint indessen mehr als zweifelhaft, ob man wirklich in der Praxis diesen — ganz und gar nicht einstimmigen⁷⁸⁾ — Äußerungen ein solches Gewicht beilegen soll, daß man eine feste und natürliche Praxis verlassen sollte. Die Verfasser — auf beiden Seiten — überschätzen sicher den Wert solcher Kommissionsbetrachtungen. Eine Lösung, wie die von Giese, Hatschek und Anschütz vertretene, ist unbegründet und

⁷³⁾ Arndt, Kommentar, Anm. 3 zu § 77.

⁷⁴⁾ Stier-Somló, Kommentar, erwähnt in den Anmerkungen zu Art. 51, Preuß. Verf., nichts von der besprochenen Scheidung.

⁷⁵⁾ Giese, Kommentar, Note 1 zu Art. 77.

⁷⁶⁾ Hatschek, Preuß. Verfassungsrecht, p. 223 f., vgl. 404 f.

⁷⁷⁾ Anschütz, Kommentar, Anm. 1 und 2 zu Art. 77.

⁷⁸⁾ S. hierüber besonders Arndt, Kommentar zu Art. 77, bes. p. 141.

unnatürlich und verdankt ausschließlich der Labandschen Doktrin ihre Existenz. Da sich zugleich die entgegengesetzte Auffassung ausgezeichnet mit dem Wortlaut der Verfassung vereinigen läßt, ja, für Preußen sogar am nächsten liegt, ist Grund vorhanden, anzunehmen, daß man in der Praxis den Artikel 77 der Reichsverfassung und den Artikel 51 der preußischen Verfassung als auch „Rechtsverordnungen“ umfassend auslegen wird.

12. Nachdem wir so (nos. 6—11) die herrschende Lehre von der Scheidung zwischen formellem und materiellem Gesetz widerlegt haben, können wir unsere Ergebnisse folgendermaßen zusammenfassen:

Als rechtstheoretischer Begriff wird das Gesetz weder durch eine gewisse Form, noch durch einen gewissen Inhalt konstituiert, vielmehr ausschließlich durch seinen Platz innerhalb der Stufenfolge des Rechtes. Gesetz ist alles Recht, das seine Quelle (Erkenntnisgrund) unmittelbar in der Verfassung hat.

Die Scheidung zwischen materiellem und formellem Gesetz ist nicht rechtstheoretisch allgemeingültig, sondern positivrechtlich bedingt. Da sie auf einem Kompetenzunterschied (dem Unterschied zwischen ausschließlicher und möglicher Kompetenz, vgl. no. 6) und also auf einer Kompetenzverteilung beruht, setzt sie eine eigenartige Spaltung der rechtstheoretischen Gesetzgebungsmacht voraus. Als Ausdruck für eine Kompetenzverteilung kann sie nur in Relation zu einer anderen Normgruppe innerhalb derselben Stufe Sinn haben; zwischen über- und untergeordneten Stufen ist eine Gegenüber- und Nebeneinanderstellung unmöglich.

Nach der konstitutionellen Staatstheorie geht die rechtstheoretische Gesetzgebung ungeteilt von ein und derselben Instanz, der Legislative, aus. In Staaten, deren Verfassung in Übereinstimmung hiermit ausgebildet ist, ist deshalb die erwähnte Scheidung unmöglich. Als „Gegenstück“ zum Gesetz, das selbst eine ganze Stufe ausfüllt, würden in solchen Staaten nur Staatsakte auf einer untergeordneten Stufe gesetzt werden können, aber zwischen über- und untergeordneten Instanzen ist Gegenüberstellung und Kompetenzabgrenzung unmöglich. Hierauf beruht es, daß es unmöglich ist, von einem „Verwaltungsakt“, einem „Urteil“ oder einem „Rechtsgeschäft“ zu sprechen, die in der Form des Gesetzes vorgenommen wurde (Gesetz in bloß formalem Sinne); denn in demselben Augenblick, wo eine Norm in der Form des Gesetzes gesetzt wird, wird es unmöglich sein, sie als zu einer der erwähnten drei Gruppen gehörig zu erkennen, deren Begriffe sich alle von dem Gesetze dadurch unterscheiden, daß ihre Normen einer niederen Stufe angehören,

als der des Gesetzes. Da die entscheidenden Grenzlinien hier ausschließlich mit Rücksicht auf die Stufenstellung gezogen werden, ist es unmöglich, eine „formelle Umschichtung“ vorzunehmen, ohne daß gleichzeitig der materielle Charakter verändert wird. Nur „quer“, nicht in der „Längsrichtung“, ist im System eine Gegenüberstellung und Abgrenzung denkbar.

Endlich kann folgendes angeführt werden. Da „etwas als Recht erkennen“ dasselbe heißt wie „eine Rechtsnorm erkennen“, gilt es allgemein, daß das Gesetz Rechtsnormen (Rechtssätze) und nichts als Rechtsnormen enthält. Dies ist aber selbstverständlich kein Charakteristikum für das Gesetz, sondern gilt ebenso für die Verwaltungsvorschriften, so wie überhaupt für alles, was Gegenstand rechtlicher Erkenntnis sein kann.

13. In einem gewissen Zusammenhang mit der erwähnten Scheidung zwischen Gesetz in materiellem und formellem Sinne steht eine andere Theorie, die von Laband aufgestellt wurde, nämlich die Scheidung zwischen Gesetzzinhalt und Gesetzbefehl. Sie ist von derselben monarchisch-politischen Ideologie getragen. Aber da der Theorie weder theoretische noch praktische Konsequenzen von Bedeutung beigelegt werden — sie ist nur ein Schmuck im alten Staatsrecht — ist sie von geringem Interesse und soll nur flüchtig besprochen werden.

Auf die Vorstellung von dem Rechte als einem Willen gestützt, der als Befehl auftritt, lehrt Laband, daß man bei jedem Gesetze zwischen der im Gesetz formulierten Rechtsregel (dem Rechtsinhalt) und ihrer Ausstattung mit rechtsverbindender Kraft (dem Rechtsbefehl) scheiden muß⁷⁹⁾. Da ferner das Recht als eine Reihe von Befehlen angesehen wird, die von einer substantiellen Staatsmacht ausgehen, deren spezifische Äußerungsform in einem Herrschen besteht, so schließt Laband, daß nur in der Sanktion (d. h. dem Gesetzbefehlsakte) der Gesetzgebungsakt sich als spezifischer Staatsakt, als Herrscherakt darstellt. Da endlich der Monarch als „der alleinige Träger der ungeteilten und unteilbaren Staatsgewalt“ angesehen wird, so ist das Resultat, daß der Monarch und allein der Monarch Inhaber der Gesetzgebungsmacht ist, während die Rolle der Kammern nur darin besteht, daß sie zu den Befehlen des Monarchen ihre Einwilligung geben. Daher ist auch die Sanktion das eigentlich rechtschaffende Glied in dem Gesetzgebungsprozeß. Wenn dennoch Artikel 62 der preußischen Verfassung und Artikel 5 der Reichsverfassung (in den alten Verfassungen; in den neuen findet sich keine formelle Äußerung darüber, von wem die Gesetzgebungsmacht ausgeübt wird) Wendungen gebrauchen, die darauf aus-

⁷⁹⁾ Laband, Staatsrecht, Bd. II. p. 4 f.

gehen, daß die Gesetzgebungsmacht vom Monarchen (Bundesrat) und den Kammern gemeinsam ausgeübt wird, so werden diese Äußerungen als eine politisch-tendenziöse Formulierung im Widerstreit mit dem wahren rechtlichen Zustande hinwegklärt. Obgleich es dieser Lehre nicht an Widerspruch fehlte, fand sie doch in der Literatur überwiegend Zustimmung⁸⁰⁾.

Es ist leicht einzusehen, daß auch in dieser Konstruktion die politische Ideologie der Ständevertretungen wieder zum Vorschein kommt. Der Monarch ist der eigentliche „Inhaber der Staatsmacht“ (vgl. Artikel 4 der Ständevertretungen, siehe oben no. 9), der aus eigener Gnade den Kammern ein Mitwirkungsrecht eingeräumt hat. Aber außer in dieser Weise ein nicht-rechtliches politisches Ideal zu manifestieren, ist es ganz unmöglich einzusehen, welche Bedeutung dieser Konstruktion zukommen soll. Über die Bedingungen für das Entstehen des Gesetzes herrscht Einigkeit. Es ist in gleichem Maße sowohl die Zustimmung der Kammern, wie die des Monarchen erforderlich. Nirgends wird der überragenden Stellung des Monarchen die allergeringste rechtsfunktionelle Bedeutung beigelegt. Damit erlangt die Konstruktion ein Interesse als Schulbeispiel für metaphysisch-substantielles Denken und Begriffsbilden innerhalb der Rechtswissenschaft. Der „Befehl“ des Rechtes, die „Staatsmacht“ und die „Gesetzgebungsmacht“ sind Substanzen „hinter“ oder doch ohne Relation zu den rechtlichen Funktionen. Daß die „Gesetzgebungsmacht“ allein dem Monarchen zukommt, bedeutet rechtsfunktionell nichts, ist also ein rechtliches Nichts. Solche Überführungen auf das Substantielle können nun nur bis zu einem gewissen Grade als ein unschuldiges Vergnügen zur Befriedigung metaphysischer, religiöser, politischer und anderer Bedürfnisse gelten. Sie enthalten nämlich stets die Gefahr falscher Deduktionen und Aufstellungen von Scheinproblemen (das Verhältnis zwischen Substanz und Funktion), so z. B., wenn Laband aus dem substantiellen Charakter des Gesetzes als einem Befehl schließt, daß Publikation begriffsmäßig notwendig ist.

Es leuchtet ein, daß den modernen deutschen Staatsverfassungen jeder Anreiz fehlt, die Labandsche Doktrin fortzusetzen. Mit den veränderten politischen Verhältnissen (dem Verschwinden des monarchischen Prinzips) muß die Labandsche Scheidung als gegenstandslos und nichts-

⁸⁰⁾ So z. B. bei Meyer-Anschütz [316 a — 7. Aufl.] 662; Jellinek, Gesetz und Verordnung, 211, 313 f.; Finger, Staatsrecht, 347—348, und viele andere, s. Meyer-Anschütz [316 a — 7. Aufl.] 662, Anm. a. Gegen Labands Lehre hat Hänel, Begriff des Gesetzes, 149, 151; Hatschek, Preuß. Verfassungsrecht, 229; Kelsen, Hauptprobleme, 416 f., sich geäußert.

sagend erscheinen. Hierzu kommt weiter ein technischer Umstand. Nach den neueren Verfassungen ist normal kein Unterschied zwischen der „inhaltsbestimmenden“ und der „sanktionierenden“ Instanz. Beide Handlungen werden normal von dem Reichstage (dem Landtage) unternommen; es kommt dem Reichsrat (dem Staatsrat) kein „Zustimmungsrecht“ zu, vielmehr nur ein „Einspruchsrecht“⁸¹⁾. Es hat hiernach noch weniger Sinn als vorher, von einer gesonderten sanktionierenden Macht zu sprechen, die von der inhaltsetzenden verschieden ist. Das Problem wird sich verflüchtigen und ein leeres Loch hinterlassen: den Beweis für seine rechtswissenschaftliche Bedeutungslosigkeit. In dieser Richtung läßt sich schon anführen, daß das Problem bei Schoen in seiner sonst lexikalisch umfassenden Behandlung des Gesetzbegriffes fortgeblieben ist⁸²⁾. Ferner, daß zwei der neuesten Staatsrechtsdarstellungen positiv die Leere der Theorie eingesehen und mit ihr aufgeräumt haben⁸³⁾. Doch ist die Macht der Gewohnheit und Autorität groß⁸⁴⁾. Finger wird sicher nicht der einzige bleiben, der die Labandsche Scheidung festhält. Noch ein Jahrzehnt wird vermutlich die deutsche Staatstheorie weiter mit diesem toten Gewicht belastet bleiben.

14. Der Inhalt des Gesetzes ist stets eine Rechtsnorm. Abgesehen davon, welcher logisch-grammatikalischen Darstellungsform das Gesetz sich bedienen mag, liegt sein rechtlicher Sinn — d. h. einfach seine einzige für eine spezifische rechtliche Erkenntnis faßliche Qualität — ausschließlich darin, daß es eine Rechtsnorm ausdrückt. Etwas als Rechtsnorm auszudrücken, ist wieder dasselbe, wie es als rechtlich gesollt zu setzen.

Dieser Satz, daß das Gesetz Rechtsnormen enthält, und nur diese, ist kein Erfahrungssatz. Es ist einfach ein Ausdruck für das erkenntnistheoretische Postulat, daß man alle Rechtserkenntnis in einem eigenen gesetzmäßigen Erkenntnisssystem begründen will: dem rechtlich-normativen. Es ist dann nur eine Konstruktionsaufgabe, alles aufzulösen, was mit vermeintlichem Rechtscharakter in Rechtsnormen auftritt. Wenn die Analogie auch nicht ganz zutrifft, so kann man doch in dieser Verbindung daran erinnern, daß die physikalische Behauptung, daß jeder Körper aus Atomen (Elektronen, oder wie man nun die geringste Rechnungseinheit nennt) besteht, auch nicht ein Erfahrungssatz ist, sondern ein Ausdruck für ein Arbeitsprinzip, das sich auf dem „Willen“ der

⁸¹⁾ Vgl. Hatschek, Deutsches und preuß. Staatsrecht, II, p. 10 und 95.

⁸²⁾ Schoen, Die formellen Gesetze, 244 f.

⁸³⁾ Hatschek, Preuß. Verfassungsrecht, p. 229, und Nawiasky, Bayerisches Verfassungsrecht, p. 352.

⁸⁴⁾ Finger, Staatsrecht, p. 347—348.

Naturerkenntnis gründet, jedem Naturprozeß als Bewegung und Quantität zu verstehen. In gleicher Weise ist es ein Arbeitsprinzip für die rechtliche Erkenntnis, alles — in casu Gesetz — als Normen zu verstehen. Die Rechtsnorm ist das Atom (oder Elektron usw.) der rechtlichen Erkenntnis. Hieraus folgt:

a) daß die Theorien, die immer wieder aufgestellt wurden, daß das Gesetz (das Recht) abgesehen davon, daß es gebietende und verbietende Normen (positive und negative Sollensäußerungen) enthält, auch erlaubende Normen enthält, verfehlt sind. Sie sind nur Ausdruck für eine mangelhafte Reduktion der entsprechenden, vermeintlich erlaubenden Normen. Man heftet sich an die grammatisch-sprachliche Form und Einkleidung des Gesetzes, statt an seine spezifisch-rechtliche Bedeutung. Es ist nämlich nur für ein psychologisch-sprachliches Verständnis faßlich, was eine erlaubende Norm sagen will. Als logische Figur ist es unverständlich, welche Bedeutung ihr zukommen kann, unabhängig von einer Relation zu einer gebietenden oder verbietenden Norm; entweder ist die „Erlaubnis“ rechtlich irrelevant, oder es kommt ihr Bedeutung als integrierender Bestandteil einer „imperativischen“ rechtlichen Norm zu. Nur eine Betrachtungsweise, die unter Gesetz ein sprachliches oder psychologisches Ganzes versteht (einen einzelnen Paragraphen; ein Gesetz von dem und dem Tage) kann diese Wahrheit übersehen. Eine nähere Untersuchung der hier behandelten Theorien muß wegen Platzmangel unterlassen werden. Ein einziges Beispiel wird unter b), Beispiel 2, besprochen werden.

b) daß die Theorie, die Wenzel in einem der neuesten und ausführlichsten Monographien über den Begriff des Gesetzes aufgestellt hat, und die darauf ausgeht, daß außer der normativen Funktion dem Gesetze eine Urteilsfunktion (in logischem Sinne) zukomme, verfehlt ist.

Erstens sind die Begriffe „Urteil“ und „Urteilsnorm“, mit denen Wenzel arbeitet, falsch und führen, recht verstanden, in Wirklichkeit nicht über die normative Funktion hinaus. Unter dem Begriffe „Urteil“ will der Verfasser nämlich eine Aussage mit einbegreifen, die auf einen Willen sich gründet und eine Billigung oder Mißbilligung eines gewissen Verhältnisses ausdrückt. Der Verfasser wendet sich ausdrücklich gegen Felix Somló, der unter Urteil nur „einen Geltungsanspruch der Wahrheit erhebende Aussage“ verstehen will⁸⁵⁾. Indessen ist nicht zu sehen, wo die Grenze nach der Auffassung Wenzels gezogen werden soll. Ist die Aussage über Billigung und Mißbilligung ein Urteil, warum dann nicht auch die Aussage über Hoffnung, Wunsch und Willen?

⁸⁵⁾ Wenzel, Juristische Grundprobleme, I, 32, 123—124.

Nach der psychologischen Betrachtungsweise des Verfassers will das indessen sagen, daß auch die Normen als Ausdruck für einen Willen — Urteile sind. So bleibt kein Unterschied zwischen der normativen und der urteilenden Funktion des Gesetzes. Dasselbe ergibt sich noch deutlicher, wenn man es von einer anderen Seite betrachtet. Das Gesetz begnügt sich nämlich — nach dem Verfasser — nicht damit, Urteile auszusprechen, sondern verlangt auch, daß andere auf dieselbe Weise urteilen sollen. Deshalb spricht Wenzel von der Urteilsnormfunktion des Gesetzes⁸⁶⁾. Nun scheint indessen einleuchtend, daß eine Urteilsnorm eine Norm und nicht ein Urteil ist. Der Unterschied kann also nicht der zwischen Normen und Urteilen sein; aber vielleicht der zwischen zwei Grundarten von Normen: Handlungsnormen und Urteilsnormen? Wenzel spricht davon, daß im ersteren Falle sich die Norm nach der handelnden Tätigkeit der Menschen richtet, im anderen Falle nach ihrem Intellekt und Denken⁸⁷⁾. Indessen ist der Begriff Urteilsnorm höchst unklar. Das Urteil als solches, d. h. in seiner logischen Qualität, kann gegebenenfalls nicht einer rechtlichen Norm unterliegen. Die rein logische Bedeutung einer Aussage ist ohne alle Verbindung mit der Sanktion, die in den rechtlichen Normen enthalten sein kann. Gegenstand für eine rechtliche Norm kann höchstens das Urteil als psychologischer Akt sein, aber als praktischer Akt unterscheidet es sich nicht von Handlung, die Urteilsnormen nicht von Handlungsnormen. Ihre logische Form ist ein und dieselbe. Der Mangel der Urteilsnormen an selbständiger logischer Bedeutung tritt noch deutlicher zutage, wenn wir zweitens bemerken, daß von Wenzels Lehre dasselbe gilt, wie das, was wir oben von den unter a) erwähnten Theorien angeführt haben: sie sind nur Ausdruck dafür, daß man das Gesetz als sprachlich-psychologische, und nicht als eine logische Einheit betrachtet. So gibt Wenzel selbst ausdrücklich zu, daß der Urteils- und Urteilsnormfunktion keine selbständige Bedeutung zukommt, sondern nur und ausschließlich, soweit die Urteilsnormen in positiver Beziehung zu einer Handlungsnorm stehen⁸⁹⁾. Hiermit gibt der Verfasser zu, daß die logische Be-

⁸⁶⁾ A. a. O. 35.

⁸⁷⁾ A. a. O. 36, vgl. 124.

⁸⁸⁾ Wenzels sprachlich-psychologische Betrachtungsweise geht deutlich aus folgenden Stellen hervor, p. 93: „sind nur diejenigen aus den Gesetzesworten herauszudenkenden Gedanken, die Imperative sind, Recht . . . so kann nur das, was geboten oder verboten wird, als rechtlich qualifiziert werden . . .“; p. 42: „Schon ein flüchtiger Blick in den Text der Gesetze zeigt . . .“; p. 96, wo es heißt, daß die Aufhebung eines Imperativs selbst nicht ein Imperativ ist; s. auch oben Anm. 8 und unten Anm. 92 und 93.

⁸⁹⁾ S. z. B. unten Anm. 92.

deutung der Urteilsnormen damit erschöpft wird, daß sie Bestandteile von Handlungsnormen sind.

Hieraus folgt, daß die Beispiele, die der Verfasser von der rechtswissenschaftlichen Bedeutung der Theorie nennt, notwendigerweise sich als illusorisch enthüllen müssen. Um der Vollständigkeit willen soll das kurz gezeigt werden. Der Verfasser nennt folgende fünf Beispiele.

Beispiel 1. Die Begriffe gesetzmäßige und gesetzwidrige Handlungen werden — heißt es — erst unter Rücksichtnahme auf die Urteilsfunktion des Gesetzes verständlich. Der erwähnte Gegensatz erschöpft sich nämlich nicht in dem Komplex imperativmäßiger und imperativwidriger Handlungen, sondern umfaßt auch die bloß erlaubten Handlungen und das Sich-Verhalten der „willensunfähigen“ Personen⁹⁰⁾. Hieraus geht hervor, daß Beispiel 1 nicht etwas Selbständiges über das hinaus enthält, was in Beispiel 2 und 3 liegt, worauf verwiesen wird.

Beispiel 2. Erlaubende Gesetze, meint Wenzel, können nur als Ausdruck für die Urteilsfunktion des Gesetzes gefaßt werden. Das Gesetz spricht das Urteil aus, daß die Handlung erlaubt ist — ohne etwas als geboten oder verboten zu normieren⁹¹⁾. Wie oben besprochen, ist dies nur ein Ausdruck für eine sprachlich-psychologische Betrachtung, während für eine logische das erlaubende Gesetz entweder bedeutungslos ist oder als Bestandteil einer Norm hervortritt. Wenzel gibt selber zu: „An das erlaubte Handeln knüpfen sich also stets Rechtspflichten anderer Personen an, etwas zu tun oder zu lassen“⁹²⁾. Die psychologische Betrachtungsweise tritt bei dem Verfasser deutlich zutage. Er behauptet, daß man zu dem angeführten Ergebnis kommt, „wenn man erwägt, welchen Sinn der Ausdruck Erlauben im Munde des Erlaubenden, hier des Gesetzgebers, nur haben kann“⁹³⁾.

Beispiel 3. Das Sich-Verhalten „willensunfähiger Personen“ meint man nicht als Gegenstand für Imperative auffassen zu können, da der Gesetzgeber vernünftigerweise nur als seine Gebote an die „Willensfähigen“ richtend gedacht werden kann. Nichtsdestoweniger kann ihr Verhalten sich als gesetzmäßig oder gesetzwidrig qualifizieren, was in solchem Fall nur in Beziehung auf die Urteilsfunktion des Gesetzes geschehen kann⁹⁴⁾. Hierzu ist einerseits wie vorher zu bemerken, daß die Grundlage für diese Auffassung ausschließlich psychologisch ist, da auch eingeräumt wird, daß der Urteilsfunktion keine selbständige Bedeutung zukommt. Andererseits kann weiter hinzugefügt werden, daß die Problemstellung selber ein Scheinproblem bedeutet, eine Abart des psychologischen Adressatproblems, die ausschließlich durch Wenzels Auffassung von dem Rechte als Befehlen, die vom Gesetzgeber an gewisse „Adressaten“ ausgehen, entstanden ist. Hieraus schließt der Verfasser, daß der Gesetzgeber als eine vernünftige Person seine Imperative nur an „willensfähige Adressaten“ richten wird. Die von dem positiven Recht an die „Willensunfähigen“ scheinbar gerichteten Imperative müssen deshalb als an andere gerichtet aufgefaßt werden: Eltern, Vormünder oder dergleichen. Diese Problemstellung ist von Grund aus verkehrt. Es würde reines Naturrecht gewesen sein, wenn Wenzel als Konsequenz seines Ausgangspunktes den Begriff „willensunfähig“ auf

⁹⁰⁾ A. a. O. 71—73.

⁹¹⁾ A. a. O. 79.

⁹²⁾ A. a. O. 81.

⁹³⁾ A. a. O. 80.

⁹⁴⁾ A. a. O. 73, vgl. 45 f.

eine oder die andere Weise unabhängig vom positiven Recht bestimmt hätte — vielleicht als „motivationsunfähig“, da eben diese Eigenschaft des Adressaten es unvernünftig macht, Befehle an ihn zu richten. Indessen bestimmt der Verfasser den Begriff „willensunfähig“ als einen positivrechtlichen Begriff; darunter fallen die Personen, die das positive Recht als willensunfähig betrachtet⁹⁵⁾. Es leuchtet ein, daß Wenzel damit das Verhältnis auf den Kopf stellt. Er will daraus, daß gewisse Personen (von dem positiven Recht) als willensunfähig angesehen werden, schließen, daß die Imperative sich an andere an ihrer Stelle richten. Während das Verhältnis natürlich das ist, daß die „Willensunfähigen“ sich ausschließlich als solche dadurch erkennen lassen, daß das positive Recht sie von gewissen Normwirkungen ausschließt und nach gewissen Regeln diese auf andere überführt. Wenzels Theorie ist (ebenso wie Labands Sanktionslehre) ein Beispiel für ein verdoppelndes, substantielles Rechtsdenken: über die positivrechtliche Funktion hinaus existiert kein Problem von „Befehlen des Gesetzgebers“ und „Willensunfähigen“. Das ist ein Scheinproblem, eine metaphysische Verdopplung.

Beispiel 4. Der Begriff „subjektives Recht“ wird als Ausdruck für eine selbständige, berechtigende Rechtsnorm angesehen⁹⁶⁾. Dieser Gesichtspunkt ist durchaus analog der Lehre von den „erlaubenden Gesetzen“ unter Beispiel 2; was dort gesagt ist, gilt auch hier.

Beispiel 5. Endlich meint der Verfasser, daß, wenn ein scheinbarer Imperativ sich auf bereits geschehene Handlungen richtet, kein wirklicher Imperativ vorliegt, sondern ein Urteil⁹⁷⁾. Hiervon gilt, wie in den anderen Fällen, daß solche Imperative rechtlich als Bestandteile allgemeiner Handlungsnormen aufgefaßt werden müssen.

c) daß die Diskussion darüber, wieweit der Inhalt des Gesetzes (des Rechtssatzes) ein Imperativ, ein Urteil, ein hypothetisches Urteil oder dergleichen ist, keine Bedeutung hat. Der rechtlich-logische Inhalt des Gesetzes ist stets eine Rechtsnorm und nichts anderes. Die Bestimmungen des Inhaltes des Gesetzes als eines Imperativs, eines Urteils oder eines hypothetischen Urteils geben nur die sprachlich-grammatische Form an, in der der Gesetzestext auftritt; nämlich entweder als Imperativ, Indikativ oder Konjunktiv (hypothetische Urteile). Aber das hat nichts mit dem Wesen des Gesetzes zu tun. Es ist deshalb ein Fehler, wenn die bisherige Diskussion über den rechtlichen Inhalt und die Bedeutung des Gesetzes zu einem großen Teil auf dieser Grundlage geführt worden ist. Etwas anderes ist es, daß sich oft hinter den sprachlichen Ausdrücken Theorien über die logische Natur des Rechts verborgen haben. Besonders hinter den Imperativtheorien verbarg sich eine vollständige Rechtstheorie, nach welcher das Recht „Imperative“ darstellt, die von dem Gesetzgeber an gewisse Adressaten usw. ausgegangen sind.

⁹⁵⁾ A. a. O. 47.

⁹⁶⁾ A. a. O. 100—101.

⁹⁷⁾ A. a. O. 113.

Es gilt indessen sogleich zu bemerken, daß es keine reale Bedeutung hat, ob der Rechtssatz ein Imperativ „ist“, oder nicht, sondern nur eine konstruktive. Ebenso wie man durch Konstruktion der Natur des Atoms in einer illustrierenden Formel fundamentale physische und chemische Gesetze zusammenfaßt, hat die Konstruktion des Rechtssatzes nur die Bedeutung, formelmäßig fundamentale rechtstheoretische Sätze zu illustrieren. Nennt man den Rechtssatz einen Imperativ, so involviert das unter der Form der Konstruktion besonders folgendes: 1) daß der rechtlichen Erkenntnis ein gewisser Wille zugrunde liegt und 2) daß dieser Wille als von einem übergeordneten an ein untergeordnetes Subjekt ausgegangen gedacht wird und das normgebote Verhältnis zum Gegenstand hat. Die Frage ist nun, ob diese Formel auf treffende Weise fundamentale rechtstheoretische Sätze illustriert. Meist hat man die Frage auf den Kopf gestellt und den imperativistischen Charakter des Rechtes als unmittelbar gegeben angesehen und von da aus die rechtstheoretischen Sätze deduziert. Das ist falsch; die Form des Rechtssatzes ist eine Funktion der rechtstheoretischen Sätze und nicht umgekehrt.

Kelsen hat die Ehre, eine Reihe irreführender Vorstellungen aufgezeigt zu haben, die sich hinter der Konstruktion des Rechtssatzes als eines Imperativs verbergen⁹⁸⁾. Die subjektiv-psychologische Bedeutung dieses Ausdrucks verschleiert den objektiv logischen Charakter des Rechtes als eines Systems gesetzmäßig zusammenhängender Rechtssätze als Gegenstand für eine entsprechende Rechtserkenntnis. Außerdem erzeugt die Imperativformulierung eine Reihe Theoreme, die aller rechtstheoretisch-funktionellen Berechtigung entbehren; den als Befehlenden über dem Recht stehenden metarechtlichen Staat, die Selbstverpflichtung des Staates, das Adressatproblem, die Theoreme von der Entgegennahme und Anerkennung des Befehls — alles dies sind ebenso viele Scheinprobleme und Wahntheorien.

Doch liegen — wie Kelsen selbst später zugegeben hat⁹⁹⁾ — noch unüberwundene Reste der bekämpften Theorie in Kelsens Polemik. Als eine grammatische Form, als unmittelbarer Ausdruck für einen Willen, als Funktion des Willens und nicht des Intellektes¹⁰⁰⁾, hat es gar keinen Sinn, den Imperativ als eine mögliche Form für normative Erkenntnis zu betrachten. Wenn auch Kelsen diese Form als inadäquat für die rechtliche Erkenntnis verwirft, so akzeptiert er sie doch, was die moralischen Normen angeht¹⁰¹⁾. Weiter hat Kelsen kaum die rein kon-

⁹⁸⁾ Kelsen, Hauptprobleme, p. 189 f., 219 f.; Allg. Staatslehre, 54.

⁹⁹⁾ Kelsen, Hauptprobleme, p. VII.

¹⁰⁰⁾ A. a. O. 210.

¹⁰¹⁾ A. a. O. 203—204.

struktive Bedeutung der Formel eingesehen. Wenn z. B. Kelsen gegen die Imperativtheorie u. a. einwendet, „es wäre auch vom praktisch-politischen Standpunkte aus der staatlichen Autorität sehr abträglich, wenn von ihr Befehle in imperativischer Form ausgingen, deren Befolgung sie nicht unbedingt durchsetzen kann“¹⁰²⁾ — so ist hierzu zu bemerken, daß die Frage, ob der Rechtssatz ein Imperativ ist oder nicht, als ein wissenschaftliches Konstruktionsproblem keineswegs praktisch-politischer Beurteilung unterworfen werden kann — weil das als reine Erkenntnis außerhalb der Welt der praktischen Handlung fällt. Es hat ebensowenig Sinn, davon zu sprechen, wie weit es praktisch klug ist, den Rechtssatz als einen Imperativ zu konstruieren, wie es Sinn haben würde, darüber zu diskutieren, welche Konstruktion des Atomes z. B. die „haltbarste“ ist.

In Kelsens eigener Konstruktion des Rechtssatzes als eines hypothetischen Urteils¹⁰³⁾ über den Willen des Staates zur Sanktion, kommt richtig zum Ausdruck, daß die normative Erkenntnis, A soll sein, nicht bedeutet, daß man A als Gegenstand eines psychologischen Willens (Imperativ) erkennt, sondern eine Funktion zwischen A und S — zwischen dem Normgebenden und der Sanktion. Und so weit man bildlich die Einheit des Rechtssystems ausdrücken will, indem man jede Rechtsnorm als Ausschlag ein und desselben Willens — des Staates — ansieht, ist Kelsens Formulierung, nach der der Inhalt des Rechtssatzes ein hypothetisches Urteil über den Willen des Staates zur Sanktion ist, auch ganz charakterisierend und zutreffend. Doch darf man nicht vergessen, daß die grammatikalische Form nur illustriert, daß der Inhalt des Rechtssatzes eine Rechtsnorm ist. Daß Kelsen noch vorzugsweise das Sprachlich-Grammatikalische betont, erklärt sich dadurch, daß seine Theorie in Opposition entstanden ist — aber dafür auch eben in Analogie mit — der Imperativtheorie.

Im übrigen werden wir nicht näher auf die ausführliche Literatur über diesen Gegenstand eingehen.

¹⁰²⁾ A. a. O. 231.

¹⁰³⁾ A. a. O. 228.

Kapitel XVI.

Rechtssprechung, Verordnung, Kontrakt, Gewohnheitsrecht, Natur der Sache, Wissenschaft, Rechtsgefühl, Analogie, Geist des Gesetzes, Auslegung u. a.

1. Rechtssprechung.
2. Verordnung und Kontrakt.
- 3.—6. Gewohnheitsrecht.
 3. Gewohnheitsrecht als Ausdruck für ein voraussetzungsweise entstandenes Recht.
 4. Entwicklung der Gewohnheitsrechtstheorien: a) in Deutschland.
 5. Fortsetzung: b) in Frankreich.
 6. Fortsetzung: c) in England.
7. Natur der Sache, Wissenschaft, Rechtsgefühl u. a.; Analogie, Geist des Gesetzes u. dgl.; Auslegung.

1. Es läßt sich nicht von vornherein festlegen, welche oder wie viele Stufen in einem Rechtssystem vorkommen. Selbst der Stufe der Rechtssprechung kann nicht Notwendigkeit beigelegt werden. Es lassen sich primitive menschliche Gemeinwesen denken, die eine deutlich rechtliche Organisation darbieten, aber doch keine Gerichte haben. Es gehört zu den interessantesten Aufgaben für eine soziologische Rechtswissenschaft, zu untersuchen, welche Kräfte und Ideen bei der Entstehung dieser sozialen Institution wirksam waren. Aber solche Untersuchungen fallen natürlich außerhalb unserer Aufgabe. Rechtstheoretisch läßt die Urteilsfällung sich nur als Type charakterisieren. Innerhalb der höher entwickelten Rechtssysteme ist es allgemein, als Bedingung für die Realisation der Sanktion zu verlangen, daß die konkrete, sanktionsfordernde Norm von einer besonderen Instanz, dem Gericht, gesetzt ist. Es läßt sich wohl denken, daß die behandelte Norm bereits in einer anderen Instanz volle Bestimmtheit erlangt hat, so daß die Funktion der Gerichte rechtlich nur als eine Wiederholung hervortreten kann (so z. B. im Falle eines voll determinierten Gesetzes oder privater Abmachung), aber bei weitem das Häufigste wird sein, daß die Norm durch Urteilsfällung ihre endliche Determination erlangt. Es kann sogar geschehen, daß die Urteilsfällung über den gegebenen Rahmen der übergeordneten Stufe hinausbricht. Je nachdem, ob die eine oder andere dieser drei Alternativen vorliegt, tritt die Urteilsfällung als Rechtsanwendung, als rechtsschaffende Konkretisation oder als direkte systembezogene Neuschaffung hervor. Die wichtigsten, hiermit in Verbindung stehenden Probleme sind die Probleme der Auslegung und Ausfüllung. Diese sind bereits früher ausführlich behandelt (Kap. XIII), worauf verwiesen wird.

2. Zwischen Gesetz und Rechtssprechung läßt sich eine Reihe dazwischenliegender Stufen denken. Mangels einer differenzierten Terminologie bezeichnet man in der Regel diese alle als Verordnungen. In absteigender Reihe unter dem Gesetze können sie als Verordnung in 1., 2., 3. usw. Potenz bezeichnet werden (ebenso wie Verfassung in aufsteigender Reihe als Verfassung in 1., 2., 3. usw. Potenz bezeichnet wird). Es werden, was das Verhältnis zwischen den einzelnen Stufen angeht, eine Reihe Probleme entstehen können, die denen der Auslegung und Ausfüllung analog sind.

Eine Sonderstellung nimmt der private Kontrakt ein. Als Type wird er durch folgende Eigenschaften charakterisiert. 1) Erstens sind die formellen (persönlichen) Konstitutionsbedingungen (vgl. XIV, 4 und XV, Anm. 42) für diese Rechtsbildung sehr klein. Während sonst besondere formalpersönliche Qualifikationen verlangt werden, damit man als „Verfassungsgeber“, „Gesetzgeber“, „Verordnungsgeber“ oder „Richter“ Normen in den entsprechenden Instanzen setzen kann, gilt vielmehr, daß in der Regel jedes erwachsene, normale Individuum als kontraktsetzende Instanz kompetent ist. 2) Auf der anderen Seite unterliegen diese Normen einer weitgehenden materiellen Einschränkung, da sie in der Regel nur imstande sind, Personen zu verpflichten, die auf näher angegebene Weise darin eingewilligt haben, oder die andere Bedingungen in spezieller Relation zu der entsprechenden Norm erfüllen. Das gesamte System dieser Bedingungen macht das Kontraktrecht aus. 3) Endlich wird der Kontrakt dadurch charakterisiert, daß er normal in der Stufenfolge allen den besonders qualifizierten, normsetzenden Instanzen untergeordnet ist. Die bloß deklaratorischen Gesetzgebote bilden eine nur scheinbare Ausnahme davon.

In gleichen Graden wie diese Kriterien verwischt werden (und sie können natürlich nicht den Anspruch auf irgend eine Art Notwendigkeit erheben), wird der Kontrakt als Type verwischt und nähert sich der Verordnung. Die modernen, kollektiven Verträge bieten Beispiele einer solchen Zwischenform. In Verbindung hiermit entstehen viele interessante rechtstheoretische Probleme, an denen wir vorbeigehen müssen.

Nur wenn man den Kontrakt als eine Stufe in dem großen Stufenbau des Rechtes betrachten wird, versteht man ganz das intime Zusammenspiel, das bei der Bestimmung zahlloser Rechtsverhältnisse zwischen Gesetz (Verordnung) und Kontrakt besteht. In vielen Fällen wird es deshalb ein höchst mangelhaftes oder doch irreführendes Bild ergeben, wenn man nur die für ein gewisses Rechtsinstitut geltenden Gesetzesregeln darstellt. Oft wird erst die Bezugnahme auf die herrschende Kontrakttype ein wahres Bild des wirklichen — konkretisierten — Rechtszustandes

ergeben¹⁾. Der Kontrakt ist einfach eine Konkretisierung des Rechtssystems innerhalb des Rahmens der übergeordneten Stufe. Die letzte Konkretisation bedeutet wohl der Kontrakt in der Regel nicht; er kann ebensowohl wie das Gesetz in einer generellen Norm bestehen. Erst in der Urteilsfällung wird meistens die volle Determination erreicht sein.

Diese Betrachtungsweise führt als Konsequenz mit sich, daß die scharfe Abgrenzung zwischen „Obrigkeit“ und „Untertan“, zwischen Staatsorgan und Bürger, oder zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht verschwindet. Als kontraktsetzende Instanz unterscheidet sich der „Bürger“ nicht prinzipiell von dem „Staatsorgan“ im engeren Sinne. Nicht ein allgemein-formaler, sondern nur ein spezialrechtlich-inhaltsmäßiger Staatsbegriff läßt die Beamten als Staatsorgane im Gegensatz zu den Bürgern erkennen.

3. Es geht aus dem Vorhergehenden hervor (IV, 6—8; XI, 4 c.; XII, 2 und 10.; XIV, 4 und 5), daß die Gewohnheit nicht eine Stufe im Rechtsgebäude, eine abgeleitete Rechtsquelle neben dem Gesetze, der Verordnung usw. bezeichnet. Die Gewohnheit als solche kann nicht Erkenntnisgrund für etwas als Recht sein. Auch nicht einmal als unselbständige Quelle (d. h. als Inbegriff der in einer abgeleiteten Quelle bestimmten Konstitutionsbedingungen (siehe oben XII, 10), läßt die Gewohnheit sich verstehen; denn es werden hiermit nicht bestimmte, objektiv eindeutige Kriterien angegeben, wann etwas Recht ist; ferner würde diese Konstruktion den für das Gewohnheitsrecht charakteristischen nicht-deduktiven Charakter verschleiern. Unter Gewohnheitsrecht kann man im Anschluß an die historische Terminologie und die daran geknüpften wirklichen Probleme, alles Recht verstehen, das voraussetzungsweise, d. h. in direkter Sytembeziehung, entstanden ist. Man hat nämlich als Bezeichnung für eine bestimmte Art dieses allgemeinen Genus historisch — wenn auch unter vollständigem Mißverstehen der rechtstheoretischen Struktur des Falles — die Terminologie Gewohnheitsrecht angewendet. Diese besondere Art wird durch zwei Kennzeichen spezifiziert: einerseits umfaßt sie nur das voraussetzungsweise entstandene Recht, dessen Inhalt durch entsprechende Gewohnheiten bestimmt ist, andererseits nimmt man meist nur auf die Rechtsbildung Bezug, die bei den Gerichten stattfindet. Wenn wir nun — mangels eines besseren Terminus — diese Artsbezeichnung als für das ganze rechtstheoretisch relevante Geschlecht geltend überführen, so kommt es darauf an, die Mißverständnisse zu vermeiden, zu denen die historisch überlieferte Terminologie führen kann.

¹⁾ Vgl. über die Stellung des sekundären Hypothekengläubigers nach dänischem Rechte, Vinding Kruse, Tinglysning, Kbhon. 1923, p. 223 f.

Gewohnheitsrecht, wie wir hiernach den Begriff verstehen, braucht nicht aus Gewohnheiten zu entspringen. Es wird hiermit bloß ein sehr wichtiger, soziologischer Faktor als bestimmend für die voraussetzungsweise Rechtsbildung angegeben. Natürliche Gesetze — die darzustellen der Rechtspsychologie und Soziologie zukommt — bringen es mit sich, daß der rechtlich neuschaffende Richter sich an Regeln zu halten sucht, die von anderen Gesichtspunkten aus nicht neu sind, sondern vielmehr mit der Forderung verbindenden Charakters auftreten. Die faktischen Gewohnheiten — die zugleich infolge moralisch-soziologischer Gesetze große Neigung haben, sich als moralisch verpflichtend darzustellen — werden hier dem Richter die sicherste Stütze bieten. Aber natürlich können auch andere Verhältnisse bestimmend auf ihn wirken, wie z. B. eine im Volke lebende Rechtsanschauung, wenn auch dies sich nicht in Gewohnheit ausgedrückt hat, dem bloß subjektiv-persönlichen Rechtsideal des Richters, möglicherweise seinen eigenen Standesinteressen, ja möglicherweise seinen eigenen persönlichen Interessen! — all dies können Faktoren sein, die bestimmend auf die Rechtsbildung des Richters einwirken. Aber für den Begriff der Gewohnheit als Rechtsquelle, als rechtstheoretischer Begriff kommen all diese Möglichkeiten überhaupt nicht in Betracht, sie geben soziologische oder psychologische Ursachen dafür an, daß der Richter auf eine gewisse Weise handelt. Aber als Recht läßt das Gewohnheitsrecht sich ausschließlich direkt systembezogen durch die Anwendung des Richters (oder einer anderen Instanz) erkennen — unbesehen, welche Verhältnisse diese Anwendung motiviert haben mochten. Sodann muß daran erinnert werden, daß Gewohnheitsrecht nicht bloß in Relation zur Urteilsfällung entstehen kann, sondern auch auf jeder beliebigen anderen Stufe innerhalb der Stufenfolge. Die oberste Stufe, die bloß vorausgesetzte Grundnorm, wird begriffsnotwendig vom Gewohnheitsrecht ausgemacht.

Als rechtstheoretischer Begriff bezeichnet das Gewohnheitsrecht nicht eine bestimmte Stufe (die Gewohnheit nicht eine bestimmte Rechtsquelle), sondern alles Recht, das auf eine besondere Weise entstanden ist (d. h. sich erkennen läßt), nämlich voraussetzungsweise im Gegensatz zu gesetztem Recht; oder als direkt systembezogen im Gegensatz zu abgeleitetem Recht; oder als induktiv im Gegensatz zu deduktiv entstandenem Recht.

4. Es folgt aus dem direkten systembezogenen Charakter des Gewohnheitsrechts, daß die Theorie des Gewohnheitsrechtes notwendigerweise in enger Berührung mit der allgemeinen Theorie des Rechtes

²⁾ Vgl. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, p. 238, 275.

stehen muß. Dieser Umstand erklärt das scheinbare Mißverhältnis, das zwischen der relativ geringen praktischen Bedeutung des Gewohnheitsrechts und der ungeheuren Literatur, die sich darüber findet, besteht, und den heftigen Streit, der über die Theorie des Gewohnheitsrechtes geführt worden ist. Er bewirkt zugleich, daß die Entwicklung der Theorie des Gewohnheitsrechtes auf das genaueste der Entwicklung der allgemeinen Rechtstheorie folgt. Wenn man die erstere studiert, kann man wie in einem Spiegel der Entwicklung der letzteren folgen. Wir wollen dies in großen Zügen für Deutschland, Frankreich und England nach 1800 nachweisen ³⁾.

Wenn die deutsche historische Schule so stark das Gewohnheitsrecht betonte und es als den unmittelbaren, unreflektierten Ausdruck für den im Volke lebenden Volksgeist bestimmte, ist diese Gewohnheitsrechtstheorie eben der eigentliche Ausdruck für die romantische Rechtstheorie. Daß auch das Gesetz als Produkt des Volksgeistes durch den Gesetzgeber als sein künstliches Medium aufgefaßt wird, zeigt sich sofort als eine weniger ursprüngliche Konstruktion, die geschaffen wurde, um die Theorie anzupassen. Die Betrachtungsweise der historischen Schule ist für eine primitive Rechtstheorie natürlich. Es ist natürlich, daß das Interesse sich zuerst auf die Faktoren richtet, die dafür bestimmend sind, daß ein gewisses Rechtssystem unter gegebenen Verhältnissen vorliegt, d. h. auf das historisch-soziologische Problem. Es erfordert größere Reflektion, sozusagen einen Überschuß an intellektueller Energie, die Aufmerksamkeit auf das erkenntnistheoretische Problem zu richten, wie etwas als Recht erkannt werden kann. Dies wird von dem philosophisch nicht geschulten, juristischen Gedankengang als ein Gegebenes angesehen. In ungenauer aber allgemein üblicher Terminologie, kann man sagen, daß die Aufmerksamkeit zuerst sich auf den Inhalt eines Gebietes richtet, später auf seine Form.

Auch die spätere Entwicklung der Theorie des Gewohnheitsrechtes in Deutschland läßt sich als Funktion der Entwicklung der Rechtstheorie verstehen. In dem deutschen historischen Teil ist gezeigt, daß eine doppelte Reaktion gegen die romantisch-spiritualistische Rechtstheorie entstand, eine soziologische und eine positivistische ⁴⁾.

Die soziologische Richtung glaubte, die Realität des Rechtes durch eine Bestimmung seiner soziologischen Determinanten bestimmen zu können. Sie wollte die Wirklichkeit des Rechtes dadurch erkennen, daß sie die romantisch-spirituelle, metaphysische Einheit, den Volksgeist,

³⁾ Dokumentation, s. Übersicht unten, no. 6.

⁴⁾ S. VI, 4.

in die realen soziologischen Komponenten des Rechtes auflöste. Man identifizierte das Recht mit den realen Triebfedern und Bedürfnissen, die es schaffen. Hieraus mußte natürlicherweise eine Gewohnheitsrechtstheorie resultieren, die das Gewohnheitsrecht als die faktisch befolgte Regel betrachtete, ohne an seinen Ursprung aus einer normsetzenden Autorität zu denken. Für diese Betrachtungsweise muß das Gewohnheitsrecht sich als das Primäre darstellen, das Gesetz als das Sekundäre, das in letzter Instanz nur kraft einer Gewohnheit, d. h. einer Faktizität, gilt. Während diese Auffassung sich bei den älteren Soziologen nur schwach nachweisen läßt, tritt sie bei den jüngeren klar zutage.

Unter den älteren kann man Harum nennen (1863), der das Gewohnheitsrecht als Ausschlag eines gemeinsamen „Wollens von Mehreren“ betrachtet, der durch die realen Bedürfnisse unmittelbar bestimmt wird, während das Gesetz auf einen herrschenden „Willen“ zurückgeführt wird, der von einem bestimmt qualifizierten Subjekt ausgegangen ist, aber von den realen Bedürfnissen des Gemeinwesens begrenzt und also auch bestimmt wird⁵⁾. Dieselbe Scheidung — wenn auch naturrechtlich gefärbt — findet sich wieder bei Schuppe (1900), der zwischen einem primären, speziellen Rechtswillen (der in den primitiven Zeiten der Völker die einzige Erscheinungsweise des Rechts bedeutet) und einem sekundären generellen Rechtswillen, der von einer Zentralmacht ausgegangen ist, unterscheidet⁶⁾. Das Gewohnheitsrecht wird nun als Ausdruck für die erste, das Gesetz für die zweite Art von Rechtswillen betrachtet. Das Gesetz ist so sekundär im Verhältnis zum Gewohnheitsrecht⁷⁾. Nur begründet Schuppe die Geltung des Gewohnheitsrechts nicht auf die realen Bedürfnisse, sondern auf eine der Menschennatur innewohnende, nach Zeit und Ort determinierte Rechtsüberzeugung und steht so der historischen Schule näher⁸⁾. In kurioser physiopsychologischer Formulierung findet sich die Scheidung wieder bei August Sturm und Georg Frenzel. Nach Sturm (1900) ist der Rechtstrieb die letzte Grundlage für die Geltung des Rechtes. Das Rechtsgefühl tritt von außen durch die zensorischen Nerven in das Gehirn, um durch die Gehirnrinde, die graue Substanz, auf die motorischen Zentren zu wirken, so daß sie nun als Rechtstrieb die äußeren Handlungen bestimmen. Dieser Trieb äußert sich originär in der unmittelbaren Gewohnheit (die Übung). Gesetz ist „die abgeleitete Form des Rechts“. Es ist entstanden durch die Rechtsübung, Gesetzgebern

⁵⁾ Harum, Von der Entstehung des Rechts, p. 17, 18 und 20, 21.

⁶⁾ Schuppe, Das Gewohnheitsrecht, p. 34 f., 59—60.

⁷⁾ A. a. O. 104, 127—128; 59—60.

⁸⁾ A. a. O. 44, 39, 50—51.

zu gehorchen⁹⁾. Auf ähnliche Weise bestimmt Frenzel (1892) das Recht als eine Art allgemeiner Gewohnheiten, worunter psychische Assoziationen verstanden werden. Unmittelbar äußern sie sich in dem Gewohnheitsrecht, mittelbar in dem Gesetzrecht als Ausdruck für eine allgemeine Gehorsamsgewohnheit gegenüber Normen, die von gewissen Individuen aufgestellt sind¹⁰⁾. Abgesehen davon, was sich im übrigen gegen diese Theorien einwenden läßt, ist klar, daß sie einen doppelten methodischen Fehler enthalten. Indem sie einen „Gesetzgeber“ voraussetzen, dessen Regeln gehorcht wird, involvieren sie eine positivistische Bestimmung des Gesetzrechtes; denn, wer ist Gesetzgeber? Zweitens fehlt es diesen soziologischen Theorien an jedem Kriterium — sofern sie nicht auf einen originären Rechtssinn als einen sechsten Sinn rekurrieren wollen — zur Abgrenzung rechtlicher Gewohnheiten gegenüber dem bloß Faktischen, Sitte und Brauch.

Diese beiden Fehler finden sich in den modernen Ausbildungen der soziologischen Lehre wieder. Ehrlich scheidet zwischen „Entscheidungsnormen“ und dem eigentlichen Gewohnheitsrecht. Die ersteren sind durch Gesetzgebung, Praxis oder Wissenschaft entstanden und sind dazu berechnet, einer Entscheidung zugrunde gelegt zu werden zur Beschützung der sozialen Gewohnheitsrechtsordnung. Die letzteren bedeuten die faktisch befolgte Ordnung. Es ist oben (IX, 2) näher dargestellt, wie sich hinter dieser Scheidung die übliche Vermengung eines positivistischen und eines soziologischen Gesichtspunktes verbirgt; und daß Ehrlichs Gewohnheitsrecht sich notwendigerweise in den bloß faktischen Gewohnheiten verlieren muß. Dasselbe gilt von Kornfelds Theorie, sowie sie in seiner ersten Arbeit „Soziale Machtverhältnisse“ auftritt. Nach Kornfeld ist das Recht Ausdruck für eine faktische Erfahrung, die in empirischen Regeln von bloßer Wahrscheinlichkeitsqualität ausgedrückt ist. Den realen Grund — die Quelle zu diesen Regeln — sucht der Verfasser in „gleichartigen Motivationen, welche die Rechtsgenossen behufs Wahrung eines sozialen Interesses zu einer sozialen Macht und Machtbeschränkungen begründenden, gleichartigen Verhalten bestimmen“¹¹⁾. Während diese gleichartigen Motivationen direkt in dem Gewohnheitsrecht zutage treten, muß Kornfeld dagegen, um das Gesetzrecht zu erklären, besondere „gleichartige Antriebe zur Unterordnung unter Rechtssätze“ annehmen. Hiermit sind wir wieder bei Schuppes, Sturms und Frenzels

⁹⁾ Sturm, Revision der gemeinrechtlichen Lehre vom Gewohnheitsrecht, p. 4 bis 5, 9, 27.

¹⁰⁾ Frenzel, Recht und Rechtssätze, p. 19, 67—68; 19, 27—29.

¹¹⁾ Kornfeld, Soziale Machtverhältnisse, p. 73; s. im übrigen genauer über Kornfeld oben IX, 1.

originärem Trieb, Rechtssätze zu befolgen, d. h. bei einer positivistischen Betrachtungsweise angelangt. Unter Rechtssatz versteht Kornfeld nämlich die Gesetze. In einer späteren Arbeit versucht der Verfasser wohl diesen Rückfall in eine positivistische Methode zu vermeiden, aber das kann auf keine andere Weise geschehen, als durch Annahme eines besonderen Rechtssinnes, der unmittelbar darüber aufklärt, welche Gewohnheiten, welche faktischen Regeln Ausdruck für Recht sind. Siehe hierüber oben, IX, 1.

Die andere Oppositionsrichtung gegen die historische Schule, die positivistische, kennzeichnet sich durch eine steigende Tendenz, die Aufmerksamkeit auf die Form des Rechtes zu richten. Sie anerkennt den Wert der soziologischen Untersuchungen, will aber nicht in diesen das entscheidende Kriterium für die Existenz und den Begriff des Rechtes sehen. Erst dadurch, daß sie in eine gewisse Form gegossen werden, werden die realen Bedürfnisse und faktischen Regeln Recht. An sich ist diese Richtung methodisch auf dem richtigen Wege. Nur bleibt sie bei einem naiven Positivismus stehen, für den die Wirklichkeit des Rechtes sich als gegeben und problemlos darstellt, als Befehl der kompetenten Autorität. Nach dieser Betrachtungsweise muß das Gesetz sich als die primäre Rechtsquelle darstellen, die direkt Ausdruck ist für einen Befehl des Gesetzgebers (des Staates, wie man nun auch sagt) an die Bürger. Das Gewohnheitsrecht dagegen kann nur den Charakter einer sekundären Rechtsquelle haben, deren Rechtsqualität darauf beruht, daß sie vom Gesetzgeber (dem Staate) indirekt befohlen oder jedenfalls geduldet und stillschweigend anerkannt ist. Dies ist die sogenannte „Gestattungstheorie“. Sie ist von der positivistischen Rechtstheorie aus die einzige konsequente Gewohnheitsrechtstheorie. Sie wurde denn auch von den ersten Positivisten (Meier, Bruns, Lüders) vertreten und fand später auch viele Anhänger. Aber bei weitem der größte Teil der positivistischen Verfasser setzte — in Widerstreit mit ihrem eigenen Ausgangspunkt, wonach alles Recht staatliches Recht ist — die traditionelle Lehre der historischen Schule fort und betrachtet in Übereinstimmung damit das Gewohnheitsrecht als eine extra-staatliche, gemeinwesengeschaffene Rechtsbildung¹³⁾. Man unternahm nur einige weniger wichtige Änderungen an Puchthas Lehre. Bereits innerhalb der historischen Schule in engerem Sinne verwarf man die konsequent-spiritualistische Formulierung und betrachtete die Ausübung als notwendig zur Entstehung des Gewohnheitsrechtes, nicht bloß zu seiner Erkenntnis. Außerdem anerkannte man Ausnahmen

¹²⁾ A. a. O. 74.

¹³⁾ S. die Übersicht unten, no. 6.

von der nationalen Entstehungsweise des Gewohnheitsrechtes. Die späteren positivistischen Verfasser ließen allmählich den Volksgeist als Träger der Rechtsüberzeugung fort und setzten an seiner Stelle die Ausübenden ein. In dieser Gestalt lebt die Lehre der historischen Schule bis zum heutigen Tage als die herrschende Lehre fort.

Wenn die konsequent-positivistische Gewohnheitsrechtstheorie, „die Gestattungstheorie“, so geringe Verbreitung fand, so liegt das vielleicht eben daran, daß sie infolge ihres positivistischen Charakters in seltenem Maße imstande ist, das entscheidende Problem zu verschleiern und zu umgehen. Da das Gewohnheitsrecht — das direkt systembezogene Recht — als abgeleitet vom Gesetze erklärt wird, so wird das fundamentale Problem von der Geltung des Rechtes ja bloß nach diesem verschoben — ohne daß der geringste Versuch gemacht wird, zu erklären, was es heißen will, daß das Gesetz gilt. Wenn auch methodisch weniger korrekt, hatten doch die soziologischen Theorien, die das Gewohnheitsrecht als die primäre Rechtsform ansahen, einen ehrenhaften Versuch gemacht, zu bestimmen, worin seine Geltung bestand. Die Gestattungstheorie dagegen schließt nur die Augen vor dem Problem. Konsequent durchdacht mußte diese Theorie zu einer Selbstaflösung führen; denn wenn man die Geltung des Gewohnheitsrechtes auf das Gesetz zurückgeführt hatte, mußte das nächstmal das Problem sich melden, was es bedeutet und wie erkannt werden kann, daß das Gesetz gilt. Hiermit mußte der naive Positivismus sich selbst zerstören und in kritischen Positivismus übergehen.

Indem die herrschende Lehre die Gewohnheitsrechtstheorie der historischen Schule fortsetzt, hat sie damit auch das in dieser liegende, nicht unbedeutende naturrechtliche Element übernommen. Wir haben früher (V, 4) den naturrechtlichen Einschlag in der historischen Schule nachgewiesen und werden uns deshalb hier damit begnügen, darauf hinzuweisen, daß in der Lehre von der Geltung des Rechtes die Problemstellung der historischen Schule selbst von präjudizierender, naturrechtlicher Art ist. Indem man die Frage nach dem Grunde stellt, weshalb das Recht gilt, geht man von dieser Geltung selber als gegeben und problemlos aus. Da zugleich der Grund, nach dem gesucht wird, ein normativ-ethisches Prinzip bedeutet, von dem aus die „verbindende Kraft des Rechtes“ sich deduzieren läßt, so ist klar, daß man mit der Geltung des Rechtes die moralisch verbindende Kraft des Rechtes gemeint hat und nicht seine spezifische Wirklichkeit als Recht.

Die Ehre, mit dieser naturrechtlichen Problemstellung gebrochen zu haben, gebührt Zitelmann. In seiner vortrefflichen Abhandlung über „Gewohnheitsrecht und Irrtum“ betonte Zitelmann, daß es nicht darauf

ankommt, zu fragen, weshalb das Recht gilt, sondern was es bedeutet, und woher wir wissen, daß es gilt¹⁴). Seine eigene Lösung geht in Richtung der psychologisch-soziologischen Theorien, wonach die Wirklichkeit des Rechtes in seiner praktischen Befolgung liegt¹⁵). Dies hängt damit zusammen, daß Zitelmann von seiner naturalistisch-positivistisch philosophischen Einstellung aus die Aussage über die Geltung des Rechtes als eine nach ihrem logischen Inhalt nichtsagende und sinnlose Aussage betrachtete, weil ihr in der wirklichen Welt keine „Realität“ entsprach. Er verlegte deshalb die Problemstellung von dem Logischen zu dem Psychologischen und fragte, unter welchen Bedingungen diese an sich sinnlose Vorstellung von der Geltung des Rechtes bei den „korrekt funktionierenden Wahrnehmenden“ entsteht¹⁶). Leider blieb Zitelmans radikale Veränderung der Problemstellung unverstanden und übte nur geringen Einfluß auf die Entwicklung aus. Man fuhr fort, nach dem Grunde zu der verbindenden Kraft des Rechts zu fragen — eine Problemstellung, die man heutzutage besonders innerhalb der in Wirklichkeit naturrechtlich orientierten kulturphilosophischen Rechtstheorie wiederfindet. (Radbruch, Binder u. a., siehe oben X, 7.)

Der einzige Anlauf in der deutschen Theorie zu einem richtigen rechtstheoretischen Verständnis des Charakters des Gewohnheitsrechtes ist in Verbindung mit der freirechtlichen Bewegung und unter Einfluß von England geschehen (siehe gleich unten). A. S. Schultze ist der erste in Deutschland, der das Gewohnheitsrecht als richtergeschaffenes Recht bestimmt hat. In historischen Studien über die mittelalterlichen Schöffengerichte zeigte er, wie es den „Schöffen“ in jedem einzelnen Falle zukam, das Recht zu finden. Sie waren in dieser Tätigkeit von keiner äußeren Autorität gebunden, sondern konnten den Rechtsinhalt aus Gewohnheiten, mündlichen Überlieferungen, Glauben und Aberglauben, Sprüchen und Bibelsätzen holen; sie konnten sich auf Adam und Eva, Kain, Cham und Esau oder den „ersten kunig nemrod von Babylonie“ berufen¹⁷); doch konnte all dies an sich nicht als Recht angesehen werden, sondern wurde es erst durch die Anwendung und den Befehl des Richters¹⁸). Kurz nach Schultze setzte Oskar Bülow kurz und bündig dieselbe Auffassung fort¹⁹); obgleich nicht er, sondern Schultze die zeitliche Priori-

¹⁴) Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrthum, 1883, p. 452.

¹⁵) A. a. O. 454 f.

¹⁶) A. a. O. 456 f.; 460: „die Geltung ist nichts an sich“.

¹⁷) Erwähnt in der Einleitung zum „sächsischen Weichbildrecht“, einem der verbreitetsten Schöffe-Handbücher, s. hierüber Schultze, Privatrecht und Prozeß, 1883, p. 103.

¹⁸) A. a. O. 104—105, 106.

¹⁹) Bülow, Gesetz und Richteramt, 1885.

tät besaß, wurde diese Theorie doch später an seinen Namen geknüpft, während Schultzes Bedeutung im allgemeinen übersehen wurde. In neuester Zeit ist die Theorie von Kiß, Oertmann, Manigk u. a. weitergeführt worden²⁰). Doch ist das positivistische Dogma, wonach alles Recht Gesetzgeberwille ist, noch in Deutschland so eingewurzelt, daß man es nicht unterlassen kann, die Begründung für diese Rechtsbildung im Gesetz zu suchen und damit das Gewohnheitsrecht in das deduktive System einzurubrizieren. Eine solche Einpfropfung in das Gesetz wird indessen dessen Rahmen sprengen und den originären, nicht abgeleiteten Charakter des Gewohnheitsrechtes verschleiern (vgl. IV, 8. bei Anm. 72 f.)²¹).

5. Auch in Frankreich spiegelt die Theorie des Gewohnheitsrechtes die Entwicklung in der allgemeinen Rechtstheorie wieder. Während es (ebenso wie später in Deutschland) zu den ursprünglichen rationalistischen Kodifikationsidealen gehört hatte, alles Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle auszuschließen, erlangte bei der endgültigen Abfassung des Code unter Einfluß von Portalis eine mehr historische Auffassung den Sieg. Es fiel denn auch den ersten Kommentatoren nicht ein, das Gewohnheitsrecht auszuschließen. Erst etwa von der Mitte des vorigen Jahrhunderts an drang mit der streng legalen-positivistischen „école de l'exégèse“ die ursprüngliche, doktrinäre Kodifikationsidee wieder durch, wonach das Gesetz einzige, originäre Rechtsquelle ist. Dem entspricht beim Gewohnheitsrecht natürlich eine Gestattungstheorie. Erst mit den modernen freirechtlichen Strömungen beginnt man aufs neue den selbständigen Charakter und Wert des Gewohnheitsrechtes zu betonen. Das mußte sich natürlich so entwickeln, daß man die kanonisch-germanische Gewohnheitsrechtstheorie, die in Deutschland herrschende Lehre, rezipierte. Zweifellos hat auch Geny von hier seine Lehre über das Gewohnheitsrecht geholt. Nach ihm ist die traditionelle deutsche Theorie die herrschende Lehre in der modernen französischen Literatur geworden. Eine rühmliche Ausnahme bildet Ed. Lambert, der einen der wertvollsten modernen Beiträge — wenn auch prinzipiell auf soziologischer Grundlage — zur Überwindung der kanonisch-germanischen Doktrin geliefert hat. Hier-

²⁰) S. die Übersicht unten, no. 6.

²¹) Entwurf I, § 2, zu B. G. B. lautete folgendermaßen: „Gewohnheitsrechtliche Rechtsnormen gelten nur insoweit, als Gesetz auf Gewohnheitsrecht verweist.“ Es erhob sich aber eine heftige Opposition gegen diesen Paragraphen (Hölder, Gierke, Fischer, Franken, Planck u. a.). „Bei der von der zweiten Kommission beschlossenen Streichung des § 2 (P. II, Bd. I, S. 3 ff.) wurde in Aussicht genommen, eine Vorschrift über das Gewohnheitsrecht in das E. G. aufzunehmen. Bei der Beratung des E. G. wurden indessen alle positiven Anträge abgelehnt und beschlossen, keine Vorschriften über das Gewohnheitsrecht aufzunehmen (P. II, Bd. 6, S. 359 ff.)“ (Planck, B. G. B. nebst E. G. erläutert, 3. Aufl., Bd. I, Berlin 1903, p. 38).

über wird auf die Darstellung von Lamberts Theorie (oben III, 8—9) verwiesen. Leider scheint seine Lehre keinen tiefer gehenden Einfluß ausgeübt zu haben. Nur einzelne Verfasser haben die rechtschaffende Funktion des Richters erkannt, meistens indessen doch nur unter bedeutenden Einschränkungen²²⁾.

6. Eine ganz andere Stellung nimmt die Theorie des Gewohnheitsrechtes in England ein. Wohl huldigte man auch hier im 18. Jahrhundert der romanisch-kanonischen Theorie (wenngleich diese in Blackstones Formulierung eine Wendung machte, die deutlich auf Austin hinweist), und wohl hat es seitdem bis in die Neuzeit hinein einzelne Verfasser gegeben, die sich Blackstones Theorie anschlossen, die Hauptsache aber ist, daß seit Austins Zeit die weit überwiegende allgemeine Auffassung ist, daß das Gewohnheitsrecht „judge-made law“ ist. Der Streit dreht sich nur darum, wieweit die faktischen Gewohnheiten auch vor ihrer konkreten Anwendung bei einem Gericht als Recht angesehen werden können — nämlich kraft einer generellen, rezipierenden Gewohnheitsrechtsregel, die von den Gerichten geschaffen wurde (vgl. IV, 8). Wir sind nun imstande, zu diesem Streit Stellung zu nehmen. Das Entscheidende ist, ob es kraft der delegierenden Gewohnheitsrechtsregeln möglich ist, objektive eindeutige Kriterien anzugeben, welche Gewohnheiten bindend sind. Nur soweit wie das Objektiv-Eindeutige reicht, reicht die generell rezipierende Norm, der Rest ist neu geschaffen. Es folgt hieraus, daß es bis zu einem gewissen Grade berechtigt sein könnte, von the special customs als Recht bereits vor ihrer ersten Anwendung zu sprechen. Denn es sind im englischen Recht eine Reihe Bedingungen dafür aufgestellt, wann solche als bindend angesehen werden (IV, 2.). Auf der anderen Seite sind diese Bedingungen von einem so vagen Charakter, daß ihre objektive Eindeutigkeit nicht besonders weit reicht. Für the general customs hat man sogar überhaupt nicht versucht, bestimmte Kriterien dafür aufzustellen, wann sie bindend sind. In demselben Grade, wie solche objektiven Kriterien fehlen, stehen die Gewohnheiten rechtlich in der Diskretion des Richters und werden erst durch die konkrete Anwendung Recht; im übrigen wird auf die Darstellung oben, IV, 8, verwiesen.

²²⁾ S. nachfolgende Übersicht.

Übersicht der Literatur über die Theorie des Gewohnheitsrechts.

I. Deutschland.

a) Die romantische, spiritualistisch-nationalistische Theorie von dem Gewohnheitsrecht wird von Savigny begründet und von Puchta ausgestaltet, s. bes. Puchta, Das Gewohnheitsrecht, Savigny, System, Bd. I. — Und in mittelbarem Anschluß an diese Lehre: Gerber [109 a] § 28, Anm. 1; Pfeiffer [241] 41; Stobbe [316] § 22, 3; Thöl [322 a] §§ 49 ff.; in neuerer Zeit in ähnlicher Weise: Schuppe [294] 104, 127—128; Richard Loening [196] 28—29; Anderssen [6] 169; Reichel [254] 102.

b) Die Theorie der historischen Schule in modifizierter Form: man erkennt Puchtas Theorie in den Hauptzügen an, aber verwirft

a) ihren rein nationalistischen Charakter, indem man, besonders mit Rücksicht auf das Kirchen- und Völkerrecht anerkennt, daß anormale Zustände vorkommen können, wo es nicht ein nationales Ganzes ist, das das Recht hervorbringt: v. Scheurl [282 b]; Unterholzner [329] 374; Savigny [280 d] I, 31; Bluhme [29] 33; Geyer [110] 45—46; besonders Bruns [43 b] 396; Ernst Meier [207] 26, 104; Regelsberger [253 b] 341—342, 346—348; Harum [129] 7 und 26, Anm. 12 und 42; und viele andere;

β) ihren konsequent spiritualistischen Charakter, indem man faktische Ausübung für das Entstehen des Gewohnheitsrechtes fordert: Unterholzner [329] 376; Mühlenbruch [223] § 38, Anm. 2; Bluhme [29] 33; Savigny [280 d] I, 36; Beseler [21 a] 77; Stahl [306] 238; Keller [167] § 1; v. Vangerow [232] § 14, Anm.; Kierulff [169] 9, Anm.; Sintenis [300] § 3, Nr. 9—10; v. Wächter [337] § 22; Unger [328] § 5; Hölder [143 d] 36; Roth [267] § 44, II; Dernburg [71 b] § 28, V; Windscheid [345 b] 76; Gierke [111 b] 164; Boehlau [31] 320; Sohm [303] § 7, III.

c) Die spätere traditionelle Theorie entwickelt sich aus der modifizierten historischen Theorie dadurch, daß der Volksgeist als Träger der Völkerrechtsüberzeugung zurücktritt, indem man nur von einer opinio necessitatis bei den Ausübenden spricht; faktische Ausübung wird festgehalten: Heilfron [134 bis] 20 f.; Brie [38 c]; Cosack [61] § 8, I, 2; Crome [63] § 15, 2; Schreuer [292] § 6, III; Endemann [89] § 9, 1—2; Hölder [143 e] 53—54; Kohler [173 g] 106 f. und [173 f.] 74; Manigk [202] 214, 245, 247; Hatschek [131 c] I, 13; Hägerström [124] 6—7, mit einer Bestimmung des Begriffes opinio necessitatis wie Duguit; und viele andere.

d) In Opposition gegen die spiritualistisch-naturrechtliche Theorie der historischen Schule entwickelt sich

a) eine soziologisch-psychologische Gewohnheitsrechtstheorie: Harum [129] 18—20; Sturm [318] 4—5, 9, 27; Frenzel [104] 19, 27—29, 67—68; Ehrlich [83 c] 38, 28 und [83 a] 68 f., 382 f.; Kornfeld [175 a] 74; Spiegel [305] 18, 26, 27, 38, 57; Sinzheimer [301] 20 f. . .

β) eine positivistische Gewohnheitsrechtstheorie, „die Gestattungstheorie“: Kierulff [169] 13, mit Anm.; Schmid [287] 224; Bruns [43 a] 224 und [43 b] 399; Reyscher [257] 37; Ernst Meier [207] 24; Binding [27] 200 f.; Herzfelder [139] 149—150; Rümelin [271 b] 186; Bruno Schmidt [288] 2, 29—30, 59; Laband [178] 75; Gareis [107] § 10, § 48, I; Lasson [184] 412—413; Walter Jellinek [157] 177 f.; Nawiasky [229] 341—342; Seydel [298] 13; Pfenninger [241 bis]; Gmür [114] 82 f. — S. weiter unter e.

e) Anlehnung an eine rechtstheoretische Theorie vom Gewohnheitsrecht als richtergeschaffenen Recht, meist doch in einer Delegation vom Gesetz „begründet“, findet sich bei Kiß, [171 b] 486; Oertmann [235 a] 17 und [235 b] 80; Aug. S. Schultze [293] 55 f., 95, 97 f.; Bülow [46]; z. T. Manigk [202] 120—123; M. E. Meyer [215] 60; Kelsen [168 c] 99 f.; Danz [67 b] und [67 c].

II. Frankreich.

a) Die älteren Verfasser huldigen meist einer positivistischen „Gestaltungstheorie“: Delisle [69] 21; Oudot [236] 66; La Bigne de Villeneuve [25] 2; Huc [150] 58—60; Baudry-Lacantinerie [12] 6; Eschbach [90] 27.

b) Nach Geny nimmt man in neuerer Zeit allgemein die traditionelle römisch-germanische Theorie an (Ausübung und opinio necessitatis): Geny [108 a] I, 361 f.; Aubry et Rau [10] 3; Beudant [22] 61; van Bemmelen [17] 29; Esmein [91 a] 533; Brocher de la Flechère [39] 581; Capitant [49] 46—47; Picard [243 a] 121, 123; May [205] 35; Planiol [244] 3.

c) Über Lambert, s. den Text hier und III, 8—9.

III. England.

a) Die kanonisch-germanische Theorie wurde zu Blackstones Zeit allgemein und späterhin von ganz vereinzelt vertreten: Blackstone [28] 64 f.; Stephen [311]; Carter [52 b] 183 f. und [52 a] 758—759; Clark [56] 152, 332; Greer [120] 158.

b) Die herrschende Lehre betrachtet das Gewohnheitsrecht als judge-made law; sie wird von Austin [11] 551 f. begründet.

α) Ganz wie Austin: Dillon [72] 5; Markby [203] 11, 45; Cardozo [50] 131; Amos [5] 52—53; Willoughby [343] 175; Gray [119] 283;

β) einzelne Verfasser nehmen an, daß die Gewohnheit schon vor ihrer konkreten Anwendung Recht ist, auf eine generelle, richtergeschaffene Delegation gegründet: Holland [144] 60—61; Brown [42] 310, 313, 329; Salmond, Jurisprudence, 3' ed. 1910, p. 156 f.

γ) Die historische Jurisprudenz hat, was primitive Staaten angeht, die Lehre vom Gewohnheitsrecht kritisiert, s. besonders Maine [201 b] 342—392.

7. Was hier von der Gewohnheit gesagt ist, gilt (mutatis mutandi) von der Wissenschaft, der Natur der Sache, dem Rechtsgefühl, dem soziologisch gefundenen Recht, oder was man sonst für andere inhaltsmäßige, nichtpositive Quellen namhaft machen will. Ebenso wenig wie die Gewohnheit, geben diese Faktoren selbständige Rechtsquellen oder Rechtsnormen an, vielmehr bloß Verhältnisse, die bestimmend auf die Rechtschaffung des Richters einwirken können, ebenso wie die Aussage, die dem „ersten König Nemrod in Babylonien“ zugeschrieben wurde, bestimmend auf die Rechtsfindung des mittelalterlichen „Schöffen“ wirken konnte. Nur durch die Einordnung in ein System, durch die Anwendung des Richters oder einer anderen Instanz, werden sie Recht, vgl. XI, 4 c.

Dasselbe gilt von der Ausfüllung des Gesetzes (der höherliegenden Stufe) infolge Analogie (Gesetz- und Rechtsanalogie), dem

Geist des Gesetzes, seinen immanenten Werturteilen und anderen dergleichen quasipositiven Kriterien. All dies sind nur Ausdrücke, die gebraucht werden, um die rechtschaffende Tätigkeit des Richters zu verbergen. Siehe hierüber Näheres oben IV, 6. u. 8, XI, 4 c, XII, 2.

Endlich gilt dasselbe von der Auslegung des Gesetzes (der übergeordneten Stufe) soweit dieses über eine logisch-grammatikalische Festsetzung der abstrakten Meinung hinausgeht. Hierin ist die Rücksichtnahme auf Auslegungsregeln, die als positives Recht (Gesetz oder Gewohnheit) als Glieder des Systems vorkommen mußten, mit inbegriffen, soweit dessen objektive Eindeutigkeit reicht. Außerhalb dieser Grenze wird das Recht erst in der Determination der nachfolgenden Stufe geschaffen. Vgl. XIII, 5 u. 6.

Literatur.

1. Acolas Emile. *L'idée du Droit*. Paris 1886.
2. Adickes Franz. *Zur Lehre von den Rechtsquellen*. 1872.
- 3a. Affolter A. *Zur Normentheorie*, Archiv f. öff. Recht, Bd. 23 (1908).
- 3b. — *Rechtsbegriffe und Wirklichkeit*, Archiv f. öff. Recht, Bd. 21 (1907).
- 3c. — *Der Rechtssatz und seine Geltung*, Grünhuts Z., Bd. 18 (1891).
4. Ahrends H. *Naturrecht*. Bd. 1, 1870⁶.
5. Amos. *A Systematic View of the Science of Jurisprudence*. London 1892.
6. Anderssen Walter. *Das Gewohnheitsrecht*, Grünhuts Z., Bd. 37 (1910).
- 7a. Anschütz Gerhard. *Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz*. Halle 1891.
- 7b. S. Nr. 216a.
- 8a. Arndt Adolf. *Das Reichsgericht und die Begriffe „Gesetz-“ und „Verwaltungsvorschriften“*. Verwaltungsarchiv, Bd. 13 (1905).
- 8b. — *Das Verordnungsrecht*. Berlin-Leipzig 1884.
9. Arnold Wilhelm. *Recht und Wirtschaft nach geschichtlicher Ansicht*. Basel 1863.
10. Aubry et Rau. *Cours de droit civil français*. t. 1. Paris 1869.
11. Austin John. *Lectures on Jurisprudence*. London 1879⁴.
12. Baudry-Lacantinerie G. *Précis de droit civil*, t. 1—2. Paris 1882.
13. Baumgarten Arthur. *Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode*, I—III. Tüb. 1922.
14. Beal Edv. *Cardinal Rules of Legal Interpretation*. London 1924³.
15. Beaussire Emile. *Les principes du droit*. Paris 1888.
16. Bekker Immanuel. *Über den Streit der hist. u. der phil. Rechtsschule (Rede)* 1886.
17. Bemmelen P. van. *Les notions fondamentales du droit civil*. (Verhandelingen der Koninklijke Akademie van Wetenschappen te Amsterdam. Afdeeling Letterkunde. Deel I, Nr. I.) Amsterdam 1892.
18. Bergbohm Karl. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*. Bd. 1. Leipzig 1892.
- 19a. Berolzheimer Fritz. *Grundprobleme der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie samt der Soziologie*. . . Arch. f. RWPh., Bd. III.
- 19b. — *Zum Methodenstreit in der Rechtsphilosophie der Gegenwart*, a. a. O., Bd. III.
- 19c. — *Die Gefahren einer Gefühlsjurisprudenz in der Gegenwart*. Rechtsgrundsätze für freie Rechtsfindung. Berlin-Leipzig 1911.
- 19d. — *System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*. Bd. III. München 1906.
20. Berthélemy H. *Le fondement de l'Autorité politique*. Revue de droit public XXXII (1915).
- 21a. Beseler Georg. *Volksrecht und Juristenrecht*. Leipzig 1843.
- 21b. — *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, I. Leipzig 1847.
- 22a. Beudant Ch. *Cours de droit civil français*. Publié par son fils Robert Beudant. Introduction Paris 1896.
- 22b. — *Le droit individuel et l'Etat*. Paris 1920³.
23. Beyer Bruno. *Einführung in die Probleme des staatlichen Rechts*. 1918.

- 24a. Bierling Ernst Rudolf. Juristische Prinzipienlehre. Bd. I—V. Freib.-Leipzig-Tüb. 1894—1917.
- 24b. — Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. Gotha 1877.
25. Bigne de Villeneuve, Marcel de la. Elements de droit civil I. Paris 1883.
- 26a. Binder Julius. Philosophie des Rechts. Berlin 1925.
- 26b. — Rechtsnorm und Rechtspflicht. Leipzig 1912.
- 26c. — Die Wissenschaftscharakter der Rechtswissenschaft. Kantstudien, Bd. 25. (1920).
27. Binding Karl. Handbuch des Strafrechts, I. Leipzig 1885.
28. Blackstone William. Commentaries on the Laws of England. Oxford 1765.
29. Bluhme. Enzyklopädie der in Deutschland geltenden Rechte. Bonn 1847.
- 30a. Bluntschli. Deutsches Privatrecht. München 1864³.
- 30b. — Die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen überhaupt und die historische Schule insbesondere. Hallische Jahrbücher, 1839.
31. Boehlau H. Mecklenburgisches Landrecht, I. Weimar 1871.
32. Boistel A. Cours de Philosophie du droit. I—II. Paris 1899.
- 33a. Bonnecase Julien. La Thémis (1819—1831) son fondateur, Athanase Jourdan. Paris 1914².
- 33b. — La Notion du Droit en France au XIX. siècle.
34. Bordier A. Vie des Sociétés. Paris 1887.
- 35a. Bornhak Conrad. Allgemeine Staatslehre. Berlin 1909².
- 35b. — Preuß. Staatsrecht. I. Breslau 1911².
- 36a. Bourgeois Léon. Solidarité. Paris 1896.
- 36b. — S. Nr. 92.
- 37a. Boutroux Emile. Science et Religion dans la philosophie contemporaine. Paris 1922.
- 37b. — Germanisme et Humanité. Rev. intern. de l'enseignement. 1915.
- 38a. Brie Siegfried. Billigkeit und Recht mit bes. Berücksichtigung der Freirechtsbewegung. Arch. f. RWPh. III.
- 38b. — Der Volksgeist bei Hegel und in der historischen Rechtsschule. Berlin-Leipzig 1909.
- 38c. — Die Lehre vom Gewohnheitsrecht, I. Geschichtliche Grundlegung. Breslau 1899.
39. Brocher de la Fléchère Henri. Le droit coutumier et la philosophie du droit. Rev. de droit intern. et de législation comparée. IX. (1877).
40. Brodmann E. Recht und Gewalt. Berlin-Leipzig 1921.
41. Broom Herbert. Philosophy of Common Law. London 1883³.
42. Brown W. Jethro. The Austinian Theory of Law. London 1906.
- 43a. Bruns C. G. Geschichte und Quellen des Röm. Rechts. Holtzendorffs Enzyklopädie der RW. 1882⁴.
- 43b. — Das heutige röm. Recht, a. a. O.
44. Bryce James. Studies in History of Jurisprudence. 2 vol. Oxford 1901.
45. Brütt Lorenz. Die Kunst der Rechtsanwendung. Berlin 1907.
- 46a. Bülow Oskar. Heitere und ernste Betrachtungen über die RW. Leipzig 1901.
- 46b. — Gesetz und Richteramt. Leipzig 1885.
47. Burkhardt W. Verfassungs- und Gesetzesrecht. Pol. Jahrb. der schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 1910.
48. Campbell E. L. The Science of Law. Jersey City 1887.
49. Capitant Henri. Introduction à l'étude du droit civil. Paris 1923⁴.

50. Cardozo Benjamin N. The Nature of the Juridical Process. New Haven 1921.
51. Carré de Malberg R. Contribution à la théorie générale de l'état. I—II. Paris 1920.
- 52a. Carter James Coolidge. The Ideal & the Actual in Law. 24 Am. Law R. (1890).
- 52b. — Law, its Origin, Growth & Function. New York & London 1907.
53. Cassirer Ernst. Substanzbegriff und Funktionsbegriff. Berlin 1910.
54. Chan-Toon. The Nature & Value of Jurisprudence. London 1889².
- 55a. Charmont J. Sources du droit positif à l'époque actuelle. Rev. de métaphysique et de morale. XIV. (1906).
- 55b. — La coutume contre la loi, a. St. XXIV. (1907).
- 55c. — La renaissance du droit naturel. Montpellier 1910.
- 55d. Charmont & A. Chausse. Les Interprètes de Code civil. Le code civil 1804—1904. Livre du centenaire. I. Paris 1904.
56. Clark E. C. Practical Jurisprudence. A Comment on Austin. Cambridge 1883.
57. Clarke R. Floyd. The Science of Law & Lawmaking. New York 1898.
58. Cohen Herman. The Origins of Order & Law. London 1923.
59. Cohen Hermann. Ethik des reinen Willens. Berlin 1921³.
60. Coldstream John P. The development of the teaching of law in the University of Edinburgh. Edinburgh 1884.
61. Cosack Konrad. Lehrbuch des deut. bürgerl. Rechts. I. 1913⁶.
- 62a. Courcelle-Seneuil J. C. Etudes sur la science sociale. Paris 1862.
- 62b. — De la déclaration des droits de l'homme. Séances & travaux de l'Académie des Sciences morales & politiques. Compte rendu. 50. année; Nouvelle Série t. 34; t. 134 de la collection. (1890).
63. Crome Carl. System des bürgerl. Rechts. I. Tüb.-Leipzig 1900.
64. Cruet Jean. La vie du droit et l'impuissance des lois. Paris 1908.
65. Cunow Heinrich. Die Marxische Geschichts-, Gesellschafts- und Staatstheorie. I—II. Berlin 1921.
- 66a. Dahn Felix. Zur Lehre von den Rechtsquellen, insbesondere vom Gewohnheitsrecht. Z. f. die deutsche Gesetzgebung. Bd. VI. (1872).
- 66b. — Vom Wesen und Werden des Rechts. Z. f. vergleichende RW. Bd. II und III. (1880, 1881).
- 66c. — Über den Begriff des Rechts (Rede). Leipzig 1895.
- 66d. — Die Vernunft im Recht. X. Berlin 1879.
- 67a. Danz Erich. Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. Jena 1911³.
- 67b. — Richterrecht. Berlin 1912.
- 67c. — Einführung in die Rechtssprechung. Jena 1912.
68. Davy Georges. Le droit, l'idéalisme & l'expérience. Paris 1922.
69. Delisle G. Traité de l'interprétation juridique. I—II. Paris 1849.
- 69 bis. Demogue René. Les notions fondamentales du droit privé. Paris 1911.
70. Demolombe C. Cours de Code civil I. Paris 1845.
- 71a. Dernburg Heinrich. System des röm. Rechts. I. Berlin 1911³.
- 71b. — Das bürgerl. Recht. I. Halle 1906³.
72. Dillon John F. The Laws & Jurisprudence of England & America. Boston 1894.
73. Dittmann Friedrich. Der Begriff des Volksgeistes bei Hegel. Leipzig 1900.
74. Dohna Alex., Graf zu. Die Problemstellung der krit. Rechtstheorie in ihrem Gegensatz zum Naturrecht und zur hist. Rechtsschule. Intern. Wochenschr. I. (1907).

75. Dresler Carl. Über das Verhältnis des Rechts zum Gesetze.
- 76a. Duguit Léon. L'Etat, le droit objectif & la loi positive. Paris 1901.
- 76b. — Les transformations générales du droit privé. Paris 1920².
- 76c. — Traité du droit constitutionnel. I. Paris 1921.
- 76d. — Les transformations du droit public. Paris 1913.
- 76e. — Souveraineté & Liberté. Leçons faites à l'University Columbia. 1920—1921. Paris 1922.
77. Durkheim E. Cours de science sociale. Rev. intern. de l'enseignement, 8. anné. Paris 1888.
78. Dyroff Anton. Rechtssetzung und Gesetz zunächst nach bayerischem Staatsrecht. Annalen des deutschen Reichs (Hirths). 1889.
79. Dyrssen Carl. Bergson und die deutsche Romantik. Marburg 1922.
80. Eastwood R. A. A Brief Introduction to Austins Theory of Positive Law & Sovereignty. London 1916.
81. Ehrenberg Victor. Herders Bedeutung für die RW. (Rede). Göttingen 1903.
82. Ehrhardt Eugène. La Notion du droit & le Christianisme. I. Introduction historique. La Crise actuelle de la Philosophie du droit. Paris 1908.
- 83a. Ehrlich Eugen. Grundlegung der Soziologie des Rechts. München-Leipzig 1913.
- 83b. — Soziologie und Jurisprudenz. Die Zukunft. Bd. 54 (Berlin 1906).
- 83c. — Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts (Rede). Leipzig und Wien 1907.
- 83d. — Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen. I. Berlin 1902.
- 83e. — Lücken im Recht. Juristische Blätter. 1888.
84. Eich Franz. Gewohnheitsrecht und Gewohnheitsrechtstheorien. Geldern 1896.
85. Eichler Hans. Vom Dürfen und Sollen und vom Wesen des Rechts. Arch. f. RWPh. XVIII.
86. Eisele Fridolin. Unverbindlicher Gesetzesinhalt. Arch. f. civ. Praxis. LXIX. (1885).
87. Elze Hans. Lücken im Gesetz. München und Leipzig 1916.
- 88a. Emge C. A. Über den Charakter der Geltungsprobleme in der RW. Arch. f. RWPh. Bd. XIV. (1920—1921).
- 88b. — Recht und Philosophie. In Zeitschrift f. R. u. Ph., Bd. I. (1920—1921).
- 88c. — Über die Zusammenhänge zwischen Soziologie und RW. einerseits, zwischen Rechtsphilosophie, Geschichtsphilosophie und Religionsphilosophie anderseits. Arch. f. RWPh. Bd. 17.
89. Endemann F. Lehrbuch des bürgerl. Rechts. I. Berlin 1903⁹.
90. Eschbach. Introduction générale à l'étude du droit. Paris 1856.
- 91a. Esmein A. La coutume doit-elle être reconnue comme source du droit civil français? Rapport présenté à la 1. Sous-Commission de Revision du Code civil. Bulletin de la Société d'Etudes Législatives. 4. anné. 1905. Paris.
- 91b. — La Jurisprudence & la Doctrine. Rev. trimestrielle de Droit civil. 1. anné. 1902.
- 91c. — Eléments de droit constitutionnel. I. Paris 1921⁷.
92. Essai d'une Philosophie de la Solidarité. Conférences et Discussions. Présidées par L. Bourgeois & Alfr. Croiset. Ecole des Hautes Etudes sociales 1901—1902. Paris 1902.
93. Falckenberg R. Geschichte der neueren Philosophie. Berlin-Leipzig 1921⁸.
94. Fenet. Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil. t. I—XIV. Paris 1836 f.
95. Feuerbach Paul Joh. Anselm. Über Philosophie und Empire. Landshut 1804.

96. Finger August. Das Staatsrecht des Deutschen Reichs. Stuttgart 1923.
97. Fischer Kuno. Geschichte der neueren Philosophie. Bd. 7. Heidelberg 1899².
98. Flavius Gnaeus. (H. U. Kantorowicz.) Der Kampf um die RW. Heidelberg 1906.
99. Fleischmann Max. Die materielle Gesetzgebung. Handbuch der Politik. I. Berlin-Leipzig 1920³.
100. Fouillée Alfr. L'idée moderne du droit. Paris 1913⁷.
101. Franck Ad. Philosophie du droit civil. Paris 1886.
102. Frank Reinhard. Naturrecht, geschichtliches Recht und soziales Recht. Leipzig 1891.
103. Franken Alex. Romanisten und Germanisten. 2 Vorträge. Jena 1882.
104. Frenzel Georg. Recht und Rechtsätze. Leipzig 1892.
- 105a. Fuchs Ernst. Juristischer Kulturkampf. Karlsruhe 1912.
- 105b. — Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz. Berlin 1908.
- 106a. Gans Ed. Über die Grundlage des Besitzes. Berlin 1839.
- 106b. — Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung. I. Berlin 1824.
- 107a. Geny François. Méthode d'interprétation & sources du droit privé positif. Paris 1919².
- 107b. — Science & Technique en droit privé positif. I, Paris 1914; II 1915; III 1921; IV 1925.
- 109a. Gerber C. F. System des deutschen Privatrechts. 1886¹⁵.
- 109b. — Zur Charakteristik der deutschen RW. (Rede). Tübingen 1851.
110. Geyer A. Philosophische Einleitung in die RW. Holtzendorffs Enzyklopädie der RW. 1882⁴.
- 111a. Gierke Otto. Naturrecht und deutsches Recht (Rede). Frankfurt 1883.
- 111b. — Deutsches Privatrecht. I. Leipzig 1895.
- 111c. — Die hist. Rechtsschule und die Germanisten (Rede). Berlin 1903.
112. Gillis Fritz. Die Billigkeit. Berlin 1914.
- 112a. Glasson. Les sources du droit. In Nr. 62 b a. O. Comte rendu 1900 t. I; nouvelle série t. 53; t. 153 de la collection. Paris 1900.
- 112b. — A. St. Nouvelle série 46. e anné; t. 126 de la collection. Paris 1886.
114. Gmür Max. Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches. 1908.
115. Gneist Rudolf. Zur Lehre vom Volksrecht, Gewohnheitsrecht und Juristenrecht.
116. Goldmann & Lilienthal. Das bürgerl. Gesetzbuch systematisch dargestellt. I. Berlin 1903².
117. Goadby Frederic M. Introduction to the study of Law. London 1921³.
118. Goldschmidt Richard. Kritische Beleuchtung der Übergriffe der hist. Schule und Philosophie in der RW. Berlin-Leipzig 1886.
119. Gray John Chipman. The Nature & Sources of the Law. New York 1921².
120. Greer F. A. Custom in the Common Law. 9 Law Q. Rev. (London 1893).
121. Grouber Alex. Une théorie psychologique du droit. Revue trimestrielle de Droit civil. 10. e anné (1911).
122. Gruber Erwin. Einführung in die RW. Berlin 1922⁶.
- 123a. Gumpowicz Ludwig. Allgemeines Staatsrecht. Innsbruck 1907³.
- 123b. — Österreichisches Staatsrecht. 1902².
124. Hägerström Axel. Till frågan om den objektive rättens begrepp, I Viljesteorien. Skrifter utgivna af k. humanistiska Vetenskaps-Samfundet i Upsala 1912. Upsala-Leipzig 1917.

125. Hallische Jahrbücher. Leipzig 1838—1840.
126. Hänel Albert. Studien zum deutschen Staatsrecht, II, 2.: Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne. Leipzig 1888.
127. Haring Johann. Der Rechts- und Gesetzesbegriff in der katholischen Ethik und modernen Jurisprudenz. Graz 1899.
128. Harrison Frederic. On Jurisprudence & the Conflict of Laws. Oxford 1919.
129. Harum Peter. Von der Entstehung des Rechts (Rede). Innsbruck 1863.
130. Hastie W. Outlines of Jurisprudence, translated & edited from the juristic Encyclopädias of Puchta, Friedländer, Falck & Ahrends. Edinburgh 1887.
- 131 a. Hatschek Julius. Konventionalregeln oder über die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung im öffentl. Recht. Jahrb. des öffentl. Rechts der Gegenwart, III. (1909).
- 131 b. — Das preuß. Verfassungsrecht. Berlin 1924.
- 131 c. — Deutsches und preuß. Staatsrecht, I—II. Berlin 1922—1923.
- 132 a. Hauriou Maurice. Philosophie du Droit & science sociale. Rev. du droit public & de la science politique. 1899. Paris.
- 132 b. — Le droit naturel & l'Allemagne. Le Correspondant. Sept. 1918.
133. Hearn Will. Edv. The Theory of Legal Duties & Rights. London 1888.
- 134 a. Heck Phillip. Das Problem der Rechtsgewinnung (Rede). Tübingen 1912.
- 134 b. — Die reine Rechtslehre und die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft. Arch. f. civ. Praxis. N. F. II (1924).
- 134 c. — Gesetzesauslegung und Interessejurisprudenz. 1914.
- 134 bis. Heilfron. Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs.
135. Heilinger Alois. Recht und Macht. Wien 1917².
- 136 a. Henrich Walter. Das Sollen als Grundlage der RW. Z. f. öff. R., Bd. II (1919).
- 136 b. — Theorie des Staatsgebietes. Wien-Leipzig 1921.
137. Henry Alex. Jurisprudence. London 1884.
138. Herrmitt. Die Staatsform als Gegenstand der Verfassungsgesetzgebung und Verfassungsänderung. Tübingen-Leipzig 1900.
139. Herzfelder Felix. Gewalt und Recht. München 1890.
140. Heupgen Georges. L'idée du droit. Discours. Bruxelles 1892.
- 141 a. Höfding Harald. Den nyere Filosofis Historie. Köbenhavn 1921³.
- 141 b. — Totalitet som Kategori. Köbenhavn 1917.
142. Hohfeld W. N. Fundamental Legal Conceptions. New Haven 1923.
- 143 a. Hölder E. Das positive Recht als Staatswille. Arch. f. öff. R., Bd. 23 (1908).
- 143 b. — Savigny & Feuerbach. Berlin 1881.
- 143 c. — Zum allgemeinen Teil des Entwurfes eines bürgerl. Gesetzbuches für das deutsche Reich. Arch. f. civ. Praxis, Bd. 73 (1888).
- 143 d. — Pandekten. Freiburg 1886.
- 143 e. Hölder und andere: Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuch. 1900.
144. Holland Thomas Erskine. Elements of Jurisprudence. Oxford 1923¹³.
145. Holmes Justice. The Path of the Law. X Harvard Law Rev. (Cambridge, Mass. 1897.)
146. Hoppe J. Psychologischer Ursprung des Rechts. Würzburg 1888.
147. Huber Ernst. Recht und Rechtverwirklichung. Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie. Basel 1921.
148. Hübner Rudolf. Jacob Grimm und das deutsche Recht. Göttingen 1895.
- 149 a. Hubrich. Das Reichsgericht und die Begriffe „Gesetz“ und „Verwaltungsvorschriften“. Verwaltungsarchiv, Bd. 13, 1905.

- 149 b. Hubrich. Die reichsgerichtliche Judikatur über den Gesetzes- und Verordnungsbegriff nach preuß. Staatsrecht. Annalen des deutschen Reichs (Hirths). 1904.
- 149 c. — Die Grundlagen des monarchischen Staatsrechtes Preußens, insbesondere mit Rücksicht auf den Begriff der gesetzgebenden Gewalt. Verwaltungsarchiv, Bd. 16 (1908).
150. Huc Théophile. Commentaire théorique & pratique du Code civil I. Paris 1892.
- 151 a. Hugo. Lehrbuch eines civilistischen Cursus. Bd. I. Berlin 1823⁷ und Bd. II, Berlin 1829⁴.
- 151 b. — Civilistisches Magazin. Berlin 1791 f.
152. Husserl Edm. Logische Untersuchungen. I. Halle 1900.
153. Husserl Gerhard. Rechtskraft und Rechtsgeltung. Berlin 1925.
- 154 a. Ihering Rudolf v. Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts. Leipzig 1894.
- 154 b. — Geist des römischen Rechts. Leipzig 1852.
- 154 c. — Der Kampf um's Recht. Wien 1873³.
- 154 d. — Friedrich Karl v. Savigny. Jahrbuch f. die Dogmatik (Gerber, Ihering), 5 (1861).
- 154 e. — Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts. Leipzig 1894.
155. Jacobi Erwin. Das Verordnungsrecht im Reiche seit dem November 1918. Arch. d. öff. Rechts, Bd. 39, 1920.
- 156 a. Jellinek Georg. Allgemeine Staatslehre. 1922⁴, Berlin.
- 156 b. — Gesetz und Verordnung. 1887, Freiburg i. Br.
- 156 c. — Die rechtliche Natur der Staatenverträge. Wien 1880.
- 156 d. — Die Lehre von den Staatenverbindungen. Wien 1882.
- 156 e. — System der subj. öffentl. Rechte. Freiburg i. Br. 1892.
- 156 f. — Verfassungsänderung und Verfassungswandlung. Berlin 1906.
157. Jellinek Walter. Gesetz und Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. Tübingen 1913.
158. Jerusalem Franz W. Soziologie des Rechts. Jena 1925.
159. Jèze Gaston. Les principes. Paris 1914.
160. Joerges Rudolf. Zur Philosophie der Rechtsquellen. Arch. f. RWPh. 1924.
- 161 a. Jung Erich. Positives Recht. Ein Beitrag zur Theorie von Rechtsquelle und Auslegung. Gießen 1907.
- 161 b. — Das Problem des natürlichen Rechts. Leipzig 1912.
162. Kahle C. M. Die spekulative Staatslehre. Berlin 1846.
163. Kaltenborn Carl v. Geschichte des Naturrechts und Völkerrechts. Bd. I. Leipzig 1848.
- 164 a. Kantorowicz Hermann U. Rechtswissenschaft (und Soziologie (Vortrag). Tübingen 1911.
- 164 b. — Was ist uns Savigny? „Recht und Wirtschaft“, I. Berlin 1912.
- 164 c. — Volksgeist und hist. Rechtsschule. Hist. Z., Bd. 108. München-Berlin 1912.
165. Kaufmann Erich. Kritik der neukant. RPh. Tübingen 1921.
166. Kaufmann Felix. Logik und Rechtswissenschaft. Tübingen 1922.
167. Keller F. L. v. Pandekten. Leipzig 1861.
- 168 a. Kelsen Hans. Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Überwindung der „Rechtsdogmatik“. Wien-Leipzig 1922.

- 168b. Kelsen Hans. Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates. Arch. f. RWPh. 1924.
- 168c. — Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Tübingen 1923².
- 168d. — Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Tübingen 1920.
- 168e. — Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode. Tübingen 1911.
- 168f. — Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Schmollers Jahrb. 1916.
- 168g. — Zur Soziologie des Rechts. Arch. f. Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 1912.
169. Kierulff I. F. Theorie des gemeinen Zivilrechts. Altona 1839.
170. Kipp Theodor. Geschichte der Quellen des röm. Rechts. Leipzig 1909³.
- 171a. Kiß Géza. Billigkeit und Recht mit bes. Berücksichtigung der Freirechtsbewegung. Arch. f. RWPh., Bd. III.
- 171b. — Gesetzesauslegung und „ungeschriebenes“ Recht. Iherings Jahrb. Bd. 58. 1911.
- 171c. — Theorie der Rechtsquellen in der englischen und anglo-amerikanischen Literatur. Arch. f. bürgerl. Recht. Bd. 39. 1913.
172. Klein Franz. Die psychischen Quellen des Rechtsgehorsams und der Rechtsgeltung. Berlin 1912.
- 173a. Kohler Josef. Recht und Gesetz. Arch. f. RWPh. Bd. II. 1917—1918.
- 173b. — Recht und Richterspruch. A. St.
- 173c. — Soziologie und RPh. Arch. f. RWPh. Bd. 4. 1910—1911.
- 173d. — Vom Positivismus zum Neu-Hegelianismus. Arch. f. RWPh. Bd. III.
- 173e. — Über die Interpretation von Gesetzen. Grünhuts Z. Bd. 13. 1886.
- 173f. — Lehrbuch der Rechtsphilosophie. Berlin-Leipzig 1917².
- 173g. — Lehrbuch des bürgerl. Rechts. Bd. I. Berlin 1906.
174. Korkunov N. M. General Theory of Law. English Translation by W. G. Hastings. Boston 1909.
- 175a. Kornfeld Ignaz. Soziale Machtverhältnisse. Wien 1911.
- 175b. — Allgemeine Rechtslehre und Jurisprudenz. Berlin-Leipzig 1920.
176. Kuntze J. E. Der Wendepunkt der Rechtswissenschaft. Leipzig 1856.
177. Kuntz Josef. Besprechung von Fritz Sander, Staat und Recht. Arch. d. öffentl. Rechts. N. F. 1923.
178. Laband. Das Staatsrecht des deutschen Reichs. Tübingen 1911.
179. Lambert Eduard. Etudes de droit commun législatif. Introduction: La fonction du droit civil comparé. Paris 1903.
180. Lamprecht K. Herder & Kant als Theoretiker der Geschichtswissenschaft. Jahrb. f. Nationalökonomie und Statistik. Bd. 14 (1897).
- 181a. Landsberg Ernst. Geschichte der deutschen RW. III, 2. München-Berlin 1910.
- 181b. — Savigny, Biographie in „Allgemeine deutsche Biographie“. Bd. 30 (1890).
182. Lapie Paul. La Justice par l'Etat. Paris 1899.
183. Laskine E. Les transformations du Droit au XIX. siècle. Rev. de métaphysique & morale. Paris 1914.
184. Lasson Adolf. System der Rechtsphilosophie. Berlin-Leipzig 1882.
185. Jaun Adolf von. Das freie Ermessen und seine Grenzen. Leipzig-Wien 1910.
186. Laurent F. Principes du droit civil. t. I. Bruxelles. Paris 1869.
- 187a. Lazarus M. Über den Ursprung der Sitten. Berlin 1867.
- 187b. — und H. Steinthal. Einleitende Gedanken über Völkerpsychologie. Z. f. Völkerpsychologie und Sprachwissenschaft, I. 1860.

188. Le Fur Louis. Etat Fédéral et confédérations d'Etat. Paris 1896.
189. Lenz Gustav. Über die geschichtliche Entstehung des Rechts. Eine Kritik der hist. Schule. Greifswald-Leipzig 1854.
- 190a. Lerminier E. Introduction générale à l'histoire du droit. Paris 1835².
- 190b. — Ph. du droit. Paris 1853³.
191. Leroy Maxime. La loi. Essai sur la théorie de l'autorité dans la démocratie. Paris 1908.
192. Letourneau Ch. L'Evolution juridique dans les divers races humaines. Paris 1891.
193. Ligtwood John M. The Nature of positive Law. London 1883.
194. Liebert Arthur. Das Problem der Geltung. „Kantstudien“. Ergänzungsheft Nr. 32. 1914.
- 195a. Loening Edgar. Die philosophischen Ausgangspunkte der rechtshistorischen Schule. Intn. Wochenschrift 1910.
- 195b. — Festrede, Dorpat-Universität. 1879. Dorpat. 1880.
196. Loening Richard. Über Wurzel und Wesen des Rechts (Rede). Jena 1907.
197. Lorimer James. The Institutions of Law. Edinburgh-London 1880².
198. Lüders William. Das Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete der Verwaltung. Kiel 1863.
199. Lukas Josef. Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung in „Staatsrechtliche Abhandlungen“. Bd. I. 1908.
200. Maday Andreas v. Die Entstehung des Rechts. Arch. f. RWPh. Bd. 5.
- 201a. Maine Henry Summer. Ancient Law, its connection with the early History of Society and its Relation to Modern Ideas. London 1906.
- 201b. — Lectures on the early history of Institutions. London 1875.
202. Manigk Alfred. Savigny und der Modernismus im Recht. Berlin 1914.
203. Markby William. Elements of Law. Oxford 1896⁵.
204. Martitz F. v. Über den konstitutionellen Begriff des Gesetzes nach deutschem Staatsrecht. Z. f. d. gesamte Staatswissenschaft, 36. (1880).
205. May Gaston. Introduction à la science du droit. Paris 1925².
206. Mehlis. Schellings Geschichtsp. Heidelberg 1907.
207. Meier Ernst. Die Rechtsbildung in Staat und Kirche. Berlin 1861.
209. Mejer Otto. Die Romantiker und das Recht (Vortrag). Rostock-Malchin 1859.
210. Menzel Adolf. Kallikles. Eine Studie zur Geschichte der Lehre vom Rechte der Stärkeren. Wien-Leipzig 1922.
211. Merkel Adolf. Juristische Enzyklopädie. Berlin 1900².
- 212a. Merkl, Adolf. Die Lehre von der Rechtskraft. Leipzig-Wien 1923.
- 212b. — Zum Interpretationsproblem. Grünhuts Z. Bd. 43 (1916).
213. Messer August. Die Philosophie der Gegenwart. Leipzig 1924.
214. Méthodes juridiques. (Leçons faites au Collège libre des Sciences sociales 1910). Paris 1911.
215. Meyer Max. Rechtsphilosophie. In Enzyklop. d. Rechts- und Staatswissenschaft. Herausgegeben von Kohlrausch & Kaskel, 1922.
- 216a. Meyer Georg. Lehrbuch d. deutschen Staatsrechts. München-Leipzig 1914⁷ (und 1905⁶).
- 216b. — Der Begriff des Gesetzes und die rechtliche Natur des Staatsbausetates. Grünhuts Z. VIII. (1881).
217. Mezger Edmund. Sein und Sollen im Recht. Tübingen 1920.

218. Michoud Léon. La personnalité et les droits subjectifs de l'Etat dans la doctrine française contemporaine. Festschrift Otto Gierke zum siebenzigsten Geburtstag. Weimar 1911.
219. Müller William Galbraith. The Data of Jurisprudence. Edinburgh-London 1903.
220. Mirnesco Benone. L'Idée du droit et l'école Anglaise. Thèse Paris 1905.
221. Moeller Ernst v. Die Entstehung des Dogmas von dem Ursprung des Rechts aus dem Volksgeist. Mitteilungen des Instituts f. österr. Geschichtsforschung, 30. (1909).
222. Montesquieu. Esprit des Loix. 1844.
223. Mühlenbruch C. F. Lehrbuch des Pandektenrechts, I. Halle 1837.
224. Müller Eduard. Friedrich Karl v. Savigny. Leipzig 1906.
225. Müller-Eisert Franz Arthur. Rechtswissenschaft und Kulturwissenschaft. Tübingen 1917.
226. Müller-Erzbach Rudolf. Der Durchbruch des Interessenrechts durch allgemeine Rechtsprinzipien. Iherings Jahrb. Bd. 53 (1908).
227. Müller Paul. Die Elemente der Rechtsbildung. Leipzig 1877.
- 228a. Natorp Paul. Philosophie, ihr Problem und ihre Probleme. Göttingen 1911.
- 228b. — Die logischen Grundlagen der exakten Wissenschaften. Leipzig-Berlin 1910.
229. Nawiasky Hans. Bayerisches Verfassungsrecht. München 1823.
230. Neumann Fr. J. Volk und Nation. Eine Studie, 1888. Leipzig.
231. Noack L. Schelling und die Philosophie der Romantik. Berlin 1859.
232. Norero H. Compte rendu général de IV. Congres international de Philosophie. Bologne 6—11 Avril 1911. Revue de met. et de morale. 1911.
- 233a. Nußbaum Arthur. Die Rechtstatsachenforschung. Ihre Bedeutung für Wissenschaft und Unterricht. Tübingen 1914.
- 233b. — Über Aufgabe und Wesen der Jurisprudenz. Z. f. Sozialw. IX. (1906).
234. Oechsli. Briefwechsel Johann Kaspar Bluntschli mit Savigny, Niebuhr, Leopold Ranke, Jakob Grimm und Ferdinand Meyer. Frauenfeld 1915.
- 235a. Oertmann Paul. Rechtsordnung und Verkehrssitte. Leipzig 1914.
- 235b. — Staatliche und gesellschaftliche Rechtsbildung. Arch. f. bürgerl. Recht, 40. (1914).
- 235c. — Gesetzeszwang und Richterfreiheit (Rede). Leipzig 1909.
- 235d. — Volksrecht und Gesetzesrecht (Vortrag). Dresden 1898.
236. Oudot. Philosophie du droit. Paris 1846.
237. Pattai Robert. Der Kampf um die Rechtswissenschaft und die Freirechtswissenschaft (Vortrag). Wien 1913.
238. Peiser H. Das Wesen und der Geist des Rechts. Berlin 1906.
239. Peretiatkowicz A. v. Methodenstreit in der Rechtswissenschaft. Grünhuts Z. Bd. 39 (1912).
240. Pfeiffer B. W. Ideen zu einer neuen Civil-Gesetzgebung f. teutsche Staaten. 1815. Göttingen.
241. Pfeiffer L. Das gem. deutsche Strafrecht der Gegenwart. 2. Abt. Tübingen 1860.
- 241 bis. Pfenniger Hans Felix. Übung und Ortsgebrauch im schweizerischen Zivilgesetzbuch. Aarau 1911.
242. Pfersche Emil. Das Problem des Gewohnheitsrechts. Jur. Vierteljahrschrift 27.

- 243a. Picard Edmond. Les constances du Droit. Paris 1921.
- 243b. — Le Droit pur. Paris 1908.
244. Planiol Marcel. Traité Elementaire de Droit Civil. Paris 1900.
- 245a. Pollock Frederick. A first book of Jurisprudence. London 1923⁵.
- 245b. — Essays in Jurisprudence and Ethics. London 1912.
- 246a. Post Alb. Hermann. Der Ursprung des Rechts. Prolegomena zu einer allgemeinen, vergleichenden Rechtswissenschaft. Oldenburg 1876.
- 246b. — Einleitung in eine Naturwissenschaft des Rechts. Oldenburg 1872.
- 246c. — Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichend-ethnologischer Basis. Bd. I—II. Oldenburg 1880—1881.
- 246d. — Grundlagen des Rechts und die Gezüge seiner Entwicklungsgeschichte. Oldenburg 1884.
- 247a. Pound Roscoe. An Introduction to the Philosophie of Law. New Haven, London, Oxford. 1922.
- 247b. — Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence. 24. Harvard Law Revue und 25. H. L. R. Cambridge-Mass. 1911 und 1912.
- 248a. Puchta Georg Friedrich. Das Gewohnheitsrecht. Teil 1. 1828; Teil 2. 1837. Erlangen.
- 248b. — Cursus der Institutionen. Leipzig 1893¹⁰.
- 248c. — Pandekten. Leipzig 1863⁹.
- 248d. — Kleine civil. Schriften. Leipzig 1851.
- 248e. — Vorlesungen über das heutige röm. Recht. Bd. I. Leipzig 1862⁵.
- 248f. — Kritik von Georg Beselers Volksrecht und Juristenrecht. Berlin 1844.
- 248g. — Enzyklopädie . . . Leipzig-Berlin 1825.
249. Punschart V. Friedrich Karl v. Savigny. Festsrede, 1879. Innsbruck.
250. Pulszky Augustus. The Theory of Law & Civil Society. London 1888.
251. Radbruch Gustav. Grundzüge der Rechtsphilosophie. Leipzig 1914.
252. Rattigan W. H. The Science of Jurisprudence. London 1893⁹.
- 253a. Regelsberger Ferdinand. Pandekten. Bd. I. Leipzig 1893.
- 253b. — Das Subjekt der Rechtsbildung. Kritische Vierteljahrschrift, 4. (1862).
254. Reichel Hans. Gesetz und Richterspruch. Zur Orientierung über Rechtsquellen- und Rechtsanwendungslehre der Gegenwart. Zürich 1915.
255. Renard Georges. Le droit, la Justice et la volonté. Paris 1924.
256. Reuterskiöld C. A. Über Rechtsauslegung. Upsala Universitets Aarsskrift. 1899 Juridik. Upsala 1899.
- 257a. Reyscher. Über den Zweck dieser Zeitschrift. Z. f. deutsches Recht und Rw. Bd. I. 1839.
- 257b. — Daseyn und Natur des deutschen Rechts. A. a. O.
- 257c. — Über die Bedürfnisse unserer Zeit in der Gesetzgebung. Stuttgart und Tübingen 1828.
- 258a. Rickert Heinrich. Der Gegenstand der Erkenntnis. Tübingen 1921⁴⁻⁵.
- 258b. — Zur Lehre von der Definition. Tübingen 1915².
- 258c. — Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft. Tübingen 1921⁴⁻⁵.
259. Ripert Georges. Le Droit en Allemagne et la guerre actuelle. Rev. intern. de l'enseignement. 1915.
260. Ritchie David E. Natural Rights. London 1895.
261. Ritter Eli F. Moral Law & Civil Law. Westerville, Ohio 1910.
262. Ritter Karl. Friedrich Karl v. Savigny (Rede). Prag 1879.

263. Rogge Heinz. Methodologische Vorstudien zu einer Kritik des Rechts. (Versuch einer Kritik des Rechts. Einleitung.) Mit einem Geleitwort von Joseph Kohler. Berlin-Leipzig 1911.
264. Roguin Ernest. La Science juridique pure. Tome I—II. Paris-Lausanne 1923.
265. Rolin Henri. Prolégomènes à la science du droit. Esquisse d'une sociologie juridique. Bruxelles-Paris. 1911.
266. Rosenzweig Franz. Hegel und der Staat. I—II. München-Berlin 1920.
267. Roth Paul v. System des deutschen Privatrechts. Bd. I. Tübingen 1880.
268. Rothe Tancredè. Traité de Droit Naturel. I—II. Paris 1885. 1893.
269. Rückert Ludwig. Der Begriff des gemeinen deutschen Privatrechts. 1857.
270. Rudorff, Friedrich Carl v. Savigny. Z. f. Rechtsgeschichte II. (1863).
- 271 a. Rümelin Gustav. Werturteile und Willensentscheidungen im Zivilrecht (Rede). 1891.
- 271 b. — Das Wohnheitsrecht. Iherings Jahrb. f. Dogmatik. Bd. 27. (1889).
- 271 c. — Reden und Aufsätze. Tübingen 1875.
272. Ruyssen Th. La force et le droit. Rev. de met. et de morale. 1914.
273. Sadler Gilbert F. The relations of Custom to Law. London 1919.
- 274 a. Saleilles R. Ecole historique et droit naturel. Rev. trimestrielle de droit civil. I. Anné. 1902.
- 274 b. — Le code civil et la méthode historique. Le code civil 1804—1904. Livre du centenaire, t. I. Paris 1904.
275. Salmond John. Jurisprudence. London 1924⁷.
276. Salomon Max. Grundlegung zur Rechtsphilosophie. Berlin 1925².
- 277 a. Sander Fritz. Das Recht als Sollen und das Recht als Sein. Arch. f. RPh. Bd. 17.
- 277 b. — Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung. Kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsens. Leipzig 1921.
- 277 c. — Besprechung von Max Salomon. Grundlegung zur RPh. Z. f. öffentl. R. II. (1919).
278. Sauer Wilhelm. Übersicht über die gegenwärtigen Richtungen in der deutschen Rechtsphilosophie. Berlin-Grunewald 1924.
279. Sauerländer J. D. Zur Widerlegung der Rechtsquellenlehre. Leipzig. Z. f. deut. R. 13. (1919).
- 280 a. Savigny Friedrich Carl v. Vom Beruf unser Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Heidelberg 1840³.
- 280 b. — Über den Zweck dieser Zeitschrift. Z. f. geschichtliche RW. Bd. I. 1815.
- 280 c. — Recension von Th. v. Gönnér. Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit. A. St.
- 280 d. — System des heutigen römischen Rechts. Bd. I. (Berlin 1840).
- 280 e. — Der zehente Mai 1788. Berlin 1838.
- 281 a. Schelling. Werke, I. Bd. IV. Berlin 1832.
- 281 b. — Von der Weltseele. 1857.
- 281 c. — Vorlesungen über die Methode des akademischen Studiums. Tübingen 1803.
- 282 a. Scheurl. Einige Worte über Friedrich Carl v. Savigny (Rede). 1850. Erlangen.
- 282 b. — Kirchliches Wohnheitsrecht. Doves Z. f. Kirchenrecht. 2. (1862).
283. Schlosser Johann Georg. Briefe über die Gesetzgebung. Frankfurt 1789.
284. Schmid Aug. Die Gewalt als Grundlage des Rechts. Eine Betrachtung über die Tatsachenblindheit der Friedenstheoretiker. Basel 1917.
286. Schmid Karl Ernst. Deutschlands Wiedergeburt. 1814. Jena.

287. Schmid Reinhold. Theorie und Methodik des bürgerl. Rechts. Jena 1848.
288. Schmidt Bruno. Das Gewohnheitsrecht als Form des Gemeinwillens. Leipzig 1899.
289. Schmidt Richard. Einführung in die Rechtswissenschaft. Leipzig 1923².
290. Schoen Paul. Die formellen Gesetze. Handbuch der Politik, Bd. I. Berlin-Leipzig 1920.
291. Schreier Fritz. Grundbegriffe und Grundformen des Rechts. Leipzig-Wien 1924.
292. Schreuer Hans. Deutsches Privatrecht. Stuttgart 1921.
293. Schultze August S. Privatrecht und Prozeß . . . Freiburg i. Br.-Tübingen 1883.
294. Schuppe Wilh. Das Wohnheitsrecht. Breslau 1890.
295. Seidler Gustav. Budget und Budgetrecht. Wien 1885.
- 296 a. Seitz C. J. Das praktische Bedürfnis der Rechtsreform gegenüber der hist. Schule. Erlangen 1865.
- 296 b. — Die praktische Rechtsschule im Entwicklungskampf mit den bisherigen doktrinären, historischen und Natur-Rechtsschulen. München 1895.
297. Seligmann Ernst. Beiträge zur Lehre von Staatsgesetz und Staatsvertrag. Bd. I. Begriff des Gesetzes. Berlin-Leipzig 1886.
298. Seydel Max. Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre. Würzburg 1853.
299. Simmel Georg. Einleitung in die Moralwissenschaft. Neudruck. Stuttgart-Berlin 1904. Bd. I—II.
300. Sintenis C. Das praktische gemeine Civilrecht. Bd. I. Leipzig 1868³.
301. Sinzheimer Hugo. Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft (Vortrag). München 1909.
302. Smith Will. C. The sources of Scots Law. 16 Juridical Rev. Edinburgh 1904.
303. Sohm Rudolf. Institutionen . . . München-Leipzig 1923⁷.
- 304 a. Somló Felix. Das Verhältnis von Soziologie und Rechtsphilosophie, insbesondere die Förderung der Rechtsphilosophie durch die Soziologie. Arch. f. RWPh. Bd. 4 (1910—1911).
- 304 b. — Juristische Grundlehre. Leipzig 1917.
305. Spiegel Ludwig. Gesetz und Recht. Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellenlehre. München-Leipzig 1913.
306. Stahl F. J. Die Philosophie des Rechts. Bd. II. 1854³ und Bd. I. 1830¹.
- 307 a. Stammler Rudolf. Rechts- und Staatstheorien der Neuzeit. Leitsätze zu Vorlesungen. Leipzig 1917.
- 307 b. — Lehrbuch der Rechtsphilosophie. Berlin-Leipzig 1922.
- 307 c. — Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung. Leipzig 1914³.
- 307 d. — Über die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie in „Festgabe zu B. Windschields Doktorjubiläum“. Halle 1888.
- 307 e. — Theorie der Rechtswissenschaft. Halle 1911.
308. Stampe Ernst. Die Freirechtsbewegung (Vorträge). Berlin 1911.
309. Stark Bernhard. Die Analyse des Rechts. Beschreibung der Rechtsdinge auf Grundlage der Psychophysiologie des Organismus. Wien-Leipzig 1916.¹
310. Steinthal H. M. Lazarus og H. St. Einleitende Gedanken über Völkerpsychologie in Z. f. Völkerpsychologie und Sprachwissenschaft. 1. Berlin 1860.
311. Stephen Henry John. New Commentaries on the Laws of England. vol. 1. London 1841.
312. Stern Jaques. Thibaut und Savigny. 1914.
313. Sternberg Theodor. I. H. v. Kirchmann und seine Kritik der Rechtswissenschaft. Berlin-Leipzig 1908.

314. Stier-Somlo Fritz. Die Volksüberzeugung als Rechtsquelle (Vortrag). Berlin 1900.
 315. Stintzing R. v. Macht und Recht (Rede). Bonn 1876.
 316. Stobbe. Handbuch des deutschen Privatrechts. Berlin 1893³.
 317. Stoll Adolf. Friedrich Karl v. Savignys sächsische Studienreise 1799—1800. Leipzig 1891.
 318. Sturm August. Revision der gemeinrechtlichen Lehre vom Gewohnheitsrecht. Leipzig 1900.
319. Tarde G. Les transformations du droit. Paris 1922⁸.
 320. Tezner Friedrich. Konventionalregeln und Systemzwang. Grünhuts Z. Bd. 42. (1916).
 321a. Thibaut A. F. I. Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerl. Rechts für Deutschland. Heidelberg 1814. Neue Ausgabe Heidelberg 1840.
 321b. — Über die sogenannte historische und nicht-historische Rechtsschule. Heidelberg 1838.
 322a. Thöl H. Einleitung in das deutsche Privatrecht. Göttingen 1851.
 322b. — Volksrecht, Juristenrecht, Genossenschaften, Stände, Gemeines Recht. Rostock-Schwerin 1846.
 323. Thomson Alex. The Historical and Philosophical Methods in Jurisprudence. 7. Juridical Rev. (1895).
 324. Thon August. Rechtsnorm und subj. Recht. Weimar 1878.
 325. Toullier. Le droit civil français. Bruxelles 1829.
 326. Tourtoulon Pierre de. Les principes philosophiques de l'histoire du droit. t. I. Paris-Lausanne 1908.
 327. Treitschke H. Deutsche Geschichte im XIX. Jahrhundert. Th. I. Leipzig 1879.
 328. Unger Joseph. System des österr. allg. Privatrechts. Bd. I. Leipzig 1868³.
 329. Unterholzner. Rezension von Puchta, Gewohnheitsrecht. „Kritische Z. f. RW.“ 5. (1829).
330. Vaihinger Hans. Die Philosophie des Als-ob. Leipzig 1920⁵⁻⁶.
 331. Valensin. Traité du droit naturel. I, 1922; II, 1925.
 332. Vangerow Karl Adolf v. Lehrbuch der Pandekten. Bd. I. Leipzig 1876⁷.
 333. Vareilles-Sommières. Les principes fondamentaux du droit. Paris 1889.
 334a. Verdroß Alfred v. Das Problem des freien Ermessens und die Freirechtsbewegung. Österr. Z. f. öffentl. Recht. Bd. I. (1914).
 334b. — Die gesellschaftlichen Grundlagen der Völkerrechtstheorie. Arch. f. RWPh. XVIII. (1925).
 334c. — Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers. Juristische Blätter. Wien 1916.
 334d. — Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung. Tübingen 1923.
 335. Vinogradoff Paul. Historical Jurisprudence. Oxford 1923.
 336. Visser H. L. A. De collectieve Psyche in Recht en Staat. Haarlem 1916.
337. Wächter C. G. v. Pandekten. Bd. I. Leipzig 1880.
 338. Watt W. A. An Outline of Legal Philosophy. Edinburgh 1893.
 339. Wenzel Max. Juristische Grundprobleme (Begriff des Gesetzes). Berlin 1920.

340. Wieland Karl. Die historische und die kritische Methode in der Rechtswissenschaft. Leipzig 1910.
 341. Wielikowski G. A. Neukantianer in der Rechtsphilosophie. München 1914.
 342. Wieser Friedrich, Freiherr v. Recht und Macht (Sechs Vorträge). Leipzig 1910.
 343. Willoughby Westel Woodbury. The Nature of the State. New York 1896.
 344a. Windelband W. Die Geschichte der neueren Philosophie. Leipzig 1904³.
 344b. — Präludien. Tübingen 1911⁴.
 345a. Windscheid Bernhard. Recht und Rechtswissenschaft (Rede). Greifswalde 1854.
 345b. — Lehrbuch des Pandektenrechts. Frankfurt a. M. 1906⁹.
 345c. — Die geschichtliche Schule in der Rechtswissenschaft. „Nord und Süd“. 1878.
 346. Wirth Karl. Über den Wendepunkt der Rechtswissenschaft. München 1858.
 347. Wise B. R. Outlines of Jurisprudence. Oxford 1918³.
 348. Wundt Wilh. Über Ziele und Wege der Völkerpsychologie. Ph. Studien. Herausgegeben v. W. W. Bd. IV. (1888).
 349. Wüstendoerfer. Zur Hermeneutik der soziologischen Rechtsfindungstheorie. Arch. f. RWPh. 9. (1915—1916).
350. Zirkler I. H. Revision der wichtigsten Lehren des positiven Rechts. Gießen-Wetzlar 1807.
- 351a. Zitelmann Ernst. Lücken im Recht (Rede). Leipzig 1903.
 351b. — Gewohnheitsrecht und Irrtum. Arch. f. d. civilistische Praxis. 66. (1883).
 352. Zöpl. Verhältnis des rationalen und nationalen Rechts. Z. f. deutsches R. u. RW. Bd. IV. (1842).
- 353a. Zorn Phillip. Zu den Streitfragen über Gesetz und Verordnung nach deutschem Reichsstaatsrecht. Annalen d. deutschen Reichs (Hirths). 1885.
 353b. — Gesetz, Verordnung, Budget, Staatsvertrag. A. St. 1889.
 354. Zuckschwerdt A. Die Grundlinien einer reinen Rechtslehre. Berlin 1879.

Namenregister.

Die Hauptstellen sind durch fette Schrift ausgezeichnet.

Acollas. 3, 29. Binder. 129, **162**, 178, 191, **199—200**,
 Adickes. 129, 185, 186, 211, 292. 203, 204, 207, 216, 233, **235—43**, **245**
 Almendingen. 171. bis **257**, 258, 284, **307**, 432.
 Amos. 75, 99, 436. Binding. 178, 334, 435.
 Anschütz. 378, 382, **391**, 392, 402, 405, Blackstone. 75, **81—83**, 95—96, 434, 436.
 407, 411, 412, 415. Blaringhem. 197.
 Anthony. 5. Blondeau. 43.
 Arndt. 382, **401**, **406**, 409—10, 412. Bluhme. 435.
 Arnold. 129, **177**. Bluntschli. 129.
 Artur. 5, **47**. Bodin. 86.
 Aubry. 5, 18, 51, 436. Boehlau. 178, 435.
 Austin. 27, 75, 77, 79, 80, **83—97**, 111, Boistel. 3, 17, 29.
 122, 123, 124—25, 127, 203, 434, 436. Bonaparte. 38.
 Bonnecase. 4, 5, **16—17**, 18, **25—27**, 28,
 29, 38.
 Ballot-Beaupré. 45. Bordier. 4, 19.
 Barnave. 36. Bornhak. 382.
 Barthélemy. 25. Bouasse. 198.
 Baudry-Lacantinerie. 436. Bourgeois. **20—21**.
 Baumgarten. 227. Boutroux. 21, 22, 25, 32.
 Beal. 76. Boyet. 32.
 Beaussire. 3, 29. Brie. 129, 144, 148, 435.
 Bekker. 129, 162. Brocher de la Fléchère. 4, 45, 51—52,
 Belime. 3. 436.
 Beling. 198. Brown. 75, 85, 95, 103, 104, 106, 110,
 Belot. 32. 436.
 Bemmelen. 4, 51, 436. Bruns. 176, 181, 430, 435.
 Bentham. 86. Brunschvicg. **32—33**.
 Bentzon. 283, 292. Brütt. 190, 316.
 Bergbohm. 128, 129, 170, **181—82**, 291. Bryce. 76.
 Berolzheimer. 178, 190, 316. Bülow. 184, 186, 247, 283, 316, 326,
 Berggasse. 36. 432, 436.
 Berthélemy. 5, 25, **26—27**, 48, 51, 73 bis Burkhardt. **364—65**.
 74, 213.
 Beseler. 129, **173**, 178, 207, 435. Cambacérés. 38.
 Beudant. 3, 5, 16, 17, 23, 24, 34, 51, Cambell. 76, 85.
 436. Capitant. 4, **49**, 52, 436.
 Bierling. 27, 129, **213**, 215, 317, 334, Cardozo. 76, 104, 436.
 345—46, 353. Carré de Malberg. 4, 7, 36, **48**, 49.
 Bigne de Villeneuve. 16, 436.

Carter. 76, **102—03**, 436. Eschbach. 4, 16, 436.
 Cassirer. 196, 372. Esmein. 4, 44, **45**, 51, 436.
 Chan-Toon. 76. Eycken. 5.
 Charmont. 3, 4, 17, 18, 20, **23**, 42, 45. Falckenberg. 149.
 Chausse. 4, 18, 42, 45. Fenet. 35 f.
 Clark. 75, 102, 436. Feuerbach. 132, 171.
 Cohen. 13, 191. Finger. 409, 415, 416.
 Coldstream. 78. Flavius. 184, **185**, 187, 283, 316, 320,
 Compte. **19**. 323.
 Cosack. 435. Fleischmann. 382.
 Courcelle-Seneuil. 4, 5, 19. Fouillée. 32.
 Croiset. 21. Franck. 29.
 Crome. 435. Frank. 129, 162.
 Cruet. 4, 46, 247. Frenzel. 184, **227**, 247, 306, **429**, 435.
 Fuchs. 184, 187, 189, 316, 320.
 Dahn. 185. Gans. 162, **171—72**.
 Dantec. 287. Gareis. 435.
 Danten. 24. Geny. 4, 5, 6, 8, 17, 29, **31—33**, 36, 41,
 Danz. 184, 190, 283, 317, **322**, 334, 339, 42, 43, **45—47**, **48—49**, **52—63**, 67, 71,
 436. 79, 110, 118, 185—86, 189, 212, 216,
 Darlu. 21. 254, 258, 294, 307, 316, **334—35**, 346,
 Davy. 4, 26, 30, 55. 433, 436.
 Delisle. 5, 436. Gerber. 173, 174, 435.
 Delvincourt. 42. Geyer. 435.
 Demante-Colmet. 18. Gide. 21.
 Demogue. 5, 24. Gierke. 129, 173, 178, 435.
 Demolombe. 18, 43. Giese. 412.
 Dernburg. 178, 435. Glasson. 4.
 Dillon. 76, 78, 97, 103, **110**, 436. Gmür. 184, 190, 283, 316, 322, 326, 335,
 Dittmann. 129, 148. 435.
 Dohna. 129. Goadby. 75, 99, 100, 110, 116.
 Duck. 117. Goblot. 32.
 Duguit. 4, 16, **21—23**, 26, 27, **29—31**, Gönner. 157.
 34, 48, 49, 51, **71—73**, 213, 216, 247, Goos. 283.
 277, 435. Görres. 131.
 Durkheim. 4, 19, 31, 32, **66**, 297. Göschen. 133.
 Duronton. 42. Gray. 75, 99, 100, 102, 103, 111, 112,
 Dyrssen. **145**. 114—15, 116, 331, 436.
 Eastwood. 85, 116. Greer. 76, 104, 105, 436.
 Ehrhardt. 3. Grimm. 132.
 Ehrlich. 129, 130, 137, 143, 162, 184, Grouber. 4.
 185, 186, 187, 190, 211, 212, 219, Hagerström. 113, 155, 298, 435.
 224—26, 247, 294, **305—07**, **429**, 435. Hale. 75, 81, 117.
 Eichhorn. 133. Hammond. 76, 102.
 Eisele. 303. Hänel. 378, **379—80**, 382, 415.
 Eldon. 125.
 Elze. 317.
 Endemann. 435.

- Harrison. 75, 86, 97, 111.
 Harum. 129, 176, 177, 428, 435.
 Hastie. 78.
 Hatschek. 378, 382, 409, 412, 415, 416, 435.
 Hauriou. 4, 5, 25—26, 51, 74.
 Hearn. 75, 99.
 Heck. 184, 187, 317, 319, 320—21, 334 bis 335.
 Hegel. 148, 149, 168, 172, 233, 235.
 Heilfron. 435.
 Henrich. 227.
 Henry. 116.
 Herder. 151, 158.
 Herzfelder. 435.
 Heupgen. 4, 20.
 Hobbes. 86.
 Höffding. 272.
 Hohfeld. 76.
 Hölder. 435.
 Holland. 75, 77, 78, 99, 100, 104, 105 bis 106, 110, 111, 116, 117, 125, 436.
 Holmes. 76, 116.
 Hoppe. 227.
 Huber. 190, 283, 317, 320, 345.
 Hubrich. 373—74, 382.
 Huc. 43, 436.
 Hugo. 132.
 Husserl. 214—15.
 Ihering. 44, 129, 130, 143, 168, 173.
 Jaquemiot. 38.
 Jellinek, Georg. 180, 299, 302, 303, 352 bis 353, 355, 378, 382, 391, 415.
 Jellinek, Walter. 317, 435.
 Jerusalem. 177.
 Jørgensen. 125.
 Jossierand. 5, 25.
 Jouffroy. 3.
 Jourdan. 18.
 Jung. 184, 185, 283, 316, 323.
 Kant. 32, 268.
 Kantorowicz. 129, 130, 143, 148, 153, 156, 159, 166, 184, 185, 187, 203.
 Kaufmann. 8, 55, 298.
 Keller. 435.
 Kelsen. 191—92, 203, 215, 218, 221, 229 bis 232, 234, 235, 238, 257, 258—69, 276, 280, 281—82, 287—88, 292, 297, 298, 300—02, 303—05, 310, 312, 355 bis 359, 361, 362, 363, 366—69, 370, 377—78, 378—79, 382, 391, 400, 408, 409, 415, 421—22, 426, 436.
 Kierulff. 175—76, 178, 186, 435.
 Kirchmann. 173, 186, 203, 204, 206—12, 219.
 Kiß. 105—08, 126—27, 184, 187, 190, 283, 316, 317, 322, 339, 433, 436.
 Kohler. 68, 178, 184, 190, 317, 334, 435.
 Kornfeld. 184, 190, 219—24, 227, 247, 252, 294, 305—07, 429—30, 435.
 Kruse. 425.
 Kuntze. 129, 173.
 Laband. 180, 378, 380—410, 414—416, 435.
 Lambert. 4, 6, 44, 47, 49, 63—69, 225, 433.
 Lamprecht. 150.
 Landsberg. 129, 131, 143, 144, 153, 163 bis 164, 207.
 Lask. 232, 235, 258.
 Laskine. 5.
 Lasson. 435.
 Laun. 184, 190, 316.
 Laurent. 16, 18.
 Lazarus. 177.
 Le Bon. 297.
 Lefebvre. 4.
 Le Fur. 5, 74.
 Leibnitz. 150—51.
 Lenz. 129, 173.
 Léon. 21.
 Lepaulle. 77.
 Lerminier. 3.
 Leroy. 4, 17, 46, 247.
 Letourneau. 4, 20.
 Levy-Bruhl. 19, 32, 66.
 Levy-Ullmann. 5.
 Liard. 43—44.
 Lightwood. 75, 78.
 Loening, Edgard. 129, 143, 144, 148.
 Loening, Richard. 185, 435.
 Lorimer. 76.

- Lüders. 129, 162, 176—77, 430.
 Lukas. 190, 316, 334.
 Maillia-Garat. 40.
 Maine. 68, 76, 77, 84—85, 112—14, 436.
 Malapert. 21.
 Manigk. 129, 130, 137, 159, 162, 166, 185, 317, 433, 435, 436.
 Marcadé. 18.
 Markby. 75, 97, 99, 100, 114, 436.
 Martitz. 303, 378, 380, 382, 390, 399.
 Marx. 203.
 May. 5, 51, 52, 73, 213, 436.
 Meier. 129, 175, 176, 178, 181, 430, 435.
 Mejer. 129.
 Merkl. 190, 231, 264—65, 282, 284, 317, 326, 328—29, 331, 339, 378.
 Meyer, Georg. 378, 382, 390—91, 402, 405, 411, 415.
 Meyer, Max. 436.
 Meyerson. 32.
 Michoud. 5.
 Mill. 84.
 Miller. 76.
 Mirnesco. 4, 20.
 Moeller. 129, 144, 148.
 Montesquieu. 35, 44, 149, 155—56, 58, 161, 177.
 Mühlenbruch. 435.
 Müller. 143.
 Natorp. 145.
 Nawiasky. 377, 382, 409, 416, 435.
 Nußbaum. 203.
 Oechsli. 143.
 Oertmann. 178, 187, 316, 320, 433, 436.
 Oudot. 3, 16, 17, 23, 436.
 Pachmann. 207.
 Parodi. 66.
 Payot. 20.
 Peretiatkowicz. 190, 317, 320.
 Petrazycki. 227, 306.
 Pfeiffer, B. W. 171.
 Pfeiffer, L. 174, 435.
 Pfenninger. 435.
 Picard. 4, 52, 436.
 Pinard. 4.
 Planiol. 5, 46, 52, 436.
 Platon. 3.
 Poincaré. 32, 372.
 Polier. 25.
 Pollock. 76, 77, 98, 110.
 Portalis. 38—40, 433.
 Post. 68, 211.
 Pound. 76.
 Preuss. 411, 412.
 Proudhon. 42.
 Puchta. 133—41, 144, 148, 154, 155, 157, 159—61, 165, 174—75, 430, 435.
 Pulszky. 76.
 Radbruch. 41, 129, 158, 203, 216, 233, 235, 243—45, 253, 257, 258, 284, 432.
 Rattigan. 75, 102.
 Regelsberger. 435.
 Reichel. 184, 190, 283, 317, 319—20, 324, 335, 435.
 Renard. 4, 29.
 Renouvier. 4.
 Retsag. 208.
 Reuterskiöld. 283, 316, 334, 335.
 Rexius. 156.
 Reyscher. 129, 162, 173, 178, 435.
 Richard. 3.
 Rickert. 196, 232, 235, 238, 259, 272.
 Ripert. 5, 25, 26—27.
 Ritchie. 76.
 Ritter. 76.
 Robespierre. 36—37.
 Rogge. 184, 187.
 Roguin. 5, 85.
 Rolin. 5, 227.
 Rosenzweig. 129, 148—49, 156.
 Ross. 84.
 Roth. 178, 435.
 Rothe. 3, 17, 29.
 Rückert. 129, 173, 176, 186.
 Rudorff. 208.
 Rümelin. 184, 316, 435.
 Rumpf. 203, 207, 316, 322.
 Ruyssen. 5, 28.
 Sadler. 114.
 Saleilles. 4, 5, 23, 45—47, 49.
 Salmond. 5, 28, 75, 77, 78, 80, 99 bis 100, 104, 105, 109—10, 111, 116, 117, 118, 126, 331, 436.

- Salomon. 11, 203—06, 207, 258, 284.
 Sander. 130, 182, 227, 283, 317.
 Sauer. 198.
 Savigny. 28, 129—31, 132—33, 136—37, 141, 143—44, 148, 153, 154, 155, 156 bis 159, 160, 165—66, 171, 174, 180, 435.
 Schelling. 144, 149—52, 153, 161.
 Scheurl. 435.
 Schloßmann. 185, 211.
 Schmid, Karl Ernst. 131.
 Schmid, Reinhold. 129, 162, 176, 177, 178, 435.
 Schmidt, Bruno. 291, 435.
 Schmitt, Carl. 317, 334.
 Schoen. 382, 408, 416.
 Schrader. 171.
 Schreier. 263, 286.
 Schreuer. 435.
 Schultze. 184, 186, 316, 432—33, 436.
 Schuppe. 428, 435.
 Seitz. 129, 173.
 Seligmann. 378, 382.
 Seydel. 435.
 Simmel. 276, 323.
 Simonsen. 78.
 Sintenis. 435.
 Sinzheimer. 184, 190, 227, 306, 435.
 Smith. 76.
 Sohm. 435.
 Somló. 8, 80, 85, 98, 162, 184, 187, 303, 317, 318, 322, 323, 329—31, 333, 353 bis 355, 365, 417.
 Spence. 125.
 Spengler. 152, 177.
 Spiegel. 129, 158, 184, 185, 227, 283, 317, 435.
 Stahl. 129, 161, 208.
 Stammler. 11, 23, 28, 45, 110, 128, 129, 142, 162, 177, 185, 191, 203, 252.
 Stampe. 184, 317, 320, 321.
 Stark. 227.
 Steinthal. 177.
 Stephen. 75, 81, 436.
 Stern. 129, 131, 132.
 Sternberg. 184, 186, 188—89, 210.
 Stier-Somlo. 129, 178, 412—13.
 Stintzing. 129.
 Stobbe. 174, 435.
 Stockmar. 382.
 Stoll. 144, 153.
 Sturm. 428, 435.
 Tarde. 4, 19, 20.
 Tezner. 184, 190.
 Thibaut. 129, 132, 171.
 Thöl. 174, 175, 435.
 Thomson. 76.
 Thon. 178.
 Thouret. 36.
 Toullier. 16, 42.
 Tourtoulon. 4.
 Trescher. 156.
 Troplong. 42.
 Unger. 178, 435.
 Unterholzner. 435.
 Valensin. 3, 17, 29.
 Valette. 4, 18, 45.
 Vangerow. 435.
 Vareilles-Sommières. 3, 17, 29.
 Verdross. 184, 187, 190, 262, 263, 299, 301, 302—03, 317, 326—28, 331, 333, 336, 359, 361, 363, 377—78.
 Vinogradoff. 76, 110, 111.
 Visser. 129, 159, 178.
 Wächter. 435.
 Wahl. 156.
 Watt. 76.
 Wenzel. 198, 371—75, 417—20.
 Wharton. 76, 102.
 Wieland. 129, 130, 190.
 Wielikowski. 191.
 Wilde. 173.
 Willoughby. 75, 102, 106, 436.
 Windscheid. 129, 130, 173, 435.
 Wirth. 129, 173.
 Wise. 76.
 Wolff. 80, 85.
 Wundt. 177.
 Wüstendoerfer. 317, 321, 334.
 Zitelmann. 128, 154, 155—56, 183, 184, 187, 214—15, 283, 306, 316, 343—45, 349, 431—32.
 Zorn. 378, 382, 406.

Wiener staatswissenschaftliche Studien

Herausgegeben von

Edmund Bernatzik und Eugen von Philippovich in Wien

Zwölfter Band.

- I. Heft: **Pitamic**, Dr. Leonidas, Die parlamentarische Mitwirkung bei Staatsverträgen in Österreich. 1915. Preis M 5,—.
 II. Heft: **Wurmbrand**, Dr. Norbert, Die rechtliche Stellung Bosniens und der Herzegovina. 1915. Preis M 5,—.
 III. Heft: **Feifalik**, Reg.-Rat Dr. A., Ein neuer aktueller Weg zur Lösung der bosnischen Agrarfrage. Mit 3 lithogr. Tafeln. 1916. Preis M 10,—.

Dreizehnter Band.

- I. Heft: **Barbar**, Dr. Leo, Zur wirtschaftlichen Grundlage des Feldzuges der Türken gegen Wien im Jahre 1683. 1916. Preis M 2,50.
 II. Heft: **Starosolskyj**, Dr. Wolodymyr, Das Majoritätsprinzip. 1916. Preis M 3,60.
 III. Heft: **Seldel**, Geh. Reg.-Rat Dr. Max und **Pitzner**, Privatdozent Dr. Johannes, Das Sparkassenwesen. 1916. Preis M 2,—.

Vierzehnter Band.

- Zolger**, Dr. Ivan Ritter von, Der Hofstaat des Hauses Österreich. 1917. Preis M 22,—.

Fünfzehnter Band.

- I. Heft: **Schafarik**, Ing., Dr. techn. Paul, Das Kriegerheimstättenproblem im Verhältnis zur Wohnungs- und Bauordnungsfrage. 1919. Preis M 5,—.
 II. Heft: **Merkl**, Dr. Adolf, Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung. 1923. Preis M 7,50.

Neue Folge

Herausgegeben in Verbindung mit

Friedrich Wieser und Othmar Spann

von

Hans Kelsen

- I. Band: **Sander**, Dr. Fritz, Staat und Recht. Prolegomena zu einer Theorie der Rechtserfahrung. 1922. Preis M 21,—.
 II. Band: **Winkler**, Dr. Wilhelm, Die statistischen Verhältniszahlen. Eine methodologische Untersuchung. 1923. Preis M 6,30.
 III. Band: **Kunz**, Dr. Josef L., Völkerrechtswissenschaft und reine Rechtslehre. 1923. Preis M 2,50.
 IV. Band: **Schreier**, Dr. Fritz, Grundbegriffe und Grundformen des Rechts. Entwurf einer phänomenologisch begründeten formalen Rechts- und Staatslehre. 1924. Preis M 5,50.
 V. Band: **Adamovich**, Dr. Ludwig, Die Prüfung der Gesetze und Verordnungen durch den österreichischen Verfassungsgerichtshof. 1924. Preis M 8,40.
 VI. Band: **Tezner**, Dr. Fr., Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden. Kritisch-systematisch erörtert auf Grund der österreichischen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung. 1924. Preis M 6,30.
 VII. Band: **Nath**, Dr. Pran, Tausch und Geld in Alt-Indien. Mit einem Vorwort von Dr. Othmar Spann. 1924. Preis M 3,—.
 VIII. Band: **Schranll**, Dr. Rudolf, Besteuerungsrecht und Steueranspruch. 1925. Preis M 10,—.
 IX. Band: **Strigl**, Dr. Richard, Angewandte Lohntheorie. Untersuchungen über die wirtschaftlichen Grundlagen der Sozialpolitik. 1926. Preis M 10,—.

15863